

ANA CECÍLIA DE PAULA-SOARES PARODI

**FUNÇÃO PROFILÁTICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL CONSUMERISTA E
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

CURITIBA
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL.

FUNÇÃO PROFILÁTICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL CONSUMERISTA
E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito Econômico e
Socioambiental, da Pontifícia Universidade
Católica do Paraná, sob co-orientação do Prof.
Dr. Carlyle Popp e da Prof^a. Dr^a. Fabiane Lopes
Bueno Netto Bessa.

CURITIBA
2009

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR

P257f 2009	<p>Parodi, Ana Cecília de Paula-Soares</p> <p>Função profilática da responsabilização civil consumerista e desenvolvimento sustentável / Ana Cecília de Paula-Soares Parodi ; orientador, Carlyle Popp ; co-orientadora, Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa. -- 2009. 160 f. ; 30 cm</p> <p>Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009 Inclui bibliografias</p> <p>1. Responsabilidade (Direito). 2. Desenvolvimento sustentável. 3. Desenvolvimento econômico. 4. Responsabilidade das Sociedades Comerciais. I. Popp, Carlyle. II. Bessa, Fabiane Lopes Bueno Netto. III. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.</p> <p>Doris 4. ed. – 342.151</p>
---------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Biblioteca Central

AGRADECIMENTOS

A maior lição que experienciei e realmente aprendi no Mestrado, foi a da interdependência que liga aos seres humanos, levando à necessidade de preservação e responsabilidade, em nome do presente e do futuro. Sustentabilidade ganhou uma nova dimensão para mim, após ter sido agraciada com o carinho e apoio de tantas pessoas, de variados níveis e agendas, algumas que eu sequer conhecia até iniciar o curso, fator que só lhes aumenta a generosidade; outras tantas, já eram conhecidas de décadas, e permanecem em minha vida, o que me alegra e de certa forma envaidece, por sua permanência. Muita coisa aconteceu ao longo desses dois últimos anos e seria deveras mais cômodo apresentar um agradecimento genérico. Mas ainda que corra o risco de cometer a injustiça do esquecimento, é preciso agradecer, especialmente:

Ao Eterno Deus Criador, que ouviu minhas súplicas por inspiração, e que esteve comigo a cada momento, renovando as energias, direcionando a pesquisa, e corrigindo os caminhos – mesmo enquanto eu andava –, aproximando-me das pessoas certas.

À PUCPR, que tem sido meu lar há mais de 10 anos, e notadamente ao Colegiado do PPGD, pelo privilégio de poder “escolher”, tanto o orientador de fora da casa, quanto minha orientadora interna. À UNICURITIBA, pela generosidade de ceder-me seu melhor professor.

Então, ao agora oficialmente meu orientador, Prof. Dr. Carlyle Popp, dantes mentor de vida já há tantos anos, constante em apoio, mesmo em ocasiões em que seu nome não seria o carro-chefe do trabalho. Sinto-me honrada por termos nossa parceria estampada, nos bons frutos que temos plantado e colhido. Por ter sido recebida de braços abertos, em pleno andamento do curso. Por todos os *e-mails* respondidos nos seus horários de descanso. Por sua “viagem-surpresa” ao Conpedi, em Brasília, para apresentar nosso artigo, a fim de que eu não parasse a produção dissertativa. Meras ilustrações de sua pessoa, não sendo possível esgotar as razões da minha gratidão.

Faltam palavras para agradecer à minha orientadora Prof^a. Dr^a. Fabiane Bessa, certamente a melhor de todas as surpresas recebidas no Mestrado. A Prof^a. Fabiane é conhecida por sua personalidade, é profundamente culta e ao mesmo tempo encantada; sim, ela realmente acredita em tudo o que nos ensina, ela vive suas palavras e trabalha por implementar a ideologia. Em tempos tão conturbados, minha orientadora, muito além da condução de um trabalho, alimentou-me a fé e regou a semente da certeza de que é possível mudar a realidade. Compreendi a verdade de que toda atitude conta.

Aos meus dois orientadores, que dividiram a “custódia de minha guarda compartilhada”, valho-me da célebre fala do Caçador de Pipas: “*Por vocês, mil vezes*”.

Aos professores componentes da Banca Examinadora, Prof^a. Dr^a. Gisela Maria Bester e Prof. Dr. Antonio Carlos Efig, é preciso dizer que é uma honra ser sabatinada por eles, porque ambos contribuíram fortemente para o desenvolvimento tanto da dissertação em si, quanto do amadurecer

do conhecimento. Professora Gisela, extremamente generosa, concedeu espaço e estímulo a uma “filha adotiva” de sua Casa Acadêmica. Professor Efig, a quem já conhecia como brilhante docente, agora marca minha vida por se revelar também um advogado alinhado com a ideologia que nos transmite.

Agradecimentos a todos os professores do PPGD, com menção necessária, em ordem alfabética, a: Prof. Alexandre Ditzel Faraco, Prof. Alvacyr Nicz, Prof. Carlos Frederico Marés de Souza, Prof. Luiz Edson Fachin e sua esposa Des. Rosana Fachin, Prof. Vladimir Freitas. Especialmente ao Prof. Paulo Roberto Ribeiro Nalin, pelo apoio decisivo, na reta de chegada. Também ao Prof. João Cândido Pereira de Castro, coordenador de pós-graduação da FESP-PR e ao Professor Ubiratan de Mattos, coordenador de pós-graduação da UNIBRASIL.

Aos apoiadores da Biblioteca da PUCPR, especialmente à Lúcia e Leonilda e a todos da Biblioteca da UNICURTIBA, especialmente à Luzenira. Aos apoiadores das secretarias, na PUCPR, muito obrigada, Eva e Isabel, e Mary e Andressa, na secretaria da UNICURITIBA.

Agradecimentos a todos os colegas do PPGD, e não apenas por mera formalidade, mas porque efetivamente participaram da minha caminhada, com menção necessária, aos doutorandos Andrezza Baggio e Sandro Mansur Gibran, e ao mestrando Edson Luciani, por abrirem mão de tempo de descanso precioso, nos feriados, para me apoiarem acadêmica e emocionalmente, na conclusão de porções específicas da dissertação. Também aos mestrandos Jaílson Araújo e Ana Klostermann, amigos fiéis e presentes. Carinhos especiais também aos colegas e amigos: Bruno Hendler, Juliana Luciani e Geni Crivelaro.

A todos os professores, profissionais e instituições que estiveram presentes no processo, com destaque para os órgãos de Ensino Superior do MEC/Brasília e ABNT/CB-14/SP.

Finalmente, à minha família, unida em parte pelo sangue, em parte pelo amor. Minha mãe *Marie* e minhas “amigas-irmãs” *Ana Paula* e *Ana Cristina*. Que são maravilhosas e companheiras, eu já sabia. Mas ainda não compreendo como as três suportam, pacientemente, as montanhas-russas emocionais vivenciadas em cada etapa acadêmica.

RESUMO

A função profilática da responsabilização civil consumerista e desenvolvimento sustentável. A Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor prescrevem tutelas harmônicas, contemplando objetivos republicanos, norteamento da ordem econômica e a política nacional das relações de consumo, todos visando à promoção do bem comum e da dignidade humana, por meio do gerenciamento do impacto ambiental decorrente do processo de elaboração dos produtos e prestação dos serviços, da integração dos interesses dos atores consumeristas, conferindo relevância ao desenvolvimento econômico, sem prejuízo da plena garantia de segurança prestada ao consumidor. Deste resumo ideológico do compêndio normativo, emergem fundamentos do discurso jurídico alinhados à responsabilidade socioambiental empresarial e ao desenvolvimento sustentável, notadamente pelo caráter preventivo das tutelas que pretendem elidir a prática lesionadora. Alterações no modelo produtivo conferiram à Empresa poder econômico suficiente para tornar seus objetivos estritamente lucrativos prioritários sobre os interesses sociais, justificando a adoção de mecanismos regulatórios que impeçam, casuisticamente, que a eficiência econômica decorrente do “pagar para lesionar” – fenômeno típico da “Indústria da Irresponsabilidade”, estimulada pela filosofia das condenações em *quantum* módico – supere os benefícios da contribuição para a sustentabilidade, inclusive da própria norma jurídica, exposta ao perigo de extinção pela perda de eficácia. Cooperam para essa função profilática o Estado-Juiz e os indicadores da responsabilidade socioambiental corporativa, em sua medida de prerrogativas, coibindo futuras lesões, diante da expressiva resposta ao ilícito cometido e da premiação do evitamento dos danos.

PALAVRAS-CHAVE: Livre Iniciativa – Desenvolvimento Sustentável – Responsabilidade Socioambiental das Empresas – Função Profilática da Responsabilidade Civil – Poder Judiciário e Economia – Indicadores da Cidadania Corporativa.

ABSTRACT:

The prophylactic function of Civil Liability in operations of consumption and sustainable development. The Federal Constitution and the Consumer Defense Code offer harmonic legal protection regarding as Republican goals and to guide the national political and economic order in operations of consumption, all aimed at promoting the common good and human dignity, through the management of environmental impact arising from the manufacture of products and services, the integration of the interests of consumers actors, giving importance to economic development, without prejudice to the full guarantee of security provided to the consumer. From this abstract ideological of compendium of standards, emerge foundations of legal discourse aligned to corporate environmental responsibility and sustainable development, notably by the preventive character of guardianships, which aim to elide the practice injured. Changes in production model gave the Company enough economic power to make their goals strictly profit goals priority on social interests, justifying the adoption of regulatory mechanisms that prevent, at the case, the economic efficiency resulting from the "pay to injury" typical of the phenomenon " Industry of Irresponsible ", stimulated by the philosophy of convictions in quantum affordable - exceeds the benefits of the contribution to sustainability, including its own law, exposed to the danger of extinction by the loss of effectiveness. Cooperate for this prophylactic function the Member Judge and indicators of corporate social responsibility in their limit of powers, curbing future injuries, before the expressive response to illicit committed and the award of avoidance of damage.

KEYWORDS: Free Enterprise - Sustainable Development - Business Environmental Responsibility - Prophylactic Function of Civil Liability - Judicial Power and Economy - Indicators of Corporate Citizenship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 BALIZAS TEÓRICAS E LEGAIS	14
1.1 DIREITO CIVIL NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA	14
1.1.1 A Constituição Federal Brasileira, nos vinte anos de sua promulgação	14
1.1.2 A Constitucionalização do Direito Civil e sua influência hermenêutica	18
1.1.2.1 Repersonalização, Despatrimonialização do Direito Privado e sua correlação com o Direito do Consumidor	22
1.1.2.2 Da estrutura à função social – o solidarismo ético e seu efeito transformador sobre as relações privadas contemporâneas	25
1.1.2.3 Constitucionalização em diálogo com a figura jurídica do Patrimônio – crítica à despatrimonialização e proposta de ressignificação conceitual	28
1.2 O CÓDIGO CIVIL E A DEFESA DO CONSUMIDOR, NO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES	32
1.2.1 Microsistema da Responsabilidade Civil nas relações de consumo – apontamentos necessários	36
2 RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS COMO PERSPECTIVA DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	42
2.1 GLOBALIZAÇÃO, PODER ECONÔMICO E A CRISE SOCIOAMBIENTAL: DEMANDAS PARA UM NOVO PARADIGMA NAS CIÊNCIAS E NA ATIVIDADE ECONÔMICA	43
2.2 RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL E OS PARÂMETROS DO DELIMITE DA LIVRE INICIATIVA	61
2.2.1 O discurso jurídico da responsabilidade socioambiental, ou “responsabilidade jurídica socioambiental” e o Direito na promoção do desenvolvimento sustentável	64
2.2.2 Auto-regulação e gestão da Responsabilidade Socioambiental das empresas	67
3 FUNÇÃO PROFILÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA NO EXERCÍCIO RESPONSÁVEL E SUSTENTÁVEL DA LIVRE INICIATIVA EMPRESARIAL	75
3.1 SUBSÍDIOS PARA A CONTEXTUALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PROFILÁTICA	85
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL COMO ÂNCORA JURÍDICA PARA A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL	100
3.2.1 As decisões judiciais e seu impacto nas estratégias empresariais	108
CONCLUSÃO	144
REFERÊNCIAS	151
ANEXOS I	158
ANEXOS II	159

INTRODUÇÃO

Em 2008, a Constituição Federal completou vinte anos de virtuosa existência teórica, trazendo consigo a carga de toda uma evolução social, que presenciou lutas históricas, de cunho humanista, alterações radicais no modelo econômico e modificações sensíveis da própria essência jurídica.

O Direito completou a travessia da Era dos Códigos à Era das Constituições, vindo se realizarem as garantias de primeira e segunda geração e sua degeneração em abusos. A Liberdade, que para muitos passou a significar abuso de liberdade jurídica e uma desculpa legal para impor os interesses econômicos e privados sobre as necessidades coletivas, ocasionando inúmeros focos de injustiças sociais. Vem, então, o tempo da igualdade, que evolui da formalidade de lei, para a substância da efetividade. No aspecto das técnicas legiferantes e da produção doutrinária, surgem os movimentos da Constitucionalização do Direito Privado e da Funcionalização do Direito como um todo, visando a resgatar a essência da proteção ao Homem, até então colocado de lado, em nome da melhor proteção à propriedade.

O microsistema legislativo de proteção ao Direito do Consumidor é prova material da repersonalização do Direito, que passa a reconhecer a importância desse agente econômico na ponta da cadeia produtiva. No âmbito da funcionalização das figuras jurídicas, é mister destacar que a Responsabilidade Civil tem obtido reconhecimento para além de sua evidente função reparatória e atingindo caráter punitivo do ofensor e pedagógico, como um freio social à reincidência e de evitamento ao estímulo de idênticas condutas ilícitas pelos membros da sociedade.

Da Revolução Industrial ao capitalismo globalizado, a emergência socioambiental levou à necessidade do estabelecimento de novos paradigmas, condizentes com o desenvolvimento sustentável, em nome mesmo da continuidade do mundo e do estilo de vida da sociedade “judaico-cristã-ocidental”. A culpa é posta de lado, para se compartilhar a responsabilidade entre todos os entes, organizados ou não, pessoas públicas e privadas, empresas e cidadãos.

O Direito também expressa compromisso com a sustentabilidade, em todo o ideário constitucional e também na hermenêutica funcionalizada, passando não apenas a coroar tutelas em prol do meio ambiente, mas a compreender o meio ambiente em sentido amplo, composto não apenas pela natureza, mas também pelos homens e suas relações. Entram em cena os meio ambientes empresariais e o meio ambiente laboral. Mencionado pacto jurídico

com a sustentabilidade também engloba a melhor proteção aos direitos humanos e garantias individuais, porque sem a promoção do desenvolvimento humano não se constrói uma sociedade livre, justa e solidária e nem se alcança o bem comum. Eis o valor da Solidariedade, garantia de 3ª geração, recebendo, finalmente, a importância merecida.

O mercado, historicamente, deseja se manter sem atritos e minimamente regulado pelo Estado interventor e, para tanto, emergem demandas éticas e auto-regulatórias, levando os agentes econômicos a trabalharem de acordo com normas consensuais, que padronizam “para mais” a qualidade e a conformidade com os indicadores de excelência. Dentre outras conseqüências, altera o andamento da competitividade e, como as normas consensuais estão necessariamente sujeitas ao regramento jurídico geral, por vezes encontram-se com o sistema normatizado, a exemplo das exigências sobre a certificação da qualidade dos produtos, para fins de importação e exportação.

O atual modelo econômico de produção é dependente de muitos fatores. Vitalmente, é dependente do consumidor, em razão de quem – ou de cujo poder aquisitivo – constrói e desenvolve produtos, presta serviços, e, notadamente, calcula o poder de durabilidade das coisas, a fim de poder renovar a produção empresarial e impor novas necessidades de consumo.

Justamente por seu papel econômico e social relevantíssimos é que o consumidor é considerado fator integrante do eixo socioambiental, assim como a lógica participação do empresário na mesma estrutura relacional.

O que seria da economia mundial se toda a classe consumerista simplesmente cooperasse em deserção, ou seja, se todos juntos, no mesmo dia, decidissem deixar de comprar? O mundo entraria em colapso.

Mas nem diante de uma premissa de tamanho vulto o mercado consegue se auto-regular, prezando, por si só, pelos direitos e garantas básicas do consumidor, salvo atuações empresariais isoladas, fazendo necessária a intervenção estatal legislativa e judicial.

O Poder Judiciário, aliás, exerce papel fundamental na socioambientalidade, haja vista que recebe o direito-dever, a função precípua de regular as relações – contratuais civis estritas, consumeristas, dentre outras – sendo órgão essencial da Ordem Econômica Constitucional e, portanto, do Capitalismo e da Globalização.

Conforme o mito sócio-jurídico, os tribunais são tendenciosos a determinadas categorias jurídicas, materializada em decisões judiciais proferidas por magistrados politizados, “sempre” a favor de consumidores, empregados, etc.

Contudo, a baixíssima retribuição ao ilícito, esta materializada também no módico *quantum* condenatório por dano moral debatido em ações de responsabilidade civil, impõe ao discurso jurídico um verdadeiro antagonismo – no campo teórico, a afirmação da reparabilidade das lesões morais; no plano judicial, a negação da efetividade da tutela.

Notadamente no âmbito da jurisprudência, identificou-se o problema do evitamento de uma imaginária “indústria do dano moral” como artifício para arbitrar modicamente o *quantum debeatur* das lesões imateriais. Porém, o efeito direto é o estabelecimento de uma “indústria da irresponsabilidade”, estimulando o empresário a “pagar para lesionar”.

Lei e jurisprudência não andam em consonância, contrariando a política nacional normatizada no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, em afronta à hermenêutica teleológica, causando conflito no sistema, originado em uma ideologia que beira à hipocrisia – combater uma suposta indústria do dano moral, cuja face se revelaria no crescente de demandas judiciais promovidas notadamente por consumidores, bem como pelo valor pleiteado. Também fere de morte ao artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, por não cooperar para a efetiva prevenção e reparação dos danos, não dando realização à função profilática da responsabilidade civil, ainda mais vital no trato consumerista para se mitigar os efeitos provenientes da sociedade de risco. Risco este que hoje se manifesta de múltiplas formas e naturezas, indo além do risco de desenvolvimento, mas infelizmente também figurando um risco criado pelo Poder Judiciário, pela informação controversa que transmite em sentenças indenizatórias ineficazes e inefetivas.

É no mínimo irônico que se considere o crescimento do acesso ao Judiciário como um demérito social ao invés do incremento revelado de cidadania. E pior: o demérito ao dano moral graça nas ações que deferem provimento ao pedido da vítima, externalizando um perigoso pensamento preconceituoso, de que todo consumidor é movido pela má-fé a procurar seus legítimos direitos. Que espécie de mácula não causa à auto-estima social?

Identificam-se dois motivos preliminares que induzem a essa política judiciária: o valor imaterial, a personalidade, não é reconhecido como patrimônio, pelos tribunais, denotando, inclusive, que, mais a fundo, não reconhecem valor à própria garantia fundamental, razão pela qual acaba desmerecendo proteção ótima que vá além da mera contemplação teórica, a atingir o campo da efetividade e, por isso, não conferindo, na *praxis*, o mesmo nível de garantismo que o dedicado ao patrimônio econômico.

Como conseqüências, também preliminares, percebe-se que a empresa lucra e o consumidor sofre acrescido dano moral, em razão da péssima prestação judicial; ademais, o impacto das sentenças sobre os custos de transação impulsiona a atividade lesiva empresária,

contrariando o espírito preventivo normativo e fazendo surgir, então, uma verdadeira **indústria da irresponsabilidade**, a indústria do danificar, a escolha por prejudicar, estimulando a irresponsabilidade civil e socioambiental e moldando a gestão empresarial em desenho diverso do preconizado pela Constituição Federal, notadamente em seu preâmbulo e artigos 1º e 3º. Também contraria ao espírito do art. 170, *caput*, que imprime como valor fundante do exercício da livre iniciativa a promoção da dignidade da pessoa humana, distante de cujo escopo atua o empresário com abuso de direito.

Mas, se a decisão judicial é nominalmente pró-reconhecimento do dano moral ao consumidor, por que a quantificação módica arbitrada na sentença reverte em favor do fornecedor? Uma maneira de se explicar é através da *ratio* da Análise Econômica do Direito e, mais especificamente, pela Teoria dos Jogos, compreendendo o impacto econômico das decisões judiciais sobre os custos de transação.

Metodologicamente, nada foi quantificado na dissertação e, portanto, não se procedeu a uma análise econômica das questões da responsabilidade civil, mas, com apoio na teoria da *Law and Economics* e da Teoria dos Jogos se pode demonstrar também de que maneira a função profilática da responsabilidade civil colabora para a realização da responsabilidade socioambiental e do desenvolvimento sustentável.

Como se afirma e reafirma, a esta altura, a emergência socioambiental impende em não indagar de que em é a culpa, mas é momento de assumir responsabilidade. Nessa esteira, figura destacadamente a responsabilidade acadêmica e a responsabilidade pessoal do pesquisador, componível também pelo apontamento das falhas, edificação das virtudes e desenvolvimento de ações práticas, excedendo as paredes fechadas para verdadeiramente enxergar a comunidade e caminhar até ela, levando a todos o progresso, estimulando a cultura responsável e contribuindo para o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para fins de cumprimento dessa faceta do Mestrado, destacam-se duas realizações importantes, que vieram a compor, inclusive, o corpo do texto da presente dissertação. Primeiramente e de natureza teórica, a proposição de uma nova significação para a figura jurídica do patrimônio, pugnando para que seja lida por sua visão antropocêntrica, abrangendo toda natureza de bens do ser humano, inclusive os intangíveis economicamente não apreciáveis; surte efeitos sobre as categorias de danos civis, traduzida na compreensão do dano patrimonial como gênero e das lesões morais e econômicas como espécie. Essa teoria foi apresentada no XVII Congresso Nacional do Conpedi, tendo recebido Menção Honrosa. A segunda ação desenvolvida no curso do Mestrado consolidou-se em uma ampla investigação de campo sobre o impacto ambiental causado pelo uso de papel nas academias, chegando-se à

alarmante conclusão de que quase um milhão de árvores já foram usadas para a produção dos trabalhos de conclusão de curso, no período analisado, conforme consta dos anexos. Notadamente, motivou uma proposta de revisão da ABNT NBR 14724, a qual foi identificada como um dos focos desse comportamento e consumo insustentáveis, por orientar a apresentação dos trabalhos científicos utilizando apenas o anverso de papéis brancos; proposta esta que foi entregue à ABNT, dando origem a um movimento nacional pela mudança da norma, bem como a artigo sobre o tema, também apresentado perante o XVII Congresso Nacional do Conpedi. Ambos foram trabalhos deveras recompensadores, mas não de uma perspectiva egoística, porque toda produção, uma vez publicada, ganha vida própria no mundo dos fatos, restando à autora assistir de camarote a caminhada de seu trabalho, agradecida pela existência dos co-criadores e daqueles que permanecem dando apoio para que a idéia não pereça na casca. Mas é preciso registrar a gratificação de se produzir algo concreto, que exceda os limites da escrita, para ganhar corpo de projeto comunitário. Parece ser esta a função precípua do mestrado – a promoção efetiva do desenvolvimento.

Ambas as iniciativas e artigos deram suporte teórico e prático à pesquisa e confecção desta dissertação, além de auxiliar no cumprimento das novas recomendações da CAPES, atinentes à prévia publicação de porções da pesquisa, antes de sua apresentação à c. Banca Examinadora. Na mesma linha de diligência, a tese principal do trabalho emana de um *paper*, em 40 páginas, apresentado para fins de obtenção de crédito na disciplina do Prof. Dr. Antonio Carlos Efig, colaborador para o conhecimento amalhado e conclusões parciais obtidas.

Foram os objetivos da dissertação: 1) firmar marco teórico, acerca da travessia do Direito Privado – da Modernidade para a Contemporaneidade –, bem como acerca dos movimentos Constitucionalização e Repersonalização do Direito Civil; 2) expor as pretensões da funcionalização do Direito, notadamente para a Responsabilidade Civil no trato consumerista; 3) firmar marco teórico, acerca da emergência socioambiental e das novas demandas por estas impostas; 4) analisar a função social da Responsabilidade Civil em seu aspecto profilático, como instrumento de realização da responsabilidade socioambiental e do desenvolvimento sustentável, na ótica consumerista e sob a ótica da Teoria dos Jogos.

Inicialmente, a metodologia que se pretendia usar era a pesquisa bibliográfica e de campo, valendo-se desta última também para profundo levantamento jurisprudencial nacional. Contudo, o fator tempo cooperou para a conclusão das pesquisas de campo relativas ao impacto ambiental pelo consumo de papel nas academias brasileiras e, para infelizmente, pesquisas de campo involuntárias, no âmbito das lesões de consumo pessoalmente

experienciadas, a exemplo do dano moral relatado no capítulo 3, suportado pela pesquisadora duas semanas antes da conclusão do trabalho.

No espírito contemporâneo, a pesquisa ganhou com informações “em tempo real”, retiradas de *sites*, viabilizando não uma pesquisa “datada”, mas conectada com a realidade social e com as conseqüências das novas demandas socioambientais. Claro que tal metodologia exige do pesquisador um juízo de valor ponderado e disposição para diversos retornos à biblioteca, para fins de conferência doutrinária. E isto inclusive devido a situações bizarras como a vivida no final do ano de 2008, tempos em que a biblioteca da PUCPR já se achava em recesso – como soe acontecer, de meados de dezembro a fins de janeiro – e a pesquisadora carecia confirmar a seguinte informação: Lorenzetti – o autor argentino – afirma que o direito digital era pertencente às garantias de 5ª geração? Sem material impresso disponível, e recorrendo ao *Google*, encontraram-se excelentes ofertas de duchas e chuveiros, acionáveis por controle digital, com tecnologia de última geração.

Conforme orientação metodológica, a introdução é lugar de se exporem eventuais dificuldades enfrentadas. Relatam-se duas. Novamente o fator tempo, exíguo para a conclusão de um mestrado de pesquisa intensa, considerando que os trabalhos das disciplinas do 3º semestre acabam por se acumular com a produção dissertativa, inevitavelmente, por conta do calendário. A segunda foi mais um desafio do que um problema – produzir a dissertação em aproximadas 150 laudas.

Na continuidade, a dissertação foi construída em 3 capítulos: o primeiro, trazendo balizas teóricas e legais do Direito Civil, na perspectiva constitucional contemporânea; sob a mesma ótica, o sistema de Responsabilidade Civil consumerista; o segundo capítulo, tratando da responsabilidade socioambiental das empresas como perspectiva de promoção do desenvolvimento sustentável; e, por fim, o terceiro e último capítulo, analisando a função profilática da Responsabilidade Civil como instrumento de realização da responsabilidade socioambiental e do desenvolvimento sustentável.

CAPÍTULO 1 – BALIZAS TEÓRICAS E LEGAIS

1.1 DIREITO CIVIL NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

1.1.1 A Constituição Federal Brasileira, nos vinte anos de sua promulgação

A história do Homem Racional remonta há quase 6.000 anos. Ao analisar a evolução das famílias ao longo dos tempos, Engels (1984, p. 38-39), nos idos de 1800, dizia com razão que o núcleo descrito no Gênesis, correspondia quase à exatidão, ao mesmo modelo familiar de sua época. Realmente, acompanhando a notícia histórica, percebe-se grande similitude entre as características tipicamente adâmicas até os presentes dias. Desde os primórdios, a representação social denota que o Homem deseja, em suma, o seu direito a existir *lato sensu* e a perseguir sua felicidade, tendo o seu espaço próprio, saúde, construindo família, desenvolvendo seu intelecto e habilidades, praticando sua atividade laboral e mantendo a subsistência pessoal e de seu núcleo familiar, detendo a possibilidade, também, de defender sua propriedade, parentes, honra e nome, de eminente ameaça. Correlatos deveres também já faziam parte da estrutura social antiga, fosse para com a comunidade, fosse para com as pessoas mais próximas. E em se tratando de seres humanos, eis que estes já praticavam os mesmos delitos da atualidade, desde a representada degradação do Éden, até assassinatos, adultérios, usurpações de herança e fraudes negociais.

Os documentos mais remotos testificam que a sociedade antiga valorizava, na essência, o mesmo conteúdo ético que hoje remanesce valorizado, guardadas, por certas, as necessárias ressalvas evolutivas, tanto de interesses, quanto de métodos. Afinal, se o Homem sempre almejou as mesmas garantias, é certo que grandes foram as lutas pela igualdade entre os sujeitos de direito, a fim de que todos pudessem ter acesso ao mesmo “mínimo jurídico” (ROSANVALON, 1997) – ainda que formalmente –, derrubando ao máximo as categorizações que, injustamente, distinguiram as pessoas. Batalhou-se pelo infirmar dos valores, na Revolução Gloriosa; pela abolição da escravatura e do comércio de seres humanos; pelo sufrágio universal; pela proteção dos trabalhadores; pela autonomia feminina; pela defesa da propriedade privada; pela efetividade das garantias fundamentais.

E ainda que muitas investidas sociais mereçam destaque, de toda sorte é mister que se estabeleça um marco histórico, divisor de águas não apenas temporal, mas notadamente social e jurídico, a saber, a Revolução Francesa, donde emerge o tripé assecuratório – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – constituto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Tríade esta que é o fundamento teórico de outras relevantes declarações internacionais, vindo a embasar tratados e cartas políticas em geral.

Norberto Bobbio (1992, p. 6), na *Era dos Direitos*, afirma que os direitos fundamentais são históricos, nascidos das circunstâncias sociais, associando-os, *ab initio*, a denominadas três gerações, correlacionadas ao referido tripé francês¹.

Assim, tem-se a primeira geração – *liberté* – associada aos direitos garantidores da liberdade individual dos sujeitos de direito e um não agir do Estado; a segunda geração – *égalité* – direitos sociais, contemplados nas cartas políticas democráticas, portanto, correspondendo a uma ação positiva estatal; e, por fim, quanto à terceira geração – *fraternité* – diz o autor ainda ser uma categoria heterogênea, em pleno desenvolvimento conceitual, sendo composta por garantias diferenciadas, de natureza difusa ou coletiva, denominadas também de “direitos solidários”², havendo a necessidade da gestão jurídica da comunidade, em prol do estabelecimento de boas condições gerais de vida, mas igualmente repartindo, entre todos, a responsabilidade por tal atingimento³.

As lutas sociais também se enquadram nestas mesmas três categorias, pois, evolutivamente, muitas dessas batalhas se repetem, ainda que com tônica diversa: da conquistada liberdade para formação e dissolução de família, busca-se a igualdade do exercício de símile direito a casais homoafetivos; da garantia de aquisição de propriedade privada, passa-se ao debate tanto de seu exercício regular desprovido de ofensa às comunidades excluídas, quanto à legitimidade de apropriação e do uso dos recursos naturais. Dantes se conquistou a plena liberdade de contratar; hoje, o Estado opera em intervenção legítima sobre a vontade dos particulares, delimitando-a em função do interesse coletivo. Ou seja, na dicção de Bobbio (2007, p.53/113), caminha-se da estrutura para a função.

Igual raciocínio pode ser utilizado acerca das disputas internacionais, que evoluíram das circunscritas alterações por fronteiras, para a complexidade do direito à autodeterminação dos povos, e isto de maneira diversa daquela soberba forma de aceitação dos tempos modernos, consistente com a mera concessão territorial e mero suportamento das diferenças, na tentativa – ainda que eventualmente escamoteada – de assimilação e aculturação das minorias.

Há 20 anos, o Brasil consagrava as principais lutas humanistas e a tríade assecuratória, em uma Carta Magna democrática e solidária, declaratória das garantias fundamentais de toda pessoa humana, vedando as categorizações de sujeitos de direito – todos devem ser substancialmente

¹ O autor também menciona a quarta geração de direitos; doutrinariamente, há referência à quinta geração, como se verá adiante.

² A doutrina tem reconhecido que o princípio da solidariedade nada mais é do que uma versão atualizada da idéia francesa de fraternidade. A respeito do assunto v., por todos, Michel BORGETTO, *La notion de fraternité em droit public français*. LGDJ, Paris, 1993.

³ A exemplo do direito de se habitar em um mundo não poluído, com o correlato dever de não poluir, extensível, ambos, aos particulares e pessoas públicas, indivíduos e coletividades.

iguais perante a lei. Ou seja, trata-se do reconhecimento da importância do ser humano não vinculada ao seu *status* ou à sua origem; antes, pelo simples fato de ser Homem.

Eis o grande mérito e norte ideológico da Constituição Federal vigente, qual seja o de possuir como corolário fundamental a Dignidade da Pessoa Humana, valor fundante direcionador de todas as demais garantias individuais e coletivas e dos fundamentos e objetivos republicanos, inclusive da própria ordem econômica. Assim, como lembra Ana Paula Barcellos (2008, p.15-34), trata-se de verdadeira juridicização do valor humanista.

Destarte, a busca pela promoção da dignidade do ser humano como paradigma valorativo supremo, cláusula geral delimitadora de toda norma, relação e ato jurídico, é o grande sustentáculo do sistema constitucional. Todavia, como o indivíduo interage socialmente e os três Poderes se prestam a servir aos interesses da Nação – ou seja, da coletividade⁴ – a Carta Magna estabeleceu, para consecução do bem comum⁵, um parâmetro axiológico das condutas, a saber, o solidarismo, desenvolvendo um sistema de atuação jurídica infirmado no bem, individual e globalmente.

A Constituição Federal não restou incólume, ao longo de vinte anos, à evolução do pensamento e das próprias necessidades sociais, e isto para o bem do País, buscando-se, a cada dia e ato jurídico, a realização da igualdade substancial e a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária.

É louvável que a Constituição tenha materializado, ao menos no alcance parcial legislativo, o contrato de uma sociedade preocupada mais com o ser do que com o ter, onde seja reconhecida efetivamente a dignidade. Em suma, nas palavras de Delpérée (1999, p. 162) “[...] o respeito que merece o homem. A dignidade não se reclama, nem tampouco se negocia. Ela se impõe, [...] absoluta, para que a vida seja digna de ser vivida”. Mas continua a enfrentar desafios, notadamente representados pela busca da efetividade de suas garantias fundamentais e pela concretização de uma técnica hermenêutica constitucionalizada, que alcance a operação do Direito como um todo, unificando-o em torno do ideal do solidarismo ético.

Por fim, é fundamental destacar algumas previsões constitucionais, também de cunho normativo, que vêm a influenciar diretamente na presente investigação.

No âmbito do Direito Civil, é competência privativa da União, legislar sobre a matéria, conforme ordem expressa do artigo 22, inciso I. Assegura o artigo 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

⁴ Desejavelmente.

⁵ Pois divorciado deste não há dignidade pessoal.

segurança e à propriedade”. E no inciso V – verdadeiro marco legislativo – assegura o direito de resposta, “proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

No campo consumerista, o inciso XXXII, do artigo 5º, por sua vez, afirma que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Na mesma linha, o ato das disposições transitórias 48, obrigou ao Congresso Nacional, em prazo de 120 dias contados da promulgação, a elaborar o Código de Defesa do Consumidor. O artigo 24 reparte entre a União, Estados e Distrito Federal a competência concorrente para legislar sobre: inciso V – a produção e consumo e VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, dentre outros. De leitura imperiosa, o artigo 170, que regula os princípios gerais da atividade econômica, relacionando valores e metas a serem conquistadas e ambicionadas em sua complexidade e totalidade:

TÍTULO VII – Da Ordem Econômica e Financeira
CAPÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA
Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; [...]

A compreensão da necessidade da interpretação sistemática, englobante de todos os princípios acima arrolados, orientará aos aplicadores do Direito na operação das relações empresárias e / ou de consumo, a fim de evitar conflitos entre valores jurídicos de símile hierarquia. Desta forma, o exercício da livre concorrência não pode prejudicar aos direitos do consumidor – incisos IV e V, respectivamente. Todavia, o interesse do consumidor não poderá ser invocado, de maneira absoluta, sobre o interesse ambiental; exemplificando, *in casu* hipotético, a redução nos custos de produção, em prol da redução do preço final do produto, não legitima o aumento do impacto ambiental decorrente. Havendo conflito entre os princípios, o caso concreto será resolvido pelo magistrado com apego às técnicas interpretativas apropriadas, que demandam a análise dos valores jurídicos tutelados. Isto não significa dizer que esta exegese será realizada entre todos os princípios de maneira equânime, visto que se defende a idéia de que existe hierarquia entre os princípios constitucionais, sobretudo se considerados aqueles descritos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal quando em confronto com os demais nela insertos.

Resta demonstrado que a Constituição Federal, inspirada pela repersonalização das relações jurídicas e com o afastamento do individualismo proprietário, em privilégio do

reconhecimento do *status* do Homem em sua função coletiva, conferiu proteção à tutela dos danos, bem como aos consumidores, confessando, de forma inerente, a vulnerabilidade desta categoria de atores econômicos, e, via de consequência, a impendente necessidade de seu especial tutelamento, tratando, em nome da efetividade do princípio da isonomia, com diferença, aos desiguais⁶.

1.1.2 A Constitucionalização do Direito Civil e sua influência hermenêutica

A academia jurídica registra dois movimentos distintos – a Constitucionalização e a Publicização do Direito Privado – e, em que pese haver alguma confusão entre eles, seu conteúdo é diverso.

Sumularmente, constitucionalizar um sistema – seja o Direito Civil ou qualquer outra espécie normativa – significa ler, interpretar a aplicar seu tutelamento à luz da orientação principiológica constitucional. A Publicização do Direito Privado, por sua vez, trata da – crescente, diga-se – inserção de normas de caráter público, em institutos próprios dos particulares, em ação estatal intervencionista regulatória, em prol da limitação das condutas privadas, em favor do bem comum; a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que tutela relações de fornecimento e transações comerciais, mas que entra na seara pública, prescrevendo procedimentos administrativos e tipificando espécies criminais. Também o Código Civil sempre restou permeado da publicização; ilustrativamente, o rol taxativo de modalidades de rompimento do vínculo conjugal e as nulidades dos negócios jurídicos⁷.

A travessia dos Códigos para as Constituições é marcada por uma ressignificação da racionalidade dicotômica, perecendo a radical separação entre os espaços públicos e privados, transportando a interpretação para os fatores de densidade da figura ou da norma avaliadas, visíveis e identificáveis no caso concreto. As Ciências Jurídicas são alçadas para um novo plano⁸, ultrapassando o pensamento maniqueísta e a delimitação estrita dos campos do Direito, visto que há revigorado privilégio para o diálogo entre as diversas esferas, inclusive com a intenção de repartir a responsabilidade pró-eficácia e efetividade do ordenamento, entre os entes públicos e privados. A forte tendência caminha pela edição de normas de cunho

⁶ Tópico previamente publicado, conforme recomendação CAPES, apresentado perante o XVII Congresso Nacional do Conpedi, tendo merecido menção honrosa: PARODI, Ana Cecília; POPP, Carlyle. **Ressignificação de patrimônio e recategorização dos danos civis, em uma perspectiva conceitual contemporânea.** (BRASÍLIA, 2008).

⁷ Vale destacar, ainda, a Lei “Maria da Penha” trata do equilíbrio em relações estritamente privatísticas, a saber, as familiares, valendo-se de forte caráter cogente e regulamentando o artigo 226, da Constituição Federal.

⁸ Sobre o tema v. Cláudia Lima MARQUES, 4ª ed. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo : RT. p. 155/175.

normativo misto, possuindo dispositivos de dupla natureza, na mesma produção legiferante.

Mantida a autonomia das esferas, porém convivendo com a interdisciplinaridade científica, o universo jurídico passa a trabalhar com *inputs* e *outputs* (FACHIN, 2008), analisando as relações à luz dos elementos externos ao seu saber e excedendo também o Campo. Todo operador do Direito, independente de seu cargo, há de saber que a Justiça vive uma nova ordem, em pleno século XXI, guiada pelos novos paradigmas do Direito.

Considerando que a Constitucionalização do Direito Privado é um movimento também de natureza hermenêutica e que colabora para as transformações contemporâneas do governo das relações jurídicas privadas, é mister traçar uma visão panorâmica acerca de seu aparecimento e evolução.

A sua atual visão cresceu até o dia de hoje, mas nasceu com a Constituição Italiana de 1947, inauguradora da importância do princípio da dignidade da pessoa humana. Tempos⁹ em que é conferido maior vigor ao afrouxamento das dicotomias e ao valor constitucional como topo hierárquico da pirâmide normativa, levando a uma correlata e proporcional sujeição à Carta Magna, dos demais institutos, como ensina Streck (2004, p. 215):

[...] a Constituição [...] passará a conformar a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico [...] é assim a materialização da ordem jurídica do contrato social, [...] colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico.

Nos antecedentes fáticos, tem-se que a autonomia da vontade¹⁰ se tornou a vedete das figuras jurídicas a partir de Napoleão, consagrando-se sobre a ingerência do Estado. Mas a Revolução Francesa deu lugar à Revolução Industrial, e uma brusca alteração nos regimes de trabalho afetou, perenemente, até a estrutura da célula familiar, desvirtuando a ideologia da igualdade formal entre os indivíduos, por ter sido posta a serviço do lucro exorbitante, avassalando a necessária liberdade real entre os partícipes da relação negocial e requerendo do Estado uma “flexibilização” da idéia de abstencionismo estatal, ou seja, a percepção de Estado Liberal. Como diria Lacordaire (1802-1861), “entre o forte e o fraco, é a lei que liberta e a liberdade que escraviza”. Inicia-se, a partir destas circunstâncias históricas – inauguradas por ocasião da Revolução Industrial e consolidadas a partir da 1ª Grande Guerra – o agonizar do papel do Estado assistente, no sentido de mero expectador.

⁹ Na época em foram criados os Tribunais Constitucionais Europeus e mecanismos jurídicos de controle concentrado da constitucionalidade.

¹⁰ Atualmente a melhor expressão para explicar tal instituto é a de ‘autonomia privada’, visto que aquela expressão designava um valor excessivo à vontade, como se fosse, o que a história demonstrou que não era, verdadeira fonte do direito. A expressão “autonomia da vontade” contudo, é a que melhor expressa a visão de mundo existente por ocasião do estado liberal.

O Século XX seria construído sobre a carcaça do modelo humanista, guardando as sombras do Iluminismo. Do lucro vil às guerras, vê-se que o exercício irrefreado das liberdades individuais havia levado a sociedade mundial a graves desequilíbrios, notadamente porque prevalecera a Liberdade sobre a Igualdade – o conferimento de privilégios e oportunidades mais benéficos aos mais poderosos, regando a semente da injustiça social, que, no fim do dia, é ainda mais prejudicial para a própria classe dominante, em um ciclo vicioso.

O retrocesso do desenvolvimento humano precisou ser bruscamente freado por corajosos movimentos sociais, inconformistas do *status quo*, no enfrentamento dos poderosos gigantes estatais e privados, com destaque para as feministas, os trabalhistas, os pacifistas e defensores dos direitos humanos, dentre outros; além do nascimento de importantes entidades, como a Cruz Vermelha Internacional. A coroação das vitórias se dá em 1948, pela aprovação das já mencionadas Declarações que, na porção em que cominam preceitos idênticos aos napoleônicos, na verdade reafirmam as garantias básicas, dantes conquistadas a preço de sangue, mas abafadas pelo suor dos trabalhadores nas fábricas e pelo totalitarismo dos Estados.

A publicização e a constitucionalização foram, de certa forma, uma resposta aos efeitos jurídicos decorrentes da Revolução Industrial, gerando focos de intervencionismo estatal – a fim de equilibrar as desigualdades –, fruto de reclames sociais, de forma a limitar o poder coercitivo dos fortes, impedindo, como diria João Calvão da Silva (2006, p. 50) “que os mais fracos sejam obrigados a querer o que os mais fortes são livres de lhes impor”. Por outro lado, a esta socialização do Direito Privado¹¹ mais à frente, já no final do século XX, contrapõe-se uma privatização do Direito Público.

Os dois fenômenos se atrelam à mitigação das dicotomias. O governo jurídico das relações sociais à luz da constitucionalização passa a permitir, ligada a outras circunstâncias históricas, que a norma constitucional comece a contemplar não somente regras de regulamentação e controle do Estado, mas sim regras originariamente de Direito Privado, gerando aquilo que inicialmente foi chamado de Constitucionalização dos Princípios Fundamentais do Direito Privado. Esta mudança propicia o reconhecimento da existência de um Direito Civil constitucionalizado, mais preocupado com uma visão solidária e protetora da dignidade humana, do que propriamente com os interesses individuais, *stricto sensu*, de cada parte integrante da específica relação jurídica.

A constitucionalização sofre críticas doutrinárias, como as registradas por Teresa

¹¹ Expressão criticada por Calvão da Silva (2006, p. 46).

Negreiros (2006, p. 67-), por trazer introjetada autorização para o intervencionismo estatal nas relações privadas, abalando a segurança jurídica dos negócios e impondo-lhes perigo de revisão judicial por hipóteses mais amplas do que o compêndio normativo determina, antes estendendo o rol a abstrações de pouca delimitação objetiva, a exemplo do ferimento dos interesses do bem comum, cuja definição, *in casu*, depende, efetivamente, da construção jurisprudencial, sujeita ao caldo cultural do magistrado e, por isso, mitigando a previsibilidade negocial desejada.

Críticas estas improcedentes, pois é dever do Estado-Lei Contemporâneo não abandonar à sorte dos arbítrios particulares a absoluta regência de suas próprias relações, sob pena de perecimento da estabilidade social, reputando-se, portanto, por salutar, a sua intervenção genérica ponderada, desde que circunscrita aos legítimos trâmites legiferantes. O Estado-Juiz deve primar pela coibição e evitamento dos abusos de direito e por manter a ordem pública, inclusive nos pactos particulares, vigiando sobre si, para que não extrapole o equilíbrio vital e cumprindo sua função e responsabilidade social, cooperando para que também os particulares andem delimitados por sua responsabilidade jurídica social.

O exercício abusivo da liberdade particular foi responsável por instituir diferenças sociais de grau desmedido, mortificando a premissa jurídica da Igualdade – especialmente em sua perspectiva substancial. Revelava-se insuficiente a profissão da igualdade formal entre os sujeitos; fazia-se preciso garantir a efetividade dessa afirmação jurídica, esforçando-se pela implementação de uma sociedade livre, justa e solidária¹².

Eis o encontro com a doutrina de Pietro Perlingieri (2007, p. 38-39): é impossível que os direitos individuais da pessoa humana sejam exercidos com foco unicamente nos interesses igualmente individuais, sendo antes necessário que os mesmos estejam em permanente diálogo com as necessidades de toda a sociedade, justificando a importância – e o dever – da intervenção estatal, em sua boa e legítima atuação de poderio tripartite, impondo aos cidadãos não um limite engessador de um sentido obrigatório de agir, mas um “delimite”, uma delimitação à sua conduta lícita, pela não abusividade do exercício de seus direitos.

Dois temas relevantes são dogmaticamente associados à Constitucionalização – os movimentos chamados de Repersonalização e Despatrimonialização do Direito Civil, bem como a funcionalização do Direito, conforme será visto a seguir.

¹² Cujas responsabilidades, no Direito Brasileiro, passa a ser de todos – pessoas públicas e privadas – que possui coroação principiológica contida na “teoria do abuso de direito”, contemplado no Código Civil, em seu art. 187.

1.1.2.1 Repersonalização e Despatrimonialização do Direito Privado

Na era da codificação, os diplomas afirmaram a liberdade de autodeterminação dos particulares, concretizada em ampla liberdade contratual e de titularidade imobiliária. Desde então, os ordenamentos jurídicos refletem uma **visão patrimonializada do Direito**, infirmando a melhor tutela para a propriedade e não para a pessoa humana diretamente, ideologia jurídica e especialmente social, também denominada **individualismo proprietário**¹³, traduzindo um direito despersonalizado, haja vista que maior identidade normativa guardava com os bens, e não com seus possuidores.

Como ensina Sarmiento (2004, p. 91):

Este indivíduo, então identificado pelo Código Civil, não era um ser concreto, portador de necessidades materiais específicas, mas uma abstração conceitual, um sujeito de direito em hipotética paridade com outros sujeitos de direito integrantes do mercado e da sociedade civil. A ordem jurídica cerrava seus olhos para a desigualdade de fato [...]

Patrimonialização – dos contratos ou das relações em geral – difere do específico conteúdo econômico, sendo antes uma tendência, imposta pela *ratio* jurídica moderna – bem infirmada pela Revolução Francesa – de operacionalizar o Direito com extremo privilégio protetivo aos valores patrimoniais em questão, ainda que em detrimento da realização dos interesses “extrapatrimoniais” ou imateriais do sujeito de direitos. Fator que milita, sem dúvida alguma, contra a realização de uma sociedade livre, justa e solidária..

Visto que o Direito Clássico-Moderno se fundamentou sobre uma grave inversão de valores, relegando o Homem a ente abstrato tutelável, em contraponto a um direito concreto, consistente com a propriedade imobiliária – onde o sujeito de direitos não era visto por sua função localizada, mas por sua “objetização momentânea”, mormente como o “titular da propriedade” ou “do direito proprietário” – com a evolução social e jurídica, a dita patrimonialização do Direito Privado passa a ser amenizada pelas lutas sociais e crescente valorização do ser humano, concretizada também em normas inseridas nas Cartas Magnas dos países democráticos, tendo, na Modernidade, a Constitucionalização do Direito Privado como voz ativa e pró-ativa de transformação jurídica da interpretação dos dispositivos e das relações privadas, visando a corrigir os rumos do Direito, para uma visão antropocêntrica.

Em nome do resgate do antropocentrismo, para alçá-lo a paradigma central do tríplice vértice do discurso jurídico – a norma, a jurisprudência e a doutrina – surgiram algumas

¹³ A este respeito, BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Traducción de Jesús Ernesto Garcia Rodriguez. Madrid : Editorial Trotta. 1996

correntes acadêmicas, que dialogam com a Constitucionalização: os movimentos de *Despatrimonialização* e de Repersonalização do Direito Privado, cujas bandeiras são erguidas, nacionalmente, por consagrados autores, a exemplo de Judith Martins Costa, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin Moraes.

Ambos estão aliados à Constitucionalização, mas também intimamente ligados à questão patrimonial em si – então valor fundante do Direito –, pretendendo uma reforma ética de todo o discurso jurídico. Acerca do entorpecimento axiológico, Pietro Barcellona (1996, p.17) critica a Modernidade, afirmando que a sociedade é uma massa amorfa de indivíduos, que perseguem febrilmente uma identidade impossível: o mundo dos objetos consumíveis governa as suas vidas por uma lógica puramente consumista.

Mas eis que se trata de linhas de pensamento diversas, havendo, basicamente, entre os dois movimentos, uma diferença didático-metodológica: enquanto a **repersonalização** busca colocar o Homem no centro do valor da tutela, resgatando, também ao mundo do Direito, a visão antropocêntrica, a **despatrimonialização**, por sua vez, atua pela desconstrução do paradigma patrimonial, em verdadeira crítica ao sistema vigente.

A **repersonalização** trata da pessoa do sujeito de direitos, visando a construir, ou identificar, para este, um novo sentido conceitual, que o valorize como pessoa humana – e não meramente como titular do direito patrimonial, como se o Homem existisse para viabilizar a existências das coisas. Ensina Fachin (2000, p.102):

O Código Civil foi formulado numa época de extremo apego às aspirações e generalizações. Categorias jurídicas, e não o sujeito, estavam no centro das preocupações. [...] Já anotamos, em outro texto, a incidência da complexidade como categoria apta a fraturar frágeis certezas e a fragmentar percepções monolíticas: Numa sociedade de identidades múltiplas, da fragmentação do corpo limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abre para a idéia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução do Direito. [...]

Ao encargo de Tepedino (1997, p. 317-318), a noção da teoria também conhecida como **despatrimonialização constitucionalizada**:

Na realidade, a eficácia do projeto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda; de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a paulatina corporificação, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de um processo de ‘despatrimonialização’ do direito privado.

Restando o escopo do doutrinador bastante claro, das suas linhas se desume o reconhecimento do privilégio jurídico que recebe o patrimônio, em sua acepção tradicional – com vigor já em parte mitigado, certamente –, evidenciando que a patrimonialização das

relações era fenômeno de tal gravidade e proporção, que chegava a prejudicar a própria tutela da estrutura familiar, desmerecendo o “direito à felicidade” e o “direito de romper”, para se beneficiar a denominada “família institucional”, cuja função era dar forma à sociedade conjugal – de reflexos vitais para a comunidade – e não proteger o “direito de amar” – o qual, logicamente, possui relevância social, tendo em vista os efeitos coletivos inevitavelmente surtidos¹⁴.

A concluir a travessia, pode-se dizer que no fulcro prospectivo, ambas as teorias ancoram em mesmo plano. A despatrimonialização constitucionalizada tem por objetivo retirar do foco das relações jurídicas o privilégio à coisificação do Homem, do “ter” sobre o “ser”, em prol de uma **revalorização** dos direitos subjetivos, **repersonalizando** as relações privadas. Voltando a Tepedino (2006, p. 342), eis o atingimento da visão antropocêntrica do Direito, resgatando o Homem como valor social e cerne das relações.

A pessoa humana e não portanto o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de personalidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado.

Lógico se desumir que a crítica quanto à patrimonialização das relações residia justamente na exacerbada tutela ao bem de propriedade – que ensejou inclusive uma noção econômica de patrimônio no Direito Civil –, a despeito das necessidades humanas. Altera-se a noção de “justo”, ao se **despatrimonializar** a interpretação e operação do Direito, pondo-se em foco a necessidade do Homem, ainda que no sacrifício eventual do valor e interesse econômicos. Nas palavras de Fachin (2000, p. 179):

Compreende-se nesta faina a percepção axiológica centrada na pessoa, superando o individualismo formalista e a aplicação mecânica do Direito. É inegável a pertinência da temática constitucional em sede do Direito Civil contemporâneo, sem embargo das vicissitudes e da complexidade que daí emergem.

O consumerismo¹⁵ percebe efeitos decorrentes, haja vista que a repersonalização propiciou ganhos jurídicos das mais diversas ordens, dentre eles, o reconhecimento do Consumidor como uma legítima categoria de pessoas merecedoras de tutela específica, preocupada com a proteção de seus direitos fundamentais, quando no exercício de tais

¹⁴ Por relação afetiva *stricto sensu* compreende-se apenas as providas de natureza familiar, afastando das efêmeras até o noivado. Nesse sentido, PARODI, Ana Cecília. **Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos**. Campinas : Russell, 2007. 598 p.

¹⁵ Ainda que talvez, inicialmente, por razões de mercado, haja vista que o consumidor é um dos últimos atores econômicos da cadeia relacional. Diz-se um dos últimos, tendo em vista que os atuais debates acerca da responsabilidade pós-consumo podem vir a modificar a perspectiva que encerra no consumidor a relação de consumo.

relações típicas, a exemplo da garantia à segurança e à vida, frente ao risco apresentado pelo produto colocado no mercado. Não fosse pelos efeitos da repersonalização, o Consumidor restaria dependente dos reflexos da regulação puramente econômica, como se fosse “apenas um detalhe”, um apêndice das transações comerciais e não o seu destinatário precípuo, viabilizador da atividade comercial.

Antonio Carlos Efig (2001, p. 25-32) atribui o início da proteção jurídica consumerista à forte alteração do modo de produção para larga escala, ocorrido em virtude da Revolução Industrial. Aparecem no cenário jurídico figuras como os contratos de massa e a responsabilidade dos produtores pela coletividade dos consumidores.

Como ensina Claudia Lima Marques (2002, p. 44), o Brasil demorou mais do que os Estados Unidos da América para reconhecer o consumidor com agente específico, considerado em suas necessidades, concretizando a proteção legislativa especializada¹⁶.

A concentração no sujeito de direitos é hoje característica de nosso direito privado, e é para proteger esse sujeito que leis especiais são criadas, microssistemas como o CDC, que ajudam a formar o complexo novo sistema do direito privado atual. [...] a nova teoria do sujeito é outra: o sujeito está fragmentado e é plural, como o é o grupo dos consumidores. [...] O sujeito de direitos que protege [CDC] é individual, mas também é abstratamente plural ao mesmo tempo, e protegido pelas mesmas normas [...]

O direito à felicidade também dialoga com as relações de consumo, tanto que a frustração do consumidor, relativa ao bem adquirido, é elemento das lesões típicas. Contudo, sobre a relação consumo x felicidade, não se pode deixar de assinalar que é desaconselhável às pessoas que busquem satisfação interior no consumismo, vez que representa ameaça para o desenvolvimento individual, dado o vazio emocional que visa a preencher, e para o desenvolvimento coletivo, pelos focos de insustentabilidade que enseja.

1.1.2.2 Da estrutura à função social – o solidarismo e seu efeito transformador sobre as relações privadas contemporâneas

A nomeação deste item faz menção ao título da obra de Norberto Bobbio, o magister italiano que marcou época com sua produção sobre a função social das figuras jurídicas.

¹⁶ Vale destacar que Heloisa Carpena (2005, p. 175) trata dos efeitos da repersonalização em dois âmbitos. Primeiramente, para a definição do campo de aplicação do CDC, em relação às teorias maximalistas e finalistas, salientando que o CDC não modifica a definição de sujeito de direitos; bem como, por sua função na atividade econômica, tudo como se verá mais adiante.

A função social é tema coligado à operacionalização da hermenêutica constitucionalizada, devendo ser prospectada em cada relação jurídica privada praticada concretamente, e cujos limites de conteúdo jurídico são delineados também no artigo 187 do Código Civil, sem prejuízo das demais tutelas. Também guarda conexão de efetividade com outras correntes doutrinárias, a exemplo das já vistas repersonalização e da despatrimonialização do Direito Civil.

Acerca do afrouxamento das dicotomias, conclui Perlingieri (2007, p. 52-53) que a “unidade do fenômeno social e do ordenamento jurídico exige o estudo de cada instituto em seus aspectos ditos privatísticos e publicísticos. A própria distinção entre direito público e privado está em crise”.

Fixando marco teórico, Bobbio (2007, p. 85-137) ensina que, por função se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo. E entende que o escasso interesse pela função social, na (então) prevalente teoria geral do Direito resta vinculada ao destaque que os grandes juristas deram às Ciências Jurídicas como um instrumento “cuja especificidade não deriva dos fins a que serve, mas do modo pelo qual os fins, quaisquer que sejam, são perseguidos e alcançados”.

A razão positivista implica no estudo e aplicação do Direito a partir de sua estrutura, visando a uma compreensão de sua formação, a desprezo da serventia de seu conteúdo; ou, privilegiando a estrutura sobre a função. E para muitos autores, a exemplo de Kelsen, a análise funcional estaria restrita à produção científica de sociólogos e filósofos, cuja visão do Direito é exteriorizada; o jurista por sua vez, analisaria o Direito como meio e não como fim, compreendendo-o como mecanismo de consecução da paz social, ou da segurança coletiva.

Bobbio desafia a visão kelseniana de um ordenamento coativo, passando ao entendimento do Direito promocional, que não elide a concepção da juridicidade como um meio coativo, mas o expande para um meio de estímulo e promoção das boas condutas, direcionando os comportamentos para determinados objetivos preestabelecidos, cuja obtenção pode ser prospectada de técnica legiferante que coaduna com as sanções positivas e os incentivos.

E afirma que a função do Direito – em relação à sociedade como totalidade ou em relação aos indivíduos que dela fazem parte – não teria sentido revolucionário, se o termo “Direito” for entendido como meio de coação, adquirindo sentido apenas se pretende falar das mudanças sociais, que, na conformidade do mecanismo podem ser produzidas, e, portanto,

dos conteúdos políticos, econômicos e sociais que, um a um, possam vir a ser reduzidos àquela forma. Eis aí a função social em sentido amplo, podendo se revestir de seu aspecto – ou fim – social estrito, econômico, político, dentre outras expressões¹⁷. E assevera, ainda, o autor que as modificações funcionais e estruturais devem ser, igualmente, alimentadas, de maneira proporcional.

A função social é um mecanismo interpretativo pré e/ou pós-efetividade, em sentido revisional, modificando seu conteúdo classicamente conhecido ou limitando seu campo de atuação. Busca uma nova paradigmática hermenêutica, promovendo uma travessia dos significados modernos para os significantes contemporâneos, ancorando no solidarismo ético. Ensina Paulo Nalin (2001, p. 125-200) que o **solidarismo** é um espírito, um princípio de justiça, e não um simples regramento. Generalismo consistente, que permite, inclusive, o tutelamento das questões genéticas; a dignidade da pessoa humana é um princípio fonte, que influencia, de modo irrevogável, a todas as relações particulares¹⁸. Do personalismo ético emanam novos princípios orientadores das relações privadas, a saber, a Boa-Fé (objetiva) Negocial, o Equilíbrio das Prestações, a Transparência, entre outros. Tudo se resumindo na solidariedade, fruto do espírito ético, apregoado nesta era. Novos princípios? Nem tanto. Mais valorizados e explicitados no ordenamento? Sem dúvida.

A intervenção estatal interessa à sociedade, para que sejam regulados os limites básicos das relações, em prol de que o equilíbrio material e moral entre as pessoas seja preservado, visando ao atingimento do ideário humanista: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos. Estimula-se o comportamento solidário, ajustado o conteúdo dos institutos à sua finalidade constitucional. O contrato deixa de ser um mecanismo de troca, para significar um instrumento de consolidação socialmente responsável de direitos materiais, o que equivale a dizer que a transação é efetuada sem lesão financeira ou moral para ambas as partes, desequilíbrio que refletiria, inevitavelmente, em toda a comunidade, a qual é natural e mecanicamente interdependente.

Solidarismo não é perfumaria, servindo a Carta Constitucional como patamar teórico das relações privadas, donde se extraem os valores que embalam o sistema jurídico. Para a dignificação contratual do homem, é eleito o valor da solidariedade, como fio condutor que refunda um contrato. A nova paradigmática atinge a todos os conceitos jurídicos, inclusive os clássicos, impondo-lhes nova leitura.

¹⁷ E assim, elide qualquer argumento que vise a desmerecer a existência de uma função social da empresa, como se a mesma existisse unicamente com a missão de dar lucro para o empreendedor, visto que a concepção da função social parte do gênero, que em si abarca a espécie social estrita e a econômica.

¹⁸ A este respeito POPP, Carlyle. **O Direito em Movimento**. Curitiba : Juruá, 2007. p. 62.

A função social leva ao tratamento do Consumo de acordo com sua contribuição para o desenvolvimento – econômico e social, considerando a relevância vital das transações comerciais, para o ciclo produtivo; individual e social, já mencionados, dada a realização pessoal que vem associada à aquisição de utilidades ou recebimento da prestação de serviço e o valor comunitário da socialização incluyente, que é inerente ao *ter*; e científico, haja vista que estimula às novas descobertas e aperfeiçoamento tecnológico. Também se relaciona com a Responsabilidade Civil – porque impõe à sua essência o caráter antecedente preventivo, além do posterior reparatório – e com a responsabilidade socioambiental.

1.1.2.3 Constitucionalização em diálogo com a figura jurídica do Patrimônio – crítica à despatrimonialização e proposta de ressignificação conceitual

Na ordem moderna¹⁹, todas as relações jurídicas privadas passariam, necessariamente, pela propriedade e patrimônio, tendo pouquíssimo valor a obrigação economicamente não apreciável²⁰, com ressalva para os contratos a título gratuito. Mesmo relações tipicamente vinculadas à afetividade, como a filiação e o casamento, passavam a ter relevância jurídica ao se tutelar o patronímico, os regimes de bens e as heranças.

A evolução doutrinária e normativa modifica essa visão, inclusive pelo melhor tratamento jurídico conferido aos próprios vínculos afetivos. E a constitucionalização e funcionalização do Direito são temas que afetam diretamente a figura do Patrimônio, em si considerada e em seus reflexos derivativos.

Da dogmática clássica, que objetivou o ser humano e economicizou o patrimônio, até a Contemporaneidade – que pretende resgatar a primazia da dignidade da pessoa humana, a impor-lhe sobre a proteção da propriedade –, atravessam-se teorias jurídicas de construção, desconstrução e reconstrução da *ratio* dominante.

Uma breve investigação demonstra que a espécie patrimonial evoluiu teórico-materialmente, excedendo a sua exclusiva noção econômica, como evidenciam, por exemplo, os patrimônios genético humano, cultural e ambiental.

Mais complexa é a questão do Homem em si, cujo valor, na representação social, sempre esteve tradicionalmente coligado com os bens que possui. Ou então, a distanciar-se de

¹⁹ Tese enfrentada e previamente publicada, conforme recomendação CAPES, no mencionado artigo: Ressignificação de patrimônio e recategorização dos danos civis, em uma perspectiva conceitual contemporânea, escrito em co-autoria com Carlyle Popp e apresentado perante o XVII Congresso Nacional do Conpedi (BRASÍLIA, 2008).

²⁰ Vale lembrar que mesmo as doações puras são de índole patrimonial, pois acarreta, ao doador, diminuição de seu complexo de pertences, acrescendo, via de consequência, ao donatário, pela transferência de titularidade.

seus pertences, para se focar exclusivamente na sua imaterialidade. Na busca do equilíbrio, contemporaneamente o patrimônio há de conjugar a múltipla natureza de bens do indivíduo.

Visto que a proteção patrimonial “ideologicamente especializada” – compreendida pela tendência de operacionalização do Direito com privilégio protetivo ao bem econômico – beneficia relações e direitos economicamente apreciáveis e, por via de conseqüência, aos cidadãos, individualmente considerados, economicamente participantes da sociedade. Um morador de rua, que, com a esmola percebida, adquira um café no bar, dificilmente irá receber – na *praxis* – símile proteção conferida a um consumidor de alto poder aquisitivo.

Logo, quem tem, é.

Livre de ingenuidade, em uma economia de mercado, o lucro lícito é bom, sem dúvida alguma. E não se nega a relevância da oferta de tutela à propriedade privada e aos contratos, notadamente em tempos de globalização e sublimação de questões relativas ao tempo e local dos adimplementos obrigacionais. Contudo, é imperioso que haja efetividade de proteção, no mínimo de mesma força, aos valores imateriais, ou economicamente não apreciáveis, como verdadeiros constitutos que são do patrimônio da pessoa humana²¹.

Os movimentos antropocêntricos merecem suporte, mas não se pode deixar de expressar crítica à concepção de “despatrimonializar” o Direito Privado. Ao contrário, propõe-se, justamente, o alargamento das fronteiras da concepção de patrimônio, a afetar o próprio conteúdo conceitual de dano patrimonial – evidência doutrinária do impacto que o patrimonialismo ainda exerce no ordenamento pátrio²².

Em que pese o conceito de patrimônio ser praticamente unívoco e generalista, a própria doutrina civil o lê de forma diversa, ao tratar de relações do indivíduo ou da empresa²³. E, na atualidade, muito menos se pode adotar a expressão “patrimônio”, tomando-a pelo mesmo arcaico significado estritamente econômico, posto haver múltiplas novas espécies patrimoniais, livres de apreciação econômica, seja por estarem “fora do comércio”,

²¹ Como se verá melhor no capítulo 3, os efeitos do patrimonialismo, na atividade jurisdicional afetam a função social da responsabilidade civil, incentivando a gestão empresarial de risco.

²² Conquanto não tenha sido o enfoque do presente estudo, a visão econômica patrimonialista surtiu efeitos negativos também sobre a Empresa, institucionalmente considerada, em que pese a aparente contradição desta afirmativa. Ao longo das décadas, com a diminuição do Estado, é repassada parcela crescente de atividades à iniciativa privada, que se torna “um estado, dentro do Estado”, na feliz expressão de Marçal Justen Filho (1997, p. 129). A busca pela máxima eficiência e redução dos custos de transação levaram – e ainda levam – a processos de gestão desfocados da pessoa humana, seja ela um parceiro comercial, um funcionário, um consumidor, mantendo-se o foco na maximização dos lucros. Porém, afirma-se que a empresa perde com a visão patrimonial economicista, pois, as relações de mercado modernas ensejam o agregar dos chamados “ativos intangíveis”, nem sempre determináveis por expressão econômica. Abarcam-se, nessa categoria, ilustrativamente, a notoriedade da marca, sua reputação social e identidade demográfica, dentre outros.

²³ No âmbito empresarial, o patrimônio intangível tem sido objeto de indicadores de relatórios e balanços anuais, agregando valor econômico vantagens de mercado não mensuráveis, a exemplo da confiabilidade da marca.

seja por inerente necessidade de autopreservação, que emergem do Direito Público e Privado, individual e/ou coletivo, a exemplo do personalíssimo patrimônio genético e dos direitos autorais. Bem ainda, o patrimônio cultural, definido no artigo 216, CF, e o patrimônio digital, por alguns associado doutrinariamente aos direitos de 5ª Geração²⁴. Estes últimos – vale dizer –, além de pela própria definição constitucional e internacional compreenderem bens abstratos e tantas vezes imprestáveis economicamente, impende, casuisticamente, para o afastamento de sua apreciabilidade exploratória, para fins de continuidade existencial e sustentabilidade. Afrouxadas as dicotomias, essas novas tipicidades de múltipla natureza dialogam inter-esferas, levando ao esforço hermenêutico, na *praxis* de seu tutelamento.

Tudo a demonstrar que o Direito Privado precisa se adequar à visão conceitual funcionalizada do patrimônio, o que irá afetar, inclusive, a categorização dos danos civis, elevando o dano patrimonial para o nível do gênero, enquanto o dano moral e o dano econômico serão as suas espécies.

Propõe-se, assim, a substituição do paradigma “quem tem, é”, pela premissa humanista “quem é, tem”.

E tem não apenas dinheiro ou posses, mas, principalmente, seu aspecto espiritual e moral, sua própria personalidade, livre e inalienável, seu sentimento religioso, seu nome, sua imagem, sua honra, suas emoções, suas idéias, seu legado, assim como o simbolismo, a memória e a informação já compõem, reconhecidamente, o patrimônio imaterial coletivo, nacional ou internacional. Na mesma esteira, o indivíduo possui livre autonomia de vontade, inclusive para decidir explorar ou não economicamente²⁵ as suas titularidades, descabendo, *ipso facto*, punições com a perda ou enfraquecimento da tutela protetiva de seus direitos.

Afinal, se a propriedade privada é reputada por garantia fundamental, logicamente – e na baliza teórico-axiológica da Constituição Federal – todas as demais garantias fundamentais são, símile forma, constitutos do patrimônio individual²⁶.

Émile Durkheim (1995, p. 52) define representação coletiva como uma forma de pensamento social, afirmando que “uma sociedade não é simplesmente constituída pela massa dos indivíduos que a compõe, pelos movimentos que eles realizam, mas, antes de tudo, pela idéia que ela faz de si mesma”. Sob este prisma, é lícito afirmar que a sociedade compreende

²⁴ A esse respeito: José de Oliveira Ascensão. **Estudos sobre o Direito da Internet e da Sociedade de Informação**. Almedina, 2001. Ricardo L. Lorenzetti. **Comércio Eletrônico**. Ed. Revista dos Tribunais. 2004.

²⁵ Hipóteses em que a decisão seja de cunho exclusivamente individual, confirmando-se a importância dos contratos e das decisões coletivas. Contudo, a limitação espacial impede maior abordagem dos novos paradigmas da liberdade de contratar, ou descontratar, no cotejo com a proposta visão conceitual para o patrimônio.

²⁶ No âmbito jurídico, cita-se a tutela do bem de família, que verdadeiramente incorpora ao patrimônio de seu proprietário mais do que a titularidade imobiliária, garantindo especialmente o “direito de morar”, a paz de espírito da proteção à inviolabilidade jurídico-creditória de seu domicílio.

o patrimônio com a abrangência das imaterialidades, a exemplo do que traduzem as comuns expressões “meus filhos são o seu bem mais precioso” ou “nossos funcionários são o patrimônio humano desta empresa”²⁷.

Se é permitido que o Direito Civil informe, sistematicamente, a outros campos do Direito, isonômico que se busque socorro de fonte no Direito Penal, que alinha sua concepção de patrimônio extrapolando o aspecto estritamente econômico, abraçando os valores de “afeto” transferidos para a coisa, por seu dono. Ensina Nelson Hungria (1980, p. 08):

Crimes contra o patrimônio podem ser definidos como espécies de ilícito penal que ofendem ou expõem a perigo de defesa qualquer bem, interesse ou direito, economicamente relevante, privado ou público. A nota predominante do elemento patrimonial é o seu caráter econômico, o seu valor traduzível em pecúnia; mas cumpre advertir que, **por extensão também se dizem patrimoniais aquelas coisas que embora sem valor venal, representam uma utilidade ainda que simplesmente moral** (valor de afeição) para o seu proprietário. (g.n.)

Portanto, à vista de todo o exposto, decorre que **repersonalizar** o Direito Privado é essencial, sempre mantendo uma visão holística do sujeito de direitos; **patrimônio mínimo** há de ser estendido, englobando efetiva proteção para as garantias fundamentais, para além do direito ao sustento econômico, visando ao asseguramento do direito à existência digna em caráter amplo.

No que tange à **despatrimonialização**, notadamente pela teoria das representações coletivas, desume-se que sua *ratio* consiste no mesmo que edificar a tão combatida visão patrimonialista material, corroborando a exclusão dos valores morais e dos bens intangíveis da concretude da personalidade humana. Melhor benefício jurídico-científico alcança, portanto, a reafirmação do valor ao patrimônio do Homem em sentido amplo, a prestigiar, igualmente, as suas titularidades imateriais. E com base nos novos paradigmas das relações jurídicas privadas contemporâneas, “patrimonializar” ganha novos contornos, significando considerar toda e qualquer titularidade que o sujeito possua, sem distinção de qualquer natureza – ou seja, o Homem em si considerado.

Nesta esteira, **patrimônio imaterial**, ou **intangível**, deixa de abranger somente marca comercial ou o crédito, assumindo uma concepção ampla, típica da categoria gênero e de magnitude excedente à apreciação econômica do bem ou direito em tela, e, logicamente, a ser

²⁷ A evidenciar, inclusive, o que o próprio Direito levemente já normatiza e que mais profundamente debate no âmbito acadêmico: a profunda modificação das titularidades, identificando-se plurívocos interessados, para os mesmos bens ou direitos, possuindo estes, ou não, razão econômica em suas alegações, mas se constituindo em verdadeiros detentores do patrimônio em tela. Fato que melhor se percebe no âmbito dos direitos difusos ambientais, e, com melhor esforço investigativo e hermenêutico, no Biodireito, em questões atinentes à reprodução assistida de caráter heterólogo.

especializado pelo campo do conhecimento analisado, desumindo-se, apriorísticamente, que o patrimônio imaterial da pessoa humana diverge do patrimônio imaterial da empresa ou do Estado.

Quanto à matéria dos danos civis, importa em uma recategorização da mesma, alçando-se o **dano patrimonial**²⁸ ao nível do gênero das lesões, abrangendo aos prejuízos de caráter estritamente moral, com vistas ao seu alinhamento com o solidarismo constitucional. Classificação que também será especializada, no caso concreto, pela tipificação das relações sociais em questão, agentes e vítimas a corporificarem a celeuma. Na espécie, ter-se-ia, portanto, o **dano econômico** e o **dano moral**, a classificar a lesão patrimonial.

Por fim, vale enfatizar que um dos efeitos mais caóticos, provocados pela inversão de valores que atravessa o discurso jurídico, é justamente a questão da efetiva indenizabilidade do dano moral, tema que será tratado no Capítulo 3.

Porém, mesmo no âmbito das relações particulares, o suposto evitamento da “patrimonialização das relações morais”, no projeto parental, impediu, por décadas, o acesso das vítimas a uma efetiva reparação pecuniária, por exemplo, por “danos de amor” ou de abandono afetivo²⁹. Ora, não se trata de monetarizar o valor humano moral, mas, antes, de lhe conferir, no mínimo, tão boa tutela protetiva, quanto a destinada, há mais de século, ao patrimônio econômico.

1.2 O CÓDIGO CIVIL E A DEFESA DO CONSUMIDOR, NO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES

A reforma do Código Civil unificou as obrigações puramente civis e comerciais – agora ditas empresariais –, mantendo a proteção das relações de consumo a encargo da lei especial. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor não exclui a utilização do Código Civil, em matéria de responsabilidades privadas³⁰, sendo mister analisar a interpretação do *Codex*, e os eventuais conflitos que possam decorrer da coexistência dos dois sistemas normativos.

O Código Civil deve ser interpretado segundo a hermenêutica constitucionalizada e a funcionalização. Nele foi mantida a estrutura bipartite do Código Civil/1916 – Parte Geral e

²⁸ Tanto da pessoa física, quanto jurídica, da pública ou da particular.

²⁹ Julgados não faltam a imputar sobre o arcabouço obrigacional das vítimas o dever de suportamento indene das lesões, tantas vezes em casos espantosamente evidentes, como prejuízos financeiros acarretados ao cônjuge, no curso do casamento; e, tudo sob a batuta jurídica de uma suposta “teoria do risco” – revertida contra a vítima – e evitamento da “patrimonialização das relações” –, decisões estas que certamente, adotariam trato diverso, se estivessem a apreciar direitos societários comerciais.

³⁰ Destacando que o CDC, na qualidade sistemática de Estatuto, encerra em si normas de naturezas plúrimas, contemplando hipóteses de responsabilização do Fornecedor também nas esferas administrativa e criminal.

Especial –, similarmente ao BGB³¹ alemão³², e possui a característica da Carta Magna, de semi-rigidez³³, interagindo com os microssistemas³⁴.

A Parte Geral é o cerne da eficácia da bipartição, orientando a Parte Especial com linhas genéricas e trazendo contornos sócio-políticos, no espírito civil-constitucional, sendo fonte interpretativa para as normas específicas. A Parte Especial deve ser lida e aplicada de acordo com o personalismo ético, que inspira a Parte Geral.

Em nome da operacionalidade³⁵, a parte prima foi confeccionada com boa dose de **cláusulas abertas**, dente elas a função social, que consistem em normas caracterizadas pelo traçado axiológico e que se abstêm de preceituar conduta objetiva, deixando largo espaço para a regulação jurisdicional. Propicia que a interpretação do caso concreto seja contemporânea ao entendimento social, evitando o envelhecimento da norma³⁶. Criticadas por abrir margem ao juízo de valor individuado³⁷, eis uma preocupação legítima, contudo insuficiente para elidir o valor da boa técnica legislativa. Há que se trabalhar com o indivíduo e não com a desvalorização da metodologia, importando em uma “fé racional” sobre o ser humano, investindo nas pessoas, na prospecção do pensamento científico.

O Código Civil é um instrumento de regulação das relações *a priori* materialmente isonômicas, não podendo ser aplicado de per si, quando se tratar das relações compostas por pólos desiguais, como as consumeristas. Uma forma de se concretizarem as metas da repersonalização é justamente o reconhecimento das diferenças entre os sujeitos de direitos,

³¹ *Bürgerliches Gesetzbuch*.

³² Conquanto valha anotar que o Direito Alemão acabou por englobar as relações de consumo dentro do sistema codificado civilista, produzindo conceituação estrita de consumidor e fornecedor, além de trazer ao compêndio leis esparsas e especiais, dando cumprimento, também, às diretivas da União Européia.

³³ Há doutrinadores que imputam ao sistema codificado a responsabilidade pela rigidez das normas e pela demora nas reformas. Contudo, pelas razões que serão vistas no bojo do texto, o Código Civil/2002 possui mecanismos para adequação das normas ao seu efetivo conteúdo social. Nenhum formato de codificação é receita de sucesso absoluto. Ensina Selma Ferraz (2007, p. 263) que, segundo a *Epikēia* de Aristóteles – ou discernimento do justo – fundamental é que o princípio de justiça, sempre inegociável e imutável, esteja consagrado, reformando-se, de tempos em tempos, os meros regramentos, a exemplo do princípio da capacidade contributiva x fixação de alíquotas. A evolução legislativa deve acompanhar a evolução social e permitir que interesses basilares estejam bem protegidos, conferindo abertura aos temas já consolidados. Crescimento sem mácula do princípio de justiça, que sempre será o norte interpretativo das normatizações de qualquer outra natureza. O Direito deve servir à população e não o inverso. Esta afirmação guarda consonância com Plauto Faraco de Azevedo (1989, p. 15), que inspirado por Jhering, diz: “a vida não existe para os conceitos, mas os conceitos para a vida”.

³⁴ A exemplo do Estatuto do Idoso, da Lei Maria da Penha e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

³⁵ Como ensina Miguel Reale, um dos princípios fundamentais do Código Civil, ao lado da eticidade e da socialidade. A este respeito, ver: REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

³⁶ Também inseridas na Parte Especial, nesses casos competirá aos operadores do Direito nortear sua aplicação e interpretação através do solidarismo constitucional e do regramento geral da prima parte do Novo *Codex*. Desta forma, toda a técnica legislativa coopera para que se garanta efetividade aos objetivos e princípios fundamentais da República.

³⁷ Ou, conforme expressão do direito germânico, o “direito dos juízes”.

hoje valorizados por suas variadas funções na sociedade, conferindo tratamento legal diferente aos desiguais, em nome da efetividade da isonomia substancial³⁸.

Desde os tempos do Anteprojeto, se falava em um possível conflito de leis no tempo – ou, na expressão de França (1968, p.9), direito intertemporal –, em comparação ao Código de Defesa do Consumidor. A ADCT 48 confirma o reconhecimento do consumidor como sujeito de direitos e ator econômico, determinando a criação do CDC, no formato de lei especial. Ensina Lima Marques (2004, p. 34-36), que o Brasil opera com o Direito Privado *sui generis*, importando em uma reflexão acerca do diálogo entre as fontes, para a superação das eventuais antinomias aparentes existentes entre o CDC e o CC/2002. Conforme a autora:

A tarefa de especialização e de excelência, no uso das normas de direito do consumidor, renova-se. [...] A hora é de especialização e rigor, de atenção e estudo, pois a reconstrução do direito privado brasileiro identifica 3 sujeitos: o civil, o empresário e o consumidor, mesmo se os princípios do CC/2002 e CDC são – em geral – os mesmos!

O direito intertemporal tem seus conflitos solucionados pela Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, notadamente pelo teor do artigo 2º e parágrafos, que regula, *in verbis*:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Tratando-se, incontestemente, o Código de Defesa do Consumidor, de uma lei anterior e especial, somente teria cabimento considerá-la revogada pelo Código Civil de 2002 se este expressamente o houvesse estipulado. Ou, se a exemplo da reforma alemã, houvesse englobado em seu bojo, de forma integral – “regulando inteiramente” –, o tratamento das relações de consumo. A segunda hipótese evidentemente não se verificou. Quanto à primeira, melhor explica o próprio Código Privado:

Art. 2.043. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.

³⁸ E, como ensina Kátya Kozicki (2003, p. 142), não se trata da arrogante tolerância às pluralidades, eivada de intento assimilatório e de aculturação, marca dos tempos modernos. Antes, é a busca pela coexistência autônoma dos povos e equilibrada e protegida, dos grupos vulneráveis por qualquer razão. O tratamento do pluralismo, em sede das democracias liberais, é essencialmente violento: [...] ainda assim, as mesmas não reconhecem o outro em toda a sua significação, bem como tratam a diferença e a diversidade como desvalores, situações a serem toleradas, já que as mesmas não podem ser superadas, dentro do espírito liberal do respeito e tolerância. O outro, nesta lógica, já não é o inimigo a ser eliminado, mas também nunca é plenamente reconhecido, aceito em toda a sua plenitude. Nesta ótica, ainda dentro das democracias liberais existe uma lógica de violência implícita, a qual não pode ser jamais eliminada em sua perspectiva política.

Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

Dado que não há referências legais, descabe falar da revogação do Código de Defesa do Consumidor e fato é que ambos os códigos coexistem, podendo causar alguns conflitos pontuais, relativo à escorreita aplicabilidade da norma, bem como algumas dúvidas interpretativas – a exemplo da tutela da oferta, promovida pelo artigo 429, Código Civil de 2002, e 30 e 35, Código de Defesa do Consumidor. Incongruências estas, definidas por Sauphanor (2000, p. 31) como antinomias, ou “incompatibilidade entre as diretivas relativas ao mesmo objeto”, perante a abstenção da coerência, em livre tradução do original francês.

A proposta de Erik Jayme (1995, p. 259) é a coordenação flexível e útil de ambas as fontes, um solucionamento de diálogo – *dialogue de sources* –, como mecanismo próprio da Pós-Modernidade apregoada pelo autor, tempo este que é marcado pela comunicação e pela superação de conflitos, pela coexistência pacífica, em busca de unidade e aproveitamento da boa porção que cada sistema tem a oferecer, em sua justa medida. Em livre tradução³⁹:

desde que se pensa a comunicação, em direito internacional privado, o fenômeno mais importante é o fato de que a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os Direitos do Homem, as Constituições, as Convenções Internacionais, os Sistemas Nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas “falam” uma a outra. Os juízes são obrigados a coordenar essas fontes, escutando o que elas dizem.

Em nome da flexibilidade e utilidade, Carpena (2005, p. 180) propõe que a delimitação do âmbito de utilização do Código de Defesa do Consumidor seja pela “idéia de vulnerabilidade, que é o cerne do conceito de consumidor, e princípio que orienta seguramente a interpretação da expressão destinatário final”.

Conclui-se que o Código Civil não revogou o Código de Defesa do Consumidor, com este coexistindo harmonicamente, também em virtude de sua convergência de princípios e valores. No caso concreto, a prioridade tutelar pertence ao Código de Defesa do Consumidor, com aplicação subsidiária do Código Civil, que se mantém, lei geral que é, como fonte obrigacional e interpretativa. A análise dos campos material e subjetivo, bem como da vulnerabilidade do sujeito de direitos em questão, será de vital importância para se determinar a legislação aplicável.

³⁹ No original: “Dès lors que l’on évoque la communication em droit international prive, le phénomène le plus important est le fait que la solution de lois émerge comme résultant d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit[es] de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent”.

1.2.1 Microsistema da Responsabilidade Civil nas relações de consumo – apontamentos necessários

Pacífica, portanto, a premissa de que o Código Civil de 2002 coexiste e interage com o Código de Defesa do Consumidor, e que ambos estão infirmados sobre a mesma principiologia⁴⁰, mister estabelecer uma visão panorâmica, acerca do tratamento que ambos os *Codex* forneceram para a Responsabilidade Civil, com destaque para as relações de consumo, por ser o fio condutor da pesquisa.

O Código Civil de 2002 descreve os atos ilícitos e excludentes de responsabilidade na Parte Geral – artigos 186 a 188 –, tratando da “obrigação de indenizar” e “da indenização”⁴¹, na Parte Especial, do artigo 927 ao 954. Sobre os atos ilícitos, inovou no artigo 187, ao contemplar a teoria do abuso de direito – base legislativa privada da responsabilidade jurídica socioambiental; e, no artigo 186, manteve a essencialidade dos mesmos elementos equacionais obrigatórios para a verificação da responsabilidade civil – o agente, a vítima, o dano, o nexo de causalidade e, a conduta culposa do agente, sendo esta cada vez mais mitigada pelas hipóteses de responsabilização objetiva⁴².

Os novos paradigmas do Direito, em diálogo com o impacto socioeconômico da globalização e as mudanças políticas e sociais decorrentes, principalmente, do pós-Revolução Industrial e dos dois grandes conflitos mundiais, impõem nova leitura para a Responsabilidade Civil, na Contemporaneidade, alargando-se a interpretação de conceitos como “agente”, “vítima” e “dano”, passando a englobar direitos difusos e coletivos e novas espécies de lesões, como as ambientais e mesmo o especializado trato consumerista.

⁴⁰ Como ensina Paulo Lobo (2002, p. 189/190), “Os Princípios Sociais dos Contratos são: - princípio da função social do contrato; - princípio da boa-fé objetiva; - princípio da equivalência material do contrato”. Eles não eliminam os princípios liberais – “autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu tríptico aspecto, como liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio da *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída ao Direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e conteúdo”. No Código de Defesa do Consumidor, os princípios sociais estão intrínsecos nas tutelas da Política Nacional de Consumo: “a) ‘a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica’: esse trecho do inc. III, do art. 4º, implicitamente, conduz ao princípio da função social; b) ‘transparência’, ‘boa-fé’, ‘informação’: princípio da boa-fé; c) ‘vulnerabilidade’, ‘harmonização dos interesses’, ‘equilíbrio nas relações’: princípio da equivalência material. O CDC, no capítulo da específico da proteção contratual, especialmente no art. 51 (cláusulas abusivas), menciona o princípio da boa-fé e expressões enquadráveis no princípio da equivalência material, como ‘equidade’, ‘equilíbrio contratual’, ‘justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes’”. Ensina, ainda, o doutrinador que o princípio da equivalência material é a busca por “realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses”.

⁴¹ As nomenclaturas dos capítulos mencionados, relacionando-os à indenização em si, reflete o caráter patrimonialista econômico da previsão legislativa, ainda que agora contemple expressamente o dano moral como espécie de lesão a ser reparada. Contudo, não tratou o codificador do *quantum* referente ao dano moral – notadamente o estritamente emocional –, nem mesmo para condenar os tabelamentos e fixações. Exceções registradas para o dano à saúde – art. 949 – e danos à honra – art. 953.

⁴² Em razão do risco da atividade, fato típico do reconhecimento das modificações de estrutura do mercado e do exercício do direito à livre iniciativa, como será melhor tratado em seguida.

A reforma civilista de 2002 importa em nova visão para a Responsabilidade Civil, certamente não comportando mais um arcaico pensamento de que, nas relações *a priori* paritárias⁴³, o sistema de responsabilização seria reparatório e não preventivo⁴⁴. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor no ano de 1990, dois anos após promulgação da Carta Magna e setenta e quatro anos após a edição do Código Civil de 1916, em plena vigência da Dogmática Clássica. Assim, os parâmetros civis codificados se mostravam insuficientes às relações de consumo, notadamente porque se trata de uma relação entre desiguais. A tutela reparatória consumerista é um mecanismo de intervenção estatal, delimitador e funcionalizador da livre iniciativa, propício a apaziguar as relações sociais de consumo, protegendo ao consumidor em sua vulnerabilidade frente ao fornecedor, condição pessoal que é regra pressuposta e não se confunde com a hipossuficiência, condição processual, verificável caso a caso.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo é premissa fundamental da política nacional prolatada, por leitura do inciso I, art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Ensina Filomeno (2007, p. 68-70), que o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco⁴⁵, lembrando que a defesa do consumidor constitui-se em parâmetro constitucional para o exercício legítimo da livre iniciativa. Lima Marques (2006, p. 144-146) ressalta que a vulnerabilidade apresenta traços de subjetividade e que não carece, impendente, da comparação entre sujeitos, sendo mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou “um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado [...] é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”; que não é o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, antes a explicação destas regras ou da atuação do legislador, “é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa”. E identifica três tipos de vulnerabilidade: técnica – o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o bem que adquire, correndo grande risco de ser ludibriado; fática – típica desproporção intelectual e

⁴³ Diz-se que são teoricamente paritárias, porque, casuisticamente, pode ser apontada a hipossuficiência de um dos pólos, ou mesmo a vulnerabilidade técnica, econômica ou emocional.

⁴⁴ Dado que a *alea* do risco, no Código Civil é exceção e não regra. A própria adoção do abuso de direito como novo definidor do ilícito cível denota que o codificador age preventivamente, buscando evitar o dano, pela delimitação das condutas com base em uma nova responsabilidade social individual, diversa da responsabilidade social atrelada ao binômio risco x dispensa da culpa.

⁴⁵ Citando Henri Ford, considerado o “pai da produção em série”.

econômica; jurídica⁴⁶ – refere-se à ausência de expertise científica econômica, contábil ou jurídica, acarretando, ao fornecedor, ainda maior ônus relativo ao dever de informar.

A doutrina em geral compreende que a fonte contratual e social são fontes informativas da obrigação de indenizar, tendo o Código de Defesa do Consumidor adotado um regime unificado, dito *summa divisio*, superando a velha dicotomia das fontes. A este respeito, João Calvão da Silva (1990, p. 478):

Essa unidade de fundamento da responsabilidade do produtor impõe-se, pois o fenômeno real dos danos dos produtos conexos ao desenvolvimento industrial é sempre o mesmo, o que torna injustificada a diferenciação ou discriminação normativa do lesado, credor contratual ou terceiro. Trata-se, portanto, da unificação das responsabilidades contratual e extracontratual – devendo falar-se de responsabilidade do produtor *tout court* – ou pelo menos da unificação do regime das duas, em ordem a proteger igualmente as vítimas, expostas aos mesmos riscos.

Porém, vale anotar que, se tal classificação, na teoria do ato ilícito, é de somenos importância, poderia, contudo e em tese, interferir na teoria dos parâmetros indenizatórios, ao influenciar na majoração do *quantum* condenatório, se o juiz sopesasse o “índice de maldade”, ou “gradação de má-fé”, do fornecedor, que deliberada e dolosamente, tenha promovido contrato com a intenção de prejudicar a outra parte.

Genericamente, é possível afirmar que na sede consumerista, agente é o fornecedor e vítima é o consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor esclarece, no artigo 2º, *caput*, que o consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Contudo, desde o parágrafo único dá início às equiparações: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. No tocante ao consumidor vitimado pela lesão decorrente do fato do produto ou do serviço, dita o artigo 17 que são a ele equiparados todas as vítimas do evento. O mesmo sucede em relação às pessoas – determináveis ou não – expostas às práticas comerciais, por inteligência do artigo 29.

Apesar da definição de fornecedor restar ínsita ao artigo 3º, *caput*⁴⁷, o Código de Defesa do Consumidor estabelece categorias de fornecedores, segundo as quais distribui o ônus responsabilizatório, o que, aliás, é bastante coerente com a filosofia da integral reparação, afinal, se a responsabilidade empresarial é por regra objetiva e baseada no risco da

⁴⁶ É presumida, no CDC, para o consumidor não-profissional e pessoas físicas, valendo a premissa inversa para profissional e pessoa jurídica.

⁴⁷ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

atividade⁴⁸, nada mais justo que o ônus seja sopesado de acordo com a atividade desenvolvida. A ordem legal se refere, nos artigos 12 e 13, ao fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador e ao comerciante, respectivamente. Como ensina Antonio Carlos Efig⁴⁹ (2003, p. 136-137), “podemos distinguir a existência das seguintes classes de fornecedores que possuem sistema de responsabilização específica”: Real – pessoa física ou jurídica que participa da cadeia produtiva, desde a matéria-prima até o acabamento. Aparente – fruto da teoria da aparência, trata-se do empresário que põe o seu sinal distintivo ao produto. Presumido – sendo o importador, que responde diretamente, mas possui direito de regresso contra a cadeia produtiva, face da solidariedade; bem como, o comerciante de produto anônimo, que só responde pelo fato do produto em casos especiais⁵⁰.

Para que alguém participe, no pólo passivo, de uma relação jurídica de responsabilidade civil emergente de uma relação de consumo, faz-se mister que se satisfaçam três requisitos, a saber: que seja fornecedor; que o evento danoso tenha efetivamente ocorrido; que haja uma relação de causalidade entre a conduta ou atividade desenvolvida pelo fornecedor e a ocorrência do dano⁵¹. A teoria do risco⁵² da atividade é a pedra fundamental da responsabilização civil empresarial no sistema consumerista, definindo como regra a responsabilidade objetiva e somente como exceção a verificação da conduta culposa. Segundo

⁴⁸ É certo que a responsabilização objetiva emana do risco e é certo que o risco da atividade, como gênero, exerce grande papel e influência no Código de Defesa do Consumidor; contudo, a doutrina apresenta variadas classificações para as espécies de risco que podem ensejar responsabilidade civil consumerista. Para fins de exemplificação, a classificação de James Marins: (1993, p. 91): teoria do risco profissional (risco derivado do exercício contínuo e habitual de uma atividade profissional), teoria do risco proveito (ou risco benefício, baseia-se no interesse ativo; proveito no sentido de riqueza, sendo uma espécie de binômio ônus-bônus), teoria do risco criado (fulcrada no risco que emana da atividade, e menos no proveito econômico advindo), teoria do risco integral (ápice da responsabilidade sem culpa, não se perquire proveito ou risco criado; a simples existência da atividade vincula o sujeito que a exerce. Como ensina James Marins, 1990, p. 95, a responsabilidade civil objetiva aproxima-se do risco integral, mas dele se distingue, porque a primeira admite a existência de provas liberatórias, ao contrário da teoria do risco) e a teoria objetiva (adotada pelo CDC, conforme confirmam James Marins e Flavio de Queiroz Bezerra Cavalcanti e, segundo a mesma, a responsabilidade do fornecedor, do fabricante e do importador, ocorre independente de culpa pelos defeitos de produtos e serviços, comportando elisão em casos pontuais). Como ensina Gomes (2001, p. 42), as classificações não estão livres de divergência, “preferindo muitos célebres autores, dentre eles *Caio Mário da Silva Pereira*, que a teoria objetiva seria o gênero e as teorias supracitadas suas espécies. Preferimos acompanhar autores como *James Marins* por razões que se prendem a uma melhor compreensão do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Entretanto, o grau de semelhança entre tais teorias é muito grande, tornando um tanto quanto nebulosa a sua plena distinção. Afinal, em qualquer delas, o dano causado gerará uma obrigação de reparação para aquele que por meio de sua atividade lhe deu origem”. Esta explanação acerca das diversas teorias do risco é útil a título de marco teórico; contudo, esta dissertação baseia seu fio condutor investigativo na função profilática da responsabilidade civil, ou seja, como indutora comportamental, hábil a convencer o empresário a adotar práticas de gestão em conformidade com o evitamento do dano, ou seja, com a prevenção do “risco de causar dano” e/ou do “risco de se expor à resposta judicial, por cometimento de lesão”.

⁴⁹ O autor faz expressa menção à classificação operada por James Marins (1993, p. 98-103).

⁵⁰ Explica o autor que isso se dá em razão de que “a ele não é possível exigir que tenha pleno conhecimento da periculosidade e grau de lesividade do produto”. (2003, p. 137).

⁵¹ Lima Marques prefere a expressão: defeito + dano + nexo causal (2006, p. 276).

⁵² Acerca do risco propriamente dito, será tratado com mais propriedade no capítulo 3.

Lima Marques (2007, p. 275-277), os fornecedores elencados no artigo 12 respondem solidariamente; “a responsabilidade do comerciante é subsidiária e limitada aos casos previstos no artigo 13”⁵³. Como exceção ao sistema, preceitua o § 4º, do artigo 14, que respondem subjetivamente, os profissionais liberais⁵⁴.

A desconsideração da personalidade jurídica é expressamente prevista no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, o qual comina ônus responsabilizatório graduado de acordo com a atividade, em consonância com o espírito sistemático, valendo ressaltar que a desconsideração poderá ser operada sempre a personalidade, de alguma forma, consistir em obstáculo ao ressarcimento do consumidor. Eis a letra da lei:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 1º (Vetado). § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código. § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

As lesões típicas são classificadas em **danos** e **acidentes** de consumo, conforme os efeitos das mesmas, sendo assegurada ao consumidor a reparação pelo prejuízo suportado, seja ele de natureza moral ou material. As condutas típicas, das quais emergem o risco legal e ensejam a responsabilidade indenizatória, são os **vícios** e o **fato**, do produto ou serviço, consignados nos artigos 18 e artigos 12, § 1º e 2º, 14, § 1º e 2º, do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente. Os **vícios** inquinam a qualidade e/ou quantidade da utilidade ou serviço adquirido, causando **danos** ao consumidor; os **fatos**, por sua vez, são os causadores dos **acidentes**, conforme Herman Benjamin (2006, p. 240), consistindo na violação dos direitos personalíssimos da vítima, importando em quebra da segurança e prejuízo à saúde, por defeito da utilidade e, assim, ocorrendo o dano independente do uso correto, pelo consumidor.

⁵³ Salaria a autora que a expressão “fornecedor” é para a imputação de deveres para toda a cadeia, solidariamente e, quando o CDC se refere à atividade do fornecedor, especificamente, pretende imputar dever especial.

⁵⁴ Nos acidentes de consumo, o profissional liberal só responde subjetivamente quando se tratar de obrigação de resultado e não de meio.

As sanções reparatórias ficam à escolha do consumidor, variando de acordo com a natureza do vício – qualidade ou quantidade do produto e qualidade do serviço –, segundo previsão dos artigos 18, § 1º, 19 e 20, CDC, sanções estas que gravitam em torno da aprazada substituição do produto ou reexecução dos serviços, restituição corrigida da quantia paga ou abatimento proporcional do preço, conforme a hipótese legal.

Segundo a letra da lei do Código de Defesa do Consumidor, são excludentes da culpa e, portanto, da responsabilidade:

Art. 12, § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Art. 14, § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

De acordo com Lisboa (2007, p. 265-274) as hipóteses que excluem a responsabilidade objetiva são a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva de terceiro, divergindo acerca do caso fortuito e força maior, conforme se considere ser taxativo ou enumerativo o rol da lei consumerista, aceitando ou não, neste caso, a subsidiariedade do CC/2002⁵⁵; a responsabilidade subjetiva, por sua vez, é excluída no mesmo sistema do Código Civil, a saber, pela a legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e o estrito cumprimento do dever legal.

Conclui-se, portanto, que, em razão da vulnerabilidade, o Código de Defesa do Consumidor recebe a influência subsidiária⁵⁶ do Código Civil, mas é o regramento especializado às demandas das relações consumeristas, sendo aplicado com prioridade e modificando as tutelas indenizatórias em razão dos fornecedores, por atos e fatos próprios, enumerando suas próprias hipóteses de responsabilidade objetiva e subjetiva, bem como suas próprias excludentes apropriadas⁵⁷.

⁵⁵ As hipóteses, constantes tanto do artigo 188, quanto 393, NCC, não foram contempladas pelo CDC. Parece assentes na doutrina que ambas **não exigem** o Fornecedor de responsabilidade, **se instauradas na fase produtiva ou até a colocação do produto no mercado de consumo**. Após, contudo, é de considerar o caso fortuito e a força maior, como excludentes indenizatórias. Lisboa (2007, p. 269) informa que aceitam a força maior, após a colocação do produto no mercado: Arruda Alvim, Thereza Alvim e James Marins. Cláudio Bonatti e Dal Pai Moraes a aceitam *lato sensu*. Nelson Nery, por sua vez, reputa-a inadmissível.

⁵⁶ Mitigada, pois o CDC é a tutela mais adequada à proteção da Dignidade da Pessoa Humana consumidora, bem como, repassando exclusivamente ao fornecedor o risco da atividade.

⁵⁷ Em resumo, segundo Marques (2006, p. 278-289) concordam o CDC e o CC/2002, na responsabilização objetiva do empresário, de acordo com o risco da atividade e confirmam a teoria da aparência e confiança (responsabilizando o grupo societário pela boa-fé ou confiança criada pelo uso da marca). Divergem os sistemas, em razão das hipóteses excludentes (caso fortuito e força maior prevalecem no Código Civil, por inteligência dos arts. 188 e 393, parágrafo único, sendo discutido se o CDC absorve tais hipóteses, na responsabilização objetiva) e grau de reparabilidade da vítima (mitigado no Código Civil de acordo com a teoria das culpas concorrentes; no CDC, somente a culpa exclusiva da vítima pode ser alegada).

2 RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS COMO PERSPECTIVA DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Passando ao tratamento da responsabilidade socioambiental das empresas, é mister salientar, inicialmente, dois pontos.

Prima facie, que a responsabilidade social e ambiental é dever de todos – Estado, sociedade, cidadãos, empresas – e isto por força não apenas das normas sociais ou imposição do mercado, mas também do discurso jurídico, como melhor se verá.

Dopo, que o mercado e a sociedade adotam, consensualmente, a expressão responsabilidade socioambiental, com o adjetivo composto por aglutinação e não por hífen ou com a preposição *e*, mas querendo designar, justamente, a responsabilidade sócio e ambiental.

Considerando que a linha do mestrado em que resta inserida a presente pesquisa é a de Direito Socioambiental, cumpre destacar que a terminologia “sócio e ambiental” quer nos parecer mais correta técnica e juridicamente, sendo que “socioambiental” se refere, mais precisamente, aos temas ligados às coletividades, à autodeterminação dos povos – inclusive daqueles que coexistem dentro do mesmo território nacional, a exemplo da população indígena – e às titularidades do artigo 4º da Constituição Federal. Desde agora, será adotada a expressão socioambiental – da qual deriva RSA – Responsabilidade Socioambiental – conforme sua designação de mercado, em razão da pacificidade de signo, alcançada socialmente.

A sociedade brasileira efetivamente absorveu essa evolução – não em um sentido de melhora, mas de andamentos – do vocábulo “socioambiental”, visto que ele tem entrada no Brasil pelos trabalhos do Instituto Socioambiental⁵⁸ – ISA –, passando, então, aos domínios empresariais. Conforme argüi José Eli da Veiga (2007, p. 89-92), “socioambiental” é um neologismo legitimado na sociedade brasileira e que encontra correspondentes apenas na língua espanhola, com melhor privilégio para a Bolívia⁵⁹, havendo tentativa de introdução da palavra *socioenvironmental* na língua inglesa, remanescendo o termo *socio-ecological*, com

⁵⁸ Como explica Veiga (2007, p. 90): “essa organização não-governamental foi fundada em 1994, tendo por patrimônio a experiência de duas décadas do Centro Ecumênico de Documentação e Informação (CEDI), especialmente de seu Programa de Povos Indígenas do Brasil (PIB), além da contribuição do Núcleo de Direitos Indígenas (NDI), de Brasília, e do SOS Mata Atlântica. Propor soluções de ‘maneira integrada’ a questões sociais e ambientais é a grande ambição do ISA, pois seu objetivo central é a defesa de bens e direitos sociais, coletivos e difusos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos”. Nesse passo, resta demonstrado que o escopo inicial da socioambientalidade estava ligado ao coletivo, aos direitos humanos e aos direitos difusos e, na migração de espaços, assim compreendida como a sua adoção pelo meio empresarial, passa a estar associado, o escopo, também à necessidade da empresa de firmar compromisso ético com as demandas sociais e ambientais que emergem dos tempos e dos modos de produção, derivando daí a importância da assunção da responsabilidade socioambiental – RSA – como valor ético e meta corporativa.

⁵⁹ Também na Alemanha, o vocábulo *ökosozial*.

hifenização repudiada pelos próprios criadores do neologismo. Diz, ainda, o autor, que em 2007, ele procedeu a uma busca preliminar no Google, a partir de “socioambiental”, e os resultados de sua pesquisa demonstram o que se pretende expor: os três primeiros *links* apontavam para o ISA, sendo seguidos por referências emergentes do uso da expressão associado ao mercado, a exemplo do Banco do Brasil, que incorporou a RSA aos seus objetivos de seu professado compromisso ético. O que, aliás – e longe de se fazer qualquer espécie de apologia à instituição bancária e/ou aos resultados porventura obtidos ou não, haja vista que o Banco do Brasil não foi alvo de pesquisa de campo – corrobora o fato de que o vocábulo completou a mencionada travessia, ainda que tenha perdido parte de seu sentido original, e, justamente, Veiga dá continuidade ao tratamento do tema, ressaltando a relevância da introdução do tema nos sistemas de gestão e associando-o à indagação da possibilidade de um desenvolvimento sustentável, conforme se verá adiante.

Em matéria de utilidade, como assevera Aron Belinky (2008, p. 138) sobre o poder das palavras, o fundamental é que conceitos como sustentabilidade e responsabilidade social corporativa não caiam na banalização ou venham a ser encarados como meros modismos de gestão e de marketing. A efetividade pretendida passa pela correta compreensão e adoção das terminologias, para que empresários e sociedade não confundam, por exemplo, filantropia, com adoção de modelos de gestão responsável⁶⁰.

2.1 GLOBALIZAÇÃO, PODER ECONÔMICO E A CRISE SOCIOAMBIENTAL: DEMANDAS PARA UM NOVO PARADIGMA NAS CIÊNCIAS E NA ATIVIDADE ECONÔMICA

A Globalização é fenômeno irrefreável, até mesmo para as culturas mais antigas e fechadas em reticência ao mundo ocidental (BEDIN, 1997, p.134):

A configuração do mundo como um sistema global é o mais significativo acontecimento político, econômico e social das duas últimas décadas. [...] Assim, o homem após ter viabilizado várias e extraordinárias civilizações individuais, passa agora a delinear a construção de uma aventura de dimensões planetárias. Daí, portanto a percepção, hoje já bastante evidente, de que o mundo tornou-se um único lugar para todos os seres humanos e que os principais problemas e alguns de seus interesses mais relevantes adquiriram o caráter de questões mundialmente interdependentes e globais. [...] podemos afirmar que o século XXI será dominado pelos problemas relacionados com o surgimento, consolidação e hegemonia da organização política, econômica e social globais. Podemos afirmar também que o fenômeno da globalização é muito mais o resultado de uma longa, lenta e quase imperceptível evolução da sociedade

⁶⁰ Apesar de muitas vezes o erro partir de instituições que premiam as empresas de maneira incorreta, a exemplo de hospitais e ONGs, carentes de recursos, que entregam certificados de responsabilidade social aos doadores, que passam a exibir os selos e diplomas em quadros de suas empresas, induzindo os *stakeholders* à idéia de que a empresa efetivamente é gerida dentro de modelos de sustentabilidade e responsabilidade, o que nem sempre confere com a realidade.

moderna do que o desfecho imediato e inexorável de um fato isolado, por mais relevante que ele seja.

Lester Thurow (1996) indica as cinco principais forças que conduziram o mundo em direção a globalização⁶¹:

Fim do comunismo (deixando sem competidores o mundo capitalista); a emergência de uma era de indústrias de inteligência artificial (graças aos avanços da tecnologia da informação e abrindo espaço para a era da nova economia digital), resultando na desterritorialização da produção e da anulação de qualquer vantagem competitiva; o crescimento, deslocamento e envelhecimento da população mundial, modificando o sistema capitalista; a emergência de uma economia global, possibilitando que qualquer bem possa ser produzido em qualquer parte e vendido em todo lugar; a configuração do mundo como espaço político multipolar sem um poder hegemônico.

A globalização guarda intimidade com os direitos do primeiro período pós-Revolução Francesa – a autonomia da vontade privada, a liberdade de mercado e a livre negociação. Diante do “predatorismo” decorrente das relações globalizadas, os setores representativos da comunidade global crescentemente exigem das grandes corporações um comportamento com vistas à auto-sustentabilidade e ao círculo virtuoso, em afinidade com o atual contexto sócio-jurídico – a solidariedade, ora colocada em prol da redução da crise ambiental. A este fenômeno de humanização das relações e firmamento do escopo da promoção da cidadania nos atos cotidianos denomina-se Responsabilidade Social.

Garcia⁶² (1999, p. 2) contextualiza a Responsabilidade Social no campo empresarial:

Se nos concentrarmos no ente coletivo chamado empresa, responsabilidade social significa, por exemplo, tratar com dignidade os seus funcionários, fabricar produtos adequados ao que se espera, prestar serviços de qualidade, veicular propaganda verdadeira, promover limpeza no ambiente de trabalho, não sujar ruas ou dificultar o trânsito, contribuir para as causas da comunidade, não explorar mão-de-obra infantil, escrava ou de qualquer forma incapaz de se defender. Age de forma socialmente irresponsável a empresa que não observa esse comportamento.

E informa, portanto, o que mudou: a consciência e a cidadania da coletividade (GARCIA, 1999, p. 2).

A coletividade quer comprar produtos e serviços de empresas que não poluem, não fazem propaganda enganosa, contribuem para a melhor qualidade de vida. Responsabilidade social, hoje, pode ser a diferença entre vender ou não vender,

⁶¹ GUEDES, Rita de Cássia. Responsabilidade social & cidadania empresariais: Conceitos estratégicos para as empresas face à globalização: Em *Administração de Empresas*. Disponível em: <http://www.icd.org.uy/mercosur/ponencias/Guedes.PDF>. Acesso em: 1. mar. 2006. A autora é bacharel pela FGV/SP, Pós-graduada pela Harvard University e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Apud necessário por inviabilidade de acesso à obra original, a saber: THUROW, Lester. *El futuro del capitalismo*. Barcelona: Ariel Sociedad Económica, 1996.

⁶² GARCIA, Ademerval. Responsabilidade social não é ajuda, é respeito. **Gazeta Mercantil**. Interior Paulista. 23.11.1999.

sobreviver ou não. Responsabilidade social é, portanto, conceito estratégico e quem não enxergar isto vai rapidamente deixar o convívio social, isto é, vai sair do mercado.

Como ensina Jonathan Sacks (2007, p. 327), autor de *A Ética da Responsabilidade*, o “poder implica responsabilidade, e o imenso poder gerado pela tecnologia moderna, medicina, comunicação instantânea e pela economia global nos convoca à responsabilidade na mesma escala”. Responsabilidade Social – considerada como a responsabilidade pelos efeitos de cada conduta, no âmbito comunitário – é dever de todos, começa em cada um e caminha, progressivamente, a se traduzir em responsabilidade estatal e global.

A propósito dos cidadãos, o poder é conferido pelas emancipações políticas e declarações de direitos humanos, às sociedades e indivíduos – que passam a se responsabilizar também pela realização e efetividade de suas garantias, como se desume, exemplificativamente, da busca pelo desenvolvimento, segundo inteligência da Declaração sobre o Desenvolvimento (Organização das Nações Unidas, 1986), caminhando para o compartilhamento da responsabilidade pela realização de todas as liberdades em sentido pleno:

Artigo 1

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual **toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados ... a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.** [...]

Artigo 2

1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser **participante ativo e beneficiário** do direito ao desenvolvimento.
 2. **Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente**, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, **bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano, e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento.** (g.n.)

Todas as relações humanas, jurídicas e comerciais são impactadas frontalmente pela globalização.

O modelo de produção em larga escala, implementado pela Revolução Industrial, ganha nova magnitude, desconhecendo limites ou fronteiras transacionais, afetando o mercado de trabalho e mesmo os diversos sistemas tributários, que ingressam em uma espécie de leilão de facilidades, a fim de atrair territorialmente produtores e fornecedores. Sob esse prisma, o ser humano tantas vezes vale pouco menos do que uma mercadoria ou uma máquina, sendo objetizado, ao ter suas garantias negociadas, reforçando a “malignidade

corporativa”, que já se operava desde os tempos da Revolução Industrial⁶³.

Altera, igualmente, a realidade socioambiental e, a essa altura, se pode pensar na expressão como conjugação do social e do meio ambiente em sentido *lato*, mas, especialmente, tendo em mente que o ser humano faz parte do mundo, relacionando-se, acessando e modificando a natureza e criando mundos particulares, afetando e sendo afetado pelo meio com o qual se relaciona. Portanto, consumidores, trabalhadores e empresários, ambientes corporativos e natureza, todos são afetados pelos efeitos da globalização.

Os primeiros porque, dezenove anos após a instauração efetiva de uma Nova Ordem Mundial, com a queda do Muro de Berlim, vislumbram a queda das fronteiras geográficas, viabilizando transações comerciais com praticamente o mundo todo. A natureza, porque se ressentida dos impactos causados pelo modelo de produção globalizado que, por exemplo, importa em transporte de carga para os quatro cantos do planeta, seja por via aérea, marítima ou rodoviária. Danos ambientais que acabam por refletir também sobre as pessoas humanas, seja em sua saúde, seja em seu bolso.

Um exemplo dessa reação encadeada está na drástica modificação dos processos de fornecimento alimentar, que em muito difere do sistema clássico da plantação de subsistência ou do abastecimento fornecido pelas regiões vizinhas. Como explica Elisabeth Rosenthal⁶⁴ (2008):

Bacalhau da Noruega é enviado para a China para ser transformado em filés, então enviado de volta para a Noruega para ser vendido. Limões argentinos enchem as prateleiras dos supermercados espanhóis, enquanto a produção local apodrece no solo. Metade das ervilhas consumidas na Europa é cultivada e embalada no Quênia.

O transporte de alimentos se torna o vilão invisível da emissão de gases do aquecimento global, bem denotando a interdependência em que coexistem as pessoas e as

⁶³ Os reflexos da ganância dos empreendedores, típica do capitalismo selvagem e que se manifestam desde os tempos da Revolução Industrial e até agora são amplamente abordados nas artes, com destaque, no campo da literatura ficcional, para *Um Conto de Natal*, de Charles Dickens. E, mais especialmente, para a obra *A Corporação*, do canadense *A Corporação* (2004), premiado internacionalmente, que originou o documentário de mesmo nome, onde o autor canadense Bakan relata vasta pesquisa de campo, operada sem fronteiras, identificando focos graves de insustentabilidade em toda a cadeia produtiva de algumas empresas. Em rápido exemplo, o autor apresenta uma renomada fábrica de artigos esportivos, cujas etiquetas são produzidas na República Dominicana, pelas mãos de crianças menores de 12 anos, por remuneração irrisória; chegam às grandes lojas de departamentos, aplicadas a jaquetas licenciadas por uma celebridade deveras generosa, que doa parte do valor arrecadado com as vendas, a orfanatos norte-americanos.

⁶⁴ ROSENTHAL, Elisabeth. Transporte de alimentos é vilão invisível da emissão de gases do aquecimento global. *The New York Times*, Nova Iorque, 26 de abril de 2008. Tradução de George El Khouri Andolfato. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/nytimes/2008/04/26/ult574u8423.jhtm>. Acesso em: 27 de abril de 2008.

pessoas em relação à natureza, afetando o meio ambiente, o mercado de produção e o mercado de consumo.

O Direito também não passa incólume pelas modificações impostas pela globalização, impondo ainda maior dever de compromisso com a efetividade e realização da solidariedade constitucional, especialmente na regulação do exercício da livre iniciativa pela comunidade empresarial⁶⁵. Aplicadamente, vejam-se as mudanças ocorridas no Direito dos Contratos e de Consumo – via *internet*, por exemplo, como se dizer qual é o local do contrato? Questões que ainda causam perplexidade e que importam em urgente regulamentação, a fim de se proporcionar segurança, especialmente aos consumidores, vulneráveis por essência.

Interessante destacar que essa compreensão da ausência de fronteiras atinge as diversas áreas do conhecimento, incutindo a necessidade de tomadas de decisão correspondentemente globais.

No particular, o exemplo do Direito Eletrônico⁶⁶, que demanda regulamentação internacional, haja vista que o bem a ser tutelado – as informações, os dados e acervos – transcendem fronteiras, exigindo tratamento substancial e igualitário, em todos os Estados Nacionais, para que se assegure efetividade de garantias, não apenas aos consumidores usuários, mas certamente também aos fornecedores e empresários em relações paritárias.

Na mesma esteira racional, existe uma forte consciência de que os efeitos da crise ambiental importam em soluções de cunho global, levando organismos e líderes mundiais a assumirem responsabilidade por estabelecerem planos de ação e cobrarem, dos dirigentes nacionais, efetivo compromisso com a causa ambiental. Para ilustrar a interdependência da causa e efeito sem fronteiras, o fato que a floresta úmida do Brasil, a bacia do Congo e da Indonésia garantem a retenção da metade das águas de chuva do planeta, sendo que se estima que o desmatamento⁶⁷ seja responsável por quase 20% das emissões mundiais de gases de efeito estufa, prejudicando, assim, não apenas ao país em cujo território esteja situada a floresta, razões que motivaram, recentemente, o Príncipe Charles, a apresentar ao presidente indonésio, Susilo Bambang Yudhoyono, um plano para lutar contra o desmatamento e oferecer verbas alternativas aos países que possuem florestas tropicais, como o Brasil e a

⁶⁵ Sem importar em desprezo da efetiva responsabilidade que toda pessoa – pública ou privada, física ou jurídica – possuem para com o desenvolvimento e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁶⁶ A esse respeito, LORENZETTI, Ricardo L.. **Comércio Eletrônico**. Ed. Revista dos Tribunais, 2004. Bem ainda, UNESCO. Carta sobre a preservação do patrimônio digital. **Global**, 23 de julho de 2004. Disponível em: http://osi.unesco.org.br/arquivos/documentos/UNESCO%20Carta%20Preservacao%20Digital_PT%20final.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2007.

⁶⁷ Desmatamento que também é ocasionado pela urgência alimentar, na expansão agrícola, ou na fabricação de biocombustíveis.

própria Indonésia⁶⁸ (2008). É mister que a sobrevivência humana, efetivamente ameaçada, seja posta em primeiro plano, mas, logicamente, estes são temas sensíveis, não apenas pelo possível conflito de interesses individuais, mas também pelas questões de soberania, envolvidas no processo decisório, que passam por dilemas socioambientais e também por questões de política regulatória empresarial, variando a dimensão das liberdades jurídicas que são concedidas às empresas, em cada país⁶⁹.

Um dado impressionante dá conta de que entre as 100 maiores riquezas do mundo, 49 são corporações privadas (GRAYSON; HODGES, 2000), fato que possui uma das suas justificativas de surgimento nas modificações do modelo estatal para o formato neoliberal. Como assevera Marçal Justen Filho (1999, p. 131).

Ressalte-se que a continuidade do processo ora verificado permite prever acumulação do poder econômico no âmbito da empresa, especificamente em virtude da redução ou supressão da atuação estatal. Esse poder econômico tenderá a traduzir-se em poder político. Está-se diante do risco de o Estado ser substituído pela "Empresa". Mais ainda, essa substituição poderá verificar-se lentamente, sem que as pessoas se dêem conta dela⁷⁰.

⁶⁸ Príncipe Charles apresenta plano para salvar florestas tropicais. **France Presse**, Jacarta, 04 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ambiente/ult10007u463462.shtml>. Acesso em: 11 de novembro de 2008.

⁶⁹ Por exemplo, o “direito de poluir”, bem como o de “pagar para poluir”, variando o nível de tolerância aos poluentes e o valor das multas, de país para país. Conforme corrobora Foladori (2001, p. 141-162), numa sociedade capitalista é garantido que cada indivíduo faça dos recursos naturais e seus detritos o que bem entende, abandonando o destino global da produção de mercado.

⁷⁰ Há, contudo, em matéria de responsabilidade social empresarial, o problema de se repassar a esses “estados dentro do Estado” uma sobrecarga de expectativas de retorno prestacional que pertencem ao arcabouço próprio do Estado-tributador, ou do Estado-providência, a exemplo da efetiva realização dos direitos sociais à saúde e à educação. Ainda que a Empresa possa e deva contribuir para o desenvolvimento social – notadamente da comunidade em que esteja inserida e/ou de seus funcionários e familiares concentradamente – não pode lhe ser imputado o dever de substituição às políticas públicas sociais. Ainda que esta premissa parece lógica aprioristicamente, em verdade, tanto a sociedade, quanto o Estado-Juiz, demonstram alguma confusão na compreensão do papel comunitário da empresa. De acordo com a pesquisa constante do relatório RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS / PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO : PESQUISA 2006-2007, SUMÁRIO DE CONCLUSÕES. Instituto AKATU & Instituto ETHOS, 2008, os cidadãos cada vez mais desejam que o Estado regulamente a RSE, contudo, revela queda o número de consumidores efetivamente atuantes e/ou interessados em cobrar retorno da conduta da empresa; ou seja, o cidadão terceiriza responsabilidade e ainda não assume, suficientemente, o seu papel. Os tribunais, por sua vez, transferem maior responsabilidade e ônus jurídico para as empresas que exploram ramos da atividade econômica mais próximos da prestação social, a exemplo dos planos de saúde, tantas vezes obrigados a fornecer, liminarmente, tratamento médico para além da cobertura contratada. Não se debate, neste momento, a pertinência dessa expectativa traduzida sobre a iniciativa privada, mas é certo que há um aumento no risco econômico dessas atividades e se pretende dar relevo ao fato de que esse fenômeno jurídico está associado a uma severa falha estatal, em fornecer a contrapartida dos impostos arrecadados, para se dizer o mínimo e não se adentrar em matéria de filosofia política. A respeito da crise no Estado-Providência. Pierre Rosanvalon (1995) afirma que ela compromete a própria noção de igualdade como finalidade social: “Resumo essas proposições: 1. O Estado moderno define-se como um Estado-protetor. 2. O Estado-Providência é uma extensão e um aprofundamento do Estado-protetor. 3. A passagem do Estado-protetor ao Estado-Providência acompanha o movimento pelo qual a sociedade deixa de se pensar com base no modelo do corpo para se conceber sob o modo do mercado. 4. O Estado-Providência visa a substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência estatal. 5. É a noção de probabilidade estatística que torna praticamente possível e teoricamente pensável a integração de Providência no Estado. Esta breve digressão não é sem importância. Mostra a extensão

Gigantes econômicos privados, que não conhecem fronteiras para sua expansão comercial, mas que defendem a todo custo os seus próprios interesses, seja financiando campanhas eleitorais ou a “indústria do lobby”, ou tantas vezes violando preceitos éticos de mercado, mascarando informações aos diferentes públicos com os quais se relacionam e pecando na transparência – vez que não podem evitar cumprir formalmente imposições tais como os balanços anuais, procuram “maquiá-los”, ainda que a preço de grandes falências vexatórias, a exemplo do caso Enron e World.Com.

Dai a importância que se confere à crescente e progressiva rigidez dos mecanismos consensuais – de mercado – e das legislações regulatórias de mercado, em prol de “obrigar” e fiscalizar o cumprimento dos ditames éticos e responsáveis, no âmbito da governança e da gestão empresarial, tudo a convergir para o conceito da sustentabilidade nos negócios.

De uma forma geral, é lícito afirmar que uma relação sustentável seja aquela que se desenvolve com perspectiva de crescimento estabilizado, ou seja, que se desenvolve positivamente e de forma consistente, equilibrada, com eficiência na utilização dos recursos e insumos necessários, independente de sua natureza.

Mister salientar que, para a elaboração deste pensamento, partiu-se da premissa da colaboração dos vocábulos desenvolvimento e sustentável, em que pese haver autores que questionem essa interação, como se a sustentabilidade excluísse ao desenvolvimento

dos interesses em jogo no questionamento atual de que o Estado-Providência é objeto [...] e compreender melhor porque foi por ocasião das grandes crises, quer sejam sociais, econômicas ou internacionais (as guerras), que o Estado-Providência progrediu no século XIX e no século XX. A teoria marxista explica esse fenômeno [...] como o desenvolvimento das funções do Estado, sejam elas econômicas ou sociais, só é compreendido como resposta às contradições e às exigências da economia capitalista, o crescimento do Estado-Providência graças às crises é analisado ou como resposta necessária à tendência do capital à sobreacumulação (tese da desvalorização), ou como compensação de um déficit de legitimidade social (teses de Habermas ou de O'Connor sobre a legitimação). Sugiro outra explicação [...] se o Estado-Providência progride por saltos, notadamente por ocasião das crises, é porque *esses períodos constituem tempos de provação graças aos quais há reformulação mais ou menos explícita do contrato social*. [...] De um modo mais geral ainda, o desenvolvimento do Estado-protetor/providência está associado à questão da unidade e da divisão sociais. Foi dito por muitos, por exemplo, no século XIX, que o objetivo da política social é evitar um ‘São Bartolomeu social’, ou seja, o retorno ao estado de natureza, estado de incerteza e de guerra interna. Toda a ‘economia política social’ do século XIX recordará, depois de Sismondí, que ‘a ordem social subsiste, porque a imensa maioria dos que pertencem ao corpo político vê na ordem a sua segurança; e o governo não existe senão para proporcionar, a todos, esta vantagem comum que todos esperam’. A dúvida sobre o Estado-Providência não pode portanto ser entendida somente do ponto de vista da regulação dos equilíbrios econômicos que o regem. Não é apenas a extensão do Estado ou o peso das despesas sociais que está em causa. Esta dúvida manifesta um abalo muito mais profundo: são as relações da sociedade com o Estado que são questionadas. Se há crise, é neste sentido. Mas, por que a crise aparece hoje? Por que falar de um abalo tão radical quando o ponto de partida parece consistir num simples desajuste do crescimento das finanças públicas? A meu ver, há três explicações possíveis: 1.^a – Mesmo que seu programa de ‘libertação da necessidade’ seja limitado, o Estado-Providência já levou a uma importante redução das desigualdades. A questão dos objetivos (a igualdade, o bem-estar coletivo) põe-se, então, de modo mais preciso. Há, neste contexto, formação de uma *dúvida sobre a igualdade como finalidade social*. Paralelamente, a produção da segurança e da solidariedade pelo Estado através de grandes interfaces mostra-se mais opaca. Há uma interrogação quantos aos *limites da solidariedade automática*. [...]

(CAMARGO, 2003, p. 83-87). Mesmo porque, tal premissa é inafastável, da perspectiva jurídica, considerando que no mesmo pacto social, a Carta Magna, professa elementos da sustentabilidade, bem como expressamente valoriza o desenvolvimento, como princípio de atuação do Estado Democrático e do próprio solidarismo ético.

De acordo com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (Organização das Nações Unidas, 1986), desenvolvimento é um direito humano inalienável, realizado, assim, como garantia coletiva, mas também como direito próprio individual:

Reconhecendo que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes; (...)

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos de autodeterminação, que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

Segundo Brügger (1994, p. 69), na expressão “desenvolvimento sustentável”, a palavra sustentável costuma adquirir um sentido mais específico, remontando aos conceitos da ecologia, referindo-se, de modo geral, à natureza homeostática dos ecossistemas naturais e à sua autopetuação. “Sustentável”, nesse contexto, englobaria ainda a idéia de capacidade de suporte, a qual se refere ao binômio recursos-população.

No campo dos negócios, sustentabilidade é associada à capacidade das empresas de aliar sucesso financeiro com equilíbrio ambiental e atuação social (GUIA DA CIDADANIA CORPORATIVA, 2005, p.14), trabalhando no tripé dos âmbitos que cooperam entre si – econômico, social e ambiental.

Retomando a análise sobre o vocábulo sustentabilidade, na ordem estatal é sinônimo de qualidade de vida, como concorda a comunidade científica em geral. Não significa, necessariamente, que toda a população disponha de abundância exagerada de recursos, mas que possuam o mínimo vital a garantir os valores preambulares da Carta⁷¹, sintetizados nas garantias fundamentais e sociais⁷².

⁷¹ A esse respeito, ao tratar da crise do Estado-Providência, Pierre Rosanvalon (1995): “Por que este programa de libertação da sociedade da necessidade é tão vago? Muito simplesmente porque ele apenas transpõe, para uma linguagem econômica, o problema político da busca da felicidade. O objetivo da sociedade é a ‘felicidade comum’ dizia a Constituição Norte-Americana de 1793. A definição do Estado-Providência como agente da

Certamente que falta de acesso a saúde, saneamento básico ou moradia digna atentam contra a sustentabilidade do planeta, haja vista que revela um desvirtuamento no uso dos recursos naturais, má empregabilidade da energia, etc. Se um membro da comunidade passa fome é porque a produção de alimentos está mal distribuída, incorrendo assim, em insustentabilidade, pois, logicamente, a capacidade de suporte está comprometida, no binômio recursos-população. Notadamente, atentando contra a própria definição de desenvolvimento, fornecida pelas Nações Unidas⁷³.

A liberdade é um pressuposto do individualismo e da Modernidade, tempos em que surge o trabalhador livre e passa a surgir o consumidor com mais intensa participação econômica. Liberdade esta que, ao se referir aos entes privados, foi, inicialmente, a mais ampla possível, sendo limitada, preponderantemente, pelo início da esfera do outro particular; e, como visto no capítulo anterior, com os abusos e excessos no exercício das liberdades – a afetar frontalmente a Igualdade – foi necessário que o Estado passasse a intervir, regulatoriamente, na vida privada do cidadão, em nome do interesse social, notadamente, associando com mais substância jurídica, os ônus aos bônus. E isto, não apenas em caráter interprivado – como em seu exemplo mais claro, a saber, o enriquecimento sem causa – mas também na prospecção da função social dos institutos jurídicos em geral, considerando seus reflexos sobre toda a comunidade e não apenas entre os pólos da relação. Ora, toda noção de poder, caminha par e passo com a responsabilidade que dele emana, seja esse poder o estatal, o empresarial ou o individual.⁷⁴

Da esfera codificada, cita-se o artigo 421, do Código Civil Brasileiro, que delimita o exercício da liberdade de contratar – verdadeiro corolário da autonomia privada – em razão da função social do contrato. O princípio democrático expresso na Constituição Federal

libertação da necessidade é a tradução utilitarista desta afirmação. Ora, a noção de necessidade, como a de felicidade, é tão vaga e confusa quanto seu corolário, a noção de satisfação (responder a uma necessidade é satisfazê-la). A noção de necessidade oscila entre o conceito de *sobrevivência* (satisfação das necessidades fisiológicas elementares) e o conceito de *abundância* (supressão das necessidades). Desse ponto-de-vista, o Estado-Protetor corresponde à garantia de sobrevivência (a proteção física da vida) e o Estado-Providência à garantia de uma abundância ‘mínima’ para todos os cidadãos. Mas, o que é esse mínimo? É, por definição histórica, evolutivo, por ser sempre apreciado em relação a uma situação social ‘média’. Desde que se abandone a simples referência à sobrevivência (ela própria podendo, ainda, ser considerada relativa), não há mais norma ‘objetiva’ para fixar um mínimo de nível de vida que corresponda à satisfação de necessidades primárias ou elementares. O sistema de necessidades se confunde com a dinâmica social. Ela nasce da constatação de uma diferença e do desejo de reduzi-la: a dialética das necessidades é inteiramente estruturada pela dinâmica social da igualação e da diferenciação. *A noção de necessidade é, assim, apenas uma redundância do conceito de relações sociais.*”

⁷² Sobre o discurso jurídico para a sustentabilidade e responsabilidade social, vide tópico seguinte.

⁷³ Como acima mencionado.

⁷⁴ Noção assimilada pelo pensamento coletivo social, até mesmo nos filmes mais comerciais do cinema *hollywoodiano*, a exemplo do filme *Homem-Aranha I*, no qual o tio de Peter Parker, antes de ser fatalmente vitimado, ensina ao sobrinho que “um grande poder traz consigo uma grande responsabilidade”.

brasileira ratifica a imposição de responsabilidade sobre as pessoas humanas – e não apenas para o Estado, no exercício de suas funções – pela realização dos objetivos republicanos, em seu artigo 1º, parágrafo único, o qual diz que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Logicamente que o poder outorgado ao Estado também segue acompanhado de responsabilidades típicas, a exemplo da responsabilidade fiscal, dentre outros inúmeros institutos próprios. Mas, pretende-se neste momento, destacar que o Estado não assume – e nem deveria – a responsabilidade total pela plena realização dos direitos e garantias fundamentais.

Porém, uma das questões mais complexas, especialmente em um país onde se questiona exatamente o inverso – ou seja, a ineficiência estatal, decorrente do não cumprimento de sua responsabilidade, em que pese todo o poder que possui – é o debate acerca da responsabilidade da empresa, associado, juridicamente, ao debate acerca da existência de uma função social empresarial.

Neste ponto, não cabe exaurir os debates acerca da função social da empresa, haja vista que não é o tema deste trabalho. Contudo, é imperioso considerar a responsabilidade que a empresa possui para com o meio ambiente como um todo – não apenas ecologicamente considerado – cuja indissociabilidade (SILVA, 2001), na interação dos elementos naturais, sociais e culturais leva ao equilíbrio necessário à boa qualidade de vida. Reforçando essa concepção holística, Lickorish e Jenkins (2000, p. 117) afirmam que, em uma análise ambiental “mais abrangente, os fatores sócio-culturais e econômicos do meio ambiente são apresentados em conjunto, e, de fato, é difícil e indesejável tentar separar os componentes físicos e sócio-econômicos do ambiente”. Logo, ao se tratar das empresas, há de se considerar, também, as relações desenvolvidas no e em razão do meio ambiente empresarial – interno e externo –, assim como aos *stakeholders* e *shareholders* como parte integrante deste sistema. João Manoel Grott (2003, p. 78) observa a superação do conceito de meio ambiente ligado exclusivamente à sua vertente ecológica, atingindo diretamente ao ambiente das empresas, inclusive – mas não estritamente – nas relações laborais:

Como já discutido, o meio ambiente tem uma definição amplíssima e unitária, de composição diversa, estando nela incluído o meio ambiente de trabalho, pois é neste que o ser humano vive a maior parte de sua vida, não podendo ter uma vida digna, se esta não for também em seu ambiente de trabalho. Também bastante claro está que as condições de vida no trabalho transcendem o individual.

E responsabilidade esta que deriva do poder que encerra em suas atividades, recebido

da outorga estatal, como preceitua Justen Filho (1999, p. 131), demonstrando haver uma funcionalização para o poder:

A supressão da atuação direta do Estado e sua substituição pela iniciativa privada vinculam-se à prevalência do ideal de eficiência. Essa radical concepção nas modificações políticas se relaciona com a constatação de que a ineficiência estatal é causa geradora de pobreza e frustração de direitos individuais, sociais e políticos. Essa enorme onda de privatizações somente se legitima, portanto, se puder assegurar a realização dos valores jurídicos essenciais.

Adiante, neste mesmo tópico, se retomará a análise do discurso jurídico da responsabilidade socioambiental e da sustentabilidade, e como este obriga às pessoas de toda e qualquer natureza, especialmente as empresas, por sua relevância na geração de riquezas.

Por ora, vale destacar que o poder engloba seu aspecto jurídico, que é similar à parcela de liberdade de ação em lei definida⁷⁵; mas nele não se esgota, sendo deveras relevante manter em vista que a proporcional capacidade econômica do agente – o seu poder econômico – lhe favorece com maior poder de escolha e decisão, por essa razão lhe conferindo poder político⁷⁶, não apenas no sentido de veto ou aprovação de leis, mas também para estimular ou reprovar políticas públicas, modificações estruturais de mercado, fixação de preços, dentre outros, voltando, assim, ao cenário, a importância da regulação legislativa, a exemplo das proteções concorrenciais.

Perante norma prescrita, a conduta ilícita passa a ser passível de questionamento judicial. Contudo, conforme se verá na continuidade, mesmo a reprovação legal pode não se constituir em barreira suficiente para que o agente opte por não “violiar direito e causar dano a outrem⁷⁷”, notadamente porque o interesse financeiro – que move o processo decisório corporativo – pode indicar como mais eficiente⁷⁸ o descumprimento da norma e conseqüente assunção do risco processual, no balanço de perdas e ganhos, especialmente porque os custos socioambientais não são internalizados no preço dos produtos e serviços.

O capitalismo impõe às empresas um modelo de produção massiva e desperta uma demanda por lucros em ritmo de alta velocidade, embarçando um processo decisório mais cauteloso para aquele que pretende sobreviver no mercado, causando conseqüências de múltiplas naturezas.

O caos social e ambiental se reflete, por exemplo, em violação de direitos

⁷⁵ Sendo permitido aos particulares praticarem todos os atos não defesos em lei – tendo a empresa boa dose de encargos legalmente prescritos – e aos entes públicos somente aquilo que expressamente a lei lhes permita.

⁷⁶ Conforme lição supracitada de Justen Filho.

⁷⁷ Art. 186, CCB.

⁷⁸ Como em “eficiência econômica”.

fundamentais dos trabalhadores e na aquisição desmedida de matérias primas, provocando, em um círculo vicioso, de um lado baixos custos de produção e alta lucratividade, de outro múltiplos danos, que acabam por se refletir não apenas sobre a comunidade, mas em diversas partes do planeta em razão do capitalismo globalizado.

Guillermo Foladori (2001, p.163-165) demonstra a conexão entre o meio de produção capitalista e o alto grau de deterioração ambiental, ligado, portanto, a causas econômicas condicionantes do comportamento humano, sem desprezar que outros modelos produtivos também induzem ao caos ambiental, contudo, com intensidade variada. Especialmente, porque o capitalismo importa em apropriação da matéria-prima para produção em escala, em ritmo impulsionado também pela existência de concorrência, via de regra agressiva e refletindo, na mesma medida de agressividade, na aquisição de material e velocidade de produção industrial. Assim, o resultado da depredação e poluição do produtor capitalista é deveras maior do que o rastro ambiental negativo deixado pelo pequeno agricultor que semeia visando à sua capacidade de alimentação, sendo por esta limitado.

Jonathan Sacks (2007, p. 325) aborda a situação caótica que se apresenta, fruto da Modernidade⁷⁹ e agravada pelo capitalismo globalizado:

O século 21 confronta a humanidade com desafios de uma escala e alcance que parecem impossíveis de vencer. O meio ambiente se deteriora com o aquecimento global, a erosão da biosfera, o desmatamento das florestas e a maior extinção de espécies já vista desde os primórdios da civilização. A desigualdade entre ricos e pobres aumenta cada vez mais: algumas partes do mundo vivem em um estado de afluência nunca sonhado por gerações passadas; outras abrigam nações e regiões inteiras tomadas pela pobreza, doença, seca, falta de moradia, analfabetismo e desesperança. (...) Metade da população mundial vive em estado de pobreza. Os americanos gastam mais em cosméticos, e os europeus em sorvetes, do que custaria prover escolaridade e saneamento básico para dois bilhões de pessoas que vivem sem esses benefícios.

Nesse traçado de Sacks, percebe-se que as demandas provocadas pelo atual modelo econômico e político ocidental também passam pelo tripé da “insustentabilidade”, ou seja, caos de ordem ambiental, econômica e social. Das discrepâncias de prioridades – gastar em cosméticos ou investir em escolas? Gastar exclusivamente consigo mesmo ou se libertar do egoísmo e compartilhar? – também se pode concluir que a crise, e conseqüentes demandas,

⁷⁹ Rosanvalon (1995) comenta a importância que a laicização operou sobre as políticas públicas nos Estados Modernos e a relação destes com seus cidadãos, que agora deveriam deixar de esperar a providência divina, para esperar a providência estatal. Porém, como anota Sacks (2007), também se operou um rompimento social com o padrão ético mínimo do “bom samaritano” e “fazer ao próximo o que deseja para si”, deixando-se os cidadãos à vontade para construir seu próprio norteamento ético individualizado, o que acaba por afetar a sociedade com maior individualismo, egoísmo e consciências cauterizadas.

revelam caráter ético, sendo precisa uma reestruturação ou um resgate de valores humanos⁸⁰.

Na continuação, destaca que as respostas e a busca por solucionamentos são, necessariamente, de ordem global, impondo a necessidade de diálogo entre as nações, para o atingimento de uma efetiva e eficaz proposta de apaziguamento das diferenças e caos, notadamente porque as situações negativas que se instauram causam problemas em cadeia, como abordado anteriormente, inclusive no que se refere a temas sagrados da autonomia, como o sentimento religioso nacional, o qual, aparentemente, deveria ser questão circunscrita ao país confessional. Paradoxalmente, o caos – a ser sanado pessoal e coletivamente – gera uma interiorização do ser humano, que se volta para dentro de si mesmo, procurando refúgio e rápida recompensa, em um círculo vicioso, ao invés de buscar sair de seu próprio caminho, de sua zona de conforto, encarando de frente os problemas coletivos e trabalhando por resolvê-los, ainda que ao custo do sacrifício de parte de seu tempo (SACKS, 2007):

Há os problemas políticos: conflitos étnicos, guerras civis, ondas sucessivas de pessoas buscando asilo, a proliferação da violência e a desordem internacional generalizada. Existe o perigo gerado por estados arruinados, vulneráveis e cruéis, e a absoluta dificuldade – depois de guerras como as do Afeganistão e do Iraque – de se estabelecer regimes estáveis, com obediência à lei e respeito aos direitos humanos, que substituam ditaduras e tiranias fracassadas. Enquanto isso, o terror, inspirado por grupos como o Al-Qaeda, se transforma em ameaça global, minando a segurança pessoal de cada cidadão em um país depois do outro, encorajando a disseminação do extremismo religioso e atos de barbárie contra a vida de inocentes. [...] Os

⁸⁰ A respeito da crise ética, Altvater (1992, p. 142) afirma: “Há sempre questões éticas básicas em causa (Gutwirth, 1993), nas quais uma compreensão (discursiva) ainda tem que ser gerada. As respostas para as questões éticas básicas vão da abordagem da “ecologia radical”, segundo a qual “mesmo as pedras têm direitos” (Nash, 1977; Gutwirth, 1995; Martinez-Alier e Guha, 1997), à premissa neoclássica de que cada geração tem sua própria capacidade de resolver os problemas ambientais e de recursos que herdou.”. Rosanvallon e Sacks ainda associam o tema ao divórcio emancipatório entre o Estado e a Religião, afetando às políticas públicas de providência e ao mínimo de conteúdo ético exigível do cidadão. De Rosanvallon (1995, p. 22) lê-se: “É preciso, finalmente, voltar a situar essa questão no grande movimento de laicização política moderna. A própria expressão Estado-Providência [...] começa a aparecer por volta de meados do século XIX, com sentido de reprovação [...] da ‘economia política cristã’. [...] finaliza sua secularização [...] ele se dá por tarefa resgatar *hic et nunc* as desigualdades de ‘natureza’ ou os infortúnios da sorte. O Estado-Providência é a última palavra do estado leigo [...]”. Jonathan Sacks (2007, p. 159-161) situa a questão do ponto-de-vista do mínimo ético exigível dos indivíduos e seus reflexos sobre a sociedade: “Os primeiros teóricos do contrato social dispunham de uma premissa segura para articular seu raciocínio: uma cultura comum – o cristianismo – que habilitava as pessoas a compreenderem suas obrigações morais. No século 17, a batalha se restringia apenas à *forma* de cristianismo que deveria prevalecer. A política podia servir de arena a interesses pessoais, mas tinha por contrapeso uma tradição ética que se expressava num idioma totalmente diferente, o idioma do altruísmo e do auxílio ao próximo. A premissa não existe mais. As sociedades pós-modernas são marcadas pela *falta* de consenso moral. Contêm em si pessoas de religiões radicalmente distintas. A cultura secular, por sua vez, praticamente abandonou o projeto de moralidade como um empreendimento da sociedade ampla. Em vez disso, ele se tornou o exercício da autonomia – a moralidade como escolha íntima e pessoal.” Sacks continua seu discurso, demonstrando que há diferença entre contrato e pacto social, sendo que no primeiro, se forma um *estado* e, no segundo, uma *sociedade*. Sendo possível concluir que o mundo moderno e contemporâneo rompeu formalmente com o mínimo ético-moral do passado, salienta-se que este fator também gera novas demandas sociais de padronização de condutas, implicando em debates que afetam tanto os limites da responsabilidade social, quanto das funções sociais das figuras jurídicas, porque afetam a construção do próprio pacto social, pela distribuição de obrigações – a antes de toda natureza – dentro do discurso do contrato social.

problemas são tão amplos, tão interligados e globais que se encontram além do alcance de países isolados, mesmo de grandes poderes como os Estados Unidos e União Européia. [...] Porque assistimos a tudo isso diariamente em nossas televisões, sofremos de uma contínua dissonância cognitiva. Queremos ajudar [individualmente], mas o que podemos fazer é insignificante. Sob esse tipo de pressão, a mente se recolhe e procura satisfação pessoal, a gratificação oferecida pelo pequeno círculo familiar ou grupo de amigos ou redenção possível de ser encontrada dentro dos limites da comunidade.

Muito se tem falado que o custo social e ambiental, provocado pelo modelo de produção atual, não tem sido cobrado de seus efetivos responsáveis, seja pela ausência de tributação do carbono ou pela ausência de internalização dos custos. Na verdade, todas as proposições dessa natureza visam a responsabilizar os agentes pelos danos causados no exercício de suas atividades; exercício este ainda que legítimo e não abusivo, portanto não englobando neste debate a prospecção de culpas, concentrando-se, antes, na necessidade mundial de diminuição do impacto social e ambiental.

Tradicionalmente, responsabilizar significa imputar a alguém, administrativa ou judicialmente, o dever de reparar ou indenizar alguma espécie de prejuízo. E que para identificar o efetivo causador do dano, busca-se pelo ato e fato sem o qual o evento lesivo não teria se operado, baseando-se, portanto, no nexos de causalidade. Evolutivamente, o ordenamento jurídico passa a admitir cada vez mais elástico rol de hipóteses de responsabilização objetiva, ou seja, independente da verificação de culpa ou dolo, na conduta do agente, sendo suficiente a relação de causalidade.

Contudo, os efeitos negativos decorrentes das relações globalizadas – incluindo-se a pegada ambiental⁸¹ – têm gerado debates acerca da responsabilização dos agentes causadores dos danos pela reversão dos prejuízos causados pelo exercício das atividades, dada a dificuldade de identificação de agente pontuadamente determinado, haja vista que, via de regra, a pegada ambiental é constituída por transações sucessivas e encadeadas, todas impactantes, em sua medida de proporção⁸²

Assevera Elmar Altvater (1999, p. 144-145):

⁸¹ Em termos simples, a pegada ecológica é o rastro que cada pessoa deixa no meio ambiente, como resultado das suas ações em geral. Por exemplo, quando se anda de carro, provoca-se impacto ambiental por causa do gás carbônico emitido pelo veículo. Ou, quando se come um simples pacote de bolachas, o consumidor participa do impacto da produção do biscoito, da produção da embalagem e, também, do impacto pelo pós-consumo, ou seja, o lixo que é gerado por tudo aquilo que se compra, usa ou consome, em geral. Para saber mais a respeito, vide *site* da WWF. Pegada Ecológica? O que é isso? Disponível em: http://www.wwf.org.br/wwf_brasil/pegada_ecologica/o_que_e_pegada_ecologica/.

⁸² O ditado popular que orienta a se resolver o problema sem fazer parte dele não é válido nas questões ambientais, considerando que a existência humana individual é impactante por si só, pelo vital consumo de energia.

A construção do vínculo causal é importante para apurar responsabilidades e, portanto, para as questões de indenização. [...] O princípio da causalidade imediata ainda emana das premissas de um mundo newtoniano, no qual cada acontecimento pode ser reconduzido às suas causas originais. Nesse enfoque, a relação entre homem e natureza é a mesma que existe entre sujeito e objeto. Mas, na vida real, nem sempre – ou quase nunca – é possível atribuir de forma inequívoca prejuízos ambientais a um acontecimento ou atividade (Prigogine e Stengers, 1986). Isto tem a ver, em primeiro lugar, com o alcance das correntes causais. No caso da indústria nuclear, o alcance de um acidente é, por natureza, global. Ele desrespeita os limites de Estados nacionais, culturas ou religiões, e os vínculos da corrente causal são extremamente multifacetados. Mesmo quando tratamos da produção nuclear sem acidentes, temos de lidar com o lixo nuclear, que permanece radioativo por milhares de anos, atingindo gerações futuras. Os vínculos causais entre as gerações do presente e as do futuro – bem como entre nações com diferentes leis, culturas e atitudes em relação às técnicas e mesmo à vida humana e à de outros seres – tornam precária qualquer construção intelectual e científica que tente estabelecer vínculos causais entre o erro e o dano.

A crise socioambiental, portanto, em um de seus aspectos de efeitos potenciais mais cruéis, se revela na escassez de recursos – por natureza limitados – suficientes para suprir o crescimento irrefreado do capitalismo globalizado, importando no desgaste e deterioração de material natural e humano. E é consensual que as medidas a serem adotadas, no mínimo para minoração tanto do impacto ambiental, quanto social, precisam ter âmbito internacional o que vem se confirmando ante as inúmeras iniciativas envolvendo a comunidade internacional reforçando o foco no enfrentamento global do problema. Até porque as transações comerciais não conhecem fronteiras e carecem de uma padronização de caráter jurídico, a fim de que sejam passíveis de exigência coercitiva e questionamento judicial, mesmo em tribunais internacionais.

As modificações estruturais impostas pela implementação da visão globalizada e neoliberal enfraqueceram o controle público dos danos socioambientais e impendem em maiores dificuldades para a imputação da responsabilidade causal, gerando necessário debate técnico pormenorizado acerca das políticas públicas internacionais, a serem implementadas em caráter preventivo e reparador de tais prejuízos.

Por essa razão, emana do próprio mercado e da sociedade civil organizada, movimentos e debates sobre as emergentes questões sociais e ambientais, em suas diversas manifestações e demandas, ganhando a atenção e proteção de órgãos internacionais, como a Organização das Nações Unidas.

A implementação gradual de inúmeros indicadores nascidos da auto-regulamentação visaram e visam a suprir a lacuna estatal ocasionada pela não regulação de diversos setores, pois, em que pese o mercado desejar operar com o menor atrito possível, sem intervenção e “fazendo suas próprias regras”, concomitante, em razão das demandas éticas que emergem

das relações econômicas capitalistas, cada vez mais a sociedade cobra dos Estados Nacionais que assumam sua necessária posição de responsabilidade, tanto pelo cumprimento, pessoalmente, quanto pela imposição aos seus cidadãos e empresas, de metas típicas de sustentabilidade.

Em uma visão panorâmica, destacam-se os seguintes fatos que marcaram definitivamente a construção de um pensamento científico e de uma agenda internacional em prol do estabelecimento de metas de socioambientalidade.

Na década de 60, surgem as primeiras comunidades auto-sustentáveis, conhecidas como ecovilas, que visavam a implementar um modelo desenvolvimentista que aliasse sustentabilidade ao crescimento humano holístico, coerente com os novos paradigmas ambientais e sociais.

Durante a década de 70, estudos científicos foram implementados ao redor do mundo, inclusive sob patrocínio e/ou cooperação da ONU, com o objetivo de investigar e debater as principais causas do problema ecológico e a questão do desenvolvimento em si, surgindo uma visão crítica do modelo instaurado desde a Revolução Industrial.

Como principais resultados de produção intelectual, destacam-se o relatório “Os Limites do Crescimento” – elaborado pelo MIT⁸³, para o tradicional Clube de Roma⁸⁴, abordando problemas cruciais para o desenvolvimento da humanidade – e a adoção, em 1973, do termo “ecodesenvolvimento”⁸⁵, por Maurice Strong, Secretário-Geral da Estocolmo-72, sede da Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, registrando ácida crítica às imposições capitalistas e demandas requisitadas pelo modelo produtivo das nações industrializadas e “em desenvolvimento”, haja vista que frontalmente contrários aos interesses da natureza, por escassos que são os seus recursos. Dessa conferência originou-se o PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Maurice Strong utiliza a expressão⁸⁶, pela primeira vez, caracterizando uma concepção alternativa de

⁸³ *Massachusetts Institute of Technology*, instalado no estado que nomeia ao centro, na cidade de Cambridge, EUA.

⁸⁴ Página oficial do Clube de Roma: <http://www.clubofrome.org>. Fundado por Aurélio Peccei – industrial e acadêmico italiano – e Alexander King – cientista escocês –, tem por meta reunir pessoas e mentes ilustres, de âmbito internacional, a fim de promover debates acerca de questões ligadas à política, economia, meio ambiente e desenvolvimento sustentável. Informações institucionais, produções e metas podem ser encontradas em seu *site* oficial.

⁸⁵ O ecodesenvolvimento se define como “o desenvolvimento socialmente desejável, economicamente viável e ecologicamente prudente” (SACHS, 1986).

⁸⁶ Ensina Gisela Maria Bester (2008): “Porém, a idéia contida no vocábulo ecodesenvolvimento foi mal-aceita pelas potências industrializadas, maiores poluidoras do planeta, lideradas pelos dirigentes dos EUA, e também por outros países com altos índices de emissão de gases poluentes; por isso teve seus dias contados, em face do uso alternativo da expressão ‘desenvolvimento sustentável’, a partir de 1979, nos mais importantes simpósios

política do desenvolvimento. Contudo, Ignacy Sachs⁸⁷ é quem formula os princípios básicos deste novo paradigma desenvolvimentista (BRÜSEKE, 1998).

Em 1987, como consequência de mais uma série de estudos produzidos durante toda a década de 80 acerca do desenvolvimento, é editado o Relatório Brundtland, também conhecido como o documento *Nosso Futuro Comum*, elaborado pela CMMAD – Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento –, o qual é responsável por assim conceituar o desenvolvimento sustentável: “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades” (NOSSO FUTURO COMUM, 1987).

Posteriormente, o Brasil sedia, no Rio de Janeiro, a Segunda Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como ECO-92. Deste importantíssimo evento resultou a produção do documento denominado *Agenda 21*, o qual consiste em uma série de metas a serem implementadas e atingidas a nível organizacional, público ou privado, estimulando o compromisso dos países e a participação – igualmente comprometida – de toda a sociedade, representada setorizadamente, para o planejamento estratégico e realização do desenvolvimento sustentável, por meio da fixação de direitos e obrigações individuais e coletivos, compromisso assinado por 179 países, inclusive o Brasil.

Na continuidade, notadamente revelando o esforço de concentração e unificação dos acordos internacionais produzidos nas Comissões e Cúpulas, finalmente, no ano 2000, é firmada, em Nova Iorque, na 55ª Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração do Milênio, contendo as Metas de Desenvolvimento do Milênio, recebendo a adesão de 191 países. A carta é composta por 8 metas, 18 objetivos e 48 indicadores, de teor específico e concreto. Eis as metas: 1) Erradicar a pobreza extrema e a fome. 2) Atingir o ensino básico universal. 3) Promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres. 4) Reduzir a mortalidade infantil. 5) Melhorar a saúde materna. 6) Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças. 7) Garantir a sustentabilidade ambiental. 8) Estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento. A consecução deveria ser alcançada até 2015, mas, segundo o BIRD, a crise econômica de 2008 deve atrasar esse prazo previsto. Segundo Robert Zoellick,

internacionais. O termo ‘desenvolvimento sustentável’ (DS) entrou definitivamente na agenda internacional a partir de 1987, com a publicação, pelas Nações Unidas, do Relatório denominado ‘*Nosso Futuro Comum*’, elaborado pela Comissão Brundtland, criada em 1983 como decorrência da Conferência de Estocolmo, para pesquisar o estado ecológico da Terra”.

⁸⁷ São eles: a) satisfação das necessidades básicas; b) solidariedade com as gerações futuras; c) participação das populações envolvidas; d) preservação dos recursos naturais e do meio ambiente; e) elaboração de um sistema social que garanta emprego, segurança social e respeito a outras culturas; e f) programas de educação.

presidente do Banco Mundial (2008)⁸⁸:

A atual crise econômica e financeira tornará ‘difícil’ que se atinja as ‘Metas do Milênio’, porque ‘o mundo enfrenta o impacto da pobreza’, segundo suas próprias palavras, proferidas na assembléia nacional do Bird, realizada em 21 de novembro de 2008. Zoellick acrescentou que o contínuo aumento dos preços dos alimentos pôs ‘mais 100 milhões de pessoas na pobreza’ e um número ainda maior na desnutrição e que ‘alguns países sofreram desvalorizações de suas moedas, o que encareceu suas importações’, por isso ‘estamos muito distantes dos recursos’ necessários para alcançar esses objetivos. ‘A angústia e o medo (decorrentes da crise) podem se transformar em ódio’ e ‘muitos países vivem um momento perigoso’, política e socialmente, com o aumento do desemprego, por causa da crise, concluiu o Bird.

O novo paradigma proposto pela sustentabilidade consiste no estabelecimento, de maneira ampla, da fraternidade entre os povos, constituída pelo compartilhamento da responsabilidade, da busca pela efetiva sustentabilidade jurídica, negocial e ambiental.

Toda atitude conta porque a sociedade é interdependente. Nas palavras de Robert Kennedy (1966, p. 371):

Cada vez que um homem defende um ideal, ou toma iniciativa para melhorar as condições de vida de outros homens, ou se levanta contra a injustiça, ele envia uma pequena onda de esperança ao encontro de outras, emitidas por um milhão de fontes diferentes de força e coragem. Juntas, elas produzem uma corrente capaz de derrubar as barreiras mais poderosas da opressão e da resistência.

A propósito da interdependência social, Luciana Ribeiro comenta a lição de Luis Renato Ferreira da Silva, acerca da *função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*, (2007, p. 434), quem propõe aprofundar o conceito de solidariedade constitucional pela análise da teoria de Durkheim:

Remetendo às sociedades mais simples, nas quais a noção de solidariedade é quase natural, dada a inter-relação entre as partes, evidencia-se o que se poderia denominar uma ‘solidariedade mecânica’. Nas sociedades complexas, há uma especialização em razão da função e esta noção de solidariedade é abandonada. Não há uma consciência da dependência recíproca. Mas a dependência em verdade permanece, desta vez entre os órgãos com funções autônomas. Há uma ‘solidariedade orgânica’.

Conclui Altvater (1999, p. 147):

A globalização e a crise ecológica são desafios paradigmáticos para as abordagens dominantes do final do século. Para enfrentar seriamente essa crise de paradigmas é necessário desenvolver novos conceitos, estimular novos discursos sobre espaços e tempos de regulamentação política em condições de globalização econômica e fronteiras ambientais. Os velhos paradigmas, especialmente os neoliberais, não são capazes de trazer as respostas satisfatórias para os desafios do século que se aproxima. (...) no contexto dos velhos paradigmas, torna-se quase impossível fazer as perguntas certas.

⁸⁸ Metas do Milênio da ONU ficam mais distante com crise, diz BIRD. **AFP**, Paris, 21 de novembro de 2008. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/ultnot/2008/11/21/ult35u64896.jhtm>. Acesso em: 23 de novembro de 2008.

2.2 RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL E OS PARÂMETROS DO DELIMITE DA LIVRE INICIATIVA

O novo paradigma proposto pela sustentabilidade e em prol do crescimento socialmente responsável, compartilhando, entre todos, direitos e deveres atinentes, é justamente uma das premissas fundantes da Constituição Federal, que recém completou, vinte anos de sua existência. Portanto, tratar desses temas, aparentemente de natureza de mercado e auto-regulatória, consiste em trabalhar com um compromisso do próprio contrato social, veia de realização da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem comum.

E dado que o compromisso pelo estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária é dever de todos, também a regulação da ordem econômica é diretamente atingida pelo novo paradigma, valendo a leitura do artigo 170, CF, o qual preceitua que, a ordem econômica, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”. E continua, preceituando fundamentos principiologicamente condizentes com a sustentabilidade e responsabilidade social, como se verá adiante.

Importa destacar que, em matéria de livre iniciativa⁸⁹, a empresa não detém o monopólio exclusivo de seu exercício, mas, certamente é quem exerce o papel de maior relevância no mercado e, assim, há de desenvolver suas atividades baseada nos ditames da ordem constitucional. A esse respeito, Justen Filho (1999, p. 122-129):

Esse é o novo contexto em que se insere o instituto da empresa. As modificações políticas vivenciadas no final do século XX e as mudanças constitucionais ocorridas na Constituição brasileira de 1988 exigem considerações mais profundas sobre o novo modelo estatal consagrado. O tema da empresa adquire maior relevo do que no passado, em face da ampliação dos limites de sua atuação e da transferência para o setor privado de encargos até então assumidos pelo Estado. Em síntese, a reforma constitucional alterou o panorama original e propõe novos temas à consideração jurídica. [...] A vitória das concepções neoliberais [...] não autoriza negar que os objetivos consagrados no art. 3º sejam um dever assumido pela Nação brasileira. É indubitável que o Estado está constringido a adotar todas as providências para realização daqueles objetivos. Mas se afirma que a implementação de tais ideais não se fará através da atuação exclusiva do Estado. Dependerá da tomada de posição de cada brasileiro, no âmbito de sua vida pessoal e social. É um compromisso nacional, sob esse ângulo. Mas o instrumento mais relevante para a implementação de tais ideais é a atividade empresarial. O sucesso no desempenho da atividade economicamente organizada propiciará o desenvolvimento nacional, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

⁸⁹ De acordo com Carlyle Popp (2001, p. 60-71), o direito à livre iniciativa é o gênero, do qual são espécies as garantias de liberdade de empresa e liberdade negocial.

Logo, cidadãos, empresa e Estado possuem sua função social e parcela de direitos e responsabilidades.

De acordo com Alexandre Nester (2006, p.23), o mercado é a expressão da “maneira como se organizam as transações econômicas em determinado universo pelos consumidores e fornecedores”.

Liberdade de iniciativa é um direito fundamental típico da ordem econômica capitalista, cuja proteção tem base teórica autorizadora e regulatória na Constituição Federal, mas que é exercido perante a sociedade através de suas obrigações e contratos – legalmente definidos no Código Civil e legislação infraconstitucional acessória – no paradigma funcional da responsabilidade, inclusão e sustentabilidade sociais. Nesse contexto, a empresa excede ao seu destino precípua de persecução legítima das expectativas egoísticas dos sócios, para se converter em meio de promoção da efetividade da dignidade da pessoa humana, assumindo seu papel comunitário.

Na Contemporaneidade, muito se tem debatido a questão da livre iniciativa em sentido pleno, como se não comportasse limitações estatais, ideário próprio da Revolução Francesa. Contudo, o prejuízo social é notório, evidenciando a inadequação do exercício da autonomia da liberdade de maneira predatória e prejudicial ao interesse coletivo. Destoaria, contudo, do devido sistema legal do Estado de Direito impor tais limites restritivos sem obediência à ordem legiferada. Porém, tais limites podem e legitimamente devem existir, tendo em vista o poderio econômico acumulado pelo mercado.

Portanto, não é suficiente se falar em responsabilidade social, inclusão, sustentabilidade. É mister que tais conceitos se traduzam em discurso jurídico, pois, do contrário, a mera opção humanista não surtiria os efeitos desejados, restando prejudicada a sua exigibilidade do particular e, via de consequência, a possibilidade de uma resposta do Judiciário ao eventual ferimento dessa conduta ideal.

Para legitimar tal exigência, o Estado-Lei infirma o seu projeto ideológico para a Empresa em parâmetros de função social da atividade empresária, norteando o exercício regular e não abusivo da garantia à livre iniciativa, delimitando a lícita conduta dos empresários, traduzida no enquadramento das obrigações e contratos típicos em um planejamento de consecução do interesse social – a sobrepujar o fim exclusivamente individual –, cujos preceitos partem da regulação constitucional da ordem econômica, situada no célebre artigo 170, impondo a dignidade da pessoa humana como efetivo constituto da livre iniciativa. É como ensina Fabiane Bessa (2006, p. 103):

Emerge da sociedade e do próprio mercado a responsabilidade social das empresas. A relevância social deste tema impõe sua incorporação ao universo jurídico, para que tanto os resultados econômicos, sociais, ambientais decorrentes da atividade empresarial quanto as expectativas sociais que se apresentam possam ser 'traduzidos' para a linguagem do Direito e dialogar com os seus princípios e formas.

Desume-se, desde então, que o respeito à dignidade humana não é limite externo, sendo antes verdadeiro conteúdo da liberdade de empresa. Liberdade corresponde à responsabilidade. Assim, não há direito à livre iniciativa sem que haja a correlata prospecção da existência digna.

Na mesma esteira, a infraconstitucionalidade cumpre seu papel, no âmbito codificado e esparso. Verificam-se os vetores da função social dos contratos, o solidarismo ético, a boa-fé, a responsabilidade civil nos três tempos contratuais, assim como o regime das concessões, a repressão ao abuso de poder econômico e a promoção da defesa do consumidor.

Normas estas, que, a salvo exceções, são de caráter geral e abstrato, conferindo ainda maior importância ao procedimento investigativo acadêmico, para que, na complementação do conteúdo aplicativo, se alce à efetividade o espírito da sustentabilidade e responsabilidade social.

A atividade empresarial causa impacto direto no desenvolvimento, assim considerado em sua esfera econômica, tecnológica, humana e comunitária. Com o implemento de políticas econômicas capitalistas neoliberais e a crescente retirada do Estado do cenário do cumprimento direto das obrigações sociais e o conseqüente repasse de responsabilidades delegadas aos particulares, aumenta não apenas o poderio financeiro, mas especialmente econômico da iniciativa privada, concorrendo para que as empresas se tornem estados dentro do próprio Estado, na inspirada expressão de Justen Filho.

A idéia do Estado para as empresas – em uma perspectiva teleológica – é um plano estatal com vistas ao atendimento de toda a comunidade, extrapolando a finalidade individualista proprietária e recolocando o ser humano no centro da função social, reajustando para o antropocentrismo o foco desse importante meio promotor de justiça e solidariedade.

Não se trata de perder a visão da finalidade lucrativa e do enriquecimento, promovidos pela atividade negocial. Nem se pretende imputar ao empresário o dever de encabeçar a implantação do *welfare state*. Contudo, ao vincular o conteúdo da ordem econômica à promoção da dignidade humana, o constituinte fez clara opção por circunscrever ao empresário nos vetores do solidarismo ético.

Para que a função social da atividade empresária alcance efetividade é necessário, portanto, que a sua gestão se conduza dentro dos vetores jurídicos positivos e negativos

estabelecidos – limitadores e delimitadores das obrigações e contratos –, atuando com responsabilidade social, materializada, notadamente, no evitamento do abuso no exercício do direito à livre iniciativa, pela preservação de seu fim econômico e social.

Conquanto pareça lógico que a gestão responsável seja o eixo fundamental deste planejamento, tendo em vista o referido acúmulo de poder, o enfrentamento, pela estrutura jurídico-acadêmica, da persecução da efetividade do cumprimento da função social das empresas, se concretiza, igualmente, em virtuoso fator para que se proporcionem caminhos e efetivamente se alcance a prática constante de condutas sustentáveis, em práticas inclusivas, promotoras da dignidade da pessoa humana, ainda que ao sacrifício do valor econômico.

2.2.1 O discurso jurídico da responsabilidade socioambiental, ou “responsabilidade jurídica socioambiental” e o Direito na promoção do desenvolvimento sustentável

Garante o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Emerge dessa proteção fundamental a necessidade de um discurso jurídico, formando uma obrigação legal de zelo pela sustentabilidade, uma responsabilidade jurídica socioambiental, para que o Estado não seja conivente com as condutas prejudiciais, dotando-as, desta forma, de caráter de ilicitude frente a lei e, portanto, passíveis de questionamento e condenação judicial e não apenas expostas a penalidades administrativas ou à consensualidade da auto-regulação do mercado.

Conquanto não se questionem os bons resultados produzidos por esta esfera, é vital que o Estado-Lei assuma, em sua função legislativa, a sua própria parcela de responsabilidade social, consistente em criar caminhos para a realização da nova paradigmática socioambiental, também por fornecer mecanismos legítimos de coerção de condutas, mas, especialmente, porque revela o compromisso do Estado com a realização de um mundo sustentável, enviando uma sadia mensagem a todos os cidadãos brasileiros e, com isso, estimulando condutas espontâneas de mesma índole.

Afinal, não basta falar em sustentabilidade no Direito, é preciso agir.

Direito e sustentabilidade se encontram, em duas interfaces principais. Primeiramente, o dever do Estado e dos agentes auto-reguladores, de editarem leis coerentes com a promoção do desenvolvimento, considerado este como processo abrangente. Então, se está perante uma **norma sustentável**.

Contudo, por via reversa, se pode dizer que **uma norma é insustentável** quando eivada de mortificação da sua efetividade, seja por não condizer com um discurso

concatenado com o bem comum – a exemplo da ABNT NBR 14724⁹⁰, que ao prever o uso de anversos de papel branco, na produção acadêmica, abdica da prescrição do inciso VI, do artigo 170, CF –, seja por não receber do poder público a viabilização de sua realização plena – a exemplo do que vem ocorrendo com a indenização dos danos morais, na seara consumerista.

A expressão do compromisso do Direito com a sustentabilidade resta expressado no contrato e no pacto social⁹¹, passando pelas normas cogentes e sociais, notadamente, no diálogo entre a regulação geral da Ordem Econômica e da Teoria do Abuso de Direito, aonde Sustentabilidade e Responsabilidade Social se encontram, em interação funcionalizada, com o peso técnico da lei maior e da cláusula geral.

Conquanto o dever de promoção do bem comum seja via de regra associado às pessoas coletivas públicas ou privadas, em verdade, toda pluralidade é composta de indivíduos igualmente responsáveis, do ponto de vista ético, se não absolutamente jurídico.

Para que a lei se torne efetiva, é preciso que seu operador abstraia o espírito normativo e o traduza em ações concretas, cumprindo, pessoalmente, com sua parcela de dever pela promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, responsável e sustentável.

Afinal, que pessoa jurídica ou letra composta há que possam ser responsabilizadas exclusivamente, sem que se pense nos indivíduos representantes da coletividade ou compositores da norma? Seres humanos são responsáveis. E, ao identificar os focos caóticos, de pouca valia será o debate se esvaziado de uma investida pró-ativa.

Responsabilidade jurídica social, notadamente a individual do operador do Direito, não se resume somente a pugnar pela reforma das normas. Mas também consiste neste virtuoso exercício de cidadania, afastando da agenda da transformação os estritos questionamentos sobre culpa⁹².

Importa, a esta altura, não questionar, mas afirmar: a culpa pode até ser sua, mas a responsabilidade pela mudança certamente é também minha⁹³.

Este é um dos maiores desafios impostos pela Constituição Federal na Contemporaneidade. O fim da terceirização da culpa e dos problemas, passando a uma era de

⁹⁰ Conforme será melhor analisado, no capítulo 3.

⁹¹ Lembrando a distinção operada por Jonathan Sacks.

⁹² Sem desprezar a importância da identificação da conduta culposa para a efetiva responsabilização pessoal dos agentes lesionadores, no sentido de englobar a responsabilidade administrativa, fiscal e ambiental, inclusive.

⁹³ Responsabilidade, inclusive, pela investigação e condenação dos culpados, para que se extirpe da sociedade a sensação de impunidade.

reconstrução social através da assunção da correlata parcela de responsabilidade, repartida pelo constituinte, para cada pessoa – privada ou pública, individual ou coletiva.

Considerando que a delimitação científica desse trabalho reside no diálogo entre os campos constitucional, civil e consumerista, mister que se aprofunde a investigação acerca das normas de tais naturezas, que dão suporte à promoção socioambiental. Contudo, nelas não se esgotam, haja vista que o espírito desses novos conceitos é visualizável em todo ordenamento, por regramento expresso ou por técnica hermenêutica.

Em casos cada vez mais freqüentes, a legislação vem ao encontro das determinações auto-regulatórias. A Lei 11.638/2007 prova o diálogo entre a normalização consensual do mercado e a legislação coercitiva, ao tornar obrigatória a declaração do patrimônio intangível ativo, nos relatórios de resultados anuais das corporações estabelecidas em regime jurídico S/A, o que acaba por se caracterizar em um indicador do balanço social.

No âmbito da Constituição Federal, praticamente já se esgotou o tema, ao se tratar do solidarismo ético e da constitucionalização hermenêutica, que vêm a fornecer bases para a funcionalização de toda norma no sentido da sustentabilidade e responsabilidade socioambiental, merecendo destaque, ainda, o compromisso preambular e os valores reafirmados pelo Título I e Capítulos I e II do Título II, nos quais se acham preceitos de realização pontuada dos princípios basilares da Dignidade da Pessoa Humana e da Promoção do Bem Comum. Tudo bem consolidado pelo artigo 170 e incisos, que, em outras palavras, finalizam a obtenção do lucro e o desenvolvimento econômico em razão do asseguamento a todos de uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, notadamente salientando os seus incisos V e VI, haja vista que afetam a função socioambiental do exercício da livre iniciativa em razão da defesa do consumidor e do meio ambiente, “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Por fim, o artigo 225 trata da proteção ao meio ambiente, destacando em seu *caput* o compromisso com as gerações futuras.

Do Código Civil de 2002, especialmente: a função social das figuras jurídicas; as cláusulas gerais, que permitem a realização do compromisso com a sustentabilidade; a limitação da propriedade e da liberdade de contratar ao atendimento de sua função social; a obrigação indenizatória, em si considerada, como mecanismo de apaziguamento social e freio inibitório das condutas ilícitas; as novas trajetórias da responsabilidade civil dos administradores e das empresas limitadas, que implicam em maiores e mais claras obrigações para estes agentes. Especialmente, a novíssima Teoria do Abuso de Direito, a qual consiste em uma verdadeira expressão normatizada da responsabilidade jurídica social, estabelecendo

parâmetros de conduta lícita – manifesto excesso da finalidade social e econômica, boa-fé e bons costumes – para o exercício de um direito regular, estabelecendo não limites, antes um “delimite”, um espaço sadio para que os cidadãos, dentro dessa esfera de permissibilidade e não ferimento de interesses de ordem geral, escrevam sua própria história de vida, no livre exercício da autonomia privada.

Do Código de Defesa do Consumidor, além das já mencionadas tutelas de responsabilidade⁹⁴, vale salientar que sua proteção decorre de previsão constitucional, na ADCT 48. A própria Política Nacional de Consumo – artigos 4º e 50, CDC – é expressão do compromisso jurídico com a responsabilidade social e a sustentabilidade, em caráter expressamente preventivo e efetivo, dado que contempla até mesmo a criação de órgãos judiciários apropriados; assim como andam na mesma faina, os direitos básicos do consumidor – artigos 6º e 7º, CDC – e todas as disposições do referido microsistema, que por todas as suas linhas demonstra que o Direito escrito está absolutamente ligado com a prevenção de riscos à sociedade e que deve, sim, enfrentar as hipóteses de lesão, antecipando-se à sua ocorrência e regulando a conduta lícita não abusiva pertinente à matéria.

Para proporcionar uma perfeita visualização da interligação das normas, colacionamos a proposta gráfica de Fabiane Bessa, quem desenhou uma árvore normativa da responsabilidade social das empresas, a qual se encontra disponível nos anexos da dissertação. Explica a autora (2005, p. 159):

Com o objetivo de conferir uma noção de conjunto ao encadeamento desenvolvido ao longo do trabalho e sintetizado no item anterior, desenhamos uma ‘árvore normativa’ da responsabilidade social das empresas. A ‘árvore’ não tem a pretensão de abranger todos os dispositivos e normas legais que se relacionam à concepção elaborada. O exame analítico separa o que é, em verdade, um todo. Um mesmo dispositivo legal pode conter mais de um aspecto ou princípio relevante.

Resta evidenciado que o ordenamento jurídico, a partir do contrato social e a atingir o próprio pacto social, confere discurso legal para a responsabilidade social – ainda que não se repute por completada a obra legislativa neste sentido –, seja por normas regulamentadoras, ou por incentivos fiscais, dentre outras espécies. Contudo, o Direito – e também o mercado, como se verá – não confunde responsabilidade social com “caridade” ou subterfúgios demagógicos paternalistas, tendentes a mascarar a efetiva obrigação – jurídica e consensual – empresarial social, a qual certamente não se confunde com meramente prolongar a miséria, por meio de “práticas de placebo”, inócuas em efeito de longo prazo, ou seja, sustentáveis, como se o empresário pudesse mitigar os impactos negativos de sua atividade com a prestação

⁹⁴ Vide capítulo 1.

de “bolsas-comunidade”. Responsabilidade social é um modo de gestão para as empresas, modo de vida para os cidadãos. Ajudar ao próximo é dever religioso, moral, humano. Mas não é Responsabilidade Social Empresarial⁹⁵.

2.2.2 Auto-regulação, Gestão e Função da Responsabilidade Socioambiental das Empresas

Se a Responsabilidade Social Empresarial, ou Corporativa, RSE/RSC, não se confunde com a caridade comunitária, importa, então, investigar, do que se trata, exatamente.

A globalização impõe novos paradigmas de produção, comercialização e competitividade, e é dessa realidade de mercado que emerge a necessidade de afastar os ineficientes e os antiéticos, pelo estabelecimento de mecanismos de padronização das relações empresariais, *in casu*, conforme Faria, pela “uniformização e padronização das práticas comerciais no plano mundial”. Normas e indicadores que vêm a compor sistemas de gestão da qualidade, da conformidade ambiental e, atualmente, até mesmo da responsabilidade social, revelando que o mercado já se apercebe da necessidade de afastar os empresários socioambientalmente irresponsáveis, haja vista que sua conduta pernicioso prejudica ao equilíbrio da sustentabilidade do sistema.

Tais exigências consensuais, que emergem do próprio mercado, em critério auto-regulatório, são uma resposta às demandas levantadas pela questão socioambiental, especialmente causando uma obrigatoriedade não coercitiva, desde os tempos em que os Estados nacionais agiam deveras timidamente, para legislar no mesmo sentido.

Segundo o Instituto Ethos (2007, p. 78), Responsabilidade Social Empresarial é:

A forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais.

Vale também destacar que *stakeholder*, ou público de interesse, como já anunciado anteriormente, é o termo inglês que designa cada indivíduo ou grupo que possa afetar a empresa, seja por meio de suas ações ou opiniões, variando entre governos, corpo funcional,

⁹⁵ Conforme já analisamos anteriormente, infelizmente muitas instituições de cunho assistencial, no afã de dar suporte às suas necessidades e de seus associados, estimulam esse mascaramento, conferindo diplomas e títulos desprovidos de respaldo, com a nomenclatura “Empresa Socialmente Responsável”, em troca de, ou melhor dizendo, em razão, das doações.

fornecedores, consumidores, sendo tantas vezes necessário e recomendável, que a empresa mapeie o seu quadro relacional.

Contemporaneamente, é possível afirmar que (ETHOS, p. 3):

A Responsabilidade Social Empresarial (RSE) implica práticas de diálogo e engajamento da empresa, com todos os públicos ligados a ela, a partir de um relacionamento ético e transparente. Por mais que a implementação dessas práticas ainda seja um desafio para as empresas, muitas delas têm alcançado resultados significativos nesse sentido.

São diversos os exemplos de como tais práticas têm sido incorporadas nos processos de gestão empresarial. Entre eles estão as iniciativas das grandes empresas em estimular suas cadeias de fornecedores e clientes a também considerarem os princípios da RSE em sua gestão. A adoção dessas práticas possibilita o controle dos riscos e oportunidade de negócios e permite que não só a empresa, mas também sua cadeia de valor possam utilizar estratégias e ferramentas rumo à gestão socialmente responsável.

E assim, entra em cena outra demanda para as empresas – a ecoeficiência (WBCSD):

[...] competitividade na produção e colocação no mercado de bens ou serviços que satisfaçam as necessidades humanas, trazendo qualidade de vida, minimizando os impactos ambientais e o uso de recursos naturais, considerando o ciclo inteiro de vida da produção e reconhecendo a ‘ecocapacidade’ planetária.

Extraem-se dois exemplos do estabelecimento de estratégias empresariais socialmente responsáveis, coletados do mesmo setor – a saber, dos grupos Pão de Açúcar e Wal-Mart, redes de hipermercados, sendo esta última tradicionalmente associada, internacionalmente, a práticas empresariais condenáveis, em relação a todos os seus *stakeholders*. No afã de associarem suas marcas à busca pela gestão responsável, o Pão de Açúcar implementou completo serviço de ouvidoria, recebendo nota 10 do Guia Exame de Sustentabilidade, Ano 2004. O Wal-Mart, por sua vez, tem procurado estampar sua logomarca com a idéia da sustentabilidade, em sacolas retornáveis de baixo preço, juntamente com divulgadas práticas de estímulo à cooperação na rede de fornecedores, como o recente caso da parceria com a fábrica de brinquedos Estrela, para o lançamento exclusivo de uma versão “politicamente correta”, do tradicional jogo de tabuleiro, o Banco Imobiliário Sustentável, onde os jogadores podem negociar, por exemplo, créditos de carbono⁹⁶ (2008⁹⁷).

⁹⁶ Contudo, importa asseverar que as práticas relatadas possuem caráter pontual, e não se concluiu uma efetiva pesquisa documental e de campo para que se pudesse afirmar, com certeza, a eficácia dessas medidas. Ao contrário, as pesquisas parciais demonstram descontentamento dos *stakeholders*, motivados por falhas de ordem grave na cadeia de relacionamento, as quais poderiam ter sido evitadas com a mera obediência a normas básicas. Esta pesquisadora participa, atualmente, dos trabalhos de dois grupos de pesquisa, nos quais investiga com maior propriedade os efeitos práticos da aplicação dessas medidas gestoras responsáveis.

⁹⁷ Wal-Mart e Estrela lançam “banco imobiliário sustentável”. **AdNews**, 30 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.adnews.com.br/game.php?id=73998>. Acesso em: 30 de julho de 2008.

Como ensina Carla Haesbaert (2008, p. 31), “o mercado agora é todo o planeta e, por isso, a força e poder dos Estados se enfraquecem, abrindo espaço para uma nova ordem ditada pelos agentes econômicos que cada vez mais passam a regular as relações empresariais”.

José Eduardo Faria analisa: (1999, p. 36)

Por operar sob a forma de redes formais e informais de interesses, envolvendo um número variado de atores empresariais com distintos graus de influência e poder, e preocupados apenas em negociar acordos específicos sobre matérias determinadas, esta ordem tende a transcender os limites e controles impostos pelo Estado, a substituir a política pelo mercado como instância máxima de regulação social, a adotar regras flexíveis da *lex mercatoria* no lugar das normas de direito positivo, a condicionar cada vez mais o princípio do *pacta sunt servanda* à cláusula *rebus sic stantibus*.

As ferramentas de gestão empresarial socioambientalmente responsável são de várias espécies, reputando-se por normas internacionais aquelas estabelecidas por um organismo internacional de normalização para aplicação em âmbito mundial, havendo diversos organismos internacionais de normalização, em campos específicos, como a ISO (a maioria dos setores), a IEC (área elétrica e eletrônica) e a ITU (telecomunicações). Não possuem cunho legislativo, mas favorecem a competitividade, desconhecendo fronteiras, a exemplo das normas internacionais, das ISO e das recomendações da Organização Internacional do Trabalho, para as relações trabalhistas, que é apoiada, tecnicamente, pela SA 8000.

As normas ISO – *International Organization for Standardization* – são desenvolvidas nos seus comitês técnicos (ISO/TC), organizados numa base temática com representantes dos seus membros, por representações nacionais, aprovando-se, ou não, as normas, por critério de votação entre os membros.

No Brasil, os trabalhos da ISO – assim como os da IEC e ITU – se dão através da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, entidade não-governamental, sem fins lucrativos e de utilidade pública, que atua para além da representação da ISO/IEC/ITU, como agente privado de políticas públicas, tendo como missão e premissas, também:

Prover a sociedade brasileira de conhecimento sistematizado, por meio de documentos normativos, que permita a produção, a comercialização e uso de bens e serviços de forma competitiva e sustentável nos mercados interno e externo, contribuindo para o desenvolvimento científico e tecnológico, proteção do meio ambiente e defesa do consumidor. [...] [responder] com eficiência às demandas do mercado e da sociedade, comprometida com o desenvolvimento brasileiro, de forma sustentável, nas dimensões econômica, social e ambiental. [...] Ser o Foro Nacional de Normalização, previsto no Sistema Brasileiro de Normalização (SBN), no âmbito do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO); ter compromisso com as diretrizes estratégicas do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO); ser o representante do Brasil nos foros sub-regionais, regionais e internacionais de normalização; reconhecer como organismos internacionais de normalização a [...]

(ISO), [...] (IEC) e [...] (ITU) e como organizações internacionais com atividades de normalização o CODEX ALIMENTARIUS, [...] (BIPM), [...] (OIML), [...] (IAF) e [...] (ILAC); ser signatário do Código de Boas Práticas de Normalização da [...] (OMC).

Dos sistemas empresariais de gestão socioambiental merecem destaque a ABNT NBR 9000 e 9001 – sistemas de gestão da qualidade; 14000 e 14001 – sistemas de gestão ambiental; e, notadamente, 16001 – sistema de gestão da responsabilidade social, apta a demonstrar “ao mercado que a organização não existe apenas para explorar os recursos econômicos e humanos”, mas também “para contribuir com o desenvolvimento social, por meio da realização profissional de seus colaboradores e da promoção de benefícios ao meio ambiente e às partes interessadas” (SIEVETER; TUBINO, 2007⁹⁸).

O Instituto Ethos (2007, p. 3) explica porque o mercado requisita a existência dessas ferramentas:

Com relação às ferramentas de gestão empresarial, uma demanda recorrente das empresas tem sido pelo estabelecimento da comparabilidade entre o que elas vêm diagnosticando, implementando e relatando de um período para o outro. Com o aprimoramento dos investimentos e das execuções das ações com critérios socioambientais, cada vez mais é necessário acompanhar os resultados para medir até que ponto os esforços da empresa estão atendendo seu objetivo de contribuir com o desenvolvimento sustentável.

Diz-se que as ferramentas são relevantes instrumentos de competitividade no mercado, porque trazem produtos e serviços ao mesmo patamar e desde este ponto de partida avaliando-os, conforme padrões e requisitos internacionais de qualidade, redução de impacto socioambiental e promoção do bem social, certificando, por fim, positivamente, a sua conformidade e, negativamente, a inadequação presumida dos produtos e serviços que não gozem das mesmas garantias auditadas.

A importância das normalizações para as transações internacionais já foi tratada pela OMC – Organização Mundial do Comércio⁹⁹ –, que excluiu dessas auto-regulações caráter de barreira técnica¹⁰⁰. O Acordo Sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (2008)¹⁰¹ reconhece a “importante contribuição que as normas internacionais e os sistemas de avaliação de

⁹⁸ TUBINO, Flavio Ribeiro; SIEVETER, Marilde. Marketing Social: um diferencial competitivo para as empresas socialmente responsáveis. **Via6**. Disponível em: <http://www.via6.com/artigo.php?aid=6539>. Acesso em: 07 de setembro de 2008.

⁹⁹ Ou WTO – *World Trade Organization*, no original. Maiores informações constam no *site* oficial: <http://www.wto.org/indexsp.htm>.

¹⁰⁰ Embora a questão seja discutível, mas não será objeto de análise.

¹⁰¹ RODADA URUGUAI DE NEGOCIAÇÕES COMERCIAIS MULTILATERAIS. Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio. **Ministério das Relações Exteriores**. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/omc_ata012.htm. Acesso em: 08 de dezembro de 2008. A Rodada do Uruguai ocorreu de 1986 a 1994.

conformidade” conferem, “por meio do aumento da eficiência da produção e por facilitar o curso do comércio internacional”, e visa a “encorajar o desenvolvimento de normas internacionais e sistemas de avaliação de conformidade”, porém, assegurando que os regulamentos técnicos e as normas “e procedimentos para avaliação de conformidade com regulamentos técnicos e normas não criem obstáculos desnecessários ao comércio internacional”. Reconhece, ainda:

Que não se deve impedir nenhum país de tomar medidas necessárias a assegurar a qualidade de suas exportações, ou para a proteção da vida ou saúde humana, animal ou vegetal, do meio ambiente ou para a prevenção de práticas enganosas, nos níveis que considere apropriados, à condição de que não sejam aplicadas de maneira que constitua discriminação arbitrária ou injustificável entre países onde prevaleçam as mesmas condições ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional, e que estejam no mais de acordo com as disposições deste Acordo; [...] não se deve impedir nenhum país de tomar medidas necessárias para a proteção de seus interesses essenciais em matéria de segurança; [...] a contribuição que a normalização internacional pode dar à transferência de tecnologia dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento; [...] os países em desenvolvimento podem encontrar dificuldades especiais na formulação e aplicação de regulamentos técnicos, normas e procedimentos para avaliação de conformidade com regulamentos técnicos e normas, e desejando auxiliá-los em seus esforços neste campo;

Importa frisar, ainda que já se tenha dito, que as normas são de adoção consensual, dado que emergem da auto-regulação do mercado e não do processo legiferante e, por essa razão, não possuem caráter cogente, não são exigíveis dos agentes que exercem o direito à livre iniciativa e, portanto, não se pode questionar, judicialmente, a ausência dessas certificações. Porém, é dever de todos – do órgão normalizador, das empresas certificadas e dos cidadãos e sociedade como um todo – zelar para que o conteúdo das normas esteja de acordo com o compromisso jurídico-constitucional firmado com a sustentabilidade e com a responsabilidade social¹⁰².

Porém, há pontos de intersecção, em que imposições de mercado se encontram com a esfera jurídica. Destacando dois exemplos pontuados, primeiramente, o artigo 39, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor, que regula as práticas abusivas, enumerando, dentre elas, a colocação:

no mercado de consumo, [de] qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade

¹⁰² Conforme se verá no capítulo 3, acerca da ABNT NBR 14724.

credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro¹⁰³);

Perceba-se a importância de que órgãos como a ABNT mantenham e promovam – em todas as suas normas – o compromisso com a visão constitucional de sustentabilidade e responsabilidade socioambiental, dado que recebe do legislador uma função subsidiária de promover a normalização cogente, esta sim exigível, por força de lei, de todo produtor do bem específico, sob pena de repressão judicante e judicial, da violação da conformidade.

Por sua vez, a Lei 4.728/1965, que regula o mercado de capitais, a Lei 6.404/1976, que regula as Sociedades Anônimas e a Lei 11.638/2007, que altera a Lei das S/As, são também exemplos de legislação que, sem prejuízo de sua data de edição, contemplam discursos jurídicos coadunantes com as exigências da transparência na demonstração dos dados e resultados patrimoniais exatos, visando a conferir segurança negocial, especialmente para os *shareholders* e, por via indireta, para toda a sociedade, que se resente das fraudes cometidas para artificializar os resultados financeiros, não apenas pelas perdas suportadas pelos investidores, mas pela conseqüente interrupção das atividades da empresa, demissões, dentre outros impactos sócio-econômicos. Além de reconhecer a própria função social da empresa e seu compromisso com diferentes públicos, segundo o parágrafo único do artigo 116, valendo a leitura:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Duas importantes ferramentas de promoção da segurança e transparência negocial e do diálogo da empresa com os públicos de interesse são os balanços sociais e o relatórios de sustentabilidade, os quais surgem no contexto internacional por volta da década de 60, com os movimentos sociais de repúdio às corporações que davam suporte à Guerra do Vietnã, passando a cobrar uma postura ética empresarial; demandas estas que foram atendidas por uma prestação de contas informativa, das metas e condutas sociais das organizações, que, a partir dos anos 80, derivaram no que hoje se conhece por balanço social. No Brasil, a maior

¹⁰³ O CONMETRO, Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, é um colegiado interministerial que exerce a função de órgão normativo do Sinmetro – e que tem o Inmetro como sua secretaria executiva, conforme informações prestadas pelo *site* do INMETRO. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/inmetro/conmetro.asp>. Acesso em: 08 de dezembro de 2008. Integram o CONMETRO os ministros do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; da Ciência e Tecnologia; da Saúde; do Trabalho e Emprego; do Meio Ambiente; das Relações Exteriores; da Justiça; da Agricultura, Pecuária e do Abastecimento; da Defesa; o Presidente do INMETRO e os Presidentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, da Confederação Nacional da Indústria – CNI, da Confederação Nacional do Comércio – CNC e do Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC.

visibilidade temática adveio desde junho de 1997, quando o emblemático sociólogo Herbert de Souza – o Betinho – conseguiu emplacar um importante movimento pela divulgação voluntária dos balanços sociais corporativos, tornando-se co-fundador do IBASE¹⁰⁴, em 1981.

Para além das exigências mercadológicas, são diversas as legislações, nas três esferas, que contemplam a exigência dos balanços sociais, a exemplo, na esfera estadual, da Lei nº 2.843/2003, que cria o Certificado de Responsabilidade Social para empresas estabelecidas no âmbito do Estado do Amazonas; Lei nº 7.687/2002, a qual cria o Certificado de Responsabilidade Social no Estado de Mato Grosso e dá outras providências; bem ainda, a Lei nº 11.440/2000, que institui o Balanço Social para empresas estabelecidas no Estado do Rio Grande do Sul, o qual será assinado por Contador ou Técnico em Contabilidade devidamente habilitado perante o CRC-RS ao exercício profissional.

O balanço social é elaborado pelas próprias empresas, preferencialmente com a participação de alguns de seus *stakeholders* fundamentais, razão pela qual favorece o diálogo interno e o processo de autoconhecimento, colaborando para a identificação dos focos de problemas a serem corrigidos e das metas alcançadas, para fins de planejamento e correção de rumos. Concretamente, consiste em uma espécie de relatório de informações referentes à atuação da empresa, no curso do ano-base, acerca de seu relacionamento com os públicos de interesse – fornecedores, empregados e consumidores –, de acordo, especialmente, com três modelos principais: GRI, ETHOS e IBASE. No capítulo a seguir, serão analisados alguns dos principais indicadores que dialogam com a esfera das obrigações legais, colaborando para a realização da responsabilidade jurídica social.

Considerando, portanto, a Responsabilidade Social aplicada às relações negociais, como uma diretriz de gestão empresarial, percebe-se clara a sua função social, de prevenção e redução dos impactos socioambientais, demandas estas provocadas pelo exercício da livre iniciativa, considerando que os agentes econômicos não apenas se relacionam meramente com o meio ambiente e com a sociedade, mas além de interagir, esgarçam o tecido social e efetivamente o modificam e depreciam, sendo mister que respondam pelos impactos da atividade e, preferencialmente, os evitem ou minimizem.

¹⁰⁴ Maiores informações podem ser obtidas na *homepage* do IBASE: <http://www.ibase.br/index.php>.

3 FUNÇÃO PROFILÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA NO EXERCÍCIO RESPONSÁVEL E SUSTENTÁVEL DA LIVRE INICIATIVA EMPRESARIAL

O consumidor é indiscutivelmente a parte mais vulnerável das relações comerciais de consumo e a necessidade de sua proteção já era reconhecida, demandando proteção expressa e transparente da lei, sendo que desde os tempos de Hamurabi¹⁰⁵ já se ouvia da vocação legislativa em favor da proteção das obrigações decorrentes do fornecimento e da prestação de serviço. Com a evolução dos séculos e dos modos de produção, o consumidor variou de posição legislativa, atingindo, finalmente, o reconhecimento legal de sua relevantíssima posição econômica, após as transformações do industrialismo, valendo menção ao artigo 1, da Resolução nº 39/248¹⁰⁶ (Organização das Nações Unidas, 1985), o qual embasa o artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

É notório que todo contrato de consumo nasce eivado de potencial desequilíbrio, porque o mais forte impõe condições, tantas vezes injustas, sem possibilidade de oposição (LACERDA MARTINS, 2002, p.8). Marques (1999, p. XVII) afirma que o Direito pode ser instrumento de Justiça, de equilíbrio contratual e de vinculação social, “instrumento de proteção de determinados grupos na sociedade, de combate ao abuso do poder econômico e combate a toda a atuação que seja contrária à boa-fé no tráfico social e no mercado”. Porém, para que o Ordenamento atinja tal efeito, ou seja, para alçar à efetividade seu *status* funcional, é mister que as leis sejam transparentes e diretas em suas pretensões, sanções e recompensas, bem como, que a sua aplicação pelo Poder Judiciário – ou Administrativo, quando a este competir – seja eficiente, de forma a, nas palavras de Marques, vincular a sociedade e combater abusos, reprimindo as condutas ilícitas, – as quais hoje, por virtude do Código Civil de 2002, englobam em gênero, ao abuso de direito¹⁰⁷.

Dito no capítulo 1, ao se tratar da responsabilização objetiva, que esta modalidade de imputação obrigacional decorre, no direito brasileiro, da teoria do risco da atividade, conquanto haja divergência doutrinária acerca das possíveis classificações deste risco.

Contudo, neste terceiro capítulo, interessa trazer à baila duas outras espécies de risco: o primeiro, bem tratado pela doutrina – o risco do desenvolvimento –; e o segundo, tratado de

¹⁰⁵ “Art. 229 Se um pedreiro edificou uma casa para um homem mas não a fortificou e a casa caiu e matou o seu dono, esse pedreiro será morto”. [...] No mesmo sentido, estabelece o Código de Hamurabi: “Art. 233 Se um pedreiro construiu uma casa para um homem e não executou o trabalho adequadamente e o muro ruuiu, esse pedreiro fortificará o muro às suas custas”. Conforme Plínio Lacerda Martins (2002, p. 2).

¹⁰⁶ A 106ª Sessão plenária da ONU editou, em 9 de abril de 1985, a Resolução nº 39/248, que retrata no art. 1 que o consumidor é parte mais fraca nas relações de consumo (MARTINS, 2002, p. 1).

¹⁰⁷ Pois, como visto no capítulo 1, o CDC foi inovador, ao regular em sua tutela normativa, a abusividade.

maneira mais generalista, está mais ligado a uma outra perspectiva do risco da atividade, a saber, o risco a que o exercício da atividade expõe o consumidor, de sofrer danos, visto a partir da disposição do fornecedor em evitar tais lesões ou deliberadamente optar por se conduzir descuidadamente ou cometendo atos diretamente nocivos.

De toda forma, ao não prevenir os eventos lesivos, antes, se não atuando com dolo, o fornecedor deixa os resultados potenciais à sorte, decidindo assumir para si os riscos legais de responder pelo resultado de suas condutas. Essa decisão empresarial, optando entre prevenir o dano ou assumir os riscos legais, é um fator de grande influência para a realização – ou não – da função profilática da responsabilidade civil e, via de consequência, para o exercício da responsabilidade socioambiental e para o estabelecimento do desenvolvimento sustentável, elidindo, ou ao menos mitigando em parte, os efeitos deletérios naturais do capitalismo e da sociedade de consumo industrializada e globalizada.

Concomitante à sociedade de consumo coexiste a sociedade de risco, lugar social onde ganha relevo a figura do risco de desenvolvimento. Fabiana Maria Martins Gomes de Castro (2002, p. 126) oferta conceito à sociedade de risco¹⁰⁸:

O conceito de sociedade de risco prende-se com a emergência de novos e grandes riscos, gerados pelo lado obscuro do progresso, sem pensar o futuro das gerações que estão por vir. Estes novos riscos, embora resultantes de decisões humanas, surgem de um modo involuntário e independente do pensamento humano. A relevância em abordar esses novos riscos consiste no fato de que ele se forma no seio do próprio processo de modernização e apresentam-se à consciência social nos seus efeitos secundários, muitas vezes catastróficos, a longo prazo e não delimitáveis pelas coordenadas do tempo e espaço, tornando-se transgeracional e transfronteiriço. Esses riscos, ainda, não podem ser cobertos por um seguro privado, como sucedia com o risco empresarial da sociedade industrial nascente.

¹⁰⁸ Fabiana Maria Martins Gomes de Castro (2002, p. 124/125) demonstra a evolução histórica da sociedade de risco, desde o aparecimento da sociedade industrial e indo até a contemporaneidade. Vale a leitura: “A sociedade de risco representa um estágio avançado da sociedade industrial e historicamente pode ser distinguido em três momentos. O primeiro momento corresponde ao surgimento da idade moderna, que coincidiu com o aparecimento da sociedade industrial. Os riscos inerentes à sociedade industrial eram incipientes e controláveis, pois apesar do decurso integrado dos progressos técnicos, científicos e econômicos sob a égide da racionalidade, as suas potencialidades estavam longe do auge e seus efeitos sobre a vida das pessoas eram perfeitamente controláveis. A sociedade industrial primigénia dos séculos XVIII e XIX é denominada por Ulrich Beck como sociedade de riscos residuais. O segundo momento, compreendido entre o final do século XIX até a primeira metade do século XX, traduziu a atitude coletiva e voluntarista de conter e domesticar entre riscos mensuráveis e controláveis, tendo em vista a redução de sua ocorrência e gravidade. O risco deixou de ser visto como um golpe de azar e adquiriu a forma de acontecimento estatisticamente objetivado pelo cálculo da probabilidade e socialmente suportado pela mutualização dos prejuízos. O direito absorveu os prejuízos pelas atividades de risco, em termos de responsabilidade objetiva. O terceiro momento da história do risco é a nossa atual realidade, que assiste à crise do Estado de bem-estar social, à expansão em escala planetária da lógica do mercado e da racionalidade que a comanda. O desenvolvimento é desmedido na busca intensiva e exaustiva do esgotamento das possibilidades das formas de progresso, provocado pelo crescente desenvolvimento técnico, científico, econômico, burocrático e jurídico do mundo da vida, conduzindo ao surgimento de um novo gênero de riscos”.

Fabiana Castro (2002, p. 126) também comenta que a diferença entre a sociedade industrial e a sociedade de risco consiste no fato de que enquanto na primeira pressupõe o “domínio da lógica da riqueza e admite como compatível à distribuição do risco, a segunda considera incompatível a distribuição da riqueza e de risco e aceita a rivalidade entre suas lógicas”. E explica sua intersecção com a sociedade de consumo (CASTRO, 2002, p. 123/126):

Assim, a sociedade de consumo cruza-se com a sociedade de risco, uma vez que a primeira é organizada para a satisfação das necessidades da oferta e da procura de produtos e a segunda, representa um estágio avançado da sociedade industrial decorrente do processo de modernização e conscientiza-se de seus efeitos catastróficos secundários a longo prazo. Surge, então, a preocupação com os direitos básicos e com a proteção dos consumidores, bem como, a responsabilidade do fornecedor, principalmente no que tange aos chamados riscos de desenvolvimento, ou seja, aqueles que não podem ser cientificamente conhecidos no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso, podendo causar danos morais, materiais e patrimoniais. [...] em virtude de que também na área de consumo irrompem novos riscos, pois o consumo em massa, característica da sociedade moderna, registra a presença de riscos incalculáveis e incontroláveis.

Gustavo Passarelli da Silva (2002, p. 123) comenta que a evolução do risco coincide com as mudanças sociais e, via de conseqüência, afetou a tutela legal, na evolução das relações sociais: “notadamente a revolução industrial, o modelo até então utilizado não mais era satisfatório, razão pela qual se fez necessária a intervenção do Estado (Lei Aquilia), que avocou para si o direito de punir os infratores da Lei.”

A sociedade de consumo, portanto, é uma sociedade de risco, em razão dos perigos inerente às utilidades colocadas no mercado, ou seja, o risco de desenvolvimento e, conquanto tal espécie não seja o tema da presente investigação, convém traçar algumas linhas acerca.

Como bem ensina Marcelo Kokke Gomes (2001, p. 217-219), gravita na esfera da responsabilidade civil do consumidor – e de suas poucas hipóteses excludentes¹⁰⁹ – o inter-

¹⁰⁹ Nessa esteira – ensina COSTA (1999, p. 314) –, a exoneração baseada no risco de desenvolvimento elide a responsabilidade civil do produtor que coloca no mercado produto novo com defeito que não é cientificamente e tecnicamente detectável, mas que existe e que se revelará mais tarde, como o caso da carne contaminada com vaca louca, a talidomida, o amianto, sangue contaminado, etc. Acerca do sistema de excludentes do CDC, comenta Denari (2007, p. 195): “A nosso aviso, a dicção normativa do inc. III do art. 12, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, está muito distante de significar a adoção da *teoria dos riscos de desenvolvimento*, em nível legislativo, como propôs a Comunidade Econômica Européia. De resto, o exemplo da nocividade de certas drogas como a talidomida, e da comoção social causada em todo o mundo em decorrência de seu poder de mutilação do gênero humano, nos dá a exata medida da inconsistência dos postulados dessa teoria para a aferição da responsabilidade dos fabricantes. Quando estão em causa vidas humanas, as eximentes de responsabilidade devem ser recebidas pelo aplicador da norma com muita reserva e parcimônia”. E continua, acerca das inovações tecnológicas e do § 2º, do art. 12 (2007, p. 195-196): “Se o Código de Defesa do Consumidor acolhesse presunção desse jaez – ainda que relativa – seria responsabilizado por condenar ao obsolescência nosso parque industrial, pois estaria tolhendo todos os avanços tecnológicos próprios de uma saudável econômica de mercado. [...] Entre as inovações que causaram maior impacto, podemos lembrar os equipamentos de segurança de última

relacionamento “entre o potencial científico e os riscos desconhecidos que determinado produto ou serviço possui [...] a expressão risco de desenvolvimento é uso abreviado de ‘riscos que o desenvolvimento técnico e científico permite descobrir’”.

Conceituando, ensina Zelmo Denari (2007, p. 194) que se trata daqueles riscos que correm “os fornecedores por defeitos que somente se tornam conhecidos em decorrências de avanços científicos posteriores à colocação do produto e do serviço no mercado de consumo¹¹⁰”. James Marins (1993, p. 128), por seu turno, pontua o risco de desenvolvimento como a:

possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível na época de sua introdução, ocorrendo, todavia, que, posteriormente, decorrido determinado momento de sua circulação no mercado de consumo, venha a se detectar defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores.

João Batista de Almeida (2006, p. 83/84) trata da figura do “risco criado”:

A inevitabilidade dessas falhas no sistema de produção seriada e a impossibilidade prática de sua completa eliminação conduziram à idéia de criação dos mecanismos legais de ressarcimento de danos pelo simples fato da colocação no mercado de produtos e serviços potencialmente danosos, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade pelos danos nessa condição causados à vítima e a terceiros, dentro

geração acoplados aos novos veículos, tais como sistema de freios ABS [...]; o sistema *air bag* [...]; bem como o avanço tecnológico decorrente da adoção do sistema de *injeção direta*, em substituição ao velho carburador.”

¹¹⁰ Para a compreensão do risco de desenvolvimento e a comparação do tratamento que recebe na União Européia, encontra-se excelente contribuição nas lições de Geraldo de Faria Martins da Costa – Risco de Desenvolvimento: uma exoneração contestável, onde faz virtuosa resenha da obra “*Le risque de développement: une exonération contestable*”, do destacadíssimo autor francês, Jean Calais-Auloy, que faz apologia da imposição da responsabilidade pelo risco de desenvolvimento, sobre os produtores, apesar da *Loi du 19 mai 1998* ter transposto para o direito francês a diretiva da União Européia, de 15.07.1985, introduzindo a exoneração pelo risco de desenvolvimento. A diretiva – em que pese ser aplicada pela Corte de Justiça sob condições estritas – possui argumento de justificativa baseado na ruína econômica do produtor que é exposto a excessiva exigência, sendo-lhe quase impossível o asseguramento dessa espécie de risco, levando a desemprego e/ou desaceleração econômica pelo demorado período de testes, cessando as inovações. O autor argumenta que são alegações exageradas e divorciadas de suporte estatístico rigoroso. Justamente, a jurisprudência francesa sempre foi implacável na aplicação da responsabilidade pelo risco de desenvolvimento, sem contemplar desacelerações ou subdesenvolvimentos setorializados – do seguro à inovação científica. Contudo, a imposição à França decorreu do fato de que a maioria dos países membros à época já adotavam a exoneração. O princípio da equidade não socorre ao Fornecedor, vez que imputa o risco às vítimas. Eis a lição (COSTA, 1999, p. 314): “A equidade pede que se faça pesar o risco de desenvolvimento, não sobre as pessoas que sofreram um dano pelo fato do produto, mas sobre aquela que tomou a iniciativa de dele obter um lucro”. Ora, conhecer científica e tecnicamente um produto é parte da rotina dos laboratórios, em todos os setores. E continua: “Exonerar os produtores quando o estado de conhecimentos científicos e técnicos não lhes tenha permitido detectar a existência do defeito significaria dissuadi-los de ir mais longe em suas investidas prévias à colocação do produto no mercado, ou, pior, seria incitá-los a guardar em segredo o resultado de suas investigações. Significaria de certa maneira uma permissão para uma prévia organização da exoneração”. Queira ou não, eis presente o caráter indutor de comportamento, da norma. É como conclui Costa, em opinião pessoal, dizendo que a responsabilidade pelo fato do produto defeituoso é uma responsabilidade independente de culpa, e, além de obrigar os produtores a se tornarem mais vigilantes, tem a função principal de permitir a indenização das vítimas (COSTA, 1999, p. 316): “Ela conduz, de uma certa maneira, à coletivização dos riscos: o risco incorrido por cada produtor é por ele incorporado em seus preços, e se repercute sobre a massa dos compradores”.

do princípio de que aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela decorrentes. Daí o surgimento da teoria do *risco criado*, que tem o sentido de atribuir ao fornecedor o dever de reparar danos causados aos consumidores pelo fato de desenvolver determinada atividade potencialmente danosa. Ou seja, faz com que o agente fornecedor assuma todos os riscos de sua atividade. Imbuído desse espírito, o legislador acolheu integralmente a teoria do *risco criado* como apta e suficiente para garantir o consumidor em relação aos danos que viesse a sofrer pelo fato da colocação no mercado de produtos e serviços.

Contudo, o espírito da proteção é ainda mais extensivo e engloba a prevenção e reparação em sentido amplo, inclusive aqueles danos causados indiretamente, pela dinâmica da sociedade de consumo, notadamente nas relações empresariais. Existe amparo legal para a função preventiva que socorra à responsabilidade civil no sistema das relações consumeristas? Ou, nas palavras de Aurisvaldo Mello Sampaio¹¹¹ (2004, p. 156-157):

Melhor dizendo, prevê, a Lei Protetiva, instrumento para salvaguardar a saúde e a segurança do consumidor [...]? A resposta certamente será afirmativa. A ferramenta a ser utilizada é o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor, ou, se preferir, aferrando-se à letra da lei, ‘direito básico à efetiva prevenção de danos’, previsto em norma de ordem pública e interesse social, o art. 6º, VI, do CDC, *in expressis*: ‘Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (omissis) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Na justa seqüência, o autor ainda afirma: “Nada há, aliás, a impor deva o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor ser invocado somente nas hipóteses de haver certeza da periculosidade ou danosidade do produto”.

O artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, preceitua que é direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. E assim, via de regra, quando a doutrina trata dessa prevenção, associa-a as questões ligadas ao risco de desenvolvimento, a exemplo do autor supracitado. Contudo, é de se propor uma interpretação extensiva e ampliativa ao instituto legal, considerando que teleologicamente pretendeu o legislador englobar, nessa prevenção, toda espécie de risco de acometimento de danos, assim como a ordem de reparação abrange a todas às pessoas e instituições, órgãos e poderes delegados competentes para efetuar essa reparação.

Retomando as lições de Sampaio (2004, p. 156-157), ao tratar do artigo 6º, VI, ele fala sobre a efetiva prevenção e reparação de danos, imposta pela *Lex Fundamentallis* e, ainda que se refira à questão do risco de desenvolvimento, traduz importante afirmação imperativa: “É preciso – o quanto possível – preservar o homem dos riscos que a sociedade de consumo lhe

¹¹¹ Conquanto não tenha sido objeto da presente investigação os temas ligados diretamente ao risco do desenvolvimento, há de fazer um merecido elogio a Aurisvaldo Mello Sampaio, por sua paixão ao construir suas indignadas e combativas linhas, justamente no enfrentamento de poder econômico de grande e grave magnitude, a exemplo daquele detido por empresas como a Monsanto, notadamente pelo perigo coletivo que seus interesses econômicos – traduzidos em *lobby* político e resoluções de agências sanitárias – acarretam para a humanidade e para todo o meio ambiente, agravando a crise ecológica e a emergência socioambiental.

impõe, a fim de que não sacrificuemos magnos valores humanos em prol de interesses materiais.”

Se, como afirma Sampaio, o artigo 6º, VI, merece interpretação teleológica e extensiva, ampliando a proteção sobre o consumidor, em razão da sua finalidade social e caráter de natureza pública, também é possível – e necessário – invocar o artigo 6º, VI, em favor da ideologia da prevenção de danos em geral, e não apenas daqueles que potencialmente venham a ser causados pelo risco de desenvolvimento, assim compreendido na esfera da incerteza científica acerca de possível periculosidade do produto ou serviço.

Na mesma esteira, Agostinho Oli Koppe Pereira (2007, p. 18), afirma que, quando o “legislador do CDC, no título do Capítulo IV, expressamente fala ‘[...] da prevenção [...]’, mostra nitidamente sua preocupação com a intenção de não esperar o acontecimento do dano, mas evitá-lo através de medidas que impeçam seu surgimento”.

Logo – como se verá melhor ao longo do corpo do texto, acerca da dimensão coletiva, proposta por Garcia, inclusive para a apreciação do dano pontual, nas lides individuais –, mister se faz, e isto por força de lei, que à responsabilização civil dos fornecedores seja conferido tratamento judicial especializado também pela ideologia proposta na política nacional de consumo, consistente com a função preventiva e pedagógica – que se materializa, especialmente, na dimensão coletiva das relações consumeristas – e, notadamente, com a **efetiva** reparação dos danos. Ideologia esta que se revela verdadeira norteadora de política pública, assim como corrobora Sampaio (2004, p.157): “... o art. 4º, II [CDC], estabelece como princípio da política nacional de consumo a efetividade da proteção ao consumidor, mediante ação governamental. Efetividade que remete ao princípio da prevenção”. E efetividade que também remete às ações do Estado-Juiz¹¹².

Bortoli e Bessa (2008, p. 1878) também trataram do caráter coletivo das decisões:

¹¹² Face das limitações espaciais próprias do objetivo de uma dissertação de mestrado, não se abordará no corpo do texto o princípio da precaução, teoria que emerge do Direito Ambiental. Contudo, para que o tema não passe despercebido, vez que tem sido associado ao Direito do Consumidor por autores consagrados, a exemplo de Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 549), anote-se as lições de Sampaio (2004, p. 159), fazendo referência, também, à ausência de pacificidade na denominação do princípio, na seara ambiental: “Com absoluta precisão, Cristiane Derani considera que o princípio da precaução – assim prefere denominá-lo a autora – objetiva afastar não apenas o surgimento de danos, mas, sobretudo, o perigo da ocorrência de tais danos. Através dele, procura-se afastar o próprio risco que determinadas atividades representam para a existência humana, vale dizer, em caso de certeza do dano, deve-se agir prevenindo, em caso de dúvida – incerteza quanto ao potencial danoso da atividade –, também é de rigor a atuação preventiva, pois *in dubio pro securitate*. Essa foi, saliente-se, a opção ostensiva do legislador do CDC, tanto que arrola, dentre os direitos básicos do consumidor, a proteção da sua vida, saúde e segurança contra os riscos de fornecimento (art. 6º, I).” Ora, é lícito que se estenda o escopo do princípio da precaução também à função preventivo-pedagógica, tanto da própria responsabilidade civil no trato consumerista, quanto à símile função extraída da natureza dos processos e das sentenças de cunho indenizatório, tema que será abordado com maior acuidade no último item deste capítulo.

Nesse processo de interpretação e aplicação das leis, os juízes e tribunais relevam-se responsáveis por grandes transformações sociais, incorporando no sistema os anseios sociais com relação ao direito, que ainda não constam expressamente da legislação, tornando-se co-responsáveis pelo processo de criação do direito, ou, pelo menos, pela sua devida e correta aplicação. A aplicação das leis pela perspectiva da realidade com a tomada de posição valorativa (enfoque zetético), acarreta diversas conseqüências à sociedade (econômicas, políticas, sociológicas, entre outras), de uma forma mais generalizada ou individual, conforme a amplitude do litígio.

Veja-se que os riscos, na sociedade de consumo atual, são múltiplos e não apenas decorrentes de desconhecimento acerca de inerente vício de natureza. Ilustrativamente, relata-se um caso verídico, ocorrido na segunda semana de janeiro de 2009. Na condição de consumidora, a presente pesquisadora se dirigiu à sede de um jornal da capital paranaense, a fim de publicar um anúncio de comercialização. Contudo, nesta data foi surpreendida pela existência, no sistema do jornal, de duplicidade de cadastro, tendo o último sido aberto em seu nome, apenas um dia antes, a partir de cidade da região metropolitana, conforme acusava a máquina e inclusive fornecendo endereço de correspondência situado em tal cidade, local absolutamente desconhecido para a consumidora. Notoriamente se tratava de uso fraudulento de seus dados, que foram aceitos regularmente pela empresa midiática e, maior desvelo não houve, dado que o cadastro foi aberto, contudo, nenhum anúncio tinha ainda sido contratado. Ora, é uma evidente falha na prestação do serviço, ao aceitar a abertura de cadastro baseado em dados de terceiros, sem que se peça qualquer comprovação de veracidade do alegado. Contudo, como o crédito da consumidora não chegou a ser utilizado – a gerar cobranças e eventual inadimplência em seu nome –, então, se levado ao conhecimento judicial a (justa, diga-se) reclamação pela ocorrência, dificilmente haveria reconhecimento da lesão moral sofrida pela consumidora, provavelmente com base na teoria do “fato da vida”, “mero aborrecimento” e “dano moral não verificado”. A consumidora sairia do tribunal ainda mais indignada, sentindo que perdera energia e tempo precioso de vida, duplamente ressentida pelo descaso que lhe foi dedicado, tanto pela empresa, quanto pela Justiça.

Ainda que, *in casu*¹¹³, não haja dano material comprovado, ou seja, não houve, até então, registro de diminuição direta do patrimônio econômico da consumidora, esta foi prejudicada em seu tempo remunerado – o qual foi dedicado não às atividades acadêmicas ou ao atendimento de clientes, antes destinado a registro de boletim de ocorrência de diligências apropriadas; e, o fornecedor, beneficiou-se economicamente da “flexibilidade prestacional”, dado que perceberia o preço pelo anúncio efetuado pelo cidadão fraudulento, sem se

¹¹³ E até o momento, desejando-se que maior mal não decorra da questão.

preocupar com a defesa dos direitos básicos da consumidora. Assim, é de se perguntar: em qual casa passou a residir o enriquecimento sem causa?

Em boa conclusão de Ênio Santarelli Zuliani (2006, p. 55/68), somam-se as cumuladas e dinâmicas necessidades da sociedade de consumo, provocando modificações nas formas do risco e congraçando as benesses funcionalizadas da responsabilidade civil.

O modelo existencial das pessoas não obedecesse a um padrão rígido; varia de acordo com as necessidades, ambições, interesses, iniciativas e demais ingredientes filosóficos e sociológicos que nunca explicam o espírito indomável do homem contemporâneo. [...] uma coisa, no entanto, é absolutamente certa, isto é, a sua incessante vontade de encarar desafios, de superar metas e conseguir vantagens patrimoniais [...] o que, invariavelmente, conduz o homem a envolver-se, direta ou indiretamente, na prática de uma seqüência de atos e atividades que, aos milhões, agitam a forma de viver em grupo. As conseqüências inevitáveis dessa intensidade de atos, [...] representam o aumento do risco de se concretizar dano injusto. O prejuízo espreita [...] aumentando o clima de insegurança que perturba a todos, indistintamente. A sociedade espera que o sistema jurídico proteja os homens das ações antijurídicas cometidas por aqueles que são considerados desagregadores e confia nisso. [...] **Ora, se o homem não tem o poder de evitar que o dano se materialize [...] que providencie, então, medidas que viabilizem a reconstrução do que foi destruído ou deteriorado, por falha comportamental.** A sociedade festeja a responsabilidade civil, por ela constituir a fórmula jurídica destinada a remediar o mal que está feito. Ser responsável constitui uma conseqüência do desígnio de viver, sendo certo que o instituto da responsabilidade civil exerce, no plano das relações privadas, a função do controle da conduta humana regular. (g.n.)

Preocupa, portanto, já que ainda se está a falar em riscos – além de se protestar pela compreensão extensiva do artigo 6º, VI –, que a Teoria do Risco, originalmente o negocial, tem sido revertida, judicialmente, contra os consumidores. Ainda se enfrentará mais profundamente as conseqüências do tema para a funcionalização da responsabilidade, quando se falar dos efeitos relativos às sentenças judiciais, contudo, por ora, compete tratar dessa inversão do risco, em termos teóricos.

Romances e transações de consumo nada guardam – espera-se – de comum entre si, como espécies relacionais, exceto que são atos jurídicos compostos por ao menos dois pólos subjetivos e que provocam naturalmente reflexos jurídicos, ainda que tais efeitos não sejam diretamente desejados, ou seja, ainda que as partes se relacionem com uma expectativa imediata diversa da “consciência de provocar um efeito jurídico”.

Contudo, em tais espécies relacionais típicas, podem-se encontrar mais dois pontos jurídicos em comum, infelizmente de natureza negativa: ambas são relações que trabalham com os elementos risco e vulnerabilidade, ainda que estes possuem características diversas, sendo, no consumo, o risco da atividade e, nos romances, o “risco de amor”; bem ainda,

justamente a inversão do risco no tratamento jurisprudencial, para lançá-lo sobre as vítimas dos danos oriundos do consumo e dos “danos de amor”¹¹⁴.

Muito brevemente, é possível afirmar que o “risco de amor” é uma criação doutrinária¹¹⁵ para designar o típico risco inerente às relações amorosas, o qual se concretiza na chance do relacionamento não prosperar, na chance de algum dos parceiros ser magoado, etc; mas, interessa especialmente ao mundo jurídico, ilustrativamente, a chance de algum dos parceiros ser economicamente lesionado pelo outro, em razão do abuso de confiança ou os danos à saúde, resultantes do abuso do parceiro no exercício de seu legítimo direito de romper.

Ainda que extremamente mal quantificado, o dano moral de natureza trabalhista, em tese, é bem recepcionado pela jurisprudência, não havendo dúvida – novamente, *a priori* – de que a lesão emocional provocada por uma demissão abusiva – nem tanto do ponto de vista das justas causas rescisórias, mas a partir do comportamento do empregador demitente – gera obrigação de indenizar, imputada sobre a empresa em face do ato do funcionário, em razão do risco da atividade.

Contudo, até pouco tempo, a jurisprudência majoritária defendia, sem maior acuidade técnica, que o dano emocional provocado pelo rompimento abusivo de um relacionamento afetivo não causava dano indenizável, em razão da “teoria do risco”. E assim, a dita teoria do risco restava estampada nas ementas judiciais, sem qualquer apreciação mais profunda, no bojo decisório, a justificar o porquê de se invocar uma teoria de responsabilização objetiva do titular de um negócio potencialmente perigoso, para, no caso das relações afetivas, imputar o risco contra as vítimas, fazendo com que estas arcassem com a totalidade da chance de erro e prejuízo da relação.

Desta sorte, primeiro se faz preciso definir o que venha a ser exatamente esse risco típico, ou seja, o “risco de amor”, distinguindo-o do risco comercial ou da atividade e, então, questionando a jurisprudência desavisada que “culpava” as vítimas por sofrerem danos excessivos, os quais iam muito além do “risco suportável” ou dos fatos da vida.

Eram movidos, tais julgadores, certamente pelo preconceito, não cabendo aprofundar, agora, tal análise. O problema é que o preconceito se repete – em gênero e também em espécie, no tocante à figura do dano moral – nas indenizações consumeristas, quando se invoca nas decisões, o perigo do surgimento de uma “indústria do dano moral”, motivada pelo

¹¹⁴ O abuso ou violência nas relações amorosas produz as lesões denominadas de *danos de amor*, especialização necessária, consideradas as características especialíssimas da sede relacional em que operam.

¹¹⁵ A esse respeito, a obra já citada no capítulo 1: **PARODI**, Ana Cecília. Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos. Campinas: Russell, 2007.

suposto estímulo que decorreria de uma “quantificação generosa” no arbitramento do *quantum debeatur* das lesões não materiais.

Destaque-se, não se trata de problema social aventado nas decisões que condenam os consumidores por litigância de má-fé, sendo antes uma questão ligada a consumidores a quem se reconhece razão na procedência do pedido, mas a quem não se pretende estimular – pelo tempero monetário – a sofrer outros danos ou ao acometimento destes se expor. É uma equação complicada – resta reconhecido que o consumidor sofreu a lesão, logo o fornecedor é responsabilizado, mas a teoria do risco, na verdade, é invertida contra o consumidor, este vil agente que sofreu o dano com a exclusiva finalidade de se locupletar financeiramente da indenização. E eis revertida também a presunção da boa-fé.

No item 3.2 será tratado o tema da “indústria do dano moral” e a verdadeira “indústria da irresponsabilidade” que é estimulada pelo Poder Judiciário. Contudo, desde já é de se repudiar a grave violação do espírito da política nacional de consumo, pretendida pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor, revelando problemática de efetividade judicial. Sobre a importância da teoria do risco da atividade, ensina José Augusto Garcia (1998, p. 99):

É dizer: os riscos do negócio de consumo, deixando de recair sobre os ombros do consumidor, passam a onerar o fornecedor o que inclui, evidentemente, o risco de indenizações mais substanciais. Além disso, quaisquer dúvidas, inclusive quanto ao valor da indenização, devem favorecer o consumidor. A parte mais fraca, a vítima, não pode ser duplamente prejudicada. O próprio Código Civil [1916], a propósito, já dispõe [dispunha] em seu art. 948 (infelizmente não muito explorado): “Nas indenizações por ato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado”.

A racionalidade jurídica e econômica, que fornece parâmetros científicos para que se compreendam parte das razões que levam os fornecedores a optarem por escolhas empresariais eficientes, do ponto de vista econômico, mas altamente prejudiciais, do ponto de vista socioambiental, pode ser extraída a partir dos pressupostos da Análise Econômica do Direito em diálogo com a Teoria dos Jogos, demonstrando a importância dos principais instrumentos impositivos que, em sua parcela de atuação, cooperam para esse processo de tomada de decisão, a saber, a lei, a norma auto-regulada e as sentenças judiciais, todos relevantes fontes informativas, no “jogo legal e empresarial”. Mencionados pressupostos teóricos serão vistos a seguir, passando-se, então, à análise da função profilática da

responsabilidade civil, inclusive no diálogo com instrumentos típicos da responsabilidade social empresarial¹¹⁶.

3.1 SUBSÍDIOS PARA A CONTEXTUALIZAÇÃO DA FUNÇÃO PROFILÁTICA

Considerando o tema proposto à investigação – a função profilática da responsabilização civil como realizadora da responsabilidade socioambiental e do desenvolvimento sustentável, sob a ótica da prevenção de danos, nas relações de consumo –, para que o Direito, ou mais especialmente, a Responsabilidade Civil, exerça sua função preventiva e caráter pedagógico, na sociedade de consumo, é vital que os instrumentos de informação normativa sejam claros, transparentes e expressos, acerca dos ilícitos¹¹⁷ – em descrição, punição e, quiçá, dosimetrias e recompensas –, e que este sistema seja efetivamente reconhecido e valorizado pelo Poder Judiciário, concretizando-se na boa aplicação dos preceitos, a ponto de enviarem satisfatória mensagem à sociedade, não apenas de reparação dos casos concretos, mas de efetiva repressão dos ilícitos em potencial, desestimulando, os cidadãos, de errarem.

Em suma: não apenas a auto-regulação do mercado e as leis, mas as sentenças judiciais, notadamente as do campo indenizatório, são hábeis indutoras de comportamento, cada qual com sua parcela de atuação e próprias conseqüências em face de suas violações.

Conforme ensinamento de Ricardo Luis Lorenzetti¹¹⁸ (2003, p. 74-75), em livre tradução da pesquisadora: são objetivos da responsabilidade civil: a prevenção [...] o ressarcimento [...] [e] a punição.

Acerca da função preventiva, resume Lorenzetti (2003, p. 74)¹¹⁹:

¹¹⁶ Convém, contudo, antes de adentrar ao próximo item, registrar uma explicação do que vem a significar a expressão “socialização do dano”, também identificada na doutrina por “socialização do risco”, considerando que tal expressão será adotada por alguns autores citados adiante. Emprestando a lição da autora lusitana Paula Lourenço (2006, p. 15): “A socialização do dano corresponde à assunção do escopo reparatório do dano por sistemas que garantam o pagamento da indemnização ao lesado, quer se trate de sistemas estaduais, de segurança social, da criação de Fundos de Garantia ou da celebração de contratos de seguro por entidades privadas (cfr. GENEVIÉVE VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, L.G.D.J., 1965., Títulos I e II, e *Traité de Droit Civil – Introduction à la responsabilité (sous la direction de Jacques Ghestin)*, 2ª ed., Paris, L.G.D.J., E.J.A., 1995, pp 23 e ss., *maxime* pp. 57-80 e 94-111)”.

¹¹⁷ As quais também, por critério de transparência, devem restar cominadas, em gênero exaustivo e espécies enumerativas.

¹¹⁸ No original: “*son objetivos de la responsabilidad: La prevención [...] El resarcimiento [...] [e] La punición*”.

¹¹⁹ No original: Esta denominada “Tutela inhibitoria” consiste em una seria de acciones (medidas cautelares inhibitorias, daños punitivos etc.) destinadas a actuar antes que el daño se produzca. Modifican el elemento central de la responsabilidad, que está basada en el daño, para actuar con anterioridad, ante la mera amenaza, lo cual importa reconstruir uno de los principios básicos del sistema: “no hay responsabilidad sin daño”. O se considera que la tutela es una rama diferente, o bien se la considera incluida dentro de la responsabilidad, que no será solamente por daños, sino genérica: responsabilidad civil. [...] Actualmente proponemos proveer de

Esta denominada ‘tutela inibitória’ consiste em uma série de ações (medidas cautelares inibitórias, danos punitivos, etc.) destinadas a atuarem antes que o dano se produza. Modificam o elemento central da responsabilidade, que está baseada no dano, para atuar com anterioridade, perante a mera ameaça, o qual importa em reconstruir um dos princípios básicos do sistema: ‘não há responsabilidade sem dano’. Ou se considera que a tutela é um ramo diferente, ou bem se considera incluída dentro da responsabilidade civil, que não será somente por danos, sendo genérica: responsabilidade civil. [...] Atualmente, propomos prover de instrumentos inibitórios, para a defesa dos direitos fundamentais, dentro dos quais se encontra a proteção do consumidor, do ambiente, da pessoa. Essa tutela preventiva é amplamente reconhecida e aplicada na jurisprudência da Argentina e no Brasil. A tutela inibitória tem finalidade preventiva, já que o elemento atípo é a possibilidade de um ilícito futuro; é a ameaça de violação.

Lorenzetti (2003, p. 75) continua sua exposição, dizendo que esse dado normativo lhe confere algumas características especiais, dentre elas¹²⁰, especialmente, que prescinde da verificação do dano, sendo suficiente, a mera ameaça; bem ainda, que a culpa não ganha maior relevância, dada a impossibilidade de avaliação do elemento subjetivo. Informa, ainda, que tem ganhado relevo a tutela do dano moral – campo onde o tema, segundo o autor, tem obtido maior desenvolvimento – e que se refira a bens infungíveis, por serem estes os que mais carecem, intrinsecamente, da necessidade de prevenção.

E na seqüência, expõe as funções ressarcitória e punitiva (LORENZETTI, 2003, p. 75), informando, sobre a primeira, que consiste em uma “série de dispositivos” voltados a efetivar o ressarcimento da lesão, mediante um feito imputável ao agente. E, acerca da função punitiva, remete às origens do instituto responsabilizatório, cuja finalidade era de sancionar a culpa de ato moralmente censurável, tendo ganhado pouco relevo ao longo dos anos, mas voltando à cena, nos últimos tempos, especialmente naqueles âmbitos em que a idéia de “pena civil” serve para, em livre tradução da pesquisadora: “censurar condutas repreensíveis, como os danos ambientais, os causados por produtos elaborados [na perspectiva do risco de desenvolvimento] e em geral, os danos em massa”¹²¹.

instrumentos inhibitorios, para la defensa de los derechos fundamentales, dentro de los que encuentra la protección del consumidor, del ambiente, de la persona. Essa tutela preventiva, es ampliamente reconocida y aplicada em la jurisprudencia en Argentina y en Brasil. La tutela inhibitoria tiene finalidad preventiva, ya que el elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro; es la amenaza de violación.

¹²⁰ Vital citar, ainda, as seguintes características: “b) *El acto ilícito se caracteriza normalmente por una actividad continuativa, o bien por una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito. Este elemento es necesario porque hace a la posibilidad de prevenir;* c) *La acción ilícita debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, ya sea evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo el ya producido*”.

¹²¹ No original: “*censurar conductas represensibles, como em los daños ambientales, los causados por productos elaborados, y em general, em los daños massivos*”

É possível afirmar que a função social da Responsabilidade Civil reside no apaziguamento social e no estabelecimento de freios inibitórios às condutas humanas ilícitas – ideologia distante da novidade. O caráter de pedagogia da indenização tem sido amplamente reconhecido pelos Tribunais Superiores, atuando tanto na coibição dos danos atuais pela apreciação do caso concreto, quanto na prevenção de danos futuros, através do exemplo noticiado à sociedade, haja vista que o cidadão, antes de cometer o abuso, resta bem alertado das iminentes conseqüências jurídicas de seus atos. Ora, uma vez praticados os ilícitos, estes não apenas violam o direito da vítima, mas colocam em risco a estabilidade de toda a sociedade¹²²; assim, a função social da Responsabilidade Civil é composta, casuisticamente, pela reparação das relações, e panoramicamente, tanto por este reequilíbrio, que é percebido por toda a sociedade, quanto pelo evitamento dos danos, na prevenção de ilícitos, o que se realiza pela boa construção legislativa e transparência das leis¹²³, bem como pela efetividade da resposta judicial ao descumprimento do preceito¹²⁴, atuando segundo o caráter pedagógico – e logo, também profilática – da obrigação de indenizar¹²⁵.

Certamente que a função profilática da Responsabilidade Civil e o caráter pedagógico das sentenças existe e é de vital importância para todo e qualquer tipo de demanda indenizatória, independentemente da natureza do vínculo que une aos demandantes. Mas, no tocante à seara consumerista, e notadamente no trato dos danos morais – porque estes não toleram tabelamento e nem sempre comportam prova cabal –, seus efeitos são mais facilmente visualizados e sua importância mais facilmente compreensível.

A evidenciar a correlação entre a função social da Responsabilidade Civil, seu caráter profilático e a indução comportamental dos agentes em potencial, no afunilamento investigativo, o empresário, equiparado a fornecedor, no exercício da relação de consumo também será afetado pelo sistema de responsabilização civil, e será em razão da possível – e previsível – recompensa ou sanção, que tomará suas decisões negociais, escolhendo logicamente aquilo que lhe viabilize maior lucro, ou seja, melhor eficiência econômica, denotando, desta forma, que os instrumentos regulatórios e auto-regulatórios exercem direta influência econômica sobre o desenvolvimento da sociedade. Afinal, o empresário exerce seu direito à livre iniciativa motivado pela obtenção de lucros; bem ainda, tendo pessoa física e

¹²² A qual, conforme visto em capítulos anteriores, é co-dependente e interligada, ainda que tal sentido tenha se desvanecido em parte, na contemporaneidade globalizada.

¹²³ Bem como, dos instrumentos auto-regulatórios.

¹²⁴ Falar-se-á, no próximo tópico, das virtudes preventivas que acarretam, para a função social da responsabilidade civil, os instrumentos de mercado.

¹²⁵ Bem como, das próprias sentenças judiciais, em gênero.

jurídica suas ações reguladas por lei, deverá – ou idealmente deveria – coordenar tal obtenção de lucros segundo os limites de lei.

Porém, na prática, a teoria econômica comprova que o empresário, via de regra, atuará não conforme ideais éticos ou morais e sim de acordo com a melhor vantagem financeira obtível *in casu*; e isto mesmo que sua conduta esteja em desacordo com a legislação ou com os parâmetros do mercado, desde que a potencial repercussão financeira do ilícito proporcionalmente compense a assunção do risco legal ou mercadológico. Em palavras simples, equivale a pagar não “pelo erro”, mas “para errar”, elidindo, assim, qualquer efeito pedagógico implícito na correção estatal ou dos órgãos administrativos¹²⁶.

Assim, a função social da responsabilidade civil afeta à parte e ao todo, pois, como ensina Bobbio (2007, p. 104), o próprio direito possui função para com o sujeito e para com a sociedade.

Paula Meira Lourenço (2006, p. 15-16), autora lusitana da relevante obra *A função punitiva da responsabilidade civil*, afirma:

Indagar da *função punitiva* da responsabilidade civil, numa época em que se assiste à objectivação da responsabilidade civil, à socialização do dano, sendo maior a preocupação com o ressarcimento do lesado, e colocando-se num plano secundário a responsabilização do lesante, pode parecer um “*anacronismo*”, ou uma idéia retrógrada. No entanto, parece-nos que a socialização do dano agudiza o interesse pela investigação de outras funções da responsabilidade civil, pois a absorção da função reparatória deste instituto de Direito civil por sistemas de garantia acaba por colocar em risco a sua subsistência, caso se entenda que a responsabilidade civil depende, em exclusivo, do escopo ressarcitório. A reflexão acerca da ilicitude e da culpa do agente e, conseqüentemente, acerca do escopo preventivo e punitivo da responsabilidade civil, não deve ser entendida como o renascimento do sistema de vingança privada. Este precipitado pré-entendimento poderá, eventualmente, ter sido o responsável pela actual hipertrofia e ineficácia do Direito Penal e do Direito contra-ordenacional, no seio dos quais se tenta enquadrar novos ilícitos e “*ilícitos mistos*”, respectivamente, sem antes se esgotarem todas as potencialidades do instituto da responsabilidade civil, *maxime* a sua função punitiva. Ao *supra* exposto acresce a insuficiência da obrigação de indemnizar no seio do Direito Civil, pois sendo limitada pelo dano, a indemnização não desincentiva a violação do direito, a prática da conduta ilícita e culposa, nem pelo próprio, nem por terceiros. Assim, importa verificar se o comportamento especialmente grave do lesante, ou a racionalidade puramente económica que subjaz à sua actuação, não permitirá a adoção de medidas com uma finalidade preventivo-sancionatória, como seja o aumento do montante a atribuir ao lesado, ultrapassando-se o limite do dano causado imposto pela visão clássica da obrigação de indemnizar (partindo do princípio que conseguimos “*quantificar*” o dano). Talvez tenha chegado o momento de abandonar o dogma da limitação do montante pecuniário a atribuir ao lesado, ao dano sofrido, que surgiu com o desenvolvimento do Direito canónico na Idade Média, e a proibição da usura, ou seja, um contexto que foi actualmente ultrapassado pelos novos desafios que a Ciência do Direito enfrenta.

¹²⁶ Aqui considerados mesmo aqueles de natureza não-estatal, tais como organizações, associações, federações, da indústria e comércio, aonde, eventualmente, o empresário pudesse ser “condenado” ética e/ou administrativamente, por seus pares e/ou consumidores.

Monteiro Filho (2000, p. 153-154) reafirma a idéia da função pedagógica, contudo anota que, acerca da função punitiva, esta entraria em cena, segundo o autor, quando o caso não se tratar de responsabilidade objetiva, a qual não exclui o dano moral, contudo não aprecia a malignidade de conduta.

Por outro lado, se ilícita a conduta causadora do dano, ganha lugar a punição; de maneira que quanto maior o grau de culpa, ou mais forte a intensidade do dolo, maior deverá ser a sanção correspondente. É da própria essência da reparação do dano moral essa flexibilidade. E, completando o raciocínio, em busca da eficiência da punição, perquire-se a capacidade econômica do agressor: o valor da condenação deve, igualmente, servir de desestímulo a repetições de atos do gênero; cumpre função pedagógica não somente em relação ao próprio como também a toda a coletividade, que se torna sabedora das conseqüências de eventual violação das normas, podendo adequar sua conduta aos objetivos. Resta o caráter punitivo, destarte, situado no plano da quantificação e indissolavelmente associado à idéia de culpa.

Em que pese a consideração ao doutrinador, é discutível seu posicionamento, porque, afinal, as demandas por responsabilidade objetiva também não apreciam a culpabilidade, mas não que tal elemento inexista, sendo apenas não apreciado. Mas, esse mesmo ilícito pode decorrer de um ato ao extremo malévolo e de dolo deliberadíssimo, o qual, contudo, por força da desnecessidade, deixou de ser analisado pelo julgador. Mais uma vez se percebe a importância – como já frisado no capítulo 1 – de que os julgadores sejam diligentes e aplicados ao prolar suas sentenças, bem apreciando o caso concreto e construindo com verdadeira tecnicidade suas apreciações acerca da conduta do réu e bem correlacionando com o *quantum* arbitrado, a demonstrar de que forma a primeira induziu ao segundo, se importando em atenuantes ou agravantes, a exemplo do que se opera em sentenças criminais, nas dosimetrias de pena. Inclusive, em linha semelhante, afirma Ugo Mattei¹²⁷ (1999, p. 378), após comentar que o dano punitivo é figura recorrente da *common law* e tratando da efetiva possibilidade de sua aplicação no direito românico, sem excluí-la, contudo, das hipóteses objetivas, em livre tradução da pesquisadora:

Tais danos punitivos são, de fato, reservados à linha do princípio dos casos de dolo: quando o réu agiu intencionalmente [deliberadamente] para prejudicar a vítima: violência, fraude, etc. Em algumas hipóteses, na América, estes danos punitivos são também concedidos pela culpa grave com que o réu seu para com a segurança pessoal da vítima.¹²⁸

¹²⁷ E co-autores.

¹²⁸ No original: *Tali danni punitivi sono, infatti, riservati in linea do principio a casi di dolo: quando cioè il convenuto ha agito intenzionalmente per recare danno alla vittima: violenza, frode, ecc. In alcune ipotesi in America questi danni punitivi sono concessi anche per la colpa grave con cui il convenuto abbia trattato la sicurezza personale della vittima.*

Ora, é apenas questão de ser apontada a dolosidade da conduta, processualmente e na peça vestibular, pelo patrono da causa.

Paula Lourenço tratou da “função punitiva”, mas justamente por ter em vista o impacto social, comunitário, produzido pela Responsabilidade Civil, e mais especificamente pelos danos morais, é que José Augusto Garcia, focado no princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, questiona a genuinidade desse qualitativo, preferindo “falar, mais apropriadamente, em uma função *preventivo-pedagógica* para os danos morais, a qual se mostra intimamente conectada ao tema da coletivização jurídica”. Aliás, vale registrar o posicionamento do autor: (GARCIA, 1998, p. 95)

De fato, em conflitos meramente intersubjetivos, a aludida função *preventivo-pedagógica* pouco tem a brilhar, mormente porque se trata, em regra, de lides individuais, não habituais, não profissionais. Tudo muda de figura, entretanto, quando estamos diante de conflitos carregados de dimensão coletiva (o que abarca, logicamente, aquelas disputas que, apesar de aparentemente individuais, são, recobertas por uma infalível sombra coletiva). E são exatamente essas as pendências inerentes à sociedade de massa, que povoam o reino das relações de consumo.

Respeitando-se a opinião do douto jurista, é de se dizer que, conquanto a função profilática seja mais visível nos aspectos coletivos das relações – e por isso é associada à realização da responsabilidade socioambiental e do desenvolvimento da inteira comunidade – mas é também percebida nas relações individuais, se considerado o potencial de reincidência da conduta danosa, ocorrendo entre as mesmas partes, notadamente nas relações consumeristas de prestação continuada de fornecimento, a exemplo do setor de telefonia e serviços essenciais, supermercados e farmácias (especialmente aqueles que abastecem aos bairros), dentre outros. Não havendo estímulo à prevenção ou mesmo um compelimento à correção comportamental, é bastante provável que o mesmo fornecedor reclamado lesione o mesmo consumidor anteriormente reclamante, e talvez pela mesma causa de pedir, em novo fato lesivo. Ora, qual é a esperança, afinal, de um usuário da telefonia celular, que já reclamou da péssima cobertura de sua operadora, de ver, em curto prazo, a melhoria na prestação do serviço? Ou de ver maior transparência na descrição de sua utilização dos créditos pré-pagos? E para aquele consumidor de classe média com pouco poder de escolha, da grande rede de hipermercados, que toda semana depende do fornecimento de tal abastecedor para seu suprimento de carnes, mas que adquire, por exemplo, um frango de péssima qualidade e ainda que reclame, constantemente, para a gerência da loja, quais as chances de que seja atendido? E que condições pessoais possui de alterar seu hábito de consumo, para passar a comprar em um estabelecimento de maior preço e melhor qualidade? A injustiça social é impactante.

Ênio Zuliani (2006, p. 70), magistrado que é, demonstra, com apoio em Fernando de Noronha (2003, p. 442), alguma descrença acerca do caráter pedagógico das sentenças, citando-se o seu posicionamento, contudo, registrando que a doutrina majoritária favorece à função educativa, o que a própria notoriedade empírica é capaz de comprovar.

Todas essas virtudes que dotam a sentença bem executada contribuem, de maneira decisiva, para prevenir a ilicitude. Escrevi anteriormente que as sentenças são armas de conscientização social porque combatem a cultura da transgressão, reprimindo essa onda perigosa fundada na idéia de que tudo é permitido para lucrar, para alcançar celebridade, para ser visto, notado e admirado (não necessariamente, respeitado). A essa função sublime das sentenças, como se fossem vocacionadas para despertar noções de cidadania produtiva, do viver de maneira honesta, sem lesar a outrem, conceitua a doutrina como de natureza “preventiva ou dissuasora”, que “às vezes também é chamada de “educativa”, mas parece que, com ela, o que se pretende não é propriamente ensinar o homem a comportar-se melhor; é simplesmente coibir comportamentos danosos”.

Contudo, o mesmo autor (ZULIANI, 2006, p. 72) se mostra mais otimista, ao colacionar a posição do ex-ministro do STF, Djaci Alves Falcão (1959, p. 313):

A responsabilidade civil não se prende exclusivamente à concepção material da reparação, visto que também está vinculada a fins sociais, às exigências do bem comum. Ela se afirma como necessidade de controle de conduta, a fim de que o homem não se desligue das formas normativas do Direito. Por isso mesmo, nos entrechocos dos textos legais, o seu aplicador não deve e nem pode abandonar aquele que melhor atende à solidariedade social. Esse valor jurídico, entre nós, já se incorporou à codificação. Está expresso no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil: ‘na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’.

Em suas conclusões, Zuliani (2006, p. 69) trata dos efeitos da sentença sobre o agente lesionador, revelando, ainda que não se afilie diretamente, simpatia pela função pedagógica:

Há um outro resultado prático que se concretiza ao se encerrar o conflito. O autor da reclamação indenizatória se satisfaz com a justiça aplicada, enquanto o ofensor, mesmo inconformado com a coisa julgada executada, absorve, de boa ou má-vontade a lição que o conteúdo normativo do julgado propaga na comunidade. Poderá ser dito que um agente penalizado pela ordem civil nunca será igual, após cumprir a sentença condenatória, pois o efeito do pagamento forçado que o Estado lhe impôs, como resposta pela transgressão, ativa-lhe o cérebro, como se fosse um tônico contra perda de memória, de efeito prolongado. Errar sempre é um ultraje à inteligência¹²⁹, pelo que se acredita que a condenação integra a cartilha da escola que prepara o cidadão para uma atuação diligente, um crédito para a difícil arte de convivência entre os iguais, que são incrivelmente diferentes.

¹²⁹ Ainda que se admire a noção de perfeição do magistrado, quer parecer que melhor caberia o uso da expressão “causar dano”, em lugar do vocábulo “errar”, haja vista que, literalmente, errar é humano, inerente à condição da existência humana, não estando, infelizmente, pessoa alguma, livre dos tropeços.

Retomando a questão da aplicação da função profilática nas relações de consumo, *locus* jurídico que certamente lhe aumentam o relevo em razão de sua dimensão coletiva, é fundamental manter em vista que, nas palavras de Garcia (1998, p. 98), “as atenções devem recair sobre a conduta do ofensor e os danos por ele causados, ou ameaçados” – em privilégio à prevenção. Ada Pellegrini Grinover preceitua (2007, p. 549):

Nos termos do art. 95, porém, a condenação será *genérica*: isso porque, declarada a responsabilidade civil do réu, em face dos danos apurados por amostragem e perícia, e o dever de indenizar, sua condenação versará sobre o ressarcimento dos danos *causados* e não dos prejuízos sofridos. Trata-se de um novo enfoque da responsabilidade civil, que foi apontado como *revolucionário* e que pode levar a uma considerável ampliação dos poderes do juiz, não mais limitado à reparação do dano sofrido pelo autor, mas investido de poderes para perquirir do *prejuízo provocado*.

A pertinência do estudo das funções da Responsabilidade Civil, a exemplo das lições de Lorenzetti supracitadas, ganha maior relevo em razão do crescimento da demanda por danos de natureza irreparável¹³⁰, importando, para a presente investigação, especialmente os danos morais, cuja satisfação judicial também possui função social específica. Ainda se retornará a este tema, no item final deste capítulo.

Como diz Fabiana Castro (2002, p. 132), “a consciência dos efeitos nefastos de uma escolha implica na comparação entre as vantagens da ação ou da abstenção e seus inconvenientes”. O referido padrão comportamental do empresário¹³¹, bem como a influência econômica das sentenças judiciais e dos instrumentos auto-regulatórios¹³², encontram explicação teórica na Análise Econômica do Direito¹³³, mais especialmente no campo da Teoria dos Jogos, notadamente considerando que se tratam de fontes de informação vigorosas para o deslinde da “etapa do jogo”, as quais também serão afetadas pela necessidade de transparência, de tal sorte que todas as partes envolvidas tenham efetiva ciência das informações que influenciam a rodada.

Corroborando a importância não apenas da sanção ao ilícito, mas da premiação ao comportamento socialmente desejável, registrem-se as palavras de Norberto Bobbio (2007, p. XII), acerca da função promocional do Direito:

¹³⁰ Neste sentido, Paula Meira Lourenço: A função punitiva da responsabilidade civil. Coimbra, 2006.

¹³¹ Ora se trata do empresário, mas, em verdade, toda pessoa, física ou jurídica, tende a agir de acordo com aquilo que possa lhe trazer maior benefício, ainda que a recompensa não seja necessariamente financeira, mas intangível, seja no campo comercial ou relacional.

¹³² Sendo estes, efetivamente, o objeto de investigação desta dissertação, pontuadamente, não se analisando, diretamente, a qualidade da letra da lei e a atuação dos órgãos administrativos.

¹³³ Tendo em vista a linha de pesquisa cursada neste Programa de Mestrado, importa salientar que *Law and Economics* – Análise Econômica do Direito – não se confunde com a disciplina de Direito Econômico, sendo, antes, um paradigma, uma ferramenta científica que se prestará para o estudo investigativo dos institutos daquele, tais como os contratos e a responsabilidade civil.

Entendo por ‘função promocional’ a ação que o direito desenvolve pelo instrumento das ‘sanções positivas’, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de ‘incentivos’, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas, indenizações, etc., assim, a ‘promover’ a realização de atos socialmente desejáveis. Essa função não é nova. Mas é nova a extensão que ela teve e continua a ter no Estado contemporâneo: uma extensão em contínua ampliação, a ponto de fazer parecer completamente inadequada, e, de qualquer modo, lacunosa, uma teoria do direito que continue a considerar o ordenamento jurídico do ponto de vista de sua função tradicional puramente protetora (dos interesses considerados essenciais por aqueles que fazem as leis) e repressiva (das ações a que eles se opõem). A percepção dessa mudança obrigou-me a voltar o olhar para um problema que fora um tanto negligenciado pela teoria tradicional, qual seja, o problema da função do direito [...]

Luciano Timm¹³⁴ (2006, p. 204-209) – após expor, em breves linhas, os modelos de ordem econômica constitucional liberal e social –, analisa, a partir da regulação da economia pelo Direito, em qual contexto a importante função social do Direito “melhor se perfectibiliza”. E para isso, o autor propõe a escolha de um método, que também será de utilidade para esta investigação. Extrai-se (TIMM, 2006, p. 204-205):

Ao nosso ver, a melhor ferramenta de análise das instituições jurídicas é a escola do Direito e Economia (em qualquer uma das suas matizes, seja fundada no ‘eficientismo’ de Posner, seja no ‘institucionalismo’ de North e Williamson). Isso porque, como já foi dito aqui, aproveita-se do referencial teórico da Ciência Econômica, que tem se mostrado mais evoluída do que outras ciências sociais, ao menos do ponto de vista da comprovação teórica e empírica de seus modelos.

A respeito da Análise Econômica do Direito e sua relevância para a compreensão dos processos decisórios e estratégicos empresariais, escreveram Bortoli e Bessa (2008, p. 1885):

As teorias ou, com entendem alguns, o movimento de Direito e Economia proporciona um novo olhar sobre as relações entre estruturas, instituições, teorias e práticas econômicas, jurídicas e de gestão empresarial, sinalizando para novas abordagens e soluções para a promoção do desenvolvimento sustentável, uma vez que trazem à tona a necessidade de compreensão de cada uma destas ciências para uma atuação mais efetiva, uma vez que leva em conta a realidade e os valores que motivam os atores econômicos, jurídicos e os gestores de empresas [...] Como preceitua Elizabeth Farina: No entanto, a compreensão das relações entre justiça e eficiência vai se tornando cada vez mais premente. O arcabouço legal e seus instrumentos de *enforcement* fornecem um conjunto de incentivos aos tomadores de decisão econômica, definem estratégias e têm efeitos não triviais sobre a eficiência econômica. Arranjos institucionais não são neutros em relação ao uso dos recursos econômicos, como gostariam os economistas para justificar modelos que não contemplam tais especificidades. Decisões judiciais que buscam fazer justiça desdobram-se em efeitos sobre a eficiência econômica.

¹³⁴ Desde já, compete assinalar que, com o maior respeito às brilhantes produções científicas de Luciano Benetti Timm, adotam-se as suas conclusões com parcimônia, e isto não por crítica à sua metodologia ou capacidade intelectual, mas, antes, por não se poder aprofundar diferenças fundamentais de seu pensamento em comparação com o de outros juristas privatísticos humanistas. Por isso, vale dizer que o empréstimo de linhas doutrinárias de Timm não importa em concordância integral com seu ponto de vista.

Pinheiro e Saddi (2005, p. 88-89) auxiliam na tarefa de reunir as três principais premissas, pacificamente definidas doutrinariamente, que servem de base para que se opere o silogismo e obtenção das conclusões jurídicas de acordo com os parâmetros econômicos.

Prima facie, o homem age racionalmente, em prol da maximização de suas vantagens; ele empregará esforços para conseguir mais satisfação ao menor custo. *Dopo*, no processo da escolha racional, levará em conta o “sistema de preços”, comparando incentivos para a conduta comissiva e o potencial de sanção da violação do preceito, sopesando se esta última é superior ou inferior ao potencial de resultado esperado. Ou seja, o homem se questiona se vale a pena violar a norma, agindo conforme o melhor resultado econômico, e não moral. Por fim, as regras legais funcionam como incentivos ou inibidores sociais das condutas¹³⁵.

Em razão da primordial relevância científica, serão vistos, agora, alguns conceitos fundamentais para a compreensão da AED, a saber: a **escolha racional**, a **eficiência**, as **falhas de mercado** e os **custos de transação**.

A **escolha racional** se refere ao “atuar racionalmente”, maximizar o fruto das decisões. A **eficiência**, por sua vez, está intimamente ligada à escolha racional e maximização, parte do pressuposto de que as demandas são maiores do que a existência de bens apreciáveis, dada a sua escassez, tornando-se imprescindível a melhor alocação dos bens para suprir a maior quantidade possível de demandas racionais.

A respeito da eficiência das escolhas, trata o autor lusitano Vasco Rodrigues (2007, p. 26):

Saber o que é melhor é, evidentemente, uma questão controversa: todos podemos ter opiniões pessoais sobre aqueles assuntos. A Economia tem procurado instrumentos teóricos que lhe permitam responder a estas questões formais de forma positiva, sem que os valores pessoais de quem aprecia a situação interfiram no julgamento efectuado. Os conceitos que mais se aproximam deste ambicioso propósito são os de *melhoria de Pareto* e *ótimo de Pareto*.

Conquanto os pressupostos econômicos e as diversas definições academicamente alinhadas não sejam o objeto central do presente estudo, também é relevante fazer menção ao princípio do **Ótimo de Pareto**, com o auxílio de Posner (2000, p. 21) e Sztajn (2005, p. 76). Diz o primeiro que, uma transação superior, no sentido de Pareto, é aquela que melhora a situação de ao menos uma das pessoas envolvidas na relação econômica, sem piorar a

¹³⁵ A Análise Econômica do Direito não é o fio condutor científico desta dissertação, sendo antes trazida à baila com a finalidade de marco teórico racional, para justificação jurídico-econômico-científica do comportamento empresarial, diante do sistema de ônus e bônus propostos pelo Estado (Lei e Juiz). Assim, até mesmo por limitação espacial, apenas os tópicos específicos essenciais estão sendo consignados, e exclusivamente com a finalidade de proporcionar melhor compreensão da temática exposta e, naturalmente, das conclusões investigativas pretendidas. Contudo, não se trata de apresentar uma “análise econômica” do tema pesquisado, pois, parafraseando as lições de classe do Prof. PhD Alexandre Ditzel Faraco, “nada foi calculado, nada foi mensurado, portanto, nada foi analisado economicamente”.

situação da outra. Sztajn registra a crítica que se faz ao critério, porque depende da alocação inicial da riqueza (a ser transferida para quem lhe dá maior valor) e porque não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas. A mesma autora também alude à concepção de *Kaldor e Hicks*, quem, partindo de modelos de utilidade, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. Mas, como a realidade da vida é um jogo de ganha-perde e perde-ganha – o Universo oscila entre o caos e a ordem, independente dos postulados das Ciências Sociais Aplicadas – surge de aluvião a necessidade de compensação entre os entes. Portanto, em sua concepção, a disputa pela alocação de recursos resulta em que o proveito para os vencedores lhes permita compensar os perdedores, a despeito de que realmente assim o façam.

Por lógico, a *ratio* da eficiência – a qual possui cunho econômico e não se pretende a se preencher de racionalidade ética ou moral –, aplicada à tomada de decisão empresarial, pode levar ao cometimento de injustiças sociais e econômicas, se praticada divorciadamente da proteção dos objetivos republicanos. Na práxis jurídica, temas como a justiça distributiva ou comutativa virão à baila. Daí a importância crescente de nortes imutáveis, como o art. 170, CF c/c 3º e 5º, CF, que impõem a promoção da dignidade da pessoa humana como valor fundante – e não periférico – do exercício da livre iniciativa.

As **falhas de mercado** são os impedientes de que todas as relações econômicas possam alcançar a melhor eficiência apenas pela transação entre os agentes. Classificáveis como assimetria de informações, existência de poder econômico, bens públicos e externalidades¹³⁶. Sua consideração e dirimência pela norma impendem em intervenção estatal, dividindo os pensadores quanto à oportunidade de tal participação do Estado, sobre o que, posiciona-se o presente trabalho, na Escola Moderada. As falhas serão tratadas juntamente com a Teoria dos Jogos.

Por fim, os **custos de transação**¹³⁷ são fricções típicas da práxis das relações contratuais. Emprestando a classificação de Cotter e Ulen (1998, p. 120-124), são os custos para o intercâmbio e se dividem em **custos de busca** (prospecção do parceiro de troca, seja um consumidor ou fornecedor), **custos de arranjo e acordo** (despesas da negociação e formalização instrumental, inclusive advogados e cartórios, informações de mercado – sobre o público consumidor, fornecedor e, até mesmo, sobre o comportamento legislativo e jurisprudencial) e **custos de execução** (regular, a exemplo do financiamento bancário e

¹³⁶ Registre-se a lição de Mankiw (2001, p. 208): “uma externalidade é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam da ação. Se o impacto for adverso, é chamada externalidade negativa, se for benéfico, é chamado externalidade positiva”.

¹³⁷ Reputados como objeto de estudo da Escola Neo-Institucionalista.

correlatas taxas, ou forçosa, a exemplo das custas processuais). Outros autores fornecem diferentes classificações¹³⁸, mas a fórmula apresentada é suficiente para o embasamento teórico proposto.

Conclui-se, preliminarmente, que a negociação de bens e serviços depende do sistema de preços, mas também do sistema legal, cujo ambiente causa impacto direto nos custos de transação e, conseqüentemente, no processo decisório dos agentes econômicos, dado que a empresa é gerida sob o prisma da engenharia dos custos de transação.

Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, no artigo *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, estabeleceu marco teórico da Análise Econômica do Direito em diálogo com a Responsabilidade Civil.

Este cotejo surte efeito direto nos custos de transação, por variadas formas, notadamente no custeio judicial dos danos provocados e pela prevenção dos acidentes, constituindo-se em objeto de estudo da eficiência, a ponderação entre prevenir ou assumir o risco legal. Assim, pela teoria da *Law and Economics*, viabilizar o incentivo à prévia diligência, ou seja, tornar eficiente a precaução sobre o lesionamento, compete a quem dita as cifras do sistema de sanção e recompensa. Verdade é – aquém a finalidade econômica – que a política legislativa é aliada da prevenção e repudia o dano. Dependesse exclusivamente, portanto, da vontade do legislador, danificar seria economicamente desinteressante. Mas o comportamento jurisprudencial desequilibra a política legislativa, como se verá na investigação da Teoria dos Jogos aplicada à quantificação do dano moral nas relações de consumo, no próximo item.

Por ora, impende, ainda, compreender o que vem a ser a Teoria dos Jogos, especialmente aplicada às Ciências Jurídicas.

Ab initio, o profícuo desenvolvimento da Teoria dos Jogos era focado, em *ratio* e utilidade, no campo bélico, provocando sua associação ao obscurantismo, como a usos nazi, contudo os ingleses se valeram do paradigma para otimizar suas chances navais, corroborando a premissa de que a teoria, em si, não pode ser caracterizada por boa ou má, antes devendo recair, o juízo de valor, sobre os objetivos de seus operadores.

Em rápidas linhas, a Teoria dos Jogos é uma expressão dialógica, que visa a estudar o comportamento estratégico das pessoas, em situações de disputa, baseando suas deduções, precipuamente, na ciência matemática, também com suporte na Sociologia, Psicologia e, até

¹³⁸ Os custos de transação são peça-chave do *Teorema de Coase*, segundo qual, se os direitos de propriedade foram devidamente assinalados e se o custo de transação for igual a zero, as partes vão sempre negociar até obter um resultado eficiente, a despeito da forma como os direitos de propriedade forem estabelecidos a princípio (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 91).

mesmo, da Zootecnia, dentre outros. No Direito¹³⁹, o marco teórico é creditado a Douglas G. Baird, Robert H. Gertner e Randal C. Picker, professores de Chicago (1994, p. 7).

Suas conclusões teóricas têm sido reputadas de valor para variados campos do saber, contribuindo para a compreensão e elucidação do processo racional de tomada de decisão de agentes em conflito, relevando que há outros, concomitantemente, em mesmo processo, com interesses próprio, divergentes ou não, sendo esta, parafraseadamente, a concepção de Von Neumann (1992), para “jogo”, interessando, presentemente, a investigação do chamado “jogo legal”.

Em uma leitura de Platão, Arthur Jacobson (2000) diz que segundo a Teoria dos Jogos de Direito, os cidadãos colaboram apenas diante de conflito e a única ordem que a lei pode atingir é um acordo sobre as regras com as quais o conflito é conduzido. Em verdade, pode-se afirmar que, contrariando ao Princípio da Legalidade, na Teoria dos Jogos, os comportamentos não são ditados, antes **influenciados** pela norma legal, pois, em certas circunstâncias, pode ser racional infringir a lei, afora casos em que o ambiente normativo contempla permissividade de escolha entre tipos diversos de conduta.

O regulamentador normativo atua perseguindo a consecução do interesse coletivo. Adotando parâmetros da Teoria dos Jogos, resta-lhe possível coadunar pretensões comuns e individuais, ao analisar, em exercício de alteridade e diante de um conjunto de possibilidades de regulação, *in casu*, as melhores estratégias disponíveis ao agente; conseqüentemente, deverá editar normas que, uma vez respeitadas, tanto maximizem os lucros, quanto estabeleçam a ordem social desejada, estimulando, assim, o empresário, a cooperar para o atingimento do interesse público.

São elementos do “jogo legal”, os **jogadores** – via de regra, agentes econômicos – e as **estratégias** disponíveis a estes, bem como os **resultados** possíveis para cada jogador, em termos das vantagens e/ou desvantagens de cada combinação de estratégias, considerando todas as alternativas restantes. Materializando-se em uma ou mais rodadas, o jogo será

¹³⁹ Credita-se a primeira formulação formal ao matemático húngaro Jancsi Von Neumann (“*Zur Theorie der Gesellschaftspiele*”, 1928), quem desenvolveu o conceito de interdependência estratégica e, posteriormente, associado ao economista da U. de Princeton, Oskar Morgenstern, publicou o primeiro trabalho acadêmico sobre o tema (*Teoria dos Jogos e comportamento econômico*, 1944). Diversas personalidades se exponenciaram no estudo da Teoria dos Jogos, rendendo, inclusive, um Prêmio Nobel a John Nash. E ainda John Harsanyi, pela construção dos jogos de informação incompleta e análise das soluções ótimas frente à disparidade informacional dos jogadores, ou desconhecimento dos recíprocos; responsável pela introdução da Teoria na “Economia da Informação”.

simultâneo ou **seqüencial**, de acordo com o momento da tomada de decisão, de cada participante¹⁴⁰.

O processo estratégico é governado por **informações** perfeitas ou imperfeitas, obtidas em dois tempos – antes do início e durante a rodada – bem como pela **estratégia adotada pelo adversário**, definindo movimentos, sempre com vistas à obtenção de recompensas ou evitamento da desvantagem¹⁴¹. Sucintamente, o espaço estratégico do jogo, portanto, é delimitado por uma escolha binária entre a omissão ou a conduta comissiva, ou, na hipótese geral deste estudo, acatar a norma ou violá-la, correr o risco deliberado da imprudência/negligência, ou acautelar-se.

Entende a doutrina que o papel do sistema legal é impedir o pior cenário, no qual ambos os jogadores escolheriam a imprudência ou violação da norma, com conseqüente aparecimento da desvantagem máxima. A Economia avaliará a estratégia mais eficiente, considerando o custo da prudência em comparação com os riscos e perdas decorrentes do cenário aparentemente desfavorável. Ao Direito, incumbe, por sua vez, **definir as penalidades** do ilícito, com vistas a **incentivar** o jogador, com menor custo de esforço, a ser prudente (PINHEIRO, 2005, p. 165)¹⁴². Para a Teoria dos Jogos em cotejo com o Direito, o sistema normativo é lido de maneira integral, considerando-se a letra da lei como uma informação – aprioristicamente – completa e disponível, ilação esta deveras relativa.

Em viés opinativo desta pesquisa, ainda que se parta da premissa da completude informativa da lei, é lícito estabelecer algumas digressões conclusivas: via de regra, o legislador **fornece** informações, **mas não é jogador**; as **decisões** – inclusive de cunho administrativo ou arbitral – também **são fonte informativa**; aquele que decide, possui o mesmo *status* daquele que regula – **apenas informante, não jogador**, desejavelmente.

Nesta senda, comparando-se fonte lei e fonte decisão jurisdicional, há diferença de **natureza** informativa entre ambas. Enquanto a primeira é reputada completa e disponível, a segunda importa em execução aplicativa da primeira, contudo permeada por uma teórica imparcial imprevisibilidade decisória.

¹⁴⁰ Ensinam PINHEIRO e SADDI (2005, p. 160) que a ordem em que os jogadores fazem seus lances é fator importante para o jogo. Se apresentam suas propostas ao mesmo tempo – caso de leilão por lance lacrado – diz-se que o jogo é **simultâneo**. Contudo, se a primeira empresa lança sua oferta, havendo oportunidade para o concorrente apresentar suas condições em seguida, então se diz que o jogo é **seqüencial**.

¹⁴¹ Importa registrar, para fins informativos, o denominado Equilíbrio de Nash, que é atingido quando, após todos os jogadores “darem os seus lances”, nenhum deles manifestar arrependimento.

¹⁴² Aliás, tal entendimento generalista bem coaduna com a tendência especializada responsabilizatória norte-americana, conhecida como *last and best chance*, que orienta o magistrado, face de dificuldade em apurar culpa – caso, por exemplo, de acidentes automobilísticos – a imputar a obrigação sobre o motorista que tinha a última chance e/ou a melhor oportunidade, de evitar o evento lesivo.

Esta *alea* imposta aos jogadores, concernente à recompensa de suas ações, será mitigada, no caso concreto, pela relativa previsibilidade do comportamento jurisprudencial.

Considerando que a escolha racional¹⁴³ do jogador visa à maximização dos ganhos, recaindo sua opção pela conduta que lhe proporcione melhor recompensa – ou afastamento da desvantagem –, revela-se insuficiente, para a consecução do interesse público ambicionado, que a letra da lei ofereça ônus ou bônus, sendo mister, do ponto de vista dogmático-regulamentador, que o aplicador jurisdicional lhe confira a devida força executória, perseguindo a função social da norma.

Portanto, o Judiciário tem poder para modificar a informação da lei, desequilibrando o jogo a favor de um dos participantes, ainda que o espírito do ordenamento pretendesse outra finalidade econômica ou social, não cabendo, nesta etapa, debater as razões político-ideológicas, motivadoras da atuação judiciária, tomando-se, apenas, a legitimidade da independência dos Poderes.

Os mecanismos auto-regulatórios também podem ser analisados à luz da Teoria dos Jogos, considerando, notadamente, conforme já melhor tratado no capítulo 2, os benefícios concorrenciais e de marketing, que vêm embutidos, por exemplo, nos processos de certificação, ou na elaboração e divulgação de balanços contábeis e sociais.

Com a crescente adesão das grandes corporações aos processos próprios da gestão da responsabilidade socioambiental e produção sustentável, esta informação é computada no mercado de inúmeras formas, destacando-se: a) a conscientização atinge aos consumidores, que prestigiam a iniciativa da empresa, estimulando o processo concorrencial e levando as outras corporações a se identificarem com os mesmos padrões comportamentais; b) os fornecedores (da corporação) são chamados a participar da implementação dos processos produtivos socioambientalmente responsáveis, podendo vir a ensejar a exclusão de cadastro, em alguns casos, do fornecedor que não adequar sua empresa aos parâmetros de conformidade; desta forma, mesmo sem a eventual provocação de uma corporação-cliente, os prestadores de serviço ou de produtos já procuram entrar no mercado dentro dos padrões de conformidade, ou logo se adaptando, para prospectar clientes que exigem tal adequação; c) ainda que os processos de certificação ou de elaboração de balanços sociais ainda se relacionem em maior proporção participativa com as grandes corporações, a indução

¹⁴³ Pinheiro (2005, p. 168) informa que a inexistência da racionalidade absoluta no processo de decisão configura uma dificuldade, pois os comportamentos humanos também são guiados pela emoção e percepção. Daí a expressão *irracionalidade imperfeita*, indicando o resultado da ausência de informações num ambiente não de todo racional, a exemplo das quedas nas Bolsas, ocasionadas pela retirada abrupta de algum grande investidor.

comportamental tem atingido as pequenas e médias empresas, mesmo aquelas que não dependem necessariamente da certificação, por exemplo para fins de exportação.

No item a seguir, será analisada a função profilática da Responsabilidade Civil, construído o item, para fins metodológicos, com base no diálogo entre os principais instrumentos de realização, a saber, a lei, a norma consensual e a sentença judicial, reputadas relevantes pela importância de seus efeitos, impactantes que são sobre a sociedade, sobre o mercado, sobre os fornecedores e sobre os consumidores.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL COMO ÂNCORA JURÍDICA PARA A RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, constitui-se em uma das metas da política nacional de consumo “a transparência e harmonia das relações de consumo”¹⁴⁴, e, para tal consecução, impõe como princípios:

- III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
- IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;
- VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo [...]

Assiste ao consumidor e obriga ao fornecedor¹⁴⁵, também:

- I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Justamente, acerca da necessária transparência que deve assistir às informações – para todos os jogadores, a fim de que se estabeleça a equidade e igualdade substancial – comenta Lima Marques (2005, p. 715/718):

Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas reações entre

¹⁴⁴ Artigo 4º, *caput*, CDC.

¹⁴⁵ Incisos do artigo 6º, CDC.

fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo. [...] O princípio da transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão do contrato. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato [...] transparência é clareza, é informação sobre os temas relevantes da futura relação contratual. Eis por que institui o CDC um novo e amplo dever para o fornecedor, o dever de informar ao consumidor não só sobre as características do produto ou serviço, como também sobre o conteúdo do contrato. Pretendeu, assim, o legislador evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor [...]

Com a maestria habitual, Carlyle Popp (2002, p. 197) não apenas apresenta o tema, mas verdadeiramente constrói marco doutrinário acerca das diferentes gradações e efeitos do dever de informar e esclarecer. Inicialmente, esclarece que “os deveres de conselho, de informação e de recomendação nascem como maneira de preservar a boa-fé e a igualdade na relação contratual”. E esclarece que (POPP, 2002, p. 198): “O objetivo destes deveres pré-contratuais é proporcionar uma adequada formação do vínculo negocial, sendo instrumento de efetividade real do consentimento e da igualdade substancial”. Na continuidade, afirma (POPP, 2002, p. 205-206):

Assim não basta cumprir o dever genérico de informar, sendo necessário que a informação seja adequada ao fim que se destina, além de tempestiva, de maneira a ser útil ao destinatário. [...] estas informações prévias serão mais relevantes quando as partes estiverem em manifesta desigualdade, seja ela técnica ou jurídica. Por fim, decorre destes deveres, *a contrario sensu*, o dever de não informar de modo inexato. Não se pode, todavia, confundir **dever de informar adequadamente** com o **dever de não enganar**. Ainda que haja indiscutível ligação entre eles e os efeitos jurídicos, no que concerne ao tema em foco, não sejam muito diversos, principalmente se cogitada a relação obrigacional como processo, há diferenças. Este situa-se numa perspectiva da lealdade, de dever de correção e, quando tiver como caráter a essencialidade do erro provocado, implicará em anulabilidade do negócio jurídico. Além do que, a informação inexata pode decorrer de equívoco (culpa) ou involuntariamente (sem culpa). Ainda que não se possa cogitar da vontade de enganar, haverá responsabilidade, em tese, daquele que informou inadequadamente. A questão, contudo se situa num campo mais específico quando, em face da enganiosidade das informações, o negócio não é realizado. Neste caso, estar-se-á diante de caso claro de responsabilidade pré-negocial.

Mas, excedendo a leitura a partir das hipóteses legais e a visão focada na defesa do consumidor, a ideologia da transparência e o dever de informar também são direcionados em favor dos fornecedores, alcançando em dever aos legisladores e auto-reguladores, no tocante a bem informar e esclarecer acerca das condutas réprobas e dos riscos a que estão expostos os infratores da lei e da norma consensual¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Conquanto não tenha havido espaço hábil, no corpo do texto, face à limitação espacial inerente à produção, importa anotar que, no passo em que a letra da lei esclarece o comportamento responsável e as condutas ilícitas, expõe ao fornecedor o espaço do risco legal, induzindo à demanda pelas auditorias jurídicas empresariais. A esse respeito, Andrey de Bortoli escreveu, em caráter dissertativo (2007, p. 6), sobre a importância da auditoria

Em ambos os casos, as fontes informativas atuam em caráter preliminar ao processo judicial – e tantas vezes preventivo –, porque informam a conduta lícita e desejada e, assim, induzem ao comportamento legal e socioambientalmente responsável, restando, *in casu*, o fornecedor, ciente dos riscos, legais e de mercado, aos quais estará exposto se violar as regras de conduta, importando, a desobediência da lei, primordialmente, no dever de indenizar¹⁴⁷, e, a desobediência aos critérios impostos pela norma consensual, aos efeitos típicos do demérito imposto pela espécie¹⁴⁸.

Retomando o foco a partir do arcabouço obrigacional do fornecedor, fundamental para a função profilática da Responsabilidade Civil – e notadamente para a realização da responsabilidade socioambiental –, as lições acima colacionadas. O dever de informação, considerado em seu sentido mais amplo – conforme propõe Carlyle Popp –, é uma das principais fontes obrigacionais do Código de Defesa do Consumidor, porque adverte *ab initio* ao fornecedor, ou seja, delimita a conduta responsável, diretrizes que uma vez bem observadas – não apenas *pro forma* –, tendem a evitar o acometimento de enorme gama de danos¹⁴⁹ e, uma vez inobservadas, causam o dever de indenizar.

O respeito espontâneo, por parte da iniciativa privada, aos direitos do consumidor – precedente a provocações judiciais, portanto –, é condição essencial para a coexistência equilibrada entre a sociedade de consumo e a sociedade de risco¹⁵⁰ e a promoção do desenvolvimento sustentável. Esta é uma demanda ética do mercado, haja vista que há transparência legislativa e auto-reguladora, consistente com a existência de cláusulas legais e de mercado, em nível suficiente para bem comunicar a toda a sociedade qual é a esteira de conduta desejável e exigível, por parte dos agentes econômicos, com relação à sua atuação

jurídica, como um fator de promoção do desenvolvimento sustentável nas empresas, tendo em vista o gerenciamento de riscos jurídicos (tomada de decisão) e a gestão de *stakeholders*.

¹⁴⁷ Diz-se primordialmente, tendo em vista a ênfase do viés da pesquisa, sem prejuízo de outros efeitos jurídicos.

¹⁴⁸ Ilustrativamente, se o fornecedor incorre em atos de gestão atentatórios aos critérios avaliados no balanço social, diretamente, sua avaliação restará prejudicada e, indiretamente, sofrerá os efeitos de mercado, junto à sociedade como um todo e mais especificamente colhendo os frutos maus, perante os públicos de interesse.

¹⁴⁹ A esse respeito, Débora Adam Ramos (2000, p. 10-11), em ótima monografia orientada pelo Prof. Dr. Paulo Nalin: “Na produção técnica moderna, os danos advêm em grande parte ou de produtos defeituosos – ora originados no próprio projeto, comprometendo toda a linha de produção, ora na inevitabilidade de apresentação de defeitos por algumas unidades produzidas – ou de acidentes de consumo que podem vir a ocorrer por periculosidade inerente à produção e manipulação de certo produto, ou ainda de periculosidade adquirida. O dever de informar está presente em todas as situações, e seu não cumprimento tem sido a razão principal de muitos acidentes de consumo, que levam o consumidor a arriscar sua vida e sua incolumidade física, como nos casos de manipulação de defensivos agrícolas, sem que ele tenha qualquer consciência do fato de que se está expondo ao perigo de contrair uma cegueira ou morrer intoxicado. [...] Em virtude da constante ameaça de dano, o cidadão-consumidor atualmente está cada vez mais ciente da existência de inúmeras variáveis que ele não pode controlar, que o impulsionam a criar sistemas mais eficazes com o fim de minimizar os riscos que corre diariamente, prevenindo acidentes e garantindo, na fatalidade de o dano se efetivar: a plena reparação do prejuízo causado injustamente a alguém”.

¹⁵⁰ Risco aqui considerado em sentido amplo, não apenas o risco de desenvolvimento.

socioambientalmente responsável, no mercado de consumo. Nesse sentido, corrobora Batista de Almeida (2006, p. 297/298):

Não só a área pública é responsável pela efetiva implantação dos direitos do consumidor. É inegável que ao fornecedor (à área privada, portanto) está reservado importante papel nessa tarefa. Como se sabe, o espírito de conciliação e harmonização de interesses deve presidir as relações de consumo, para a satisfação equilibrada dos interesses das partes envolvidas.

E como continua expondo o mesmo autor (ALMEIDA, 2006, p. 298):

Duas iniciativas merecem encômios e apresentam todas as condições de tornar efetiva, na área privada, a tutela do consumidor: a) a ampliação dos *Serviços de Atendimento ao Consumidor*, também chamados SACs ou DSC's, que representam a *iniciativa da própria empresa* em resolver diretamente os conflitos com o consumidor, como benefícios para ambas as partes e evitando o uso da via judicial ou dos órgãos administrativos específicos. [...] b) a criação dos Deacon – Departamentos de Assistência ao Consumidor, pelos Clubes de Diretores Lojistas, com o objetivo de prestar assistência e orientação ao consumidor, bem como promover a conciliação entre este e a empresa lojista, quando da ocorrência de reclamações. Além de promover o diálogo entre as partes envolvidas – e com isso possibilitar a solução amigável –, esses departamentos procuram conduzir os interessados ao uso da arbitragem, na hipótese de não-conciliação, o que, a seu turno, exclui a via judicial para a solução da pendência¹⁵¹.

Os Serviços de Atendimento ao Consumidor (SACs) e Ouvidorias são importantes ferramentas da responsabilidade social empresarial e da perseguição do ideal preventivo da Responsabilidade Civil, notadamente em razão da configuração contemporânea das transações comerciais e prestações de serviço massivas – e tantas vezes virtuais –, aproximando fornecedor e consumidor, tanto para a facilitação do registro de reclamações, quanto para a satisfação de dúvidas e incremento de efetividade ao dever de informar.

Os SACs e Ouvidorias são uma das formas de regulamentação do artigo 26, CDC, que trata do direito às reclamações, mas sua criação e manutenção somente se justifica, pontualmente, se cumprir realmente com a proposta de não apenas ouvir ao consumidor, mas de dialogar com este, de maneira humana e não mecânica, e realmente primando pela correção dos rumos defeituosos, apontados pelo registro das reclamações, que são precioso *feedback* para o gestor empresarial.

Mas, com raras exceções, infelizmente, os SACs representam um dos maiores focos do *stress* urbano contemporâneo, notadamente os SACs por acesso telefônico, com seus

¹⁵¹ Acerca dos Deacon, importa registrar que a pesquisa não investigou melhor o tema e não sendo, portanto, possível registrar conclusão particular sobre essa espécie de departamentos. Contudo, parece, a princípio, preocupante que os lojistas exerçam “força de estímulo” sobre os consumidores, para conduzi-los à comissão arbitral, notadamente mantendo em vista questões elementares como a vulnerabilidade e a hipossuficiência, notadamente, se, licitamente, se pode questionar com veemência a efetividade da proteção do consumidor, na própria sede judicial.

intermináveis menus e mensagens publicitárias, que dificultam de todas as formas o acesso do consumidor a uma pessoa, a um semelhante, que possa lhe transmitir a informação desejada, ainda mais quando se trata do interesse pelo cancelamento de um serviço ou devolução de um produto, sendo estes os campeões de reclamação nos PROCONs.

Recentemente, na esfera legiferada, entrou em vigor o Decreto 6.523/2008, o qual regulamenta o Código de Defesa do Consumidor e:

fixa normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC por telefone, no âmbito dos fornecedores de serviços regulados pelo Poder Público federal, com vistas à observância dos direitos básicos do consumidor de obter informação adequada e clara sobre os serviços que contratar e de manter-se protegido contra práticas abusivas ou ilegais impostas no fornecimento desses serviços.

A efetividade do decreto depende, por certo, do Poder Judiciário, para que não se converta em mais um exemplo de “lei que não pega”. A ligação das sentenças judiciais com a função profilática da Responsabilidade Civil será vista logo mais neste item, o qual trará uma decisão judicial, a primeira de que se teve notícia, medida liminar deferida aproximadamente 12 horas após a entrada em vigor do decreto, eximindo a *Continental Airlines* de cumprir com o dever de prestar atendimento 24 horas, com base no princípio da razoabilidade. Comentários (pasmados) reservados para o parágrafo atinente.

Ademais, não apenas os Serviços de Atendimento ao Consumidor, mas demais aspectos do dever de informar são pontos de intersecção entre a norma regulada e a auto-regulada.

Dos itens e informações que compõem o modelo ETHOS (2007, p. 25), recomenda que, ao elaborar seu balanço social, a organização deve levar em conta essencialmente a “reflexão que faz sobre sua forma de conduzir os negócios, a fim de avaliar a evolução de seu desempenho e considerar os impactos de seus esforços em incorporar questões de sustentabilidade em suas estratégias, políticas e processos de gestão”. Os indicadores ETHOS estão organizados em sete grandes temas, dos quais se destacam Público Interno, Meio Ambiente, Fornecedores e Consumidores e Clientes, a denotar como as políticas de sustentabilidade devem abranger a todos os públicos relacionais da empresa. Relativamente aos Consumidores e Clientes, no item Dimensão Social do Consumo, prescreve os seguintes Indicadores: 29 – Política de Comunicação Comercial (englobando questões ligadas ao dever de informar e também a peças publicitárias), 30 – Excelência no Atendimento (abrangendo as questões relativas a ouvidorias) e 31 – Conhecimento e Gerenciamento dos Danos Potenciais de Produtos e Serviços. Em que pese serem todos os subitens de essencial leitura, citem-se

pontuada e ilustrativamente algumas das questões binárias apontadas pelos indicadores (ETHOS, 2007, p. 54-57):

29.2. a empresa atualiza sempre que necessário o material de comunicação destinado aos consumidores / clientes (rótulos, embalagens, bulas, manuais de operação, instruções de uso, termos de garantia e peças publicitárias, entre outros) para tornar mais transparente o relacionamento e mais seguro o uso de seus produtos.

30.2. possui um ouvidor do consumidor ou função similar.

30.3 oferece serviço de atendimento ao cliente (SAC) ou outra forma de atendimento especializado para receber e encaminhar sugestões, opiniões e reclamações relativas a seus produtos e serviços.

30.7. o serviço de atendimento ao consumidor / clientes é acompanhado por indicadores e tem representação nos processos de tomada de decisão da empresa.

30.18. Percentual de reclamações em relação ao total de ligações atendidas pelo SAC.

Em relação a violações do Código de Defesa do Consumidor:

31.7. Total de processos administrativos (Procon, Vigilância Sanitária, Ipem etc.).

31.8. Total de processos judiciais (cíveis e criminais) recebidos.

E, em nota, sinaliza, responsabilmente (ETHOS, 2007, p. 57) que as empresas “prestadoras de serviço têm como fonte potencial de danos ao cliente a exposição de dados pessoais usados nas transações. É importante considerar também esse aspecto na auto-avaliação”¹⁵².

Outro instrumento de importante destaque é o *recall*, associado, por José Geraldo Brito Filomeno (2007, p.148) à efetiva prevenção dos danos em caráter prévio ao judicial, como uma das “atitudes que as próprias empresas fornecedoras de produtos e serviços devem ter para que não venham a ocorrer danos ao consumidor ou a terceiros”. E conceitua (FILOMENO, 2007, p.148):

Nesse ponto, merece especial destaque o procedimento conhecido por *recall*, que vem a ser aquele pelo qual o próprio fabricante de produtos de consumo duráveis conclama seus consumidores a comparecerem geralmente às agências concessionárias de molde a trocarem peças defeituosas. E o que se tem observado, é que tem sido cada vez maior sua prática entre os fornecedores desses bens, notadamente de veículos, mas também de aparelhos eletrodomésticos.

O Código de Defesa do Consumidor, além dos mecanismos de prevenção de danos, previu a criação de órgãos administrativos para a defesa do consumidor e a efetividade das garantias depende da ação coordenada entre todos os órgãos e instituições afetos, como resume o artigo 105, CDC, que preceitua: “Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor”, e conforme orienta Antonio Carlos Efiging (2004, p. 95):

¹⁵² Itálico, no original.

Neste sentido, cabe ao ente governamental a instituição de instrumentos eficazes à efetivação da tutela dos interesses dos consumidores, sejam eles traduzidos na forma de criação de organismos de defesa do consumidor (PROCON, DELCON, SDE/MJ etc.), ou por via de entidades fiscalizadoras das relações de consumo (CADE, INMETRO etc.), ainda através da regulamentação administrativa de aspectos pertinentes ao mercado consumerista (vide arts. 55 a 60 do CDC e Decreto 2.181/97), na própria forma de efetivar os dispositivos do CDC e demais textos legais que digam respeito à defesa do consumidor (Decreto 2.181/97 e Portarias da SDE/MJ), e também pelo incentivo à formação de associações de consumidores (ADECON, IDEV, AVITIPO, entre outras).

Também a esse respeito, Filomeno (2007, p. 148-149):

Ao poder público, entretanto, cabe enorme responsabilidade, ainda no aspecto da prevenção, tratando o Código do Consumidor, a partir do artigo 55, de aspectos administrativos da defesa do consumidor. É certo que referidos dispositivos tratam de infrações de caráter administrativo. Todavia, à medida que as autoridades incumbidas da fiscalização de certo setor produtivo (vigilância sanitária, por exemplo) não autoriza desde logo a fabricação de um medicamento cujo fator risco suplanta o fator benefício, então aí se terá obtido o efeito preventivo de proteção à saúde do público consumidor em geral. E, da mesma maneira, tal se verifica, quando o fornecedor, ao tomar conhecimento de tal risco, comunica-se imediatamente com a autoridade competente que, a seu turno, toma as providências cabíveis. Se falham tais mecanismos, todavia, há ainda o instrumento processual.

Contudo, nenhuma dessas ferramentas de gestão possui o condão de afastar a responsabilidade civil do fornecedor. Ainda que este receba a reclamação no SAC, dando-lhe atendimento, se o mesmo não for satisfatório e houver remanescência de direitos a serem exigidos, pode o consumidor provocar o Poder Judiciário neste sentido. Mesma garantia assiste ao consumidor, em caso de *recall*, em que, por exemplo, a peça defeituosa do veículo seja substituída, mas não seja ressarcido o dano que emergiu da situação, como a quebra do veículo em plena estrada, expondo a perigo a vida do motorista e de terceiros. Também em caso de reclamação perante o PROCON, inexistindo acordo definitivo, poderá o consumidor acionar a Justiça.

Ensina Antonio Carlos Efig (2004, p. 76) que, “em verdade, pretende o art. 4º estabelecer parâmetros que devem nortear todo e qualquer ato de governo, seja no âmbito legislativo, executivo e judiciário, quanto ao tratamento das relações de consumo”.

Porém, a realidade prática demonstra que, tantas vezes, o péssimo exemplo de descomprometimento para com o desenvolvimento sustentável provém dos próprios legisladores, ou mesmo daqueles que produzem as normas consensuais, assim forçando os cidadãos e agentes econômicos a condutas socioambientalmente irresponsáveis. João Batista de Almeida (2006, p. 297) comenta o fato de que o Estado pode se voltar contra o consumidor, violando as próprias regras:

Em determinadas situações, o Estado, tutor legal do consumidor, curiosamente age contra os interesses do tutelado, ou seja, o próprio Estado causa lesão ao consumidor, como, por exemplo, no caso da Portaria n. 140 do Ministério da Fazenda, que desrespeitava lei vigente e proporcionava aumento abusivo de mensalidades escolares, na atitude da Telesp, que vendia telefones, recebia o preço da venda e não os instalava, mesmo vencido o prazo contratual, na imposição de empréstimos compulsórios manifestamente inconstitucionais, no confisco dos rendimentos da poupança, etc. Deve ser abolida a *contradictio in terminis*: o Estado, encarregado de defender o consumidor, não pode, em hipótese alguma, desrespeitá-lo. Se o desrespeito parte do próprio Estado, faltar-lhe-à legitimidade para cobrar o respeito por parte de outrem. Por isso, seria bem-vinda uma mudança de mentalidade também nessa área.

Na esfera da auto-regulação, pode ser citada a ABNT NBR 14724-2005, que normaliza os princípios gerais para a elaboração de trabalhos acadêmicos, a qual orienta – não obriga, já que consensual, contudo adotada pela maioria esmagadora das instituições de ensino –, à apresentação dos TCCs, dissertações e teses utilizando-se, na produção dos mesmos, exclusivamente os anversos de folhas brancas, em frontal contrariedade ao inciso VI, do artigo 170, da Constituição Federal, que regula a ordem econômica, observados os seguintes princípios: “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. A norma, datada de 2002, sofreu nova edição, em 30.12.2005 e percebe-se, nas alterações, que restou **reformulada a redação** – contudo, **tendo sido mantido o escopo dispositivo** – dos itens “5 Regras Gerais de Formatação” especialmente em seu tópico “5.1 Formato”, que prescrevem a **obrigatoriedade de digitação ou datilografia unicamente no anverso das folhas** – à exceção da folha de rosto –, sempre em **papel branco**, como se lê¹⁵³.

ABNT NBR 14724-2002: “Os textos devem ser apresentados em **papel branco**, formato A4 (21 cm x 29,7 cm), digitados ou datilografados na cor preta, com exceção das ilustrações, **no anverso das folhas**, exceto a folha de rosto (ver 4.1.3) (g.n.)”.

ABNT NBR 14724-2005: “Os textos devem ser apresentados em **papel branco**, formato A4 (21 cm x 29,7 cm), digitados ou datilografados no anverso das folhas, com exceção da folha de rosto que deve conter a ficha catalográfica, impressos em cor preta, podendo utilizar outras cores somente para as ilustrações. (g.n.)”.

¹⁵³ Considerando que Associação Brasileira de Normas Técnicas manifesta visão e compromisso com a sustentabilidade e a responsabilidade socioambiental – inclusive pelo fato de que é o órgão responsável pela certificação da conformidade de qualidade e ambientalidade, além de ser a representante no Brasil das normas ISO –, esta mestranda, juntamente com sua orientadora, Prof^a. Dr^a. Fabiane Bessa, apresentaram perante a ABNT proposta de revisão da NBR 14.724 – a qual se acha em processo de apreciação pela r. instituição –, a fim de que a mesma se adeque aos parâmetros constitucionais do exercício da livre iniciativa, conforme o discurso constitucional. É vital que o exemplo parta dos reguladores sociais, daqueles que exigem dos cidadãos – e mais especificamente dos agentes econômicos – a cooperação com os ideais sustentáveis. Porém, a responsabilidade não se esgota no Estado ou nas instituições normalizadoras, pertencendo, antes, às academias, aos pesquisadores, aos operadores do Direito e a todos os profissionais e habitantes do mundo que se pretende preservar. Razão, pela qual, inclusive, apresentou-se esta dissertação em papel reciclado e impressa frente e verso, desde as vias depositadas para submissão à Banca Examinadora. Apenas com essa atitude, foram economizadas 375 folhas de papel.

3.2.1 As decisões judiciais e seu impacto nas estratégias empresariais

É notório¹⁵⁴ que o comportamento judicial influencia o comportamento do empresário. Como? Através do sistema de recompensas, seja no âmbito da punição à violação da lei, seja no âmbito da prestação efetiva da recompensa à observância do ordenamento. O problema da impunidade, e da sensação de impunidade¹⁵⁵, é que provoca uma zona social cinzenta, em que bons e maus coexistem, colhendo os mesmos frutos. O Tribunal é o recanto dos ofendidos, refúgio dos feridos de direito; o que se pode esperar da sociedade se os seus próprios julgadores procedem com parcialidade, ainda que esta não seja intencional? O Rei Salomão, reputado como o mais sábio e justo rei julgador, asseverava acerca da importância das leis e balanças justas e, especialmente, da justa retribuição a emanar no Estado-Juiz. Dentre suas muitas contribuições filosóficas, extraem-se¹⁵⁶ (2007, p. 693 e 754):

Como a sentença sobre os feitos malévolos não se cumpre com presteza, o coração dos filhos dos homens é encorajado a praticar o mal. Uma frustração ocorre na terra: às vezes, ao justo acontece o que lhe caberia se malévolos fossem todas as suas ações, e aos iníquos advêm recompensas como se praticassem os feitos dos justos. Tanto o que justifica o iníquo quanto o que condena o justo são abominação para o Eterno. Não é apropriado respeitar a pessoa iníqua de modo a prejudicar, no julgamento, o íntegro¹⁵⁷.

O exemplo há de vir dos poderosos, assim considerados aqueles que detêm o poder legitimamente outorgado, orientando aos governados acerca do caminho da ética e da justiça. No tema proposto, a responsabilidade civil consumerista é vista com desconfiança nos tribunais brasileiros, como que invertendo a presunção de boa-fé, especialmente no tocante

¹⁵⁴ Ainda que alguns o considerem empírico.

¹⁵⁵ Faça-se referência às representações sociais, de Dürkheim, considerando como a sociedade visualiza a si mesma e à retribuição estatal, em relação à corrupção e a toda violação ética e legal.

¹⁵⁶ A título de breve marco teórico e comentário, destaca-se que o Direito Canônico se refere aos regramentos produzidos pela Igreja Católica de Roma, desde a sua constituição, e é comumente confundido com um “Direito Bíblico”, que, ao menos em matéria de primeiro Testamento, está alinhado, dogmaticamente, ao Direito Talmúdico. Considerando a tradição talmúdica, afirmam os antigos intérpretes da Lei que os Dez Mandamentos são postulados especificamente formulados para o povo judeu, não obrigando aos demais povos. Para estes foram outorgados, também pela inspiração divina, as 7 Leis de Noah, não devendo obediência a preceitos exclusivos – sejam de caráter religioso, sanitário e/ou de “bons costumes”. Ainda que a Lei de Noé seja mais branda, não se absteve de prescrever norma judiciária, sendo composta por 2 leis de caráter religioso, 1 de comportamento social, 3 leis penais de regramento negativo e, o que mais se destaca para o presente estudo, a de número 7: “1) Não praticar a idolatria. 2) Não blasfemar contra Deus. 3) Não comer a carne de um animal enquanto ainda está com vida nem ser cruel com os animais de nenhuma outra forma. 4) Não matar. 5) Não seqüestrar nem roubar. 6) Não cometer adultério, incesto ou bestialidade. 7) Estabelecer tribunais para a manutenção da justiça”. Para uma tradição ética que remonta há quase 6 mil anos, é tão importante criminalizar as blasfêmias, quanto determinar o estabelecimento e manutenção de Tribunais de Justiça. É realçada a importância dada, por uma cultura milenar, para a existência do Poder Judiciário regular, sem tribunais de exceção – a justiça sendo feita a todos os homens, todas as demandas sendo apreciadas e as pessoas recebendo satisfação aos seus questionamentos, denotando valorização não apenas do Direito, mas à administração e política judiciárias.

¹⁵⁷ Respectivamente, extraídos de Eclesiastes 8:11 e 14 e de Provérbios 17:15 e 18:5.

aos danos morais, levando o Judiciário a aplicar uma política de módica quantificação das lesões de caráter não material, a fim de evitar uma suposta “indústria do dano moral”; com isso, acabam por incentivar diretamente o estabelecimento de uma “indústria da irresponsabilidade”, aonde se percebem empresários estimulados, pelo sistema de recompensas, a cometer danos e pagar por eles em juízo, dado ser mais economicamente eficiente do que investir na prevenção dos danos. O risco legal não é proporcional ao potencial de agravo imposto contra o consumidor.

Importa destacar que se está dando maior relevo investigativo para as lesões de ordem moral, considerando que o problema se revela diminuído – e isto em qualquer espécie de demanda indenizatória – ao se tratar de danos puramente materiais, celeumas em que se verificarão poucos focos de polêmica¹⁵⁸, em razão da existência de paradigmas fixos para a concessão do *quantum* indenizatório, que via de regra é fulcrado nas provas trazidas aos autos.

Falou-se, anteriormente, da função da Responsabilidade Civil e, na mesma esteira, o Dano Moral, figura de Direito, goza de seu próprio escopo social.

Carlos Alberto Bittar, ao tratar dos danos morais coletivos (1997, p. 59), resume: “[...] em outras palavras, o montante da indenização deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor¹⁵⁹”.

Em breve marco jurisprudencial, a consolidação do pensamento dos tribunais tem informado, acerca dos reflexos do dano moral, que:

[...] A interação psicossomática há muito tempo está demonstrada pela Medicina: sofre o corpo com a dor da alma, sofre a alma com a dor do corpo. Querer-se sustentar, no ponto em que se encontra a jurisprudência sobre a matéria, que o dano exclusivamente moral não é indenizável, constitui, pois, injustificável retrocesso a anacrônico estágio do Direito. [...] (TJRS, AC 593026032. 3ª Câm.Cív., rel. Des. Jauro Duarte Gehlen, j. 15-4-1993, v.u., *RDC*, 9:132). (ALMEIDA, 2006, p. 451).

E acerca dos critérios de arbitramento e de sua respectiva função:

¹⁵⁸ Poucos focos, porém existentes e persistentes. É o caso dos lucros cessantes, quando estes se caracterizam por ganhos em potencial e não um contrato específico cancelado, por exemplo. Ou, hipótese repugnante, quando o consumidor move ação por danos que ensejaram morte de familiar, tendo, por exemplo, a viúva recebido apoio emocional de um amigo ou parente que, com dinheiro da própria viúva, procura lhe aliviar o sofrimento e assume a frente nas contratações próprias e acaba por receber as notas fiscais em seu próprio nome, e assim, a viúva não obtém ressarcimento das despesas de funeral, por entender o juízo que o direito caberia, exclusivamente, ao titular nominal dos recibos de pagamento, como se à viúva não bastasse a dor da perda e ainda fosse obrigada a zelar por detalhes burocráticos em dia de luto.

¹⁵⁹ Importante salientar que o art. 944 do Código Civil de 2002 comina que a indenização se mede pela extensão do dano. Daí ainda maior a relevância da doutrina de Aurisvaldo Sampaio, que analisa a dimensão coletiva da relação de consumo, mesmo quando a transação e/ou o dano ocorrem pontualmente e não em caráter massivo. Assim, a extensão do dano, no trato consumerista, deve ser medida pelos efeitos em potencial, no cotejo com o aumento do risco na sociedade.

[...] 2. Indenização. Dano moral. Arbitramento. Critério. Juízo prudencial. A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa. (TJSP, 2ª Câm. Cív., AC 198.945-1/7, j. 21-12-1993, rel. Des. Cezar Peluso, v.u., RDC, 15:168) (ALMEIDA, 2006, 453/454).

Acerca das funções inerentes ao próprio instituto do dano moral, registrem-se, a título de marco teórico, alguns posicionamentos doutrinários. Caio Mario da Silva Pereira (2001) afirma que “o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos”. O magistrado José Luiz Gavião de Almeida¹⁶⁰ (2001, p. 93) destaca a função relacionada à sentença, afirmando: “o que interessa, de fato, é que a sentença venha a declarar a idoneidade do lesado; proporcionar um reconforto à vítima, e, ainda, punir aquele que agiu, negligentemente, expondo o lesado a toda sorte de dissabores”. Nehemias Domingos de Melo (2005, p. 113) aponta para a “função penal” do dano moral:

Ainda nesse sentido defende Martinho Garcez Neto que a função penal, da condenação por dano moral, pode e deve ser encarada como algo altamente moralizador, na medida em que, atingindo o patrimônio do agressor com a sua conseqüente diminuição, estaria, frente à luz da moral e da equidade, cumprindo a mais elementar noção de justiça: estar-se-ia punindo o ofensor para que o bem moral seja respeitado e, mais importante, fazendo calar o sentimento de vingança do ofendido, sentimento este inato em qualquer pessoa, por mais moderno e civilizado que possa ser.

Antonio Chaves (1985, p. 637) destaca o tradicional ensinamento de Artur Oscar de Oliveira Deda¹⁶¹, sem menosprezo do valor atraído pelo reconforto financeiro, mas pela real função inerente às penas pecuniárias:

Quando a vítima reclama pecuniária de dano moral não pede um preço para a sua dor, mas, apenas, que se lhe outorgue, em parte, as conseqüências da lesão jurídica. Nas reparações dos danos morais, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como, em regra, nos danos materiais, porém, concomitantemente, a função satisfatória e a de pena.

Araken de Assis (1997, p. 13) também trabalhou a idéia da múltipla função da responsabilidade e das indenizações, fazendo menção a autores aqui já citados. E comenta: “Ao aplicar semelhante regra, o órgão judiciário deverá levar em conta que a indenização pelo

¹⁶⁰ 1º TACCivil – ApCiv 825.862-2, – j.09.10.2001 – LEX-JTACSP, v. 193, p. 193.

¹⁶¹ *Apud* necessário, por impossibilidade de acesso à obra original.

dano moral não visa a um ressarcimento, mas uma compensação, consoante afirmou [...] CAHALI [e] [...] CAIO MÁRIO PEREIRA.”

Aos danos morais é proibido tabelamentos indenizatórios – conquanto, não sem razão, se comenta existir uma tabela extra-oficial em vigor, nos tribunais brasileiros –, ficando sua quantificação ao extremo arbítrio magistral. Contudo, proibida é a tabela, não o parâmetro. A esse respeito, Garcia (1998, p. 97):

É claro que ausência de balizas fixas, como foi mencionado acima, não quer dizer ausência de quaisquer paradigmas. Não. Paradigmas que guardem flexibilidade (afinal, em matéria de danos morais, perdoem o óbvio ululante, cada caso é um caso ...) mostram-se bem-vindos, para propiciar maior segurança aos jurisdicionados. Mas é fundamental que tais paradigmas, a serem burilados pelos tribunais, observem a dimensão coletiva das relações de consumo.

A preocupação do autor é deveras legítima: que o *quantum* leve em consideração a repercussão social da sentença, expressa na “dimensão coletiva” das relações de consumo, bem como a sua influência econômica. Já foi dito que seria ideal que houvesse maior acuidade de pensamento do magistrado, concretizada no arbitramento do *quantum* condenatório por lesão moral, não apenas para punir exemplarmente aos agentes, mas para estabelecer uma ordem, uma política pública específica. Por exemplo, que o magistrado aprecie, na defesa empreendida pelo fornecedor, todos os esforços que este comprovadamente tenha empreendido para evitar o dano, sendo premiado com mitigação de valor condenatório. Ou, sendo o fornecedor reincidente na reclamação – ainda que dantes promovida por outro consumidor – que prove que tomou diligências para reduzir a probabilidade de acidentes, ainda que não tenha obtido sucesso integral na tentativa. Ao inverso, deveras relevante que haja punição mais rigorosa para aquele que reincide e insiste em reincidir, debochando da sociedade e mesmo do juízo, pois, havendo condenação anterior por símiles fatos, ainda assim o fornecedor não toma qualquer cautela adicional, paga para lesionar e insiste em manter a tal razão que expõe à periclitância o consumidor, então, o próprio fornecedor está enviando poderosa mensagem ao Poder Judiciário, informando-o de seu desprezo pela regulação judicial da ordem pública e evidenciando que aposta mais na força do poder econômico do que na força do poder de polícia do Estado-Juiz. Garcia (1998, p. 99) parece concordar com este posicionamento, ao afirmar:

Nesse labor, a análise das condutas do réu terá importância crucial, mais até do que a própria repercussão da ofensa na esfera subjetiva do consumidor. É preciso então proclamar com todas as letras: ao apreciar o pedido de indenização por danos morais, no território das relações de consumo, o magistrado deve pensar não só no caso concreto, mas também nos efeitos e na decisão produzirá em um raio muito maior! É a materialização, repita-se, do chamado *macroprocesso*.

Ora, se não é o costume dos tribunais uma apreciação acurada dos fatos e das condutas, para fins de quantificação dos danos, é certo que o fornecedor não se sentirá estimulado a praticar atos que o previnem de uma “maior goleada em juízo”, se toda falta técnica for punida com a mesma penalidade, sem considerar o grau do gravame. Afora que as corporações contam, via de regra, com setores jurídicos próprios ou remuneram mensalmente os escritórios contratados, que acabam se tornando preguiçosos nas defesas, apenas “cumprindo tabela” ao comparecer nas audiências acompanhados do preposto e oferecendo defesas escritas padronizadas, dando-se ao trabalho, meramente, de imprimir a contestação-padrão adequada. E, como já demonstrado que a sociedade é interdependente, completa-se o círculo vicioso, minando o desenvolvimento sustentável da nação.

Ora, quando se fala em função punitiva para o *quantum debeatur*, não se pretende operar uma redistribuição social ou um eventual enriquecimento ilícito da vítima. Antes, importa em critério de efetiva promoção do desenvolvimento social, assim considerado como processo abrangente (Organização das Nações Unidas, 1986). Mas, a problemática referente ao dano moral ainda guarda raízes no preconceito contra a moralidade da condenação pecuniária, em sede judicial. Com toda a importante evolução histórica¹⁶², na qual se sagrou vitoriosa a indenizabilidade dos danos morais, ainda assim o preconceito velado impera nos tribunais e mentes magistras. Auxilia no presente estudo remeter há algumas décadas, compreendendo o arcaico pensamento (e supostamente revogado) dos tribunais brasileiros.

Yussef Said Cahali (2005, 49-50), ao falar do antigo trato jurisprudencial, fornece nuances do preconceito que existia nos tribunais brasileiros, relativo às indenizações por dano moral – já delineando a tal “indústria do dano” –, o que informa por sua vez as raízes, o caldo filosófico e cultural que ainda influencia decisões judiciais “receosas”, se já não mais quanto ao deferimento do pedido, então quanto aos valores condenatórios.

Antigo acórdão do Supremo Tribunal Federal, interpretando o art. 1.537 do anterior CC, considerou não ser indenizável o valor afetivo exclusivo: ‘Nem sempre o dano moral é ressarcível, não somente por se não poder dar-lhe valor econômico por se não poder apreciá-lo em dinheiro, como ainda porque essa insuficiência dos nossos recursos **abre a porta a especulações desonestas** pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos; no entanto, no caso de ferimentos que provoquem aleijões, no caso de valor afetivo coexistir com dano moral, nos casos de ofensa à honra, à dignidade e à liberdade, se indeniza o valor moral pela forma estabelecida pelo

¹⁶² Propositadamente, foi trazida a questão do preconceito histórico para os meados do tópico e não para seu início – conforme decorreria da lógica metodológica –, e isto em razão de sua conexão com um de seus efeitos atuais, o combate da “indústria do dano moral”, como se vê logo adiante.

Código Civil [de 1916]. No caso de morte de filho menor **não se indeniza o dano moral se ele não contribuía em nada para o sustento da casa**¹⁶³.

E ainda, sobre as raízes do preconceito (CAHALI, 2005, p. 28):

6º) Dizer-se que repugna à moral reparar-se a dor alheia com o dinheiro é deslocar a questão, pois não está se pretendendo vender um bem moral, mas se sustentando que esse bem, como todos os outros, deve ser respeitado; quando a vítima reclama a reparação pecuniária do dano moral, não pede um preço para a sua dor, mas, apenas, que se lhe outorgue um meio de atenuar em parte as conseqüências da lesão jurídica; o dinheiro não é capaz apenas de proporcionar satisfações materiais – é, também, um meio de dar ao indivíduo satisfações espirituais da mais alta significação a estas, ainda que não bastantes para compensar a dor sofrida, servem para atenuá-las. Por outro lado, mais imoral seria proclamar-se a total indenidade do causador do dano.

Ora, toda dor moral é capaz de causar despesas extras e não mensuráveis processualmente, assim como toda dor moral pode ser – ainda que minimamente – amenizada pelo conforto do suprimento financeiro. Tome-se como exemplo a perda de um filho, conforme o julgado acima, a qual causa dor extrema, a tal ponto que a própria representação do amor de Deus, para os cristãos, consiste na entrega do Filho único. Dinheiro algum poderia devolver aos pais a emoção da convivência com o rebento. Mas, em primeiro plano, pode o dinheiro suprir a renda que, juntamente com o perecimento do filho, venha a faltar para o orçamento doméstico. Em segundo plano, no aspecto do dano puramente moral, ainda que o dinheiro não devolva o filho à vida, atenua, por certo, as conseqüências da dor da perda. Ora, o luto causa seqüelas das mais diversas ordens, provocando doenças físicas e psicossomáticas tantas vezes imprevisíveis aos tempos do processo judicial e, portanto, imensuráveis para a formulação do pedido. Terapias tradicionais, alternativas e/ou ocupacionais – incluam-se aí, ilustrativamente, a realização de um curso ou de uma viagem, a compra de livros de auto-ajuda, passeios a parques mais distantes – também são remédios para a suplantação da dor, aos quais somente o dinheiro pode viabilizar o acesso; amizade custa dedicação emocional – terapia custa honorários cobrados por hora. Então, não deixa de provir do cinismo, negar a condenação monetária, com base na impossibilidade de reparação financeira da dor moral. No mínimo, se é uma questão de colocar em termos econômicos, as dores morais causam gastos adicionais e não computados no orçamento da pessoa.

Conforme analisado no capítulo 1, a indenização por danos morais somente passou a ser aceita com pacificidade a partir da Carta Magna de 1988, e sendo fato jurídico ainda

¹⁶³ É de se destacar a monetarização das relações afetivas que o próprio magistrado operou em seu *decisio*, que se pretendia conservador: confunde a indenização análoga à de lucros cessantes com a típica dos danos morais, visto “permitir” a indenização do dano moral quando o filho – ainda que parcamente – contribuía para o sustento da casa, ao invés de relacionar este *quantum debeatur* com uma proporcionalidade ao sustento da contribuição para o orçamento doméstico. Depreende-se do julgado, que aos olhos do Supremo, dano moral por perda de filho é apenas para os parentes de falecido “economicamente ativo”.

relativamente novo – completando, agora, 20 anos –, justifica que ainda perdure, no inconsciente coletivo, inclusive do Poder Judiciário, alguma resistência, e mesmo preconceito, à penalização pecuniária do agente pela vitimização imaterial.

O mesmo magistrado Zuliani dantes citado, agora em artigo sobre Aguiar Dias¹⁶⁴ e a evolução da responsabilidade civil no Direito brasileiro, analisa a época em que o ressarcimento pecuniário do dano moral era rechaçado e, quando muito, era aceita a hipótese de uma condenação alternativa, a exemplo do compelimento a doações para a caridade. E anota o bom posicionamento do renomado jurista (ZULIANI, 2008, p. 43):

Não causa estranheza a firme posição de Aguiar Dias sobre este ponto. O mérito de sua doutrina reside no esclarecimento de que o dano moral suscetível de ressarcimento não decorre da natureza da lesão, ‘mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado’, uma distinção que explica a rejeição de pedidos que se revelam, de algum modo, incompatível com a ideologia da lei.

Na justa seqüência, ilustrando a incongruência jurisprudencial, o magistrado cita uma decisão¹⁶⁵, impossível de se compreender. O cliente – advogado por profissão, consumidor naquele ato – diante de boa oferta de Café Melita, tentou adquirir 50 pacotes de uma única vez, sendo-lhe, contudo, negada a compra, porque o fornecedor, em que pese não ter ostensivamente anotado a restrição, limitou a venda a 5 pacotes por cliente. A queixa, logicamente, residia na imperfeição do direito de informação, pretendendo indenização por dano moral. Caso clássico de violação do direito de informar e, concomitante, do dever de fornecer o produto, dentro das condições da oferta que, *in casu*, não traduzia qualquer limitação de quantidade.

Mas para que existe a lei, se os tribunais têm sua própria visão de mundo? Eis o resultado do julgamento:

Com exceção do respeitável pronunciamento da Ministra Nancy Andrighi, que votou isoladamente no sentido de conceder R\$ 8.000, 00 como compensação, os Ministros entenderam que, embora existisse falha do comerciante em não esclarecer quantidade possível de se adquirir a mercadoria com preço promocional, o episódio não produziu dano extrapatrimonial. Emitiu-se, então, a seguinte observação: ‘os aborrecimentos vivenciados pelo consumidor, na hipótese, devem ser interpretados como ‘fatos do cotidiano’, que não extrapolam as raias das relações comerciais, e, portanto, não podem ser entendidos como ofensivos ao foro íntimo ou à dignidade do cidadão’.

¹⁶⁴ É bom que se saliente que o mestre Aguiar Dias não era conivente com o dano moral indene (Zuliani, 2008, p. 44): “O mundo evoluído obriga-nos a desenvolver um tipo de couraça que nos imuniza contra os inconvenientes do dia-a-dia [...] embora não se pretenda, com essa regra, obrigar ninguém a se acovardar ou suportar passivamente determinados desaforos insólitos, porque a ordem jurídica repudia o menoscabo, a vergonha e a humilhação. Daí, a necessidade de se encontrar o equilíbrio para a correta e jurídica qualificação da lesão que sacrifica bens da vida considerados constitucionais, para que o dano moral resgate a honra maculada, cicatrize a ferida interna e recupere a auto-estima”.

¹⁶⁵ REsp 595.734/RS, julgado em 02.08.2005, tendo como relator designado o Ministro Castro Filho.

Fatos do cotidiano que não extrapolam as raias das relações comerciais! Realmente parece que, ao adentrar às portas do Palácio da (in) Justiça, o consumidor sai da esfera de proteção do Código de Defesa do Consumidor, para adentrar em um mundo paralelo, no qual recebe o sacro comissionamento de tolerar, indene, as violações de seus direitos, em que pese estejam estes protegidos pela Lei Especial. É incompreensível que o juízo seja a tal ponto leniente com o fornecedor, que ostensivamente descumpra cláusula que o legislador se ocupou de escrever e prolar, linha por linha, expressamente. Idiotiza a população, que assume a (lógica) premissa de que o crime compensa. Ora, de que outra maneira se reprime a conduta ilícita e se obriga o fornecedor a cumprir a determinação do Código, se não pela punição indenizatória de sua péssima escolha empresarial¹⁶⁶?

Eis um oportuno momento para se tratar de um problema jurisprudencial conhecido como a indústria do dano moral, o qual é, em verdade, um efeito que perdurou, um fruto remanescente, do arcaico preconceito supra comentado.

O que seria da economia mundial se toda a classe consumerista simplesmente cooperasse em deserção, ou seja, se todos juntos, no mesmo dia, decidissem deixar de comprar? O mundo entraria em colapso. Mas nem diante de uma premissa de tamanho vulto o mercado consegue se auto-regular totalmente, prezando, por si só, pelos direitos e garantias básicas do consumidor, salvo atuações empresariais isoladas, fazendo necessária a intervenção estatal legislativa e judicial.

O Poder Judiciário, aliás, exerce papel fundamental na socioambientalidade, haja vista que recebe o direito-dever, a função precípua de regular as relações – contratuais civis estritas, consumeristas, dentre outras – sendo órgão essencial da Ordem Econômica Constitucional¹⁶⁷ e, portanto, do Capitalismo e da Globalização.

Reza o mito social e jurídico, que os tribunais são tendenciosos a determinadas categorias jurídicas, materializada em decisões judiciais proferidas por magistrados

¹⁶⁶ Em prol da coerência sistemática, que os TJs enviassem memorando ao Congresso Nacional, informando que, em sede judicial, os artigos 30, 31 e 35 do Código de Defesa do Consumidor vigoram com as seguintes alterações ao texto de lei: SEÇÃO II. Da Oferta. Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, **NÃO** obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato – **OU NÃO** – que vier a ser celebrado. Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços **NÃO PRECISAM** assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, **o consumidor deverá suportar a frustração, relevado não se constituir em conduta ilícita, sendo antes um “fato da vida”, próprio da esfera de risco do consumidor.** (maiúsculas e grifos do autor).

¹⁶⁷ Conforme conceitua Eros Grau (2003, p. 14), “a ordem econômica é o conjunto de normas jurídicas (mundo do dever ser) que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica (mundo do ser)”.

politizados, “sempre” a favor de consumidores, empregados, etc. Contudo, a baixíssima retribuição ao ilícito, esta materializada no módico *quantum* condenatório por dano moral debatido em ações de responsabilidade civil, impõe ao discurso jurídico um verdadeiro antagonismo – no campo teórico, a afirmação da reparabilidade das lesões morais; no plano judicial, a negação da efetividade da tutela.

A lei caminha para um lado e a jurisprudência para outro, contrariando a política nacional normatizada, em afronta à hermenêutica teleológica, causando conflito no sistema, originado em uma ideologia que beira à hipocrisia – combater uma suposta indústria do dano moral, cuja face se revelaria no crescente de demandas judiciais promovidas notadamente por consumidores, bem como pelo valor pleiteado. Ora, é no mínimo irônico que a própria Justiça considere o crescimento do acesso ao Judiciário como um demérito social ao invés do incremento revelado de cidadania.

Identificam-se dois motivos preliminares que induzem a essa política judiciária: o valor imaterial – a personalidade – não é reconhecido como patrimônio, pelos tribunais¹⁶⁸, denotando, inclusive, que, mais a fundo, não reconhecem valor à própria garantia fundamental, razão pela qual, no segundo plano, acabam desmerecendo proteção ótima que vá além da mera contemplação teórica, a atingir o campo da efetividade e, por isso, não conferindo, na *praxis*, o mesmo nível de garantismo que o dedicado ao patrimônio econômico.

Como conseqüências, também preliminares, percebe-se que a empresa lucra e o consumidor sofre acrescido dano moral em face da péssima prestação judicial; ademais, o impacto das sentenças **sobre os custos de transação** impulsiona a atividade lesiva empresarial, contrariando o espírito preventivo normativo e fazendo surgir, então, uma verdadeira **“indústria da irresponsabilidade”**, a indústria do danificar, a escolha por prejudicar, estimulando a irresponsabilidade civil e socioambiental e moldando a gestão empresarial em desenho diverso do preconizado pela Constituição Federal, notadamente em seu preâmbulo e artigos 1º, 3º. Também contraria ao espírito do art. 170, *caput*, que imprime como valor fundante do exercício da livre iniciativa a promoção da dignidade da pessoa humana, distante de cujo escopo atua o empresário com abuso de direito.

Mas, se a decisão judicial é nominalmente pró-reconhecimento do dano moral ao consumidor, por que a quantificação módica arbitrada na sentença reverte em favor do fornecedor? Uma maneira de se explicar é, através, da *ratio* da Análise Econômica do Direito

¹⁶⁸ Conforme tratado no capítulo 1.

e, mais especificamente, pela Teoria dos Jogos, compreendendo o impacto econômico das decisões judiciais sobre os custos de transação. Metodologicamente – já se tendo anteriormente fixado os pressupostos necessários à compreensão do tema –, relevada a limitação espacial deste trabalho, primeiramente serão propostas algumas considerações acerca do estado da arte do comportamento social e jurisprudencial e, finalmente, atingindo a investigação da Teoria dos Jogos aplicada ao impulsionamento da indústria da irresponsabilidade. É como confirma elucidativamente o supracitado autor lusitano Vasco Rodrigues (2007, p. 118-119):

Os acidentes causam danos e, conseqüentemente, implicam custos. Mas tomar precauções para os prevenir tem igualmente custos. Há, por isso, um nível eficiente¹⁶⁹ de precauções (e de acidentes): só se deve gastar um euro adicional em precauções se ele poupar mais de um euro em danos. O nível eficiente de precauções é aquele para o qual o benefício marginal da precaução é igual ao seu custo marginal.

Ugo Mattei (1999, p. 378), em continuidade de sua exposição, comenta as vantagens, em matéria de eficiência jurídica, dos efeitos alcançados nos EUA, graças aos júris implacáveis e a ineficiência econômica reflexa e conseqüente, em altamente lúcida e conclusiva afirmação, na livre tradução da pesquisadora:

Todavia, é evidente como condenar o réu a um montante superior ao dano sofrido pelo ator pode ser eficiente. Basta pensar em todos aqueles casos em que o agente lesivo obtém renda (enriquece) a partir da violação dos direitos da vítima. Se o ganho é superior aos danos, e se o réu tem que pagar apenas o dano, é evidente que ele terá um forte incentivo para violar dos direitos da vítima.¹⁷⁰

Retomando a análise da indústria do dano moral revelada no pensamento jurisprudencial, leia-se o julgado.

N.º 1.0480.00.020052-1/001(1) – Relator: Gouvêa Rios – Data do acórdão: 12.4.2005. A prevalecerem as indevidas extensões e prolongamentos emprestados à indenizabilidade do dano moral, restará aos seres humanos, todos eles, andarem sempre munidos de máquinas de calcular, buscando em cada um de seus semelhantes uma fonte de renda, vislumbrando em cada um o tão esperado cifrão que permitirá o pagamento das dívidas, o consumo ainda maior, o crescimento do patrimônio, o acúmulo de dinheiro e outros bens materiais. [...] Está havendo, no campo do dano moral, o mesmo censurável excesso dinheirista [...]

¹⁶⁹ Conforme o conceito de eficiência abordado nos pressupostos teóricos da Análise Econômica do Direito.

¹⁷⁰ No original: “*Tuttavia è chiaro come condannare il convenuto a una somma superiore al danno súbito dall’attore possa essere efficiente. Basti pensare a tutti quei casi in cui danneggiante ricava un guadagno dalla lesione dei diritti della vittima. Se il guadagno è superiore al danno cagionato, e il convenuto deve pagare soltanto il danno, è evidente che egli ha un forte incentivo a violare i diritti della vittima*”

O arbitramento do módico *quantum* indenizatório/reparatório é política ideológica judiciária. Tanto que causou perplexidade, quando a Igreja Universal foi condenada no valor de 1 milhão de reais, por culpa de um preposto, que causou dano à vida de familiar dos requerentes. Ora, mais repudiado do que o dano moral punitivo, somente o Bispo Macedo. Errado não está condenar a empresa objetivamente ou na culpa *in eligendo*; mas, fosse outra empresa em questão, atingir-se-ia a cifra milionária? Indiscutivelmente, é critério ideológico.

Na mesma esteira da filosofia peculiar, ainda que em tema diverso do consumerismo, leia-se outro julgado.

TJMG Processo: 1.0480.00.020052-1/001(1) – 12.4.2005

EMENTA: FAMÍLIA – SEPARAÇÃO LITIGIOSA – INFIDELIDADE – DANO MORAL – NÃO CABIMENTO [...] A relação afetiva decorrente do casamento é sujeita a *óbvios, previsíveis, naturais e inevitáveis dissabores*, que lhe dão vida e tempero, sendo que a infidelidade de um dos cônjuges, via de regra, torna a vida comum insuportável, impondo a separação judicial, nos termos do art. 5.º da Lei n.º 6.515/77, **porém perigosa é a tendência de querer ver em tudo uma causa de dano moral, inserindo um pensamento econômico-financeiro, a fim de monetizar todas as relações sociais.** [...] (g.n.)

Aumento nos custos de transação não causa impacto apenas diretamente na conta bancária do empresário; ele realmente modifica o comportamento da atividade empresarial afetada, seja pelo aumento do preço de um produto ou serviço, seja pela despesa judicial em que importará o risco da atividade.

Ilustrativamente: na medida em que as condenações por erro médico crescem em volume e valor, reflexivamente as apólices de seguro profissional sofrem reajuste, face da variação – para maior – do risco do sinistro, que, por sua vez, influenciará o aumento da locação do espaço hospitalar, os honorários do instrumentador, do anestesista e do próprio médico atendente, ou diminuindo o lucro, se mantido o preço final ao consumidor. O mesmo exemplo se poderia aplicar à indústria automotiva.

O argumento econômico, supostamente favorável à massa, reside justamente no comportamento típico empresarial, tendente a repassar ao consumidor final – e a toda a cadeia produtiva *lato sensu* – o aumento dos custos, provocando alta nos preços, inflacionando o mercado¹⁷¹.

Evidências empíricas demonstram que os setores críticos mais ardorosos contra a suposta indústria do dano moral atuam justamente como lobbistas judiciários, tendo em vista

¹⁷¹ Inclusive, conclui Pierluigi Chiassoni (e co-autores), ao tratar do sistema legal como fonte informativa (1998, p. 303): “*b) l’eccesso di informazione provoca alle istituzioni creditizie costi sensibili che non potranno non essere trasferiti sui consumatori*”. Em livre tradução da pesquisadora: “O excesso de informações provoca às instituições creditícias custos sensíveis que não podem não ser transferidos para os consumidores”.

serem os mais expostos às sentenças, ou, eventualmente, os mais afetados por alguma variação de *quantum* para maior.

Deveras oportuna a leitura da notícia a seguir, que ilustra com precisão não apenas a questão ideológica, mas da política de *lobby* que reveste o tema (AJURIS, 2006)¹⁷²:

[...] o Encontro Judiciário e Imprensa, nesta sexta-feira (28/04), no auditório da Escola Superior da Magistratura. **Todos concordaram que a indústria do dano moral cresce a cada dia** e é uma das principais preocupações dos veículos de comunicação, o que acaba tendo como consequência a autocensura. ‘Uma **imprensa livre** é a melhor forma de tornar uma sociedade mais justa e equilibrada, é a possibilidade do pleno exercício da democracia’, afirmou Marta. Telmo acrescentou ser preciso uma discussão mais ampla através do debate com juízes, jornalistas e sociedade, lembrando que a liberdade de expressão é um direito essencial da democracia. **A proliferação de ações contra os veículos se tornou um fator de autocensura, e o maior temor é o valor das indenizações**. Marta também defendeu **limites e critérios para aplicação de penas pecuniárias**. Brenol avaliou que hoje as pessoas encontram na indústria do dano moral a compensação financeira por eventuais deslizes da imprensa. ‘No Jornal do Comércio se evitam publicar placas de carro, menores de rua, expressões como ladrão, meliante, para evitar qualquer possibilidade de processo’. ‘Somos obrigados a fazer a autocensura, aqui no Rio Grande do Sul há muita ação de dano moral’, afirmou Mendelski, e alertou que ‘a facilidade em processar jornalista não é bom’, citando o caso de um camelô que entrou com um processo por lucro cessante contra um jornalista por ter saído uma foto sua no jornal fazendo um protesto. ‘O camelô atuava de maneira ilegal e mesmo assim a Justiça deu continuidade ao processo’. [...] A coordenadora do evento, Maria Cláudia Cachapuz, agradeceu a presença de todos os participantes, e destacou que este foi o primeiro passo e com certeza será aprimorado e estreitado o relacionamento entre juízes e jornalistas. (g.n.)

Vê-se, pela leitura noticiosa, que impera uma ausência de cultura e proliferam-se as informações equivocadas no setor em foco, denotando confusão entre institutos democráticos, tais como indenizabilidade e acesso ao judiciário x liberdade de expressão, imposição ao comportamento responsável e preventivo x autocensura e diálogo x lobby. Porém, nenhum jornalista é obrigado a entender conceitos jurídicos. Os operadores especialistas o são. Jornalistas podem se equivocar, partindo de premissas errôneas; mas era de se esperar que fossem orientados, educados juridicamente pelas autoridades presentes.

A liberdade de iniciativa é confundida com direito de abusar da liberdade.

Também é essencial que se colacione uma publicidade eletrônica, relativa a um evento realizado em setembro de 2006, denominado Gestão de Riscos para Dano Moral nas Relações de Trabalho e Consumo, promovido por um grande escritório de advocacia paulista, **cujo público-alvo era de empresários e seus advogados**. Leia-se o cunho ideológico propagado – verdadeira propaganda, em sentido técnico – preambularmente (INTERNEWS, 2006):

¹⁷² Jornalistas discutem a indústria do dano moral no Encontro Judiciário e Imprensa. AJURIS, 28 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/sharerwords/?org=AJURIS&depto=Dep.%20Comunica%C3%A7%C3%A3o%20Social&setor=Boletim%20Eletr%C3%B4nico&public=20279>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2008.

Embora o Judiciário venha mostrando equilíbrio nas decisões sobre reparação de dano moral, para evitar enriquecimento ilícito dos demandantes, a verdade é que esta indústria não pára de crescer, congestionando os tribunais e produzindo insegurança em empresas dos mais variados setores. Muitas vezes, os naturais contratemplos, atrasos ou aborrecimentos na entrega de um pedido ou prestação de serviço não têm sido tolerados por fornecedores, clientes e usuários, levando a parte que se considera prejudicada a exigir compensações financeiras.

Pequenos problemas de relacionamento no ambiente de trabalho, que poderiam ser evitados com uma boa e saudável conversa, também atravessam a porta da empresa e chegam a Justiça em pedidos de indenização por assédios moral e sexual.

A política de conciliação adotada por várias empresas – na tentativa de evitar indenizações milionárias - acaba estimulando a Indústria do Dano Moral, na medida em que alimenta a expectativa desmesurada de ligantes de má-fé. Muitos bancos, seguradoras, órgãos de imprensa, empresas de energia, telefonia, redes varejistas, shoppings e até profissionais liberais se vêem às voltas com enormes pedidos de reparação por deficiências no atendimento, ou mesmo pelo desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor.

Este seminário reúne renomados especialistas para mostrar como ocorrem situações que precipitam ações de Dano Moral, seus efeitos perversos e de que forma pode-se evitar ou administrar estas demandas depois que estas chegam aos Tribunais¹⁷³. (g.n.)

Além de adular ao Poder Judiciário e minimizar o comportamento irresponsável do empresário, ainda procura desestimular a sede de acordo, aliciando clientela empresarial!

Contudo, é certo que a aplicação da responsabilização civil com traço de dano punitivo atende à sua efetiva função social – a profilaxia –, contribuindo para o estabelecimento de uma sociedade preventiva, coadunando com o ideal apregoado pela Constituição Federal.

Bortoli e Bessa (2008, p. 1878-1879) também expressam concordância com o pensamento de que as decisões judiciais influenciam o desenvolvimento social, fazendo alusão a importante documento, a saber, o Relatório do Banco Mundial sobre o desenvolvimento mundial:

Assim, pode-se concluir que as decisões judiciais geram conseqüências para a sociedade que devem ser consideradas pelos juízes e tribunais, e que o desenvolvimento sustentável, enfrentados direta ou indiretamente, tem como fator de influência as decisões do Poder Judiciário. Nesse sentido, o Relatório do Banco Mundial sobre o desenvolvimento mundial, afirma que o desenvolvimento dos países de forma sustentável, equitativa e com capacidade para reduzir a pobreza, depende de cinco fatores principais: ‘uma base jurídica; um clima político propício, com estabilidade macroeconômica; investimentos em recursos humanos e infraestrutura; proteção dos grupos vulneráveis; e proteção do meio ambiente natural’. Na parte do relatório que trata da base jurídica necessária para o desenvolvimento, um dos pontos muito destacado é a necessidade de proteção legal contra atos arbitrários do governo e um Judiciário razoavelmente justo e previsível, a fim de

¹⁷³ Gestão de Riscos para dano moral nas relações trabalhistas e de consumo. **Internews**, 2006. Disponível em: http://www.internews.jor.br/eventos/06/management/50DANOMORAL_260906/programa.asp. Acesso em: 02 de fevereiro de 2008.

amenizar a incerteza jurídica, o risco moral (risco de que as partes deixem injustificadamente de cumprir acordos, por exemplo), e evitar a ‘síndrome da ilegalidade’, ou seja, o sentimento geral de que as pessoas podem praticar as condutas ilegais que bem entenderem, pois o Estado (Poder Judiciário) não os punirá.

Dizem os cientistas sociais que a falta de alteridade e capacidade simpatética nem sempre é patológica, mas pode ser fruto do excesso de *good life*, a boa vida, falta de experimentação da dor. O dano é sentido diariamente, em todas as esquinas, mas nem sempre é percebido por todos.

Da mesma forma como o proprietário do curtume polui o rio, acreditando que o curso das águas levará para longe as conseqüências de seus atos ambientalmente lesivos e, dias depois – quando a mesma água contaminada em parte evaporou, em parte foi redistribuída sem tratamento eficaz – o mesmo empresário e sua família sofrem os efeitos da chuva ácida e do consumo da água inadequada, assim ocorre com a *ratio* gestora simplista, que não contabiliza o impacto social e ambiental da escolha supostamente racional pelo cometimento do dano.

Promover uma sociedade livre, justa e solidária é dever de todos. Inclusive do Poder Judiciário que, por sua atuação, ao menos não pode interromper o desenvolvimento sustentável.

Adriana Frazão da Silva (2001, p. 112-114), ao analisar historicamente a evolução das garantias que hoje assistem aos consumidores por força de lei – e não apenas por boa-vontade judicial – mostra-se mais otimista com relação às reparações de dano moral:

Para o consumidor brasileiro, o princípio clássico – quem causa dano deve indenizar – na prática não se realizava. A demanda até podia chegar ao Judiciário, mas não alcançava sucesso, em face das dificuldades para a produção da prova. Acrescia-se, ainda, como meio inibitório à propositura da ação, a previsão legal de que a demanda deveria ser proposta no domicílio do réu, previsão esta que foi alterada pelo CDC, ao determinar que nas relações de consumo o consumidor poderá demandar em seu próprio domicílio, como prevê o art. 101, I, do código. [...] A positivação do princípio da responsabilidade objetiva foi, de fato, o passo que faltava no caminho da composição dos litígios nas relações de consumo. Vale ressaltar que a inserção da cláusula do art. 6º, VI, fez que qualquer ato do fornecedor que cause dano, patrimonial ou moral, seja ressarcido. Assim, em várias passagens do CDC, apesar de não ficar expresso o dever de indenizar pelos danos, através de uma análise sistemática, considera-se que o referido artigo aplica-se às relações de consumo de uma maneira geral [...] por exemplo, quando o código trata da cobrança de dívidas ou da inserção indevida do nome do consumidor em bancos de dados de devedores. [...] É bem verdade que as indenizações ainda são muito tímidas, no entanto, se considerarmos que há alguns anos o que reinava era quase a irreparabilidade dos danos morais nas relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor propiciou um grande avanço neste campo.

É de se reconhecer, sem qualquer sombra de dúvida, os benefícios sociais e jurídicos atraídos pelo Código de Defesa do Consumidor. Contudo, é vital questionar, ou melhor, apontar, a inefetividade prática de seu artigo 6º, VI, considerando que a reparação do dano há de ser compreendida de maneira ampla e também em sua dimensão coletiva, como insiste Garcia (*op. cit.*). Reparações *pro-forma* infantilizam o consumidor e lhe diminuem a auto-estima social e pessoal, ao passo que instilam no fornecedor o interesse por agir *contraria legem*, em razão da eficiência lucrativa, colaborando, portanto, diretamente, para a instalação de uma cultura de irresponsabilidade, cultura esta não apenas empresarial – por induzir ao comportamento errático do gestor – mas, também, social, dado que induz ao lesionado a não “procurar seus direitos”, vez que o consumidor capta a mensagem enviada ao inconsciente coletivo, de que os Palácios da Justiça são lugares de habitação dos ricos, onde os pobres, mesmo “quando ganham, não levam”. Ainda que se alegue, nos meios jurídicos, ou mesmo nos círculos intelectuais de outros campos do saber, que boa evolução foi percebida no Brasil, desde o nascimento do Código de Defesa do Consumidor, mesmo assim é preciso não perder de vista a realidade diária dos tribunais e, mais especialmente, a incrustação do pensamento social, das representações coletivas, de como o consumidor – individual e como categoria coletiva – se vê e se ressentido, diante das instituições.

Rui Stoco (1997, p. 12), ao tratar do sistema da Responsabilidade Civil, afirma a importância do Poder Judiciário e de seu produto, não apenas para a boa aplicação do Direito, sem anacronismos, antes, contextualizando a norma à realidade social, efetivamente produzindo justiça, mas também para a criação de parâmetros jurídicos e até mesmo doutrinários. É assim, portanto, responsável o Estado-Juiz, pela realidade jurídica e por seus reflexos sociais.

Ainda que não fossem as contradições e enormes dissensões que esses dispositivos do Código Civil geram, há de se convir e concluir que esse estatuto mostra-se anacrônico. É que a sociedade evolui e sofre profundas mutações. O Direito deve acompanhar essas mudanças e amoldar-se a elas. Quando isso não acontece, os julgadores surgem com a missão importantíssima de suprir essa falha e interpretar e adequar a lei de modo que possa subsumir-se às novas situações concretas que surgem. Foi o que ocorreu ao longo do tempo. A jurisprudência, em tema de responsabilidade civil, assumiu o relevo muito maior do que com relação a outras ciências. Coube-lhe, em grande parte, construir os dogmas e estabelecer os verdadeiros conceitos.

Empiricamente, revelou-se uma ótima indução comportamental no mercado, referente à imputação do dever de responsabilidade sobre os estacionamento daqueles estabelecimentos que ofereciam vaga de estacionamento aos seus clientes, em nome do fomento às vendas, sem contudo desejar responder por danos e furtos que eventualmente

acometessem aos automóveis. Mostrando-se firme o Poder Judiciário, as empresas passaram a adotar maiores precauções tendentes a evitar ou diminuir as chances de prejuízo aos veículos e aumentando a contratação de funcionários para o atendimento dos pátios. A título ilustrativo da consolidação jurisprudencial, eis o seguinte posicionamento:

Responsabilidade civil – Furto de veículo em estacionamento de supermercado – Dever de guarda e vigilância – Avisos ostensivos – Precedentes – Recurso provido. I – O estabelecimento comercial que, como fator de captação de clientela, oferece local presumivelmente seguro para estacionamento, ainda que diretamente nada cobre por isso, assume obrigação de guarda e vigilância sobre os veículos parquoados, respondendo civilmente pela reparação devida em caso de furto ou danificação dos mesmos. II – Simples aviso de não responsabilidade não tem o condão de eximir o mantenedor do estacionamento do dever de conservação dos bens confiados à sua guarda (STJ, 4ª T., REsp 52.270-6/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23-8-1994, RDC, 17:187) (ALMEIDA, 2006, p. 557).

Contudo, em via inversa, o abalo de crédito – inserções, *in casu* indevidas, de nome do consumidor em cadastros negativos de crédito –, é foco prolífero de ajuizamento de demandas indenizatórias. Empiricamente, é possível afirmar que o seu tratamento, *ab initio*, foi de repelimento pelo Poder Judiciário, que via de regra punia aos ofensores, com um arbitramento mais severo, a título de dano moral, e determinando as exclusões em tempo recorde, a fim de minimizar os efeitos negativos para o consumidor. Contudo, com o passar do tempo, o Poder Judiciário arrefeceu, dando mostras de conivência com a conduta do fornecedor, mais se preocupando em “até deferir” os pedidos, mas deixando de reconhecer o abalo moral – ou modicamente lhe avaliando –, para deferir indenizabilidade apenas aos comprovados danos materiais. Tudo em nome do evitamento da indústria do dano moral, entendendo que o consumidor, além de se ver com o cadastro injustamente negativado, ainda estaria se locupletando ilicitamente do fato. O resultado foi ressentido no mercado, com o aumento do descaso, por parte dos setores administrativos das empresas, que baixaram o nível de vigilância, referente às diligências das inserções.

Nehemias Domingos de Melo enfrentou com bravura e equilíbrio o tema da indústria do dano moral (2005, p. 120-121), notadamente correlacionando-a as questões de abalo de crédito:

Sabemos que na vida moderna há o pressuposto da necessidade de coexistência do ser humano com os dissabores que fazem parte do dia-a-dia. Desta forma, alguns contratemplos e transtornos são inerentes ao atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade. Concordamos que se há de ter prudência na propositura de ação a título de dano moral [...] Há, evidentemente, casos isolados que podem até denotar tal intuito. Contudo, o que precisa ser ressaltado é que, o aumento das demandas de caráter indenizatório por danos morais decorre de duas premissas básicas: a uma, o despertar de cidadania da população brasileira que, como decorrência natural, faz com que cada dia mais, os cidadãos passem a ter consciência dos seus efetivos direitos e, mais do que isso, a exercê-los em toda sua plenitude e, a duas, a

incidência, cada vez maior, de violação de intimidade das pessoas, principalmente em face da impessoalidade das relações negociais. Não podemos concordar com aqueles que, em nome dos infratores habituais, procuram minimizar os efeitos deletérios da agressão à dignidade humana perpetrada diuturnamente pelos chamados infratores contumazes, com os argumentos que denotam desprezo pela honra, imagem, nome e intimidade das pessoas.

O mestre Araken de Assis (1997, p. 5), em brilhante posicionamento, introduz artigo acerca das indenizações por dano moral, justamente atacando o desmerecimento que por vezes a tutela tem recebido, e isto a título de supostas razões éticas; **mas, esclarece o autor, que tais pensamentos são oriundos da malícia do próprio interlocutor**, sócio remido do “clube da irresponsabilidade”, que sabe de si, que conhece os seus caminhos e que por suas condutas mereceria punição, a qual pretende afastar, atacando o gênero indenizatório:

Nos últimos tempos, controverte-se a indenização pecuniária do dano moral. Averbam-se tais indenizações como uma fonte de enriquecimento sem causa e a própria constatação desta espécie de dano, em inúmeros ilícitos, como uma trava perniciososa à vida em sociedade. Com tais proposições, honestamente, não posso concordar. Em geral, elas provêm de contumazes contraventores de regras de conduta e de litigantes contumazes, interessados em minimizar os efeitos de seus reiterados atos ilícitos. Ao contrário do que se alega, é imperioso, na sociedade de massas, **inculcar respeito máximo** à pessoa humana, freqüentemente negligenciada, e a indenização do dano moral, quando se verificar ilícito e dano dessa natureza, **constitui um instrumento valioso para alcançar tal objetivo**. (g.n.)

Conforme ensinamentos de Carlyle Popp¹⁷⁴, se os aborrecimentos do dia-a-dia não comportam reparação moral, como diz a doutrina e jurisprudência dominantes, há necessidade de se saber o que é “dia-a-dia”. Isto porque quanto “pior” – do ponto de vista dos resultados humanos, notadamente de valores morais – se revelar a sociedade, e mais nefasta às pessoas, maior e diretamente proporcional será o índice de danos diários. O que, aliás, resta evidenciado, por exemplo, no aumento da criminalidade. E eis a grave conclusão preliminar: quanto “pior” estiver a sociedade, piores estarão os dias e menor serão os índices de reparação moral.

Infelizmente, o limite espacial do trabalho não comporta um aprofundamento em temática deveras relevante. Mas é de se destacar que a premissa possui fundo lógico de grande coerência, trazendo em si introjogada uma advertência relativa à necessidade da aplicação da função profilática da Responsabilidade Civil, como estimulador da “melhora humana”, impulsionando uma revolução de comportamento e caráter. Ainda que não se possa, por ora, dar tratos à definição de “dia-a-dia”, é certo que os níveis de tolerância do Estado-

¹⁷⁴ Proferidos em seminários da pós-graduação *stricto sensu*.

Juiz estão encaminhando a sociedade para o caos, mas, como demonstram os lúcidos autores citados nesta obra, em verdade esta tolerância reflete uma auto-condescendência¹⁷⁵.

Em uma breve proposta – e mesmo em caráter concludente – no próprio Código Civil 2002 se encontra resposta pró-ativa para essa demanda moral: o artigo 187, que prescreve a teoria do abuso de direito e fornece a delimitação legal para uma **responsabilidade jurídica social**. Sejam os abusos condenados e a sociedade¹⁷⁶ tenderá a retornar à curva ascendente, em recuperação moral.

Tanto se exige do Estado-Lei, que cumpra com seu dever regulatório, que enfrente os focos de insustentabilidade que assolam ao país. Contudo, quando é editada norma pontualmente regulamentadora, a exemplo do DEC 6.523/2008 o “decreto dos *call centers*”, em menos de 12 horas, o Poder Judiciário fere de morte a efetividade da letra da lei, mostrando-se complacente com uma indústria bilionária, que tem imposto enorme angústia moral à sociedade brasileira, isso para não se falar nos milhares de prejuízos individuais, diretos e indiretos, e mesmo da CPI relativa ao apagão aéreo – a saber, o transporte aeronáutico¹⁷⁷ (JUSBRASIL, 2008):

A Continental Airlines obteve ontem na Justiça a primeira liminar parcial concedida no Brasil contra os *call centers*, um dia depois da entrada em vigor das novas regras. Segundo a impetrante, os dispositivos do Decreto violam o princípio da legalidade, já que não se limitam a regulamentar a lei, mas criam obrigações. A liminar concedida pela juíza Federal Sílvia Figueiredo Marques impede que a ANAC aplique sanções administrativas contra a empresa em razão de eventual descumprimento das obrigações criadas pelo Decreto. **Em sua decisão, a juíza considerou que o decreto fere, no caso da impetrante, o princípio da "razoabilidade", ao exigir que o atendimento seja feito durante as 24 horas do dia.** *"Esta regra deveria valer apenas para determinados tipos de serviço e não para todos. No caso da impetrante, que, conforme afirma, possui apenas dois vôos diários partindo deste país, a exigência é exagerada"*, diz a juíza.

Um dos fortes argumentos dos defensores das “quantias módicas” consiste no critério de proporção, a ser observado no arbitramento do dano moral, conforme, inclusive, já foi supra aludido; basicamente, concorda a doutrina em que o valor não seja irrisório, a ponto de

¹⁷⁵ A temática faz lembrar os ensinamentos da lenda rabínica proposta pelo grande Baal Shem Tov (1698-1760), fundador do movimento judaico chassídico, quando afirmava que ao vir ao mundo, a alma se multiplica em dois, uma encarnando no homem e outra se convertendo em um espelho, que é quebrado em tantos pedaços quanto a população mundial. E o homem, ao apontar o defeito alheio, em verdade aponta para si mesmo, em rejeição ao próprio defeito. No presente trabalho, denotaria a crise institucional da “fuga de si mesmo”, que se opera no Judiciário brasileiro.

¹⁷⁶ Por lógico, não exclusivamente em virtude da aplicação da Responsabilidade Civil, mas é certo que é dever do Estado operar políticas públicas de “melhoria humana”, individual e social, como realizadores da dignidade humana e da pessoa humana.

¹⁷⁷ Novas regras dos *call centers* já na mira da justiça. **JusBrasil**, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/318062/novas-regras-dos-call-centers-ja-na-mira-da-justica>. Acesso em: 03 de dezembro de 2008.

não punir ao ofensor, mas que não seja tamanho, que acabe enriquecendo a vítima; e, justamente por causa deste último fator, é que se diz que é preciso considerar o porte econômico da vítima, antes de se fixar o arbitramento. Porém, o Brasil é país de graves diferenças sociais – uma vitória módica é capaz de enriquecer cerca de 70% da população. Enquanto os tribunais medem o *quantum* pela realidade das vítimas, fornecedores se beneficiam da informação para sua gestão decisória. Cientes da baixa retribuição aos ilícitos, os empresários fazem as contas: os custos de transação são um estímulo a violar o pacto social e pagar para lesionar.

Monteiro Filho (2000, p. 150-151), perante o questionamento sobre qual fortuna deve ser observada pelo magistrado, ao estipular o *quantum debeatur*, posiciona-se:

Faz-se mister separar a capacidade econômica do ofensor, que evidentemente deve ser tomada em consideração pelo juiz, a fim de evitar uma indenização impraticável ou irrisória em face do caso concreto, da situação em que vive a vítima, que por si só não determina uma diferenciação de grau na apuração do valor de ressarcimento, vale dizer, não possui o condão de apontar um valor maior ou menor de reparação. Procedendo-se assim se atende não somente a razões mais objetivas, como também de justiça, já que como todos são iguais perante a lei, não há que se falar em reparação maior para o rico e menor para o mais pobre, em tema de dano moral. Isto porque, do ponto de vista exclusivo da vítima, quanto maior a indenização, melhor a composição de seu 'prejuízo'.

Araken de Assis (1997, p. 13-14) reconhece que a quantificação módica é fator de instabilidade social, indutora da irresponsabilidade e comenta o adequado método para arbitramento do *quantum debeatur*, destacando a importância da dosimetria civil que considere o comportamento do agente, dando suporte ao que dantes se afirmou – há necessidade de acuidade e dosimetria, nas sentenças:

[...] exige do Poder Judiciário, a um só tempo, prudência e severidade. A prudência consistirá em punir moderadamente o ofensor, para que o ilícito não se torne, causa de ruína completa. Mas, em nenhuma hipótese, deverá se mostrar complacente com o ofensor contumaz, que amiúde reitera ilícitos análogos. É o caso das grandes empresas de banco que, com indiferença cruel, consignam informações negativas sobre seus clientes e devedores em cadastros que vedam ou tolhem o acesso ao crédito e, posteriormente, se desculpam com pretexto de erro operacional. Nessas hipóteses, a indenização deverá compensar a vítima pelo vexame e punir, exemplarmente, o autor do ato ilícito, com o fito de impedir sua reiteração em outras situações. [...] Quando a lei, expressamente, não traçar diretrizes para a fixação do valor da indenização [...] caberá o arbitramento [...], no qual se atenderá, de regra, à dupla finalidade: compensar a vítima, ou o lesado, e punir o ofensor. Nesse arbitramento, imposto por determinação legal, **deverá o órgão judiciário mostrar prudência e severidade, tolhendo a reiteração de atos análogos.**

Também interessa destacar que as sentenças que se propõem ao evitamento de suposta indústria do dano, tantas vezes o fazem no próprio *decisio* condenatório. Ou seja, ainda que

não se tenha o dimensionamento exato da ocorrência, é notório que o evitamento da indústria do dano não é argumento utilizado apenas para afastar a imputabilidade da responsabilidade e negar provimento ao pedido indenizatório. Ao contrário, valem-se os magistrados de tal argumento **para, de fato, dar provimento ao pedido**, contudo, apreciando o prejuízo moral pelo mínimo possível, em franca contradição de posicionamento jurídico, como se ambos os agentes – fornecedor e consumidor – condenasse, a um pelo cometimento do ato ilícito, a outro, por possível má-fé intrínseca. Contudo, ainda que a condenação percebida acresça em conforto àquele que foi vitimado em sua esfera “das coisas que o dinheiro não compra”, o condão da compensação pelo dano moral vai muito além de sua “função mastercard”. A esse respeito, Ênio Zuliani (2006, p. 58) comenta que a vítima deseja o caráter punitivo, o conforto financeiro e, também, a paz de espírito proporcionada pela ação estatal, reprobatória do ilícito:

Georges Ripert afirmou, com o peso de sua autoridade jurídica, que [...] a condenação, na verdade, não satisfaz a vítima que, ao exigir perdas e danos por ofensa moral, pretende, sim, obter a punição do infrator. É, em termos, procedente a afirmação. Acredita-se que a vítima, nos primeiros momentos da revolta pela injustiça do dano, possa raciocinar que a ação indenizatória que será proposta seria justificável para produzir punição. Isso é, no entanto, um estado passageiro próprio da alma ferida; o tempo prova que ela não busca, em verdade, um castigo que se esgote por conta da reprovação jurídica; almeja, sim, uma compensação financeira que lhe proporcione resgate da auto-estima e, ao mesmo tempo, uma prova de que seu direito é selecionado como digno de proteção jurídica. Basta examinar que o dano moral, por ofensa ao direito do autor (obra literária, musical, etc.), surgiu para que a ofensa à “paternidade intelectual da obra” não ficasse impune, pois a descarada violação ofende o sentimento pessoal de seu criador. Aqueles que sofrem com a usurpação da inteligência privilegiada com a qual o destino os premiou não pretendem punição dos contrafatores que desfiguram uma arte inimitável: esperam reparação moral pela cópia fraudulenta que “desagrada tanto quanto desgosto de filha”.

Ora, essa tentativa de evitamento, pelo Poder Judiciário, de suposto enriquecimento sem causa por parte do consumidor, não se dá apenas a custo social, mas acaba causando certo, real, concreto, enriquecimento sem causa do agente lesivo. Enquanto o magistrado orgulhosamente assina mérito decisório, infirmoando que o prejuízo alegado pelo reclamante não passa de mero dissabor ou fato da vida, e que quase nada lhe foi sido decrescido de seu patrimônio econômico – portanto nada havendo, o consumidor, a reclamar na esfera moral –, eis que além de prestigiar o agente titular do domínio econômico, ainda atua o julgador denotando alienação dos processos sociais, como se desconhece que sua decisão aumenta, ilegitimamente, o patrimônio financeiro, considerando que, *in casu*, quebra o magistrado a regra áurea de Ulpiano – dar a cada um o que é seu, ou, neste caso, devolver o que é do consumidor – mas, o fornecedor permanece detendo, injustamente, ativos que não lhe

pertencem, inclusive na “capitalização intangível” de vantagem injustamente percebida; assim, não é apenas o que o consumidor tem a perder, que conta, mas o que o fornecedor tem a ganhar com a conduta lesiva. Empréstimo as lições de Garcia (1997, p. 96):

Hão de se considerar, outrossim, aquelas lesões, ocorrentes no mercado de consumo, que são imensuráveis ou insignificantes individualmente, mas geram um fabuloso enriquecimento ilícito para o fornecedor. Recentemente, por exemplo, noticiou-se que havia bancos movimentando indevidamente o dinheiro dos seus clientes, sem o conhecimento deles. Os danos individuais certamente terão sido diminutos, não compensando a propositura de uma ação judicial (mesmo em um Juizado Especial), até porque o assunto envolve complexidade técnica. O lucro gerado aos bancos, ao contrário, pode ter sido assaz confortante, ainda que descoberto o abuso (sendo lícito supor, aliás, que muitas peraltices do gênero sequer cheguem a ser desvendadas). Mais uma vez, o *crime* revela-se altamente compensador.

Na seqüência, o autor examina um julgado que tratava de uma publicidade enganosa – embalagem de alimento prometia participação em concurso, cujo prêmio máximo era de tanto e cujo regulamento se achava no interior do pacote. Acontece que a aquisição do produto se deu já vencido o prazo de participação, tendo o consumidor sido induzido à compra, com promessa enganosa de potencial benefício econômico. Em que pese o reclamante ter logrado êxito em sua demanda, é de se imaginar quantas outras pessoas não foram induzidas ao mesmo erro e sequer levaram a público o infortúnio, até mesmo por vergonha.

Reclamando a ineficiência – genérica e não aplicada exclusivamente às indenizações – de um caráter redistributivo para o Direito, com vistas a gerar maior “justiça social” Luciano Timm (2006, p. 205) afirma e propõe:

Ao contrário, ao gerar maior eficiência das instituições sociais de mercado, será um Direito tipicamente privado que gerará maior riqueza social e, portanto, maiores condições para a própria redistribuição, em seu local adequado, via tributação e políticas públicas governamentais (que são inequivocamente o melhor instrumento para gerar ‘justiça social’). Dito isso, e como o Direito cumpre aquela função social de operacionalização das relações de mercado? Basicamente se estiver comprometido com aquelas instituições jurídicas que instrumentalizam o seu funcionamento (do mercado): a livre iniciativa, a autonomia privada (o contrato) e a propriedade. [...] **Com efeito, se o mercado joga importante papel na sociedade, quanto melhor o seu desempenho, maior a função social do Direito.** [...] servindo o seu comportamento [do bom funcionamento do mercado e da movimentação dos agentes econômicos] como referência (não necessariamente determinante) para os demais competidores e para os consumidores. Isso implica em uma agência regulatória [para as questões concorrenciais] e **Poder Judiciário independentes**, incapazes de serem ‘capturados’ pelo agente regulado ou por quaisquer outros setores da sociedade. Ele [o bom funcionamento do mercado] ainda depende de regras claras sobre riscos e obrigações de cada uma das partes que serão alocadas pelo contrato. (g.n.)

Aquém dos debates sobre a justiça distributiva, seria contraditório aplicar o posicionamento de Timm ao tema ora investigado. Afinal, as sentenças ideologicamente combativas da suposta “indústria do dano moral” não deixam de se constituir em uma atuação estatal – conquanto do Estado-Juiz –, as quais seguem uma política judiciária bem definida e ideológica, eivando das mesmas características a jurisprudência que se forma, a qual é fonte informativa do mercado, e provocativa ou, melhor dizendo, indutora de processos decisórios empresariais que expõe a sociedade a perigo, visto que, decorrente do comportamento judicial, a eficiência residirá na desobediência legal e na opção dos gestores pelo “pagar para lesionar”, aumentando, portanto, o risco social e batendo de frente com a proposta do desenvolvimento, que não encerra em si unicamente a perspectiva econômica ou humana, mas devendo conjugar e equilibrar suas faces e a interface, mas nunca ao sacrifício das garantias fundamentais. Afinal, como preceitua Sampaio (2004, p. 157), que avilta os mais elementares “princípios éticos – para não invocar a própria dignidade da pessoa humana, que o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor busca realizar –, o fato de ser toda a coletividade exposta a produtos ou serviços sobre cuja segurança pairam dúvidas”. E avilta a toda a humanidade – afinal, dos *homeless* aos bilionários, no fim do dia, em algum momento todos foram consumidores –, que a exclusiva face econômica do desenvolvimento seja privilegiada tanto nos processos produtivos, quanto nas políticas públicas, sendo válido lembrar que neste passo, a produção de excedentes financeiros, ou a geração de riqueza, se concretiza em realidade prática, mas a suposta posterior e conseqüente distribuição social só se manifesta na ilustre teoria, que em verdade é defendida para justificar o exercício eficiente da livre iniciativa, contudo não tem a efetividade cobrada com o mesmo vigor, por tais doutrinadores, diante daqueles a quem imputam o dever de realizar a justiça social, notadamente, o Governo. Já se falou anteriormente e é bom que se repita: a Constituição Federal norteia o exercício da livre iniciativa no valor fundante da dignidade da pessoa humana e não nas benesses elitistas¹⁷⁸ da eficiência econômica; bem ainda, em meio a ululante emergência socioambiental, parece o cabimento de meras alegações de culpa ou terceirizações de responsabilidade – a responsabilidade é de todos.

Então, o próprio Garcia (1998, p. 97), lança a pergunta e fornece a resposta:

Como combater tantas iniquidades, em tão larga escala? As ações coletivas, por mais evoluído que seja o sistema, não podem – e nunca poderão – preencher o imenso perímetro de contenciosidade que cerca as relações de consumo. Por

¹⁷⁸ Também já se anotou anteriormente, mas cumpre ressaltar novamente, que este trabalho não possui cunho ideológico socialista, marxista ou de teorias do gênero. Não se pretende repudiar ao modelo capitalista, mas especificamente ao seu modo de operação ganancioso e destrutivo.

consequente, é imperioso que também no âmbito da tutela nominalmente individual se dê efetividade plena ao princípio da dimensão coletiva, a ele se atribuindo efeitos concretos, palpáveis. Ativando-se a função *preventivo-pedagógica* dos provimentos judiciais, alcança-se um desses efeitos concretos.

Ora, viu-se que empiricamente as boas decisões induziram à correção de falha de mercado, a exemplo da irresponsabilidade pretendida pelos estacionamento. Também, que a oscilação jurisprudencial em função do abalo de crédito, também fez oscilar a prática pelos fornecedores. A questão é: como demonstrar, racionalmente, a correlação entre as decisões judiciais e a indução comportamental do mercado e, mais especialmente, como as decisões judiciais influenciam diretamente o comportamento do empresário nos processos de tomada de decisão?

Uma das respostas plausíveis reside em uma leitura contextualizada na conjugação da Teoria dos Jogos com a Análise Econômica do Direito.

A economia globalizada é cada vez mais dependente dos contratos e a busca pela competitividade faz aumentar a interface entre o Direito e a Economia, dilatando os mecanismos regulatórios como forma de organizar a produção, viabilizar o financiamento e distribuir os riscos. Uma das críticas à interface entre as duas ciências ora investigadas reside justamente no objeto de estudo, dado que, enquanto a eficiência é prospectada pelos economistas, a justiça é o bem dos juristas (STIGLER, 1992).

Pinheiro (2005, p. 52-53) comenta que existem estudos que analisam empírica e conceitualmente como o Direito e Economia interagem de maneira diversa nos sistemas de *civil* e *common law*, não apenas indicando que o primeiro protege mais fracamente os direitos privados de propriedade, mas também avaliando as implicações práticas dessas diferenças para o crescimento e desenvolvimento econômico dos países. E um bom Judiciário é fundamental para o adequado funcionamento da Economia e demais instituições, sendo peça-chave para o sucesso do modelo econômico em curso, não apenas no Brasil, mas em toda a América Latina, recebendo a função de garantir direitos de propriedade e fazer cumprir os contratos.

Vários autores foram consultados para a elaboração deste tópico. E pela relevância de sua produção doutrinária, em seara ainda rareada no país, a base de fonte informativa é devida a Armando Castelar Pinheiro, com seus vários estudos sobre a relação entre o desempenho do Judiciário e o funcionamento da economia, inclusive por suas excelentes contribuições estatísticas, colacionando e produzindo pesquisas *Survey* sobre o tema.

Muitas evidências empíricas comprovam que variações na qualidade dos sistemas legais e judiciais são importantes determinantes do ritmo de crescimento e do desenvolvimento econômico dos países. Definir indicadores de qualidade, contudo, não é algo pacífico. Não se adentrará a esta polêmica, pois não está em questão, diretamente, a qualidade do Poder Judiciário brasileiro, mas, sim, o impacto econômico de suas decisões e o cumprimento do dever de garantia – ou não – dos efeitos político-legislativos desejados.

Nessa esteira, o sistema desenvolvido por Pinheiro (2005, p. 58), que torna possível avaliar o **impacto** da qualidade dos serviços judiciais sobre a **utilidade** das partes e, portanto, sobre sua propensão a litigar:

A utilidade esperada de recorrer à justiça depende, positivamente, do valor líquido que se espera receber e, negativamente, da variância desse ganho, que reflete a incerteza quanto a ganhar ou perder a disputa e ao tempo até que uma decisão seja tomada. [...] a utilidade advinda [...] é uma função do valor do direito em causa [...]. Neste sentido, um sistema que funciona bem deve ostentar quatro propriedades: **baixo custo e decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e de prazo.** [...] As decisões são previsíveis quando a variância *ex-ante* do ganho líquido de custos é pequena [...] **formada tanto pela variância do resultado em si, como do tempo necessário para se alcançar uma decisão.** [...] representam fatores indesejáveis e atuam para **desencorajar** o recurso ao Judiciário. A previsibilidade é alta quando a capacidade de se vencer se aproxima de zero ou um e a variância do tempo gasto para se tomar a decisão é pequena. (g.n.).

Tempo, potencial de ganhos-perdas, previsibilidade. A eficiência em foco, condicionada pelos custos de transação.

Previsibilidade, em tese, é um fenômeno natural e sem conteúdo moral definido. Mas, quando tende à parcialidade, torna-se instrumento de injustiça, inclusive pelo desequilíbrio que opera nas rodadas do jogo legal, já antecipando o tratamento da tese a seguir, vez que modifica o sistema de informações.

A imparcialidade do Poder Judiciário o torna fonte informativa; a parcialidade o converte em jogador desleal. Várias causas podem determinar a tendência judicial, desde a corrupção, mácula de independência e até a politização dos juízes.

Muito se diz que o Poder Judiciário brasileiro, em grande parte, é politizado e decide afrontosamente a favor do consumidor ou do trabalhador, tão somente por estes pertencerem à específica classe jurídica. Se a informação é tão previsível, como se alega, por que as empresas não promovem, universalmente, alterações radicais em seu processo de engenharia dos custos de transação, passando a investir na prevenção?

Porque há um equívoco científico nessa conclusão pró-parcialidade.

Ainda que se constate uma maioria numérica de decisões vitoriosas aos mencionados vulneráveis, a vantagem percebida por estes, após anos de litígio, é parca e módica, causando

dois efeitos diretos: ao vulnerável e à comunidade, uma sensação forte de impunidade; ao gestor, a garantia dos baixos custos de transação em espécie. Conseqüências? Estímulo ao dano e repúdio à prevenção. Política pública realizada a favor dos “desfavorecidos”? Certamente que não. Antes uma atuação movida pela política doutrinária e ideologia pré-concebida, que reputa por imoral o enriquecimento proveniente do dano. Riqueza esta que não medida pela quantidade de reais percebidos, mas pelo recebimento da própria condenação pecuniária em si. Convivendo, portanto, com um “ar de hipocrisia oficializada” – o dano é reconhecido aprioristicamente, e roubado em eficácia, praticamente.

Como dito anteriormente, o comportamento jurisprudencial, relativo à quantificação condenatória dos danos morais, notadamente nas relações de consumo, causa impacto eficiente para a atividade econômica dos fornecedores em geral, mas prejudica o desenvolvimento socioambiental, causando instabilidade social de inúmeras ordens (econômica, ética e moral, são apenas algumas dessas ordens) e, portanto, ao contrário do que dita o que agora já se pode chamar de “lenda jurídica”, a suposta politização das decisões em favor dos consumidores – e empregados, dentre outros – na verdade é favorável à eficiência econômica e, via de conseqüência, atentatória contra a política nacional consumerista, que deveria ser, suposta e/ou teoricamente, preventiva e cogente, dentre outros atributos legalmente conferidos.

Legislador e Magistrado são **fontes informativas** do jogo legal, não jogadores, informação prestada esta que *poderá* se converter em **externalidade**.

Ao dimensionar valorativamente o campo normativo, o regulador estabelece as prioridades do interesse público e o modelo social almejado, atuando, conscientemente ou não (?!), como informador do jogo legal. Em que pese pueril, contudo, se admitir que o legislador não tenha noção de seu papel social e do impacto que as normas por ele construídas surtem na conduta humana, até mesmo porque ele próprio estipula a recompensa ou desvantagem intrínseca à obediência da lei. Da mesma sorte, o magistrado: como não estaria ele consciente do impacto de seu papel social?

O legislador expressa o ônus e bônus na letra editada, mas **aplica** a recompensa ou punição por meio do Judiciário, que, por sua atuação, pode desvirtuar o escopo do legislador, ou se valer do processo casuístico para promover uma política pública, de acordo com a ideologia do magistrado ou do tribunal. Percebe-se que já não se está a tratar, meramente, da independência dos Poderes, mas da decisão judicial como instrumento realizador *lato sensu*, causador de impacto social e econômico.

Essencial a leitura do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, para compreender qual foi a política nacional ambicionada e prescrita para as relações consumeristas:

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.

A vulnerabilidade elementar e a hipossuficiência casuística são pressupostos legais reconhecidos ao consumidor (arts. 4º, I e 6º, VIII, CDC), como resultado da intervenção estatal para suprir uma **falha de mercado consistente no poder econômico concentrado e desequilibrado**, que pertence ao fornecedor.

Contudo, a investigada e criticada atuação do Poder Judiciário, por meio do compêndio decisório jurisprudencial, contribui para o desequilíbrio natural que existe entre os entes, **acentuando a falha de mercado** e desvirtuando o interesse público, provocando um choque no sistema legal, ainda que não oficialmente.

Considerando como premissa que o ideal para a sociedade é a atuação empresarial socioambientalmente responsável, figura a Responsabilidade Civil – e mais especificamente a função profilática das sentenças – como instrumento de realização da socioambientalidade e do desenvolvimento sustentável.

Se, no jogo do mercado, não houver recompensa suficientemente vantajosa para que a **escolha racional seja a prevenção do risco legal** – e, via de conseqüência, prevenção dos danos – estimulando o jogador empresarial a se portar nos limites da lei, certamente que sua opção será por lesionar, **independente do custo social** acarretado por sua decisão.

Nesta esteira, percebe-se não ser suficiente a perspectiva legal da imputação da obrigação de indenizar ao violador da norma, pois a **desvantagem se revela eficiente**.

Tal cenário lembra a descrição do jogo de **caça ao cervo** (*stag hunt*), em que a ameaça não é verbalizada, mas há o risco de que um jogador mude a estratégia do grupo – *in casu*, o pacto comunitário de respeito ao ordenamento jurídico – mudando o objetivo comum de caçar cervos – ou a promoção do bem comum e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária – e se volte para a obtenção da recompensa exclusivamente pessoal – a eficiência econômica ao desprezo do desenvolvimento humano.

Havendo **ameaça** de punição – a sanção legal – diz a Teoria dos Jogos que nesta hipótese o resultado seria cooperativo, ou respeito à lei (do latim, *sancire*, santificar, respeitar a lei). Mas a práxis tem comprovado que a **mera ameaça de sanção** – ou o evitamento da

desvantagem proposta pelo discurso jurídico teórico – não tem se revelado suficiente, já que a **engenharia dos custos de transação** massivamente ainda escolhe lesionar.

Na relação pontual entre fornecedor e o consumidor individualizado, é possível dizer que o jogo é de **uma etapa** auto-exauriente, que se extingiria na satisfação da compra e venda ou da prestação do serviço. **Sob o prisma da economia de massa**, para o fornecedor **as etapas são sucessivas, o jogo é repetitivo**, considerando a fidelização do cliente e/ou as múltiplas transações efetuadas com sua população consumidora – outros jogadores –, ou mesmo mais relações – etapas – com o mesmo consumidor/jogador. Etapas de **um jogo em pé de uma desigualdade** imposta pela falha de mercado, conforme aduzido.

Remonta a **Adam Smith** o pensamento de que “a ambição individual serve ao bem comum” e, movido por seu interesse egoístico – o que não é necessariamente imoral ou ilícito – é que o açougueiro fornece o jantar ao cliente.

Descrição corroborada pelo **Equilíbrio da Nash**, bem como pelo ensinamento pioneiro de Von Neumann e Morgenstern (BÊRNI, p. 27), acerca da **estratégia comum**, quando ambos os participantes possuem o mesmo objetivo: “As ações do participante de uma economia social de trocas serão influenciadas por suas expectativas das ações dos demais participantes, e estas, por sua vez, refletem as expectativas das ações do primeiro”.

Adam Smith acreditava, como notório, na auto-regulação do mercado, guiado por sua mão invisível. Com as características da economia e da sociedade de consumo atuais, a auto-regulação mercadológica livre de **qualquer** intervenção estatal não é um ideal concretizável, ao menos no modelo presentemente praticado. Acresce que, o cervejeiro de ontem é a ImBev corporativa de hoje, que busca conquistar o varejo, mas pode se dar ao luxo de desagradar a alguns clientes pontuais, deixando-os desatendidos e desgostosos em suas queixas. Mas, é de se admitir que a **competitividade** leva a Empresa *lato sensu* a promover sua marca, alinhando-a a padrões de qualidade de atendimento e prestabilidade, além de se associar a causas nobres ou socioambientalmente responsáveis, tudo no afã de conquistar e fidelizar clientes. A associação da marca a critérios reputados negativos pela comunidade, ou a cadastros de mal-atendimento – como os gerenciados pelo PROCON – diminui a vantagem comercial. Esse valor agregado, que não pode ser expressado monetariamente, inclui-se na categoria dos **ativos intangíveis**.

Portanto, é lícito concluir que as imposições de fatores tais como os investimentos alocados, competitividade, marketing e conquista de mercado, poderiam responder – e respondem – por uma boa parcela do **estímulo à cooperação** nas etapas do jogo, caminhando para algo assemelhado ao **equilíbrio natural emergente da regulação social**.

Muito oportunamente, Eric Posner¹⁷⁹, em entrevista a Peter Schuler, sobre seu livro *Law and social norms*, publicado pela Harvard University Press, 2000, falou sobre a conexão entre a lei e o que o autor chama de “normas sociais”, aduzindo que **muito do comportamento usual e cotidiano é cooperativo**, mesmo quando se espera que haja uma lei envolvida; mesmo em sociedades reputadas mais frágeis, verifica-se que a ordem é mantida. Trata-se de algo que está no **domínio do não-legal**, da regulação “social”, fator que, para muitos docentes das Ciências Jurídicas, apenas complica os assuntos desnecessariamente. E, ao explicar como a Teoria dos Jogos expressa o conceito por ele proposto de normas sociais, comenta que o paradigma **fornece um modelo para a organização social e a cooperação entre os indivíduos**. Partindo do pressuposto da racionalidade e mesmo considerando o afastamento de elementos subjetivos, como as emoções, o jogador não escolheria trapacear, baseado no raciocínio que diz: “Se eu enganá-lo hoje, não serei capaz de cooperar com você amanhã”.

A teoria de Posner é intuitivamente correta para relacionamentos bilaterais, não explicando, como o próprio autor reconhece, porque milhares de pessoas podem escolher cooperar; logicamente, quanto mais cooperação houver, menos governo haverá, porque, nas palavras do autor, **as pessoas sempre temerão que alguém as veja fazendo algo errado (trapaceando) e que contem isso para os outros**. Portanto, **racionalmente**, ninguém escolherá trapacear.

Retomando **a perspectiva contemporânea de um equilíbrio natural do mercado promovido pela regulação social**, pela visão de Eric Posner, a **sanção** – ou o seu evitamento – **seria apenas um estímulo extra** à opção pela prevenção, dado que **a cooperação emerge naturalmente** do comportamento, *in casu*, dos fornecedores, que **afastariam as escolhas de trapaça** – aqui considerada como o cometimento deliberado de todo ato lesivo – para não sofrerem prejuízos de imagem.

Novamente se indaga: se racionalmente ninguém escolhe trapacear, ainda que este seja um “número ideal”, por que a Empresa ainda considera eficiente lesionar?

Mantendo a pergunta em suspenso, traga-se um caso concreto, o triste acontecimento datado de 29 de setembro de 2006 – um dos dois maiores desastres aéreos da história nacional – e, notadamente, um aspecto noticioso, que ganhou destaque na imprensa mundial. Como é de notório conhecimento, a colisão se deu entre um *Boeing* da Empresa GOL e um jato *Legacy*, fabricado pela Embraer e recém-adquirido pela empresa norte-americana de táxi-

¹⁷⁹ Não confundi-lo com Richard A. Posner, fundador da *Law and Economics*.

aéreo, Excel-Aire, cuja tripulação e passageiros eram igualmente estadunidenses. Com as investigações ainda no começo e já restou estampado nos jornais internacionais que a mencionada empresa estrangeira estaria se empenhando em pressionar a GOL para que assumisse toda a culpa pelo *eventus damni*.

Engana-se quem imagina que o intento comercial era se esquivar da responsabilidade financeira. Pelo contrário, a empresa estava amparada por duas apólices de seguro que, juntas, totalizam cerca de 250 milhões de dólares. Manifestamente, a ação foi arquitetada por ambas as Seguradoras e por seu corpo de advogados especializados, **cuja pretensão era arcar com os prejuízos financeiros, desde que a competência para o julgamento da lide e arbitramento dos montantes condenatórios se desse no foro brasileiro.** Juntamente com o recebimento das indenizações, os familiares das vítimas assinariam uma espécie de carta de renúncia ao *jus postulandi*, **abdicando do direito de processar a empresa estrangeira pelas leis e nos tribunais norte-americanos.** A explicação dos advogados corporativos para essa atitude inusitada, antes mesmo da conclusão acerca da imputação de culpa? **Perante qualquer resultado de investigações ou da sentença judicial, os parâmetros indenizatórios praticados no Brasil seriam mais vantajosos financeiramente para as Seguradoras, se comparados ao provável resultado em solo norte-americano.**

Os primeiros e mais superficiais pensamentos que ocorrem a qualquer leigo que tenha acesso à notícia é o lógico questionamento de **como poderia uma sentença emanada de uma pátria maculada pela dor, ser mais condescendente com os algozes de 154 de seus filhos? A vida do brasileiro teria mais valor justamente para os norte-americanos¹⁸⁰, conhecidos pelos episódios de intolerância para com os imigrantes latinos? Ou a Justiça brasileira é indulgente com as condutas ilícitas¹⁸¹?**

Caso concreto e elucidativo. Por que a Empresa ainda considera eficiente lesionar? Porque a engenharia dos **custos de transação** ainda totaliza vantagens advindas dessa

¹⁸⁰ Afora que, por muitas décadas, no Brasil, “a morte e vida severina” foi avaliada muito abaixo da vida e das partes do corpo de seus compatriotas sulistas ou do sudeste, sendo vergonhosa a disparidade existente entre idênticas condenações ao longo das regiões do país. Para “alegria” dos brasileiros, as avaliações foram, com o tempo, niveladas – pelo mínimo.

¹⁸¹ *Ab initio*, o tema estava sendo tratado pela Justiça brasileira de forma escorregada, manifestando responsabilidade jurídica e social, no tocante à concessão das tutelas judiciais cabíveis de emergência e asseguramento da satisfação de direitos futuros, especialmente, *ab initio*, concretizada na apreensão dos passaportes dos pilotos estrangeiros e pela liminar que garante a permanência do jato *Legacy* no país, como garantia do pagamento de eventuais condenações. Contudo, em 09 de dezembro de 2008, os pilotos do *Legacy* foram absolvidos “pela Justiça Federal de Sinop (MT) das acusações relacionadas à negligência no caso.” Conforme: D’AGOSTINO, Rosanne. Pilotos do jato *Legacy* são absolvidos de negligência em tragédia da GOL. **Folha de São Paulo**, 10 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2008/12/09/ult5772u2058.jhtm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2008.

escolha. Mas a lei não imputa o dever de indenizar e reparar o dano, ao agente? Sim, mas a **retribuição pecuniária aplicada pelos tribunais é suficientemente módica para estimular a trapaça e desestimular a cooperação natural.**

E ainda – “implodindo” a auto-estima social – deixa implícito que **trapaceiro é o consumidor**, que, na busca por uma resposta para o prejuízo suportado, pretende enriquecer ilicitamente – **verdadeira engrenagem da “indústria do dano”** este ente mimado que não tolera os fatos da vida, as pequenas dores próprias das relações cotidianas –, sendo imperioso ao magistrado, por dever constitucional, reconhecer a lesão moral, mas, em nome da estabilidade social, **sai o juiz, com sua “armadura à base de toga”, na defesa do jogador detentor do poder econômico, contra a vileza da conduta do jogador vulnerável e hipossuficiente**, que acessa o Judiciário, invariavelmente, por má-fé.

Esta é a mensagem enviada à sociedade pelo *quantum* irrisório, instaurando-se a descrença nas instituições e a sensação de impunidade.

Sendo eficiente trapacear, o jogo legal (consistente com a conduta embasada pelo mínimo legislativo, que é antecipatório dos tribunais), que deveria ocorrer em uma única etapa, na transação comercial, **ganha uma rodada extra**, agora no cenário judicial, em cujo campo deveria prevalecer a igualdade – como intencionado pelo regulador. Mas a falha de mercado emergente do poder econômico resta ainda mais acentuada por outra falha de mercado: **a assimetria de informações.**

Dito anteriormente que a lei é informação completa e disponível e que o Poder Judiciário também atua como fonte “definidora de informações variáveis”, sendo não completa, mas evidentemente previsível e, portanto, impactante dos custos de transação do fornecedor, ao menos, de duas formas, seja pela despesa acarretada na pesquisa informacional do estado da arte jurisprudencial, seja pelo custo jurídico da defesa ou instalação do processo judicial. E que a previsibilidade da quantia módica injustamente desequilibra o jogo a favor do fornecedor, **ao inserir uma informação essencialmente modificativa do resultado sancionatório retributivo.** No dilema dos prisioneiros, essa conduta se assemelharia a de um policial que decidisse simplesmente “contar”¹⁸².

¹⁸² O Dilema dos Prisioneiros é um dos casos clássicos da Teoria dos Jogos (POUNDSTONE, 1953), cuja essência pode ser resumida pela idéia de dois ladrões que ajustam de praticar juntos um roubo e são pegos em flagrante no estabelecimento comercial. Levados à delegacia, são mantidos em celas separadas e recebem a mesma proposta – silenciar ou confessar, conforme o seguinte sistema de penalização: a) se ambos cooperarem entre si e se calarem, pegam um ano de cadeia; b) se os dois confessarem, não cooperando entre si, ambos pegarão dois anos de cadeia; c) porém, se um decidir confessar – logo, desertando – e o outro se calar, cooperando, aquele que desertou se vê livre, deixando o ladrão que cooperou pegar cinco anos de cadeia. Portanto, é fácil perceber que o melhor resultado para ambos seria a cooperação mútua. Porém, o jogo só faz

Essa assimetria de informações torna injusta, para o jogador com piores condições, a rodada que se realiza nos tribunais, colocando em pé de desigualdade também essa segunda rodada, que já começa viciada, ferindo o dever de imparcialidade e a função realizadora de justiça, originários do Judiciário, acentuando, em muito, a hipossuficiência do consumidor.

É como dito acima – no dilema dos prisioneiros, essa conduta poderia ser comparada a de um **policia! que decidiu divulgar quem delatou**, arruinando as chances de cooperação no jogo.

Veja-se que essa criticada política judiciária se converte em uma **externalidade negativa** para todos os consumidores não contemplados no processo judicial, cujo bem-estar é afetado em dois tempos: pelos efeitos perniciosos da escolha pelo abandono da prevenção e pela potencial retribuição insuficiente ao dano eventualmente suportado.

Entra em cena, o oportuno conceito da **estratégia dominante** – comportamento de um dos jogadores que lhe permite auferir uma recompensa maior, **independente da estratégia adotada pelo outro jogador**.

Já não importa a reação do jogador consumidor perante a trapaça, se irá apenas sair frustrado da loja, reclamar ao gerente, ou acessar o Judiciário. O comportamento jurisprudencial define pelo fornecedor qual deve ser a estratégia dominante eficiente, qual seja, escolher lesionar sobre evitar o dano. Ora, o empresário poupou-se de investimentos preventivos, conta com a inércia do jogador lesionado – que, via de regra não processa, apenas se ressentido da frustração – e, mesmo em face de uma sentença condenatória, ainda está nos limites da eficiência.

Considerando que as rodadas do jogo podem ser exaurientes ou sucessivas/habituais, que todo jogador conta com a hipótese do outro desertar – ou seja, não continuar na partida, *in casu*, equivalendo a não acionar judicialmente pelo dano de consumo – e o conceito de estratégia dominante em razão da assimetria de informações, é extremamente oportuna a leitura de Garcia (1997, p.95-99):

Óbvio, então, que a função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais revela-se extremamente cara ao direito do consumidor, onde os conflitos, sob a ótica do fornecedor, não são eventuais, mas habituais, profissionais (o que, aliás, agrava a vulnerabilidade do consumidor no campo judiciário). Por sinal, a distinção entre os litigantes ‘eventuais’ e os litigantes ‘habituais’, por reproduzir no processo a desigualdade existente no campo material, revela-se de grande importância [...] quem se debruça sobre a questão é o grande Mauro Cappelletti [...] desenvolveu uma

sentido, se o policial não quebrar a estabilidade da incerteza de informações, delatando para um dos ladrões a decisão do outro parceiro.

distinção [...] baseado na frequência de encontros [dos litigantes] com o sistema judicial. Ele sugeriu que essa distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. [...] As ‘numerosas’ vantagens dos litigantes ‘habituais’ reiteradamente acicatam, entre nós, práticas empresariais sumamente desleais e nocivas ao consumidor. Claro! Sabem perfeitamente os fornecedores menos atentos aos ditames do princípio da boa-fé que a maioria dos consumidores lesados por determinada prática abusiva ou se conformará com a lesão, por uma série de motivos – v.g., pode ser medo do acesso à justiça deficiente, drama universal¹⁸³ –, ou nem sequer se aperceberá dela. Quanto aos inconformados conscientes, também não infundem maior temor, pois igualmente é do conhecimento do fornecedor pouco católico que essa minoria terá de se ver com os percalços referentes ao sistema judicial, incluídas aí não só as dificuldades quanto à prova dos fatos alegados, mas também as inevitáveis crises nervosas que serão ofertadas ao patriota litigante (*eventual*) pelo nosso calamitoso processo de execução. Desta forma, muitas vezes, o *crime* compensará, e muito! [...] Vale frisar novamente o lado psicológico: enquanto um processo não costuma trazer qualquer abalo à normalidade das atividades do fornecedor, para o consumidor a empreitada judicial pode redundar em transtornos sérios, não sendo incomuns os relatos de quebra da harmonia doméstica e até a perda do emprego, decorrentes das faltas ligadas ao acompanhamento do processo.

Conforme aduzido acima, do campo das evidências empíricas, quando a jurisprudência se mostrou implacável para com as inserções indevidas, de consumidores, em bancos de cadastro, as empresas se mostraram cautelosas, haja vista que o número de ilícitos era tão alto quanto a possibilidade da condenação quanto a possibilidade do jogador consumidor acionar o Judiciário. Com o tempo, arrefeceu o entendimento magistral, que passou a dar lugar à célebre máxima “fato da vida”, imputando, em suma, o risco do negócio à vítima. Via de consequência, as inserções indevidas voltaram a ocorrer com maior frequência e menor pudor.

O que se pretende, portanto, ao se falar em função profilática das sentenças é uma revisitação das funções do próprio processo. Como afirmam Bortoli e Bessa (2008, p. 1879):

¹⁸³ Garcia (1998, p. 98-99) comenta a diferença do impacto do receio de processo entre os países de Judiciário mais ou menos desenvolvidos: “Sobre a expressão [vá procurar seus direitos], vale transcrever a passagem do ótimo *Roteiro dos Juizados Especiais*, do magistrado fluminense Luis Felipe Salomão (Rio de Janeiro : Destaque, 1997, p. 25): ‘Na feliz expressão do desembargador de São Paulo, Kazuo Watanabe, nos países de primeiro mundo a expressão ‘eu te processo’, assusta o causado do dano, que logo se preocupa em compor com o lesado. Ao inverso, nos países que maltratam o direito do cidadão, a expressão ‘vai procurar seus direitos’ é que assusta, já que o lesado sabe que terá que percorrer longo e demorado calvário, além de dispendioso, para ver restabelecido seu direito’. E vale a pena lembrar da cena perfeitamente retratada no filme estrelado por Jim Carey – O Mentiroso –, no qual, Fletcher, personagem de Jim Carey, impossibilitado de mentir, se vê diante de uma frustração de consumo: seu belíssimo carro teve a pintura arranhada, pelo funcionário do estacionamento municipal. Ao se ver ameaçado de sofrer “as medidas cabíveis”, o debochado manobrista indaga, descrente: - ‘E o que você pretende fazer?’ Fletcher, indignado, mas “amaldiçoado com o dom da verdade”, responde: - ‘Não vou fazer nada, porque eu vou te arrastar para as pequenas causas e muito provavelmente o juiz não me dará ganho de causa. E, se eu ganhar, nunca vou conseguir cobrar, mesmo’. Ainda mais perfeita é a resposta do manobrista, aos risos: - ‘Puxa, essa não é mesmo a sua primeira vez. Você sabe mesmo como as coisas funcionam’.

Tal contexto evidencia que o desenvolvimento do país de forma sustentável depende também de um Poder Judiciário moderno, transparente, célere e eficiente, e da incorporação do desenvolvimento sustentável à hermenêutica jurídica, haja vista a essencialidade e a gravidade das questões socioambientais no mundo contemporâneo.

A reformulação, ou melhor se diz, a refuncionalização do processo, há de se estender a todas as suas facetas. Zuliani (2006, p. 62) comenta que a viabilidade executória é fator causador de impunidade – e, assim, modifica o deslinde da rodada do jogo.

Mostra a realidade que não foram criados métodos racionais para superação dessa crise da execução, o que permite afirmar que a incapacidade patrimonial do infrator alimenta uma noção de impunidade perigosa, aumentando a distância das pessoas separadas por graduações econômicas. Na verdade, a ação de ressarcimento de danos é seletiva; somente compensa procurar justiça quando exista real probabilidade de ser executada a sentença que condena à reparação de danos. Somente alguns são condenados, o que não deixa de constituir uma indignidade social, uma frustração do direito de cidadania.

Como explica Theodoro Júnior (2001, p. 20), sobre a ação de responsabilidade civil, esta “é uma ação condenatória, pois seu objetivo é acertar (definir) a existência do direito do ofendido a uma certa prestação reparatória da lesão que lhe provocou o ofensor e, também, a condená-lo a realizar a dita prestação”.

Ainda que os posicionamentos de Luciano Timm (2006, p. 206) não coadunem, na integralidade, com a ideologia que move as conclusões desta investigação, quer parecer haver um ponto de concordância entre a sua doutrina e as presentes linhas, no tocante à importância de um processo civil ágil, em nome da funcionalização e da efetividade jurídica¹⁸⁴.

Este instituto [o contrato] protegerá assim os envolvidos no negócio de possibilidades de incumprimento, de responsabilidades por danos gerados ao parceiro ou a terceiros, enfim de comportamentos oportunistas ou negligentes. E por isso o contrato, como instrumento jurídico, oferecerá aquilo que de mais precioso o sistema jurídico pode oferecer nestes casos: sanção estatal mediante uma ação judicial da parte que se sinta prejudicada. E nesse ponto o contrato se imbrica com o

¹⁸⁴ Informa Luisa Belchior, em colaboração para o Folha Online (2008), que a tragédia ocorrida com o navio Bateau Mouche já completa agora 20 anos e as famílias ainda esperam pela indenização: “Além de ser um dos naufrágios mais famosos do Brasil, o afundamento do Bateau Mouche, que completa 20 anos no próximo dia 31, guarda também um outro triste recorde: o de morosidade da Justiça. [...] O Bateau Mouche – uma embarcação de luxo que levava passageiros da alta sociedade para assistir a queima de fogos de Copacabana (zona sul) – naufragou no dia 31 de dezembro de 1988 na Baía de Guanabara, no Rio, a caminho de Copacabana. Das 153 pessoas a bordo, 55 morreram. Um laudo da Polícia Civil apontou, na época, que o navio estava superlotado e com uma série de falhas e indiciou três pessoas, mas ninguém foi preso até hoje. Além disso, em 20 anos, a Justiça só determinou o pagamento de indenização para duas famílias, e, mesmo assim, apenas uma foi paga, por causa de recursos impetrados pela defesa dos acusados”. BELCHIOR, Luisa. Tragédia do Bateau Mouche completa 20 anos e família esperam indenização. **Folha Online**, Rio de Janeiro, 28 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fofha/cotidiano/ult95u483896.shtml>. Acesso em: 28 de dezembro de 2008.

processo civil, pois um rápido procedimento garantirá efetividade do contrato e, portanto, das regras e respectivas sanções negociadas pelas partes, tornando o incumprimento um pior negócio do que o cumprimento (porque além de adimplir suas obrigações, com certeza a parte terá que responder por multas, perdas e danos, custas processuais, honorários advocatícios).

Por dever de ofício, não seria possível concluir este tópico sem registrar uma opinião acadêmica individual, sobre o tema. Muitas críticas são formuladas contra o movimento Análise Econômica do Direito, notadamente por juristas afiliados a linhas privatistas e humanistas, haja vista que, em suma, contestam veementes a “monetarização” ou “economicização” – não apenas do ordenamento, mas, de certa forma, do próprio Homem, atentando contra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Promoção do Bem Comum, postulados da mais alta estirpe para a nação democrática brasileira.

É notório que a pesquisadora se inclui na classe dos juristas privatistas, defensores ardorosos da salvaguarda das garantias fundamentais, tendo produzido textualmente a respeito, com destaque para o artigo que embasou parte do capítulo 1 e que acusa o desalinhamento do conceito civil de “patrimônio” e “dano patrimonial”, tendo em vista que o movimento de Repersonalização – que visa, justamente, a substituir a figura do sujeito de direitos abstrato – considera o Homem de maneira completa, holística como querem alguns, mas, sobretudo, reconhecendo valor às suas imaterialidades e intangibilidades, a exemplo de sua personalidade, seu genoma, sentimento religioso, criações, legados, fatores nem sempre apreciáveis economicamente, ou mesmo, por necessidade de preservação, devendo se manter afastado do comércio, a exemplo de patrimônios culturais coletivos. Nesta esteira, peca, também, o dito movimento de Despatrimonialização do Direito Privado, que, por via reversa, acaba por reconhecer que o patrimônio – Homem singular ou coletivo – se resumiria à sua auferição monetária. Afinal, “quem é, tem”.

Logicamente não se pode aceitar a economicização do mercado de órgãos, das adoções, dentre outros. Mas, seria no mínimo pueril fechar os olhos para a realidade do mercado e da excessiva influência do poder econômico, principalmente nos estágios legais – da confecção das normas à sua aplicação jurisdicional, em última instância. Sem desprezo por macro políticas, que procurem mitigar essa inversão de valores em um mundo do “quem tem, é”, urgentemente é preciso trabalhar com o mobiliário social presentificadamente disponível, do qual, a Economia e o Direito são dois dos mais consistentes representantes. Quem fecha os olhos à análise de eficiência econômica do cumprimento da norma, ou oficialmente protesta pelo afastamento do parâmetro, ou está a fazer ouvidos de mercador para a realidade fática, ou

deliberadamente atua eivado de hipocrisia, preferindo relegar este silogismo ao obscurantismo da extra-oficialidade.

Ora, qualquer humanista radical que pague impostos, tendo dinheiro em caixa e aplicado a baixo rendimento, irá, por simples conclusão aritmética, preferir o pagamento total antecipado e à vista de seu talão de IPTU. E não pode ser moralmente condenado por isso.

Entra em cena, então, o argumento de que está a se tratar de caso exclusivamente ligado à propriedade imobiliária. Mas, em verdade, ainda que de maneira inconsciente, por todo o dia o ser humano “faz contas”; “vale a pena?”, já é uma indagação corriqueira que resume a ilação proposta. – “Um carro está vindo e eu estou atrasado. Aperto o passo e atravesso a rua, ou espero abrir o sinal de pedestres?”. Ou: – “Estou com pressa e o sinal vai fechar. Piso no acelerador e ‘proveito o amarelo’?”. Estas são contas mínimas diárias, e que envolvem danos corporais e estéticos em potencial, além da periclitância da vida e saúde. Onde está o patrimônio imobiliário agora?

A eficiência econômica, ao invés de ser combatida como um vírus, pode ser o substrato de uma “eficiente” vacina social. A partir do prisma normativo – legislativo e judicial –, a adoção de parâmetros econômicos, tanto para a confecção de normas, quanto para a aplicação das mesmas, ao menos esclarece o operador do Direito sobre o potencial de impacto econômico – e social – que sua conduta causará, compartilhando com todos a responsabilidade socioambiental; em outros casos, pode se converter – para bem ou mal – em instrumento de realização de políticas públicas.

Mas o fato é que a escolha racional existe e será adotada pelos indivíduos, sendo mais “eficiente” que os juristas encarem de frente a realidade e procurem valer-se dos parâmetros para realizar, enfim, os objetivos fundamentais republicanos. Por que não obter lucro no implemento de medidas protetoras da dignidade humana? Por que não premiar juridicamente o empregador responsável? Já basta da racionalidade eficiente ser adotada tão somente pelos “lobbistas” e representantes do Poder Público, em função de seus próprios interesses.

Na Modernidade, os Estados se laicizaram e o Homem buscou se libertar de um referencial coletivo de ética e moral, abalando o sistema de princípios e valores sociais, na Contemporaneidade (SACKS, 2007). Quem sabe a identificação da viabilidade de proporcionamento de eficiência econômica não venha a ser o divisor de águas entre as questões que efetivamente devem ser tratadas como puramente morais, ou estritamente fora do comércio, minimizando os efeitos da deturpação canônica sobre a divindade dos lucros? Não é preciso leiloar o Homem, para atingir a eficiência econômica. Não é preciso abrir mão da vantagem econômica, para que uma conduta socioambientalmente responsável reste eivada

de “humanidade”, praticada “por bem”. Provável que Weber e Franklin adotassem uma postura um pouco diferente, se vivos nos dias atuais. Mas ainda é verdade: lucro legítimo não rouba o Céu da alma imortal.

O que se pretende, portanto, ao se falar em função profilática das sentenças é uma revisitação das funções do próprio processo, como supra afirmado, dado que hoje sofre moléstia grave devido às contaminações do espírito arcaico do individualismo proprietário e do patrimonialismo estrito. Pertinentes as palavras de Garcia (1998, p.98-99):

Entremostra-se nessa passada, quando falamos sobre a função *preventivo-pedagógica* dos comandos judiciais nos pleitos consumeristas, um escopo verdadeiramente político da jurisdição. Com efeito, a manifestação pretoriana há de demonstrar cabalmente a reprovação estatal em relação a comportamentos que infrinjam a ordem estatal em relação a comportamentos que infrinjam a ordem pública do consumidor, desestimulando o infrator da maneira a mais *persuasiva* possível. Não é possível que a decisão judicial, mesmo condenando o fornecedor, estimule ainda mais o proceder ilícito. [...] O processo, insista-se, não é mais visto como mero instrumento técnico de resolução de conflitos individuais. Quer-se mais do processo, uma função muito mais transcendente. Quer-se que ele atue positivamente na busca da elevação dos padrões éticos de uma sociedade. A decisão judicial assume, com o *macroprocesso*, um peso muito maior, servindo não só para resolver com justiça o caso concreto, mas também para prevenir semelhantes lesões.

Por fim, Bortoli e Bessa abrilhantam a conclusão deste trabalho (2008, p. 1891), de maneira que não se pode escrever melhor:

Decisões judiciais influenciam a tomada de decisões nas empresas na assunção ou prevenção de riscos, na tentativa de efetivamente implementar todas as alternativas possíveis para evitar danos, em razão dos seus custos econômicos e da efetividade do Poder Judiciário. Para as empresas, esta afirmação dos princípios voltados à promoção do desenvolvimento sustentável pelos tribunais significa risco, aumento de custos e perda financeira, induzindo-as à efetiva incorporação de melhores métodos de gestão de riscos ambientais – o que resulta, reflexamente, na maior efetividade na prevenção e precaução de riscos, contribuindo para a própria sustentabilidade empresarial, já que evitar custos e preservar recursos naturais contribui para a viabilidade do negócio numa visão de longo prazo. Assim, a mudança de comportamento das grandes empresas não advém somente das crescentes demandas sociais por maior ética e cidadania empresarial. Eles decorrem também (e, quem sabe prioritariamente?) do poder coercitivo do Estado, que através do Poder Judiciário está estabelecendo efetivamente a exigência do cumprimento da legislação ambiental. Como a sustentabilidade das empresas privadas depende do desenvolvimento social, do cumprimento de sua responsabilidade e da viabilidade do negócio, estas devem aliar à sua administração a consciência ecológica, devendo suas atividades serem pautadas pelo gerenciamento dos riscos e impactos, buscando sempre a melhoria dos processos de gestão, respeitando-se a legislação vigente. Conclui-se, assim, que as decisões judiciais contribuem fortemente para a incorporação do desenvolvimento sustentável, uma vez que afetam diretamente a gestão de riscos [...] portanto, a interação entre mecanismos jurídicos e a racionalidade do mercado são um campo a ser melhor explorado, uma vez que a conjugação de esforços pode potencializar as mudanças sociais e comportamentais, tão necessárias e urgentes.

CONCLUSÃO

A urgente demanda socioambiental adveio das modificações do modelo produtivo e econômico, experienciados desde a travessia do modelo feudal até o capitalismo globalizado, considerando, especialmente, que o acesso às riquezas naturais e forma de utilização do meio ambiente e disposição da força de trabalho humana foram radicalmente alterados, causando impacto natural e social, revelados, ilustrativamente, no aquecimento global – e suas conseqüências, que variam das secas aos tsunamis –, os grandes bolsões de fome, as diferenças sociais extremas e o estressamento do tecido social, que afeta intimamente a auto-estima individual e coletiva.

Impõe novidade de paradigma ao mundo como um todo, afetando a todas as pessoas, setores e ciências, provocando a manutenção na mídia de expressões como “desenvolvimento sustentável” e “responsabilidade social”, apesar de estas serem freqüentemente confundidas com a sustentabilidade do próprio negócio ao descaso do impacto social, filantropia e responsabilidade exclusiva das empresas ou do Estado. Sustentabilidade é relativa aos três tempos – passado, presente e futuro – e afeta a todos os agentes humanos, direta ou indiretamente relacionados aos processos produtivos, na virtuosa compreensão de que a Vida é interdependente. Responsabilidade é dever de todos, não bastando que as empresas ou o Estado-Administração façam sua parte, se o Estado-Lei, o Estado-Juiz e os cidadãos em geral se omitirem ou dolosamente caminharem na contramão das necessidades do mundo.

O Direito, especialmente na família romano-germânica, não passou incólume pelas transformações sociais e concluiu a travessia da Antigüidade para a Modernidade e desta para a Contemporaneidade, vivenciando a Era dos Códigos e das Constituições, abdicando das vontades do governante absolutista, para focar a regulação nas necessidades do Estado Democrático e na proteção da propriedade privada. Mas, em novo salto evolutivo, após forte clamor social, surge o movimento de publicização do Direito Privado, em uma saudável intervenção estatal sobre as relações dos particulares, em nome do interesse coletivo, por meio de normas cogentes e demandatórias de novas funções, tanto para o Direito em si, quanto para as figuras jurídicas, individualmente consideradas. Do ponto de vista ideológico, a travessia se opera do individualismo proprietário para o resgate da visão antropocêntrica à interpretação e aplicação das normas jurídicas, pelo critério hermenêutico denominado Constitucionalização do Direito Civil, que, desde 2002, abarca obrigações civis e empresariais.

Dos frutos da repersonalização e da funcionalização jurídica, destacam-se o tutelamento especializado do Direito do Consumidor – verdadeiro reconhecimento de sua participação fundamental na cadeia econômica – e a função profilática da Responsabilidade Civil, que ganhou com a sua releitura a partir da visão hermenêutica, bem como com as figuras inovadoras, que vieram a compor o seu compêndio tutelar com o passar dos anos, com destaque para o alargamento inclusivo de vítimas, na proteção de direitos difusos e coletivos, além das novas tutelas, a exemplo do direito ambiental. Também, sendo-lhe reconhecida a sua função profilática, consistente com a soma do caráter compensatório/indenizatório com o caráter punitivo e pedagógico, notadamente das sentenças indenizatórias, a desestimular novos ilícitos, por parte do agente punido e de toda a sociedade. O dano moral ganhou força gradativa, passando a integrar, definitivamente, o mundo dos danos indenizáveis. Porém, não completou totalmente seu êxodo dos campos do preconceito.

Direito e sustentabilidade se encontram, em duas interfaces principais. Primeiramente, o dever do Estado e dos agentes auto-reguladores, de editarem leis coerentes com a promoção do desenvolvimento, considerado este como processo abrangente. Então, se está perante uma norma sustentável. Contudo, por via reversa, se pode dizer que uma norma é insustentável, quando eivada de mortificação da sua efetividade, seja por não condizer com um discurso concatenado com o bem comum – a exemplo da ABNT NBR 14724, que ao prever o uso de anversos de papel branco, na produção acadêmica, abdica da prescrição do inciso VI, do artigo 170, CF –, seja por não receber do poder público a viabilização de sua realização plena – a exemplo do que vem ocorrendo com a indenização por danos morais, na seara consumerista.

Em tempos em que o poder econômico fala mais alto do que o poder político, ou mesmo do que o poder de polícia, ganha ainda maior relevância a função social das decisões judiciais, como verdadeiros indutores de comportamento, especialmente nos processos de tomada de decisão empresarial.

Ora, ainda que seja crescente a onda de exigências de cunho socioambiental, notadamente sobre os grupos empresariais, em prol do estabelecimento de práticas comerciais éticas, da diminuição do impacto ambiental e social nos modos de produção e do retorno ou suporte financeiro aos menos favorecidos, todo este ideário não passará de utopia, se consistir em um clamor desacompanhado de poder jurídico coercitivo. Afinal, de que forma se poderia processar uma empresa com base na violação de sua responsabilidade social? Uma das respostas mais plausíveis remete às funções sociais típicas do empreendedorismo, que são, logicamente, reguladas pelo Direito Privado. Qualquer ato praticado pela empresa, que importe

em violação de suas funções sociais, caracterizará violação de sua responsabilidade **jurídica** social, sujeita à apreciação jurisdicional.

O preconceito que manteve a indenizabilidade do dano moral em pauta por tantas décadas, pereceu, aprioristicamente, perante a promulgação da Constituição Federal de 1988. Contudo, permanece nos cantos escuros do palco, sem ter revelado todo o seu potencial social, ainda por remanescer a prevenção dos julgadores contra a sua aplicação, para que não se “patrimonializem” as relações morais e direitos da personalidade. Mas patrimonializar, conforme proposto nesta dissertação, significa em verdade cumprir com o ideário constitucional, compreendendo que as intangibilidades compõem o arcabouço de garantias do indivíduo. Quanto ao perigo de monetarizar os aspectos morais, também não lhe assiste razão, considerando a dimensão coletiva, pois, individualmente, tudo é possível, dependendo do coração do homem. Danos morais causam prejuízos e reflexos financeiros, os quais somente são atendidos mediante a prestação condenatória pecuniária. No aspecto punitivo, nada há que mexa mais com as estruturas interiores do ser humano, do que sua penalização econômica, já que os jornais dão conta de bebês atirados em lixeiras, por suas mães biológicas, mas não se ouve falar em pessoas rasgando dinheiro.

O comportamento judicial tendente a evitar o crescimento de uma suposta “indústria do dano moral”, notadamente nas searas do trato consumerista, colabora diretamente para a instauração de outra cultura, uma “indústria da irresponsabilidade”, onde empresários se sentem estimulados a não investir em prevenção de riscos, antes expondo os consumidores aos danos, andando pelo critério do “pagar para lesionar”.

Essa ideologia de gestão empresarial se explica pela Análise Econômica do Direito e pela Teoria dos Jogos, racionalidades científicas igualmente úteis para a compreensão da influência econômica das decisões judiciais sobre a sociedade.

O processo de tomada de decisão empresarial é regido, via de regra, pela busca da eficiência, que preza pelo atingimento da melhor vantagem econômica, para o empresário, sendo considerados nas contas do planejamento estratégico os custos de transação, que englobam as despesas provenientes do levantamento de informações e, notadamente, provenientes das despesas para se fazer valer direitos e contratos, neles inseridos também o *quantum debeatur* das indenizações.

Segundo a Teoria dos Jogos, fornecedor e consumidor são jogadores e cada transação comercial é uma rodada, a qual poderá se extinguir em si mesma ou ter uma nova etapa, seja por nova transação, seja nos tribunais, por virtude de reclamações sobre fato ou vício do produto ou serviço. Os jogadores atuam conforme o sistema de informações de que dispõem e

conforme a previsão que fazem da próxima atitude do outro jogador. Desta forma, é mister ético que o jogo seja embalado pela transparência das informações, as quais devem ser de caráter comum.

Nessa esteira, duas fontes de informação se destacam – a lei e a jurisprudência. O regulador social, *in casu*, o Estado-Normatizador, propugna normas conhecendo a realidade do mercado e procurando coibir ou estimular as condutas, conforme o interesse público. Por sua vez, a jurisprudência que aponta para o deferimento dos danos morais, mas nega-lhe a efetividade pelo arbitramento de quantias módicas, leva o Poder Judiciário a se converter de fonte informativa a jogador trapaceiro, dado que desequilibra o jogo, cooperando com os fornecedores, tornando economicamente eficiente lesionar. Fere de morte o ideário constitucional, a funcionalização e efetividade das garantias jurídicas – notadamente o espírito da política nacional de consumo, aumentando a hipossuficiência e a vulnerabilidade do consumidor e furtando-lhe da efetiva prevenção e reparação de danos – e ainda aumenta a vitimização do consumidor, atacando a auto-estima social, colaborando para o sentimento de impunidade, estimulando novos ilícitos e enviando um poderoso recado para a sociedade, da leniência do Estado-Juiz para com a sociedade de risco majorado. De acordo com o pensamento kantiano, todo comportamento ético pode ser resumido em uma frase: e se todos decidirem fazer igual? Felizmente ou infelizmente, a informação que emana do Estado-Juiz é um dos mais fortes indutores de comportamento social.

A função profilática da Responsabilidade Civil é um virtuoso instrumento de realização da responsabilidade socioambiental e do desenvolvimento sustentável, especialmente atuando como regulador do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, viabilizando a delimitação do exercício da livre iniciativa segundo o valor-fundante da dignidade da pessoa humana e dos princípios corolários, todos igualmente importantes, consagrados pela Carta Magna.

Como alertam os próprios teóricos da Teoria dos Jogos, o comportamento humano não é movido estritamente pelo interesse/vantagem econômica, mas, via de regra, este foco de interesses acaba predominando, particularmente na seara das relações econômico-empresariais. Assim, o recurso à Teoria dos Jogos não torna absoluta a racionalidade presente em todas as esferas das relações, ou mesmo nas relações econômicas.

A ação do jogador é motivada, em tese, por sua racionalidade, cujo processo de tomada de decisão se baseia nas informações disponíveis “de aluvião” ou prospectáveis no mercado, na previsibilidade de conduta do oponente ou de terceiros, dentre outras fontes,

sendo que, seu comportamento estratégico derivará de um processo de escolha, optando entre a recompensa ou a penalidade, em que incorrerá por seu ato.

E é justamente na esfera das fontes que se encaixam norma e jurisprudência, sendo a primeira – a lei – classificável como uma informação disponível e completa, declaratória das possíveis penalidades por seu descumprimento, consistindo, a recompensa, via de regra, em uma “vantagem negativa”, de não assunção da responsabilidade legal, do não acarretamento da desvantagem.

Contudo, importa que se estabeleça um paradigma necessário: contrariando ao Princípio da Legalidade, na Teoria dos Jogos os comportamentos não são ditados pela expressão legal, mas influenciados por esta, pois o jogador, no caso concreto, irá ponderar sobre a conduta mais benéfica aos seus próprios interesses, podendo vir a concluir que desafiar a norma seja a conduta mais racional para o momento, a qual melhor resultado econômico lhe proporcionará, ainda que em face de eventual cumprimento de penalidade definida no ordenamento. O jogador assume o risco da violação da norma, gerindo sua decisão com base na eficiência e maximização de seu lucro. Ilustrativamente, é a típica situação em que arcar com as conseqüências jurídicas será, em termos pedestres, mais barato do que investir na prevenção do risco ou, em uma segunda hipótese, o cômputo da vantagem financeira injustamente obtida, descontada do arcabouço obrigacional econômico, imputado por força de aplicação de lei, se revela mais lucrativo do que o simples evitamento do ilícito.

Notadamente, no âmbito indenizatório, em cujas relações se têm o fornecedor como pólo passivo do processo, ainda se pode distinguir um custo de transação em espécie, a saber, o *quantum* indenizatório e/ou reparatório, arbitrado em sede decisória.

Valores estes que, na imprevisibilidade, levariam o jogador a se portar com maior prudência. No âmbito da previsibilidade, desequilibram, decisivamente, a partida.

Em que pese não se poder afirmar que o Poder Judiciário atue estritamente motivado pela *ratio* da Análise Econômica do Direito, seria pueril se olvidar das conseqüências econômicas que o processo decisório judicial surte no mercado.

Em matéria de danos morais, é fato jurídico notório que, uma parcela razoável da jurisprudência se mostra retributiva, aprioristicamente, ao dano de consumo *lato sensu*; contudo, massivamente se mostra contrária a um arbitramento pecuniário condenatório, em maior expressão, regendo seu comportamento pela batuta do “evitamento da indústria do dano moral”, concluindo, assim, que condenações reparatórias em *quantum* majorado estimulariam o consumidor a se expor, deliberadamente, ao suportamento de danos. Tecnicamente, exposição deliberada encontra tradução, no mobiliário jurídico, nos vocábulos “má-fé” e

“reserva mental”, sendo lícita a ilação de que o julgador presume má-fé potencial do consumidor, equiparando-o ao trapaceiro, da Teoria dos Jogos.

Portanto, é lícito se desumir que, ao não negar, teoricamente, a imputação da Responsabilidade Civil, mas ao lhe negar efetividade, corporificadamente no arbitramento do *quantum* reparatório pelo mínimo – sob pretensa defesa da sociedade, no evitamento de uma imaginária “indústria do dano moral” –, o Poder Judiciário, motivadamente ou não, decide o jogo a favor do fornecedor, haja vista que colabora para uma diminuição considerável dos seus custos de transação, tornando a ele interessante, e mesmo racional, optar por descumprir ao ordenamento jurídico, atuando de maneira socioambientalmente perniciosa – trapaceira, na linguagem técnica da Teoria dos Jogos – ao assumir o risco processual – contando, inclusive, com a inércia dos outros jogadores permanentemente lesionados, contudo, impassíveis perante o dano, suportando-o silentes –, assimilando-se, a sua conduta, a uma “compra do direito de lesionar”.

Retira do jogador consumidor, portanto, a chance de uma vitória que exceda à meramente moral, aumentando sua hipossuficiência perante o fornecedor, e inclusive lhe subtraindo o escopo benéfico da lei especial, ao subsumir as normas em dissonância do método teleológico ou finalístico.

Prejudica, na prática, por via reflexa, a toda a sociedade, pela inserção da externalidade negativa. É ouvida a resposta judicial condescendente com o erro e complacente para com o agressor e bem contabilizada pelos jogadores trapaceiros, causando desequilíbrio socioambiental em toda a comunidade, que se apercebe de que a teórica decisão favorável não opera a reparação pontual da relação desequilibrada pela mácula do ilícito e se ressentida da assoladora sensação de impunidade, assistindo à falência de seus institutos e instituições, a falência dos freios inibitórios sociais e o surgimento de uma Indústria da Irresponsabilidade.

E se os danos morais sofridos no dia-a-dia são escusáveis, os níveis indenizatórios tendem a ser inversamente proporcionais à melhoria da condição humana, porque a tendência é haver tolerância crescente nos tribunais, diretamente proporcional à piora da qualidade de vida, porque aumenta a zona cinzenta e a necessidade de adequação à neurose urbana. Mas, com todo o apoio de fontes trazidas no trabalho, é possível afirmar que o Judiciário vive uma crise institucional do “fugir de si mesmo”, ao desviar os olhos e prestar condescendência aos péssimos hábitos humanos, como se evitasse preparar caminho para sua própria condenação.

A responsabilidade socioambiental encontra no sistema preventivo e, notadamente no campo jurídico, no ramo da Responsabilidade Civil, excelentes mecanismos de concretização, sendo todos – indivíduos, entes coletivos, instituições, pessoas públicas e particulares –

responsáveis pelo atingimento do ideário constitucional, preambularmente consignado e em diante.

Há caminhos jurídicos para que a Empresa coopere com toda a Sociedade para a promoção do bem comum, sem precisar abdicar de seus lucros.

Conclusivamente, vale assinalar que gerar riquezas em processos divorciados da promoção do bem comum assemelha-se ao cientista que constrói uma arma de destruição em massa, esquecendo-se de que a mesma não possui dispositivo de programação seletiva para não atingir a casa ou laboratório de seu criador. A concentração injusta de riquezas combate aos interesses daquele que enriquece, posto crescer periculosidade à sociedade, mal que certamente baterá às portas do jogador Concentrador, mais dia, menos dia.

Distribuir renda, portanto, ou crescer/lucrar de maneira social e ambientalmente sustentável, possui inerente caráter social preventivo da violência, interessando à classe privilegiada promover o bem comum, se não por consciência cidadã, ao menos por direta motivação egoística de preservação de seu patrimônio econômico.

REFERENCIAS

- ABNT. Disponível em: http://www.abnt.org.br/m3.asp?cod_pagina=951 Acesso em 25/09/2008.
- ABNT. **ABNT NBR 14724-2002**. Disponível em: <http://leandrosalvador.com.br/ls/html/textos/academicos/abnt/ABNT_NBR_14724_20020929_Trabalhos_Academicos_NORMA_ANTIGA.pdf> Acesso em 28/09/2008.
- ABNT. **ABNT NBR 14724-2005**. Disponível em: <Http://www.fadepe.com.br/restrito/conteudo_pos/pos_metodologia1_Apresentacao.pdf> Acesso em 28/09/2008.
- ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. rev., atual e ampl São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALTVATER, Elmar. Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos Humanos. In: HELLER, Agnes et. Alli. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.p. 107-147.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre o Direito da Internet e da Sociedade de Informação**. Almedina, 2001.
- ASSIS, Araken de. **Indenização do Dano Moral**. Revista Jurídica, n. 236. Porto Alegre, 1997.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre, Sergio Fabris. 1989.
- BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER Randal C. **Game theory and the law**. Harvard University Press, 1994
- BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Traducción de Jesús Ernesto Garcia Rodriguez. Madrid : Editorial Trotta. 1996.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BEDIN, G. Antônio. Estado, Cidadania e Globalização do Mundo: algumas reflexões e possíveis desdobramentos. In: Odete Maria de Oliveira (Coord.). **Relações Internacionais e Globalização: Grandes Desafios**. Ed.Unijuí, Rio Grande do Sul, 1.997.
- BELCHIOR, Luisa. Tragédia do Bateau Mouche completa 20 anos e família esperam indenização. **Folha Online**, Rio de Janeiro, 28 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u483896.shtml>. Acesso em: 28 de dezembro de 2008.
- BELINKY, Aron. O poder das palavras. **Guia Exame de Boa Cidadania Corporativa 2008**, São Paulo, p. 138, 2008.
- BÊRNI, Duílio de Ávila. **Teoria dos Jogos**. São Paulo : Reichmann & Affonso Editores. 2004.
- BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas. Práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro : Lúmen Iuris. 2006
- _____; BORTOLI, Andrey. As decisões judiciais e a promoção de desenvolvimento sustentável no enfoque empresarial e ambiental. In: **XVI Congresso Nacional CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional CONPEDI, 2008**.
- BESTER, Gisela Maria. A responsabilidade socioambiental da corporação no contexto do aquecimento global, da sociedade de risco e do desenvolvimento sustentável: *quo vadis*, empresa? In. PARODI, Ana Cecília & POPP, Carlyle (ed.) **Revista Diálogos pelo Desenvolvimento**, 2008.
- BIBLIA HEBRAICA. São Paulo : Sefer. 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Defesa do consumidor: reparação de danos morais em relações de consumo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: n.22, p.26-52, ,, abr./jun.1997

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campos, 1992.
_____. **Da estrutura à função**, Manole, São Paulo: 2007.

BORTOLI, Andrey de. **A importância da auditoria jurídica nas empresas para o desenvolvimento sustentável**. Dissertação apresentada perante o Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Curitiba. 2008.

BRÜGGER, Paula. **Educação ou adestramento ambiental?** Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1994.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3ª. rev., ampl. e atual. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

CAMARGO, Ana Luiza de Brasil. **Desenvolvimento Sustentável: dimensões e desafios**. Campinas : Papyrus, 2003.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. **Sociedade de risco e o futuro do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.11, n.44, p.122-140 ,, out./dez.2002.

CHAVES, Antonio. **Tratado de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 3, 1985

CHIASSONI, Pierluigi. **Analise Economica del Diritto Privato**. Milano : Giuffrè Editore,1998.

CLUBE DE ROMA, *site* oficial: <http://www.clubofrome.org>.

D'AGOSTINO, Rosanne. Pilotos do jato Legacy são absolvidos de negligência em tragédia da GOL. **Folha de São Paulo**, 10 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2008/12/09/ult5772u2058.jhtm>. Acesso em: 10 de dezembro de 2008.

DELPÉRÉE, Francis. **O direito à dignidade humana**. p. 162 In: BARROS, Sérgio Resende de & ZILVETTI, Fernando Aurélio (Coords.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo : Dialética, 1999.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo, Martins Fontes, 1995.

EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. Juruá: Curitiba, 2003.
_____. **Direito constitucional do consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal**. In: EFING, Antonio Carlos (coord). **Direito do Consumo**, v.1, Juruá: Curitiba, 2001, p. 15-36.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família e da propriedade privada e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Global, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro : Renovar, 2006
_____. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p. 102.

FALCÃO, Djaci Alves. **Da responsabilidade civil – noção geral – extensão**. In: Estudos jurídicos em honra de Soriano Neto. Recife: Imprensa Oficial de Pernambuco, 1959.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo : Malheiros. 1999 FOLADORI, Guillermo. **Limites do desenvolvimento sustentável**. Campinas : Editora Unicamp, 2001

FERRAZ, Selma. **Justiça e Razão: Filosofia Clássica e o Liberalismo Antropológico de F. Von Hayek**. São Paulo : Quartier Latin, 2007.

FRANÇA, R. Limogi. **Direito intertemporal brasileiro**, 2. ed. São Paulo : RT, 1968.

GARCIA, Ademerval. Responsabilidade social não é ajuda, é respeito. **Gazeta Mercantil**. Interior Paulista. 23.11.1999.

GARCIA, José Augusto. **O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.28, out/dez.1998.

Gestão de Riscos para dano moral nas relações trabalhistas e de consumo. **Internews**, 2006. Disponível em: http://www.internews.jor.br/eventos/06/management/50DANOMORAL_260906/programa.asp. Acesso em: 02 de fevereiro de 2008.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil. dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

GRAYSON, David; HODGES, Adrian. **Compromisso social e gestão empresarial**. São Paulo: Cortez, 2000,

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed., revista e ampliada. São Paulo, Malheiros, 2003

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Hermann V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY, Nelson Júnior; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária. 2007.

GROTT, João Manoel. **Meio ambiente do trabalho: prevenção: a salvaguarda do trabalhador**. Curitiba, PR: Jacarandá, 2003.

GUEDES, Rita de Cássia. Responsabilidade social & cidadania empresariais: Conceitos estratégicos para as empresas face à globalização: Em *Administração de Empresas*: Disponível em: <http://www.icd.org.uy/mercosur/ponencias/Guedes.PDF>. Acesso 1.º de março de 2006. A autora é bacharel pela FGV/SP, Pós-graduada pela Harvard University e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

HAESBAERT, Carla Barusso Medaglia. **O alcance das obrigações empresariais decorrentes das normas ISO**. Dissertação apresentada perante o Programa de Pós-Graduação de Mestrado em Direito. Centro Universitário Curitiba. 2008.

HERZOG, Ana Luiza. É politicamente correto e dá mais dinheiro. **Guia Exame de Boa Cidadania Corporativa 2004**, São Paulo, p. 14, 2004.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio; CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. **Comentários ao Código Penal** : Decreto Lei n. 2.848, 07 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro : Forense, 1955-1984.

IBASE, *homepage* oficial: <http://www.ibase.br/index.php>.

INMETRO. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/inmetro/conmetro.asp>. Acesso em: 08 de dezembro de 2008.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. **Indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial 2007**. Coordenação da versão 2007 de Ana Lúcia de Melo Custódio e Renato Moya. São Paulo : Instituto Ethos, 2007.

_____. **Guia Para Elaboração de Balanço Social e Relatório de Sustentabilidade**. Coordenação da versão 2007 de Ana Lúcia de Melo Custódio e Renato Moya. São Paulo : Instituto Ethos, 2007.

JACOBSON, Arthur J.. *Origins of the game theory of law and the limits of harmony in Plato's laws*. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies Public Law and Legal Theory, working paper, 7 abr. 2000.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration : Le droit internationale privé post moderne*. In: Recueil des Course de l'Académie de Droit Internationale de la Haye, 1995.

Jornalistas discutem a indústria do dano moral no Encontro Judiciário e Imprensa. **AJURIS**, 28 de abril de 2006. Disponível em:

<http://www.ajuris.org.br/sharerwords/?org=AJURIS&depto=Dep.%20Comunica%C3%A7%C3%A3o%20Social&setor=Boletim%20Eletr%C3%B4nico&public=20279>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Empresa, Ordem Econômica e Constituição**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 212, p. 109-133, abr/jun, 1998.

KOZICKI, Katya; **A política da perspectiva da filosofia da diferença**. In: Manfredo Oliveira; Odílio Alves Aguiar; Luis Felipe Netto de A. e Silva Sahd (org.). Filosofia Política Contemporânea. 1 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2003, p. 141-160.

LICKORISH, Leonard J. JENKINS, Carson L. **Introdução ao turismo**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2000.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , v.11, n.42 , p.187-195, abr./jun. 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **La responsabilidad civil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , n. 46 , p. 41-76., abr. 2003.

_____. **Comércio Eletrônico**. Ed. Revista dos Tribunais. 2004.

LOURENÇO, Paula Meira: **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra, 2006

MARINS, James. Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto. 1. ed. São Paulo: RT, 1993.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª ed. São Paulo : RT, 2005.

_____. BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo : RT, 2006.

_____. **Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo ‘diálogo das fontes’**. In: PFEIFFER, Roberto & PASQUALOTTO, Adalberto (coord). Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – convergências e assimetrias. São Paulo : RT, 2005.

_____. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. In. Revista de Direito do Consumidor, n. 51, julho-setembro. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MATTEI, Ugo. PARDOLESEI, Roberto (ed altri). *Il mercato delle regole – analisi economica del diritto civile*. Bologna : Società Editrice il Molino, 1999.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Abusividade nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral pela inclusão indevida na serasa (indústria do dano moral ou falha na prestação dos serviços)**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo , v. 8, n. 28, p.110 - 123, abr./jun. 2005.

Metas do Milênio da ONU ficam mais distante com crise, diz BIRD. **AFP**, Paris, 21 de novembro de 2008. Disponível em: <http://economia.uol.com.br/ultnot/2008/11/21/ult35u64896.jhtm>. Acesso em 23 de novembro de 2008

MONTEIRO FILHO, Carlos Edilson do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NALIN, Paulo. Do Contrato: conceito pós-moderno. Curitiba : Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa, Teoria dos Contratos – Novos Paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro : Renovar. 2006

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência : compartilhamento e infra-estruturas e redes**. São Paulo : Dialética. 2006

NORONHA, Fernando de. **Direito Das Obrigações**. São Paulo : Saraiva, v. 1. 2003

Novas regras dos call centers já na mira da justiça. **JusBrasil**, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/318062/novas-regras-dos-call-centers-ja-na-mira-da-justica>. Acesso em: 03 de dezembro de 2008

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *homepage* oficial: <http://www.onu-brasil.org.br>

PARODI, Ana Cecília. **Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos**. Campinas : Russell, 2007.

_____.; BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. Responsabilidade Socioambiental Acadêmica e a Proposta de Revisão da Norma ABNT NBR 14724. In: **XVII Congresso Nacional CONPEDI, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional CONPEDI, 2008**.

_____.; POPP, Carlyle. **Ressignificação de patrimônio e recategorização dos danos civis, em uma perspectiva conceitual contemporânea**. In: XVII Congresso Nacional CONPEDI, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional CONPEDI, 2008.

Pegada Ecológica? O que é isso? Disponível em: http://www.wwf.org.br/wwf_brasil/pegada_ecologica/o_que_e_pegada_ecologica/

PERLIGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro : Renovar. 2007.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; CALGARO, Cleide. **A prevenção como elemento de proteção ao consumidor: a saúde e segurança do consumidor no código de proteção e defesa do consumidor brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , v. 16, n. 63 , p. 9-26, jul.2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro : Forense. 2001

PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005.

_____. **Direito economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**. São Paulo : IOB Thomson, 2005.

_____. **Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana: Aspectos relevantes**. In: Paulo Nalin e Guilherme Vianna. (Org.). **Direito em Movimento**. Curitiba: Juruá, 2006.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Cambridge, Massachusetts, and London : Harvard University Press, 1987.

_____. **El Análisis Económico del Derecho**. Mexico D. F.: Fondo de Cultura Económico, 2000.

_____. LANDES, William M. **The economic structure of tort law**. New York : Aspen Publishers, 2003.

Príncipe Charles apresenta plano para salvar florestas tropicais. **France Presse**, Jacarta, 04 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ambiente/ult10007u463462.shtml>. Acesso em: 11 de novembro de 2008.

RAMOS, Débora Adam. **Responsabilidade Civil por Danos aos consumidores quanto aos riscos de consumo e o dever de informação**. Monografia de Conclusão de Curso apresentada perante o Curso de Ciências Jurídicas. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Curitiba. 2000, sob orientação do Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin.

REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS / PERCEPÇÃO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO : PESQUISA 2006-2007, SUMÁRIO DE CONCLUSÕES. Instituto AKATU & Instituto ETHOS, 2008.

RIBEIRO, Luciana Antonini: A nova pluralidade de sujeitos e vínculos contratuais: contratos conexos e grupos contratuais. In: MARQUES, Claudia Lima (coord), A nova crise do contrato – estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo : RT, 2007. p. 429-454

RODADA URUGUAI DE NEGOCIAÇÕES COMERCIAIS MULTILATERAIS. Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio. **Ministério das Relações Exteriores**. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/omc_ata012.htm. Acesso em: 08 de dezembro de 2008. A Rodada do Uruguai ocorreu de 1986 a 1994

RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-Providência**. Goiânia : Editora da UFG, Brasília. Ed. UNB, 1997.

ROSENTHAL, Elisabeth. Transporte de alimentos é vilão invisível da emissão de gases do aquecimento global. **The New York Times**, Nova Iorque, 26 de abril de 2008. Tradução de George El Khouri Andolfato. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/nytimes/2008/04/26/ult574u8423.jhtm>. Acesso em: 27 de abril de 2008.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SACKS, Jonathan. **A ética da Responsabilidade**. São Paulo – Sêfer. 2008.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo , n. 49 , p.130-163, jan. 2004.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro : Lúmen Iuris, 2004.

SAUPHANOR, Nathalie. *L'Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*, Paris: LGDJ, 2000.

SCHULER, Peter. Aplicando a Teoria dos Jogos às normas sociais. **News Office**, The University of Chicago Chronicle. 5 out 2000. v. 20. n. 2

SILVA, Adriana Frazão. **Direito constitucional do consumidor: a dignidade humana como fundamento da proteção legal**. In: EFING, Antonio Carlos (coord). Direito do Consumo, v.1, Juruá: Curitiba, 2001, p. 15-36.

SILVA, Gustavo Passarelli, da. **Responsabilidade civil no direito brasileiro: evolução da reparabilidade plena: atecnia do artigo 953 do código civil de 2002**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: v.4, n.19, p.123-130 , set.2002.

SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória**. 4ª ed. Almedina, 2006. _____. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação constitucional da cultura**. São Paulo : Malheiros, 2001.

STIGLER, George, J. **Law or Economics?** *The Journal of Law and Economics*, v. 35., n. 2, oct.1992.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito. Rio de Janeiro : Forense. 2004.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada**. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
_____. **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro : Renovar. 2006

THE CORPORATION, EUA, 2003. Documentário dirigido por Mark Achbar e Jennifer Abbott, baseado em roteiro adaptado por Joel Bakan de seu livro (The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil – execução – penhora – questões polêmicas**. Revista de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v 12, p. 20, jul. 2001.

THUROW, Lester. *El futuro del capitalismo*. Barcelona: Ariel Sociedad Económica, 1996.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito, mercado e função social**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, RS , v.33, n.103 , p.197-209, set. 2006

TUBINO, Flavio Ribeiro; **SIEVETER**, Marilde. Marketing Social: um diferencial competitivo para as empresas socialmente responsáveis. **Via6**. Disponível em: <http://www.via6.com/artigo.php?aid=6539>. Acesso em 07 de setembro de 2008.

VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo : Editora Senac. 2007.

VON NEUMANN, John. *Prisoner's dilemma*. William Poundstone: Anchor Books, 1992.

Wal-Mart e Estrela lançam “banco imobiliário sustentável”. **AdNews**, 30 de julho de 2008. Disponível em: <http://www.adnews.com.br/game.php?id=73998>. Acesso em: 30 de julho de 2008

World Trade Organization, no original. Maiores informações constam no *site* oficial: <http://www.wto.org/indexsp.htm>

ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005.

_____. **Análise Econômica do Direito e das Organizações**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil e reparação de danos: raízes históricas função e objetivo. Revista Iob de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo , v. 7, n. 40 , p. 54-74, mar.2006.

_____. Aguiar Dias e a evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo , v.9, n.51 , p. 39-63, jan. 2008.

ANEXOS I

Tabelas referentes à **totalização da estimativa do impacto ambiental provocado pela atividade acadêmica, em face da utilização de papel nos trabalhos de conclusão de curso, produzida** – a estimativa – **com base em dados oficiais** fornecidos pelos diversos órgãos da Administração, **obtidos tanto por meio de pesquisa direta nos sítios**, quanto por **entrevista telefônica**, procedida junto aos responsáveis.

TABELA 1: **Totalização** do Impacto Ambiental Acadêmico – Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* (MEC em Números).

TABELA 2: **Totalização** do Impacto Ambiental Acadêmico – Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* (Portal de Periódicos CAPES).

TABELA 1

Ensino Superior e de Pós-Graduação <i>lato e stricto sensu</i> Impacto Ambiental Acadêmico – Estimativa	
Número de concluintes:	10.015.014 alunos (10 milhões etc)
Quantidade média de Papel consumida:	4.577.122.300 folhas (4 bilhões etc)
Número de Resmas:	9.154.244, 60 resmas (9 milhões etc)
Número de Árvores:	457.712, 23 árvores
Quantidade de Hectares:	269, 24 hectares

Computados os seguintes dados:

- Graduação Presencial, período 1980-2006.
- Graduação à Distância, período 2001-2006.
- Pós-Graduação *lato sensu* Presencial, período 2000-2007
- Pós-Graduação *lato sensu* à Distância, período 2003-2007
- Pós-Graduação *stricto sensu*, com base no MEC em números.
- Quantidades de Papel baseadas no consumo peculiar estabelecido para cada nível.

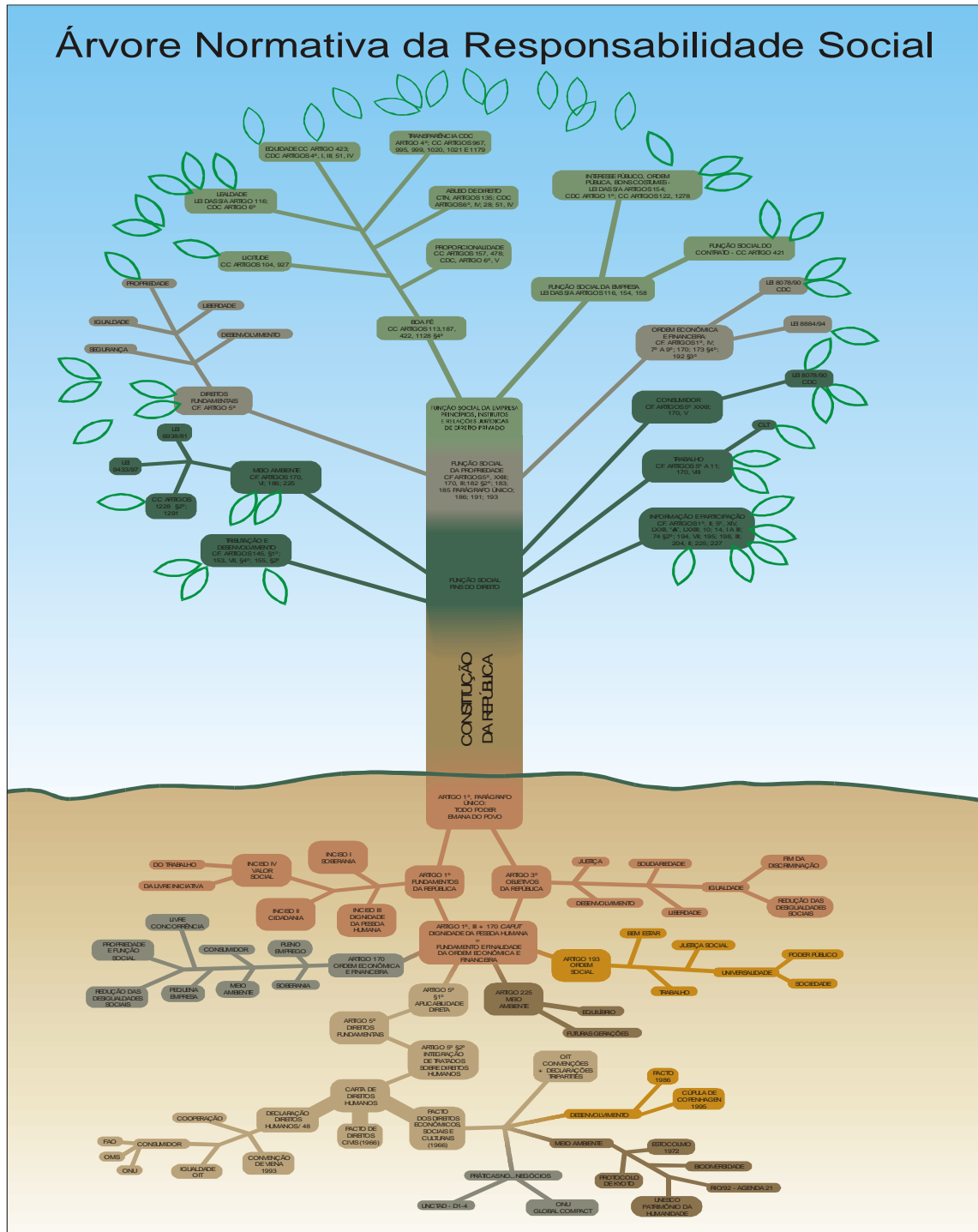
TABELA 2

Ensino Superior e de Pós-Graduação <i>lato e stricto sensu</i> Impacto Ambiental Acadêmico – Estimativa	
Número de concluintes:	10.165.412 alunos (10 milhões etc)
Quantidade média de Papel consumida:	4.470.503.300 folhas (4 bilhões etc)
Número de Resmas:	8.941.006, 60 resmas (8 milhões etc)
Número de Árvores:	447.050, 33 árvores
Quantidade de Hectares:	262, 97 hectares

Computados os seguintes dados:

- Graduação Presencial, período 1980-2006.
- Graduação à Distância, período 2001-2006.
- Pós-Graduação *lato sensu* Presencial, período 2000-2007
- Pós-Graduação *lato sensu* à Distância, período 2003-2007
- Pós-Graduação *stricto sensu*, com base no Portal de Periódicos CAPES.
- Quantidades de Papel baseadas no consumo peculiar estabelecido para cada nível.

ANEXOS II



Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)