

# DEMANDAS JURÍDICAS PELO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E PELA FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADANIA EMPRESARIAL – ALGUNS EXEMPLOS CONCRETOS

## LEGAL DEMANDS FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND THE SOCIAL ROLE OF CORPORATE CITIZENSHIP

Marcelo de Souza Sampaio<sup>1</sup>

Carlyle Popp<sup>2</sup>

### RESUMO:

O “individualismo proprietário” é ideologia que já não mais se coaduna com o ideário ético propagado pela Constituição Federal de 1988, e, portanto, não pode ser prestigiado pelo ativismo judicial, inclusive por causa do ambiente socio-econômico contemporâneo. Isto porque o fenômeno da Globalização, associado ao “individualismo proprietário”, causaram e vêm causando constantes pressões sociais em prol do desenvolvimento sustentável e uma nova forma de participação da empresa na sociedade, uma nova forma de dispor dos recursos que compõem a empresa. Não apenas as matérias-primas, mas também os recursos humanos e financeiros. A sociedade, especialmente desde a década de 1960, tem imposto ao planeta uma novidade de pensamento, primeiro, saliente-se que todas essas modificações são na verdade modificações diretas de como a sociedade pretende que seja exercido o direito de propriedade. São as contemporâneas limitações ao direito de propriedade, sendo que algumas dessas limitações serão impositivas e outras serão “sugeridas” pela sociedade, na busca pela implementação de uma nova consciência. O objetivo central deste trabalho é apresentar as diretrizes da ideologia da responsabilidade social empresarial no cotejo com o discurso jurídico, aliando a teoria à experiência prática pontual. Adotada, para tanto, a metodologia de revisão bibliográfica e jurisprudencial, aliada à opinião pessoal dos pesquisadores.

**PALAVRAS-CHAVE:** desenvolvimento sustentável, cidadania empresarial, função social, individualismo proprietário, ativismo judicial.

### ABSTRACT:

The "owner individualism" is the ideology that no longer fits with the ethical ideals propagated by Federal Constitution of 1988, and therefore can not be prestigious by judicial activism, including because of the contemporary socio-economic environment. This is because the phenomenon of globalization, associated with "owner individualism" caused and

---

<sup>1</sup> É mestrando do programa de mestrado em direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Integrante do Projeto de Pesquisa Liberdade de Iniciativa, Dignidade Humana e Proteção ao Meio Ambiente Empresarial, no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

<sup>2</sup> É mestre em Direito Público pela UFPR. Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do Conselho Editorial da Juruá Editora e do Instituto de Direito Privado. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (mestrado) do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogado Sócio de Popp & Nalin Advogados Associados. Líder I do Projeto de Pesquisa Liberdade de Iniciativa, Dignidade Humana e Proteção ao Meio Ambiente Empresarial, no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

are causing constant social pressures in favor of sustainable development and a new form of company's participation in society, a new way to dispose of the resources that compose the company. Not only raw materials, but also the human and financial resources. The society, especially since the 1960s, has imposed on the planet novelty of thought, first, it should be noted that all these changes are actually modifications to how the company intends to be exercised the right of ownership. These are the contemporary limitations on property rights, and some of these limitations will be overpowering and others will be "suggested" by society, seeking the implementation of a new consciousness. The aim of this paper is to present guidelines of the ideology of corporate social responsibility in comparison with the legal discourse, combining theory with practical experience punctual. Adopted for both the methodology and jurisprudential literature review, combined with the personal opinion of the researchers.

**KEYWORDS:** sustainable development, corporate citizenship, social function, owner individualism, constitutional achievement.

**SUMÁRIO:** 1. A IDEOLOGIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. 2. A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS NAS LIDES CONSUMERISTAS E A FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADANIA EMPRESARIAL. 3. A QUESTÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM DESFAVOR DOS FORNECEDORES. 4. A QUESTÃO DA ALEGADA EXISTÊNCIA DE UMA “INDÚSTRIA DO DANO MORAL”. CONSIDERAÇÕES FINAIS

## 1 A IDEOLOGIA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Toda a visão do Direito enquanto Ciência e, conseqüentemente, do próprio ordenamento jurídico, é fruto, também, de uma análise ideológica, da qual sofre grande influência. Como afirma Brum (1980, p. 15):

a ideologia é uma constante nas práticas jurídicas. Todas as tentativas no sentido de eliminá-la do plano da teoria resultaram em propostas redutoras que, longe de suprimi-las, incrementaram novas propostas ideológicas. Se temos de conviver com as ideologias, nada melhor que enfrentá-las e assumi-las como realmente são. Reconhecendo a parcialidade de nossas ideologias e mitos, poderemos assumir uma postura mais lúcida, mas reflexiva, mais crítica, e, sobretudo, mais tolerante para com as ideologias alheias. Por outro lado, esse posicionamento crítico há de proporcionar o balanço de nossas crenças, permitindo-nos avaliar quais as que ainda são as compatíveis com a nossa época.

Ainda que a ideologia não seja exclusiva delas<sup>3</sup>, é nas ciências sociais que elas falam de uma forma mais avassaladora e denotam sua grande influência sobre a história<sup>4</sup>. A verdade

---

<sup>3</sup> Sobre a ideologia no campo biológico v., por todos, CANGUILHEM, Georges. **Ideologia e Racionalidade nas Ciências da Vida**. Sobre o campo tecnológico, permanecem clássicas as obras de MARCUSE, Herbert. **A Ideologia da Sociedade Industrial** e HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência enquanto Ideologia**.

<sup>4</sup> Sobre o tema v., por todos, IGLÉSIAS, Francisco. **História e Ideologia**.

é que a ideologia<sup>5</sup> pela sua abrangência e por estar ínsita na conduta humana, jamais deixará de existir.

E a preocupação com as gerações futuras marca a ideologia do “desenvolvimento sustentável”, que apresenta ao mundo novos paradigmas de conduta não apenas empresarial, mas também individual, e ainda para os processos judiciais. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr<sup>6</sup>, ao versar sobre a teoria da águia e da galinha a partir de Leonardo Boff, observa que:

“vivemos em uma sociedade na qual a maioria da população vive e cria seus filhos em condições precárias, dada a problemática da desigualdade na distribuição de renda, o que reduz as chances de ascensão individual. No entanto, pelo crescimento e desenvolvimento dos indivíduos é que se constrói um Estado forte, sendo imperativa a erradicação da pobreza, da marginalização e do analfabetismo total, funcional ou político”.

A própria sociedade não apenas faz gerar novas demandas, mas também impõe aos governantes e aos empresários novos rumos de gestão, cujos modelos estão definidos em normas de mercado, mas também nas normas de lei, guardando bastante afinidade com os novos paradigmas do Direito e com os novos movimentos hermenêuticos. Afirma Parodi (2009, p. 47), sobre os cidadãos, que seu poder emancipatório deriva das declarações de direitos humanos e, por meio delas, conforme Viviane Séllos (2006, p. 16), as “sociedades e indivíduos [...] passam a se responsabilizar também pela realização e efetividade de suas garantias, como se deduz, exemplificativamente, da busca pelo desenvolvimento”. Conforme a Declaração sobre o Desenvolvimento (Organização das Nações Unidas, 1986):

Artigo 1º 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.

---

<sup>5</sup> Maiores detalhes sobre o tema, especialmente no campo da concepção atual dos contratos, v. POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-negocial**. p. 72-88.

<sup>6</sup> SÉLLOS, Viviane. O Problema Da Dignidade Humana e os Projetos Para Erradicação Da Exploração Do Trabalho Infantil. In Anais do CONPEDI. ([http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/trabalho\\_justica\\_viviane\\_gondim.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/trabalho_justica_viviane_gondim.pdf)). Florianópolis: Boiteux, 2006.

Remetendo ao glossário oficial do Instituto Ethos (2008), Responsabilidade Social Empresarial é<sup>7</sup>:

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 que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais.

E conforme a CMMAD – Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento –, desenvolvimento sustentável é “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades” (NOSSO FUTURO COMUM, 1987).

Acerca do papel contemporâneo da empresa, no meio ambiente *lato sensu*, ensina Amartya Sen (2010, p. 151-152):

O papel ubíquo das transações na vida moderna com frequência passa despercebido precisamente porque as vemos como algo natural, inquestionável. Há uma analogia aqui com o papel pouquíssimo reconhecido – e muitas vezes ignorado – de certas regras de comportamento (por exemplo, a ética empresarial básica) em economias capitalistas desenvolvidas (atentando-se apenas para as aberrações, quando elas ocorrem). Mas, quando esses valores ainda não estão desenvolvidos, sua presença ou ausência em geral pode fazer uma diferença decisiva. Assim, na análise do desenvolvimento, o papel da ética empresarial elementar, tem que ser tirado da obscuridade e receber um reconhecimento patente. Analogamente, a ausência da liberdade para efetuar transações pode ser uma questão importante em si em muitos contextos.

Marçal Justen Filho (2007, p. 19) escreve sobre o contexto que “na formulação clássica, um aspecto essencial à isonomia consiste no tratamento diferenciado compatível com as distinções existentes entre as situações em cotejo”. O autor afirma que em razão das modificações ocorridas na Constituição brasileira de 1988, acabam impondo reflexões mais profundas no que tange ao novo modelo estatal consagrado<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> ETHOS. Disponível em: [http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/pt/29/o\\_que\\_e\\_rse/o\\_que\\_e\\_rse.aspx](http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/pt/29/o_que_e_rse/o_que_e_rse.aspx). Acesso em: 25 nov. 2011.

<sup>8</sup> 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

Estes novos paradigmas éticos influenciam as condutas das pessoas físicas e jurídicas e devem ser considerados, ainda que implicitamente, pelos magistrados, notadamente nas decisões tipicamente eivadas de ativismo judicial, como norteadores da prestação jurisdicional e do ambiente jurídico, social e econômico que se pretende promover, em nome da construção de uma sociedade mais “livre, justa e solidária”.

E de que forma esse cenário econômico globalizado, repleto de novos paradigmas, interfere e dialoga com o sistema jurídico? Primeiramente, a Constituição Brasileira é fruto de muitas lutas sociais, tendo consagrado em seu texto o ideal humanista, especialmente nas cláusulas pétreas. Dentre elas, é necessário destacar a Dignidade da Pessoa Humana, a Função Social da Propriedade e a garantia à Livre Iniciativa. Conforme o artigo 1º, inciso III, CF, o Princípio da Dignidade Humana<sup>9</sup> é fundamento primordial republicano. A função social da propriedade é um corolário que extrapola os direitos latifundiários, atingindo a qualquer bem de propriedade individual. Está expressada em diversos dispositivos, desde o artigo 5º, que trata de garantias fundamentais, até a regulamentação do exercício da livre iniciativa.

E quanto à livre iniciativa, ou, ao direito de “ter empresa”, diferente de outros países, o lucro não é o vetor da lei para as pessoas jurídicas. Enquanto o lucro é um direito econômico das empresas, a razão ou a funcionalização de sua existência vem definida especialmente no artigo 170 da Constituição Federal<sup>10</sup>, que regula a ordem econômica e financeira. Associando-a à promoção da dignidade humana e da valorização do trabalho, bem como, pela leitura de seus incisos, diretamente à função social da propriedade e às novas demandas impostas pelo desenvolvimento sustentável.

Esses novos paradigmas do Direito, contudo, não se adaptam aos antigos modos de interpretação do direito dito patrimonialista, conforme expressão cunhada especialmente por

---

uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. 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 dela. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Empresa, Ordem Econômica e Constituição**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 212, p. 122-131, abr/jun, 1999.)

<sup>9</sup> Sobre o tema v. POPP, Carlyle. Ob. cit. p. 53-72.

<sup>10</sup> 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; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

teóricos como Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. E são justamente estas novas escolas hermenêuticas que justificam, do ponto de vista teórico, a interpretação e a aplicação do direito de acordo com a busca da dignidade da pessoa humana. A pessoa é o centro de todas as tutelas jurídicas, mesmo aquelas de natureza econômica. Este pensamento é compatível com a teoria da “repersonalização do Direito” defendida, entre outros, por Luiz Edson 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.

E desta forma, a fraternidade – terceiro lema da Revolução Francesa –, que é a origem remota do solidarismo constitucional previsto no artigo 3º, inciso I da Constituição Federal, está contemplada desde o preâmbulo da Constituição Federal:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Impõe-se a qualquer direito, inclusive o de propriedade, o exercício de maneira funcionalizada, sopesando sempre os interesses coletivos e as novas demandas do desenvolvimento sustentável. Nessa esteira, como instrumento de regulação do direito dos contratos, estão as cláusulas gerais. Estas, de maneira proativa, permitem ao intérprete melhor delimitar a liberdade contratual das partes, equacionando-a de acordo com os interesses particulares, mas também sem causar danos aos interesses coletivos. Um dos principais vetores desta liberdade de contratar é a boa-fé objetiva, conforme a inteligência dos artigos 187, 421 e 422, do Código Civil Brasileiro. Na prática, uma determinada figura jurídica pode atuar como efetivo delimitador do direito de propriedade, na sua espécie “liberdade de contratar”, e, desta feita, o processo civil, no atendimento de sua função social, pode ser um elemento impactador da função social da cidadania empresarial.

O que acontece nas lides consumeristas deve refletir esta nova realidade constitucional.

## 2 A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS NAS LIDES CONSUMERISTAS E A FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADANIA EMPRESARIAL

Conforme Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 50-51)<sup>11</sup>:

A globalização é um fenômeno que tem economistas e profissionais do direito como alguns de seus principais atores, na medida em que é um processo caracterizado pela integração econômica internacional e que, diferentemente do processo de integração do século XIX, é cada vez mais regulamentado e dependente de contratos.

O poderio empresarial dos grandes grupos é relevante para este debate de idéias:

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.[...] 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. (PARODI, 2009, p. 52-54)

Pietro Barcellona<sup>12</sup>, ao tratar da relação homem x propriedade, anota que as escolhas são feitas com base nos interesses econômicos das pessoas:

O indivíduo que se libera, libera, portanto, dos vínculos pessoais, políticos e sociais, mas a propriedade livre se constrói em uma objetividade separada do indivíduo e, em parte, logo governa as condutas segundo as leis do cálculo econômico. (apud SOUZA, 2012, p. 72-73).

Os processos de tomada de decisão empresarial obedecem a diversos padrões, que foram definidos pela antropologia, sociologia, psicologia, matemática, e, dentre outros, pela economia e pelo direito. O fim imediato buscado, contudo, tende a ser quase sempre o lucro.

Os frutuótosos diálogos entre a Economia e o Direito foram sistematizados no ano de

---

<sup>11</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** Disponível em: [https://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando\\_Castelar\\_Pinheiro.pdf](https://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro.pdf). Acesso em: 6 jan 2012.

<sup>12</sup> BARCELLONA, Pietro. In: SOUZA, Euza Raquel. **Pietro Barcellona e o fundamento individualista da modernidade.** POLYMATHEIA – REVISTA DE FILOSOFIA. Disponível em: [http://www.uece.br/polymatheia/dmdocuments/polymatheia\\_v5n7\\_barcellona\\_fundamento\\_individualista\\_modernidade.pdf](http://www.uece.br/polymatheia/dmdocuments/polymatheia_v5n7_barcellona_fundamento_individualista_modernidade.pdf). Acesso em 6 jan 2012. (ISSN 1984-9575).

1961, pelo pesquisador britânico Ronald Coase, com a obra fundamental “The Problem of Social Cost”, bem como “Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, este lançado por Guido Calabresi, fundando, assim, as bases do pensamento da chamada Escola de Yale. Contemporaneamente a isto, Richard Posner fundava a Escola de Chicago. Ambas as Escolas representam as principais linhas de estudo do movimento conhecido como *Law and Economics*.

No Brasil, seus principais teóricos são Armando Castelar Pinheiro, Jairo Saddi, Luciano Timm e Rachel Sztajn. Esta linha de pensamento encontra detratores, especialmente entre aqueles juristas e pensadores de viés humanista, por julgarem que a Análise Econômica do Direito-AED estimule a perversidade das decisões baseadas unicamente no melhor potencial de lucratividade<sup>13</sup>. Encontram respaldo, tais pensadores, especialmente em um princípio da *Law and Economics* denominado “Ótimo de Pareto” que teoriza o principal motivador das escolhas das pessoas e dos empresários, do ponto de vista da eficiência econômica.

Como ensina Irineu Galeski Jr. (2008, p. 56), diversos autores oferecem um conceito para o princípio do ótimo de pareto, mas, em resumo, pode-se dizer que é a busca pela máxima eficiência na produção (utilização da máxima capacidade, ao menor custo) e nas trocas (transação pela maior margem de lucro [preço alto, custo baixo] e com o menor número de atravessadores, para não diluir o lucro).

O problema intrínseco de qualquer decisão, seja judicial, empresarial ou estritamente humana, é que ela não contabiliza os custos humanos, sociais e ambientais. Dessa forma, podem causar grave insustentabilidade para todos os pilares da Nação. Decisões motivadas unicamente pelo economicismo não cooperam para o desenvolvimento social, humano e nem mesmo financeiro, pois o caos ambiental e social encarecem, de maneira reflexa, o custo de vida por meio dos impostos, dentre outros (PARODI, 2009).

A Análise Econômica do Direito trabalha, ainda, com um paradigma conhecido por Teoria dos Jogos, uma teoria matemática, que usualmente se aplica à Administração e à Economia, e que explica por meio de fórmulas tanto as probabilidades, quanto as razões das escolhas, inclusive do ponto de vista mais eficiente, ou seja, seguindo o critério da maior rentabilidade para o empresário, pelo menor custo financeiro (COOTLER&ULEN, 2010).

Explica a Teoria dos Jogos – e já por economia espacial, aplicando-se o tema ao

---

<sup>13</sup> GALESKI Jr., Irineu; DALLAZEN, Dalton Luiz (orient). **A análise econômica do direito e a repetição do indébito tributário**. 2008. 231 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.



processo civil – que um jogo pode ser de cooperação, quando todos os jogadores inicialmente conjugam esforços para obter o mesmo resultado; mas o jogo pode ser de competição, quando os jogadores buscam seus próprios interesses e, em regra, são interesses conflitantes (MARINHO, 2011). Este último é o cenário predominante no Judiciário, após a instalação das lides judiciais.

Também é do instrumental da Teoria dos Jogos que as partes, os jogadores, atuarão movidos pelo sistema de informações de que dispõem. Essas informações podem ser obtidas em diversas fontes. Cabe destacar duas em especial: a expectativa do comportamento do outro jogador, baseado notadamente na experiência passada das atuações dessa pessoa física ou jurídica; e a jurisprudência, importante fonte de informações, porque regula como freio social inibitório a conduta dos agentes. Um jogador não ultrapassará determinados limites de conduta social se tiver claro que a jurisprudência tende a punir os seus atos. Contudo, se a jurisprudência for relutante, deixando margem para comportamentos sociais negativos, então isso servirá de estímulo para que os agentes atuem, por exemplo, de maneira socialmente irresponsável, atentando contra os ditames sustentáveis constitucionais e contra os pilares da cidadania empresarial. (PARODI, 2009).

Dois cenários da jurisprudência consumerista ilustram bem o tema tratado.

O primeiro se refere a eventual ativismo judicial e perseguição da função social do processo na opção do juiz na inversão do ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente.

O segundo cenário trata do evitamento de uma circunstância social reconhecida – mas não comprovada – pelo Judiciário, de uma suposta industrialização do dano moral, por meio do arbitramento de danos morais (PARODI, 2009).

### **3 A QUESTÃO DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM DESFAVOR DOS FORNECEDORES**

Três são os andamentos possíveis, na *praxis* processual, para a inversão do ônus da prova nas lides consumeristas: o deferimento desde a fase de citação do fornecedor requerido; no despacho saneador; ou na fase de sentença. Indaga-se, contudo, quem faz jus a este benefício de lei?

Conforme ensina Claudia Lima Marques (2011)<sup>14</sup>, a vulnerabilidade do consumidor é presumida, inerente à sua condição pessoal; a hipossuficiência, contudo, há de ser aferida caso

---

<sup>14</sup> Extraído da ideia central do primeiro capítulo da obra da autora.

a caso, nas lides, para, em sendo reconhecida, receber a tutela processual consumerista do benefício da inversão do ônus da prova, prescrito no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Para José Geraldo Brito Filomeno (2004, p. 62):

[...] no âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é quem detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucros.

Explica Rizzatto Nunes (2009, p. 782) que a hipossuficiência, para fins de inversão do ônus da prova, tem sido considerada como:

desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício, etc. Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais ‘pobre’. Ou, em outras palavras, não é por ser ‘pobre’ que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão do ônus da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material.

Nesta busca pelo conceito de “hipossuficiência”, o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rogério de Oliveira Souza (2012)<sup>15</sup>, afirma que a hipossuficiência, em um sentido linguístico, refere-se a uma pessoa que não é autossuficiente, que não é economicamente independente ou que ocupa posição social de nível inferior. Informa, ainda, que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXXIV, correlaciona a hipossuficiência a carência econômica, seguindo as diretrizes da Lei 1.060 de 1950. Há “uma ligação umbilical que o legislador constitucional e infra-constitucional faz do direito de acesso à Justiça com as condições econômicas da pessoa”<sup>16</sup>. Destaca que Pontes de Miranda o considera um instituto “pré-processual”. Afirma, ainda, que a condição de hipossuficiente depende do “preenchimento de requisitos materiais, legais e processuais, não constituindo garantia processual e nem direito subjetivo da parte assistida juridicamente por órgão da Defensoria Pública”<sup>17</sup>, não bastando ter reconhecida a condição de “necessitado” conforme a Lei 1.060/50<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> SOUZA, Rogério de Oliveira. **Da hipossuficiência.** Disponível em: [http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136). Acesso em: 16 mai. 2012.

<sup>16</sup> SOUZA, Rogério de Oliveira. Idem.

<sup>17</sup> SOUZA, Rogério de Oliveira. Idem.

<sup>18</sup> Lei que estabelece os requisitos e condições para que a parte obtenha os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Contudo, no âmbito consumerista, ensina o autor que o reconhecimento da hipossuficiência é garantia conferida pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, e para além da falta de capacidade financeira de arcar com o processo, engloba, também, “a hipossuficiência de informação (ou técnica) e a hipossuficiência jurídica”<sup>19</sup>. É decorrência do reconhecimento legislativo de que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo<sup>20</sup>, princípio atinente à política nacional das relações de consumo.

E produzindo relevante doutrina, explica de que forma a hipossuficiência pode ser aferida caso a caso, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor limita-se a estabelecer como critério apenas as regras ordinárias de experiência do próprio magistrado, dando azo à ocorrência de ativismo:

A hipossuficiência se apresenta como um conceito de direito material e não processual, embora somente possa ser averiguada dentro de uma relação jurídica processual. A hipossuficiência tem relação direta com as condições pessoais da parte consumidora, devendo ser perquirida junto às suas próprias condições de vida, ou seja, situação social, econômica e cultural, de molde a possibilitar o preenchimento do conceito. A investigação, no entanto, se desenvolve dentro do processo, inexistindo procedimento específico e autônomo que demonstre ao Juiz tal condição, valendo apenas para o fim de demonstrar ao julgador a existência de um dos elementos que autorizam o deferimento da inversão da carga probatória processual. (SOUZA, 2012)<sup>21</sup>.

Não é suficiente, todavia, somente a opinião doutrinária, uma vez que o ativismo judicial poderia sobrepujar a *opiniodoctoris* na prática hermenêutica, e inclusive, em caso de extrapolamento de funções, poderia divergir da lei, inovando.

*In casu*, se atuassem os tribunais motivados apenas pelo ativismo judicial em prol do consumidor, dar-se-ia a inversão do ônus da prova de maneira expressa e sem a investigação da hipossuficiência, unicamente baseando-se o juiz na condição de vulnerabilidade inerente ao autor consumerista. Na mesma esteira, dar-se-ia tal inversão sempre na fase de constituição da lide, antes da citação do fornecedor.

Por critério de limitação espacial, colacionam-se dois julgados. O primeiro, apto a demonstrar o pacífico tratamento da questão, nos tribunais brasileiros, que se firma em aferir a hipossuficiência casuística:

---

<sup>19</sup> SOUZA, Rogério de Oliveira. Idem, ibidem. Em igual sentido afirmam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (Leis Civis Comentadas. p. 269) que “a hipossuficiência respeita tanto à dificuldade econômica quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provas os fatos constitutivos de seu direito”.

<sup>20</sup> Estabelece o artigo 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer os princípios que devem regular a política nacional das relações de consumo: “o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

<sup>21</sup> SOUZA, Rogério de Oliveira. Idem, ibidem.

A inversão do ônus da prova regida pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova, **é que se excepciona** a distribuição ordinária do ônus<sup>22</sup>.

Andando por outra senda, compreende o i. relator deste próximo caso compilado, que o ativismo judicial é a ferramenta necessária para desatrelar o juízo do legalismo estrito, proporcionando melhor realização da justiça<sup>23</sup>:

Processo: AC 6059000437 ES 6059000437. Relator(a): SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR. Julgamento: 12/09/2006. Órgão Julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Publicação: 19/10/2006. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINARES REJEITADAS. ACIDENTE DE VEÍCULOS. PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA DA PERÍCIA SOBRE OS DEMAIS MEIOS DE PROVA. ATIVISMO JUDICIAL. TENDÊNCIA DE NÃO APLICAR A REGRA DO ÔNUS DA PROVA PREVISTO NO ART. 333 DO CPC. CONCLUSÕES INSUFICIENTES LANÇADAS NO LAUDO QUANTO À AUSÊNCIA DE CULPA DA EMPRESA APELANTE. TESTEMUNHAS QUE ATESTAM A INVASÃO DA PISTA. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. ALIMENTOS NÃO DEVIDOS. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. 1. O ordenamento processual civil brasileiro não adotou o critério da hierarquia entre as provas. Compete ao juiz analisar os elementos probatórios e formar livremente sua convicção, expondo as razões de decidir em homenagem ao princípio constitucional da motivação dos atos decisórios (CF, art. 93, inc. IX). 2. Na processualística moderna e atendendo ao propósito de justiça, a regra de julgamento do ônus da prova do art. 333 do CPC não pode prevalecer sobre o ativismo judicial, que impele o magistrado na busca de elementos de formação da sua convicção. 3. Ao contrário da prova pericial, que deixa várias perguntas em aberto, as provas testemunhais noticiam que a carreta da empresa apelante invadiu a pista contrária, atingindo o veículo da vítima. Ato ilícito configurado. 4. Quanto às verbas indenizatórias pleiteadas na inicial, não procede a condenação nos alimentos à neta da vítima, pois o art. 948 do Código Civil preceitua que o causador do dano deve pagar alimentos às pessoas a quem o morto os devia. Precedentes do STJ. 5. São devidos os danos morais às filhas da vítima independentemente de prova de dependência econômica. Presunção que se impõe em razão do vínculo de parentesco entre as autoras e a vítima (pai e filhas). 6. Recurso parcialmente provido.

De acordo com Alexandre Fernandes Dantas (2012)<sup>24</sup>, notadamente no que diz com a visão da parte que tem contra si ela deferida, a tutela da inversão do ônus da prova precisa ser aplicada sem ativismos, destacando o especial malefício decorrente do deferimento da benesse aos indemonstrados hipossuficientes<sup>25</sup>:

<sup>22</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 720930 / RS; Recurso Especial 2005/0013366-0; Relator(a) Ministro Luís Felipe Salomão (1140); Órgão Julgador T4 – Quarta Turma; Data do Julgamento 20/10/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 09/11/2009. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

<sup>23</sup>Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4995091/apelacao-civel-ac-6059000437-es-6059000437-tjes>. Acesso em: 16 mai. 2012.

<sup>24</sup> DANTAS, Alexandre Fernandes. Inversão do ônus da prova no CDC. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10234](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10234). Acesso em maio 2012.

<sup>25</sup> Não se pode olvidar que os requisitos do artigo 6º, VIII do CDC são alternativos: a) verossimilhança; ou b) hipossuficiência. Neste sentido v. Nery Jr & Andrade Nery. Ob. cit. p. 269.

Na inversão do ônus da prova no direito do consumidor faz-se mister considerar a natureza que a relação de consumo implica pois retém qualificação como matéria de ordem pública. É importante sopesar os interesses em conflito, os quais não são poucos: o devido processo legal, o contraditório, a proteção constitucional ao consumidor, a ampla defesa, o princípio da função social da empresa e o princípio da busca da justiça. Se a parte autora, consumidor, não faz pedido de inversão do ônus da prova em sua exordial, e mesmo assim o juízo, de ofício concede, aplica, a dita inversão, estará desse modo acarretando uma surpresa para ambas as partes do processo. [...] Todos os direitos do consumidor devem ser respeitados, porém, ao nosso entender, sem ativismo judicial, uma vez que deve ser observado o princípio da inércia do juízo. Por conseguinte se o juízo não for provocado, se a parte não pleitear, aquele não deve conceder direitos que não foram requeridos. **Por ser matéria de ordem em pública, boa parte dos aplicadores do direito entende que o juiz deve, sempre, uma vez presente uma das hipóteses previstas no artigo 6º inciso 8º do CDC, inverter de ofício o ônus da prova. O mais preocupante ocorre quando o consumidor não é hipossuficiente técnico, ou seja, tem totais condições de produzir em juízo as provas do que alega em sua inicial, e, mesmo assim, o juízo inverte o ônus da prova de ofício.** Da para sentir o braço do Estado sustentando o autor, consumidor, preterindo o réu, que geralmente é uma pessoa jurídica. **Esse comportamento paternalista acaba por resvalar no princípio da função social da empresa** (disposto na segunda parte do art. 47 da Lei 11.101 de 2005 – Lei de Falências), ou seja, a fonte produtora, os interesses dos credores, o emprego dos trabalhadores, a função social e o estímulo à atividade econômica. A parte autora deve requerer a inversão do ônus da prova visto que a mesmo é hipossuficiente diante do poder econômico e a impossibilidade da mesma em apresentar as provas, com fulcro no art. 6º, VIII do CDC, determinando a Reclamada que apresente em Audiência de Instrução e julgamento todas as provas que puder e quiser produzir contra a pretensão autoral. (g.n.)

Do ponto de vista do requerente, o mesmo causídico opera o contraponto (DANTAS, 2012)<sup>26</sup>, salientando que para a parte autora pesa o benefício da garantia contida na letra da lei.

Por fim, voltando os olhos para o futuro legislativo, conforme lembra Cleber Affonso Angeluci<sup>27</sup>, o projeto para o novo Código de Processo Civil resta eivado de inúmeras cláusulas abertas, proporcionando maior liberdade de ação para os magistrados. E, ao passo em que propugna que a busca do equilíbrio deve ser a meta da prestação jurisdicional, afirma que tanto pender para o ativismo quanto para o passivismo (omissão) pode produzir efeitos nefastos. Destaca, ainda que, atualmente, o Brasil presencia dois fenômenos distintos, o ativismo e a judicialização, que diferem entre si porque este último não se refere diretamente a conteúdo principiológico, sendo antes marcada pela maior abrangência da prestação jurisdicional. Salientando que a população brasileira não possui consistente nível de

---

<sup>26</sup> DANTAS, Alexandre Fernandes. Idem.

<sup>27</sup> ANGELUCI, Cleber Affonso. Ativismo judicial, cláusulas gerais e a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor e o projeto de código de processo civil. **Revista Jurídica** ano 59, janeiro de 2011, n. 399, p. 81/112.

informação para operar em um ambiente de sistematização processual aberto, enaltece a existência das cláusulas gerais no projeto do *Codex* processualista, uma vez que privilegia a refrigeração da aplicação de suas normas, em que pese propiciar uma enorme verificação da prática do ativismo. E no que diz com a inversão do ônus da prova nas lides consumeristas, o projeto encarrega-se de retirar do juiz o poder de escolha sobre a interpretação do melhor ou mais adequado momento processual oportuno, atrelando tal despacho de deferimento à fase de instrução, primando por respeitar o contraditório antes da prolação da sentença.

#### **4 A QUESTÃO DA ALEGADA EXISTÊNCIA DE UMA “INDÚSTRIA DO DANO MORAL”.**

Questão de relevo se refere à coibição da chamada “indústria do dano moral”, sendo este, contudo, um caso clássico de ativismo judicial, ao contrário do que se verificou no cenário anterior.

Em suma, parcela significativa da magistratura brasileira acredita que o deferimento de um *quantum* compensatório (por condenação a dano moral consumerista) de maior expressão monetária, estimularia os consumidores a se aventurarem a mover lides motivados pelo enriquecimento ilícito.

Conforme preleciona Ana Cecília Parodi (2009)<sup>28</sup>, ao tratar da Profilaxia da Responsabilização Civil Consumerista, com suporte em variados autores que corroboram seu pensamento, afirma que se trata, sim, de ativismo judicial, mas ao arremate da proteção dos melhores princípios desenvolvimentistas sociais, em verdade atuariam os tribunais preocupados exclusivamente com a proteção da livre iniciativa.

Outro argumento jurisprudencial implica em uma grave imputação de má-fé contra os consumidores, alegando-se que os mesmos se exporiam, deliberadamente, aos danos de consumo, para se beneficiarem de altas indenizações. Argumento este deveras incongruente com a ideologia do ordenamento pátrio, a uma porque não há autolesão indenizável, e, porque a culpa exclusiva da vítima é expressamente reputada como excludente da responsabilidade civil. A esse respeito afirma Evandro Gueiros Leite (2009)<sup>29</sup>:

**O ativismo não é, porém, um novo sistema fora da realidade do processo, como pareceu a M. Cappelletti, ao perguntar por que os tribunais não poderiam**

---

<sup>28</sup> PARODI, Ana Cecília de Paula Soares; POPP, Carlyle; BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Função profilática da responsabilização civil consumerista e desenvolvimento sustentável**. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009. p/ 75-144.

<sup>29</sup> LEITE, Evandro Gueiros. Disponível em: **ativismo Judicial**. [http://bdjur.stj.gov.br/xmli/bitstream/handle/2011/16980/ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmli/bitstream/handle/2011/16980/ativismo_judicial.pdf?sequence=1). Acesso em: 13 abr. 2012.

**atuar como legisladores na criação e adaptação constante das suas próprias regras processuais técnicas, pois que com elas lidam diuturnamente. (g.n.)**

Do ponto de vista da análise jurídica dos impactos econômicos causados por essa forma de ativismo compreende Parodi (2009)<sup>30</sup> que: i) não há que se falar de maneira absoluta em parâmetros para o enriquecimento sem causa em uma sociedade marcada pelas desigualdades sociais, como a brasileira; ii) a baixa retribuição judicial aos danos provocados pelas empresas enseja – desejando-se ou não – eficiência nos termos do ótimo de Pareto à conduta empresarial de “pagar para lesionar” ao invés de se prevenir os danos, como deseja a lei consumerista, prejudicando a segurança jurídica das relações e o desenvolvimento sustentável da nação. Remetendo, novamente, à teoria dos jogos, Parodi afirma que, este ativismo faz com que a jurisprudência deixe a categoria de “informação” para atuar de maneira nefasta como um “jogador na surdina”, cooperando injustamente para desequilibrar as rodadas processuais em favor dos fornecedores. Estes, via de regra, detêm melhores condições de obter informações jurídicas e de conhecer não apenas os seus direitos, mas também os andamentos da jurisprudência; o consumidor, por outro lado, presume-se juridicamente vulnerável e, de fato, pouco acesso tem a efetiva informação de qualidade acerca de suas garantias.

Por fim, extrai-se das conclusões da professora Parodi, contidas em ambas as obras citadas, que o ativismo judicial no caso em comento enseja inovação e não a interpretação das normas, uma vez que a tutela consumerista é fundamentalmente preventiva no que diz com a proteção ao consumidor, contribuindo a lei para o desenvolvimento sustentável, enquanto os tribunais estimulam o abuso de direito, a irresponsabilidade social das empresas e a violação dos ditames da cidadania empresarial, na medida em que adotam uma posição muito restritiva e insuficiente para atender aos ditames do ordenamento jurídico, o que certamente não se coaduna com a função social do processo.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Após a legitimação da propriedade privada, em John Locke, o direito de propriedade passou por muitos saltos evolutivos. Na Contemporaneidade, abandonando-se o arcaico fisiocratismo, tem-se por propriedade todos os bens que compõem o arcabouço patrimonial das pessoas físicas e jurídicas.

Vigendo os direitos de terceira geração conforme o pensamento bobbiano, tempos de

---

<sup>30</sup> PARODI, Ana Cecília de Paula Soares. Idem.

solidariedade exige da empresa uma participação condizente com a função social de sua atividade, exercendo a livre iniciativa dentro dos ditames da cidadania empresarial.

Novas demandas também são percebidas sobre os processos judiciais e, notadamente, desde a promulgação das constituições mexicanas de 1917 e a de Weimar (alemã), em 1919, espraia-se pelo mundo um movimento originado nos Estados Unidos da América, conhecido como ativismo judicial, também chamado por alguns doutrinadores de judicialização do Direito.

Consiste, este movimento, em uma maior participação ativa do magistrado, ao fazer ganhar eficácia de conteúdo programático, o conteúdo ético e moral dos princípios constitucionais, suprindo, desta forma, a omissão ou a suposta irregularidade das normas legisladas.

O ativismo judicial encontra detratores e apoiadores, firmando-se os primeiros na proteção da legalidade, preocupados com os exageros da atuação do magistrado fora de sua esfera de competência, e, os segundos, comemoram as benesses sociais da produção legislativa, a exemplo da prestação jurisdicional contra o Estado, obrigando-o a cobrir os tratamentos médicos e remédios de cidadãos de baixa renda.

Analisando duas questões típicas das lides consumeristas, viu-se que os tribunais não atuam com ativismo pró-consumidor ao deferir a inversão do ônus da prova, porque o fazem somente após averiguar a hipossuficiência casuística do autor da demanda. Contudo, no que tange à coibição de uma suposta “indústria do dano moral”, os tribunais atuam com ativismo malogrado, porque ao invés de proteger a sociedade de uma onda de exposição deliberada aos riscos de consumo, acabam por incentivar os empresários a “pagar para lesionar”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabio. **A exata medida do humano: o direito à propriedade privada.** Disponível em <http://www.cchla.ufpb.br/caos/fabioalmeida.pdf>. Acesso em 06 jan 2012.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Ativismo judicial, cláusulas gerais e a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor e o projeto de código de processo civil.** Revista Jurídica ano 59, janeiro de 2011, n. 399.

BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario.** Traducción de Jesús Ernesto Garcia Rodriguez. Madrid : EditorialTrotta. 1996.

BARROSO. Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – O triunfo tardio do constitucionalismo no Brasil.** Disponível em:



<http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/3#ixzz1rxBkPALD>. Acesso em: 13 abr 2012.

\_\_\_\_\_. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2012.

BATISTA, Neimar. PARODI, Ana Cecília. **O ativismo judicial como meio para efetivação da função social do processo.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 85, 01/02/2011 [Internet]. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8985](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8985). Acesso em 25 nov. 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em: 25 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Brasileiro de 2002.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 25 nov. 2011.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra. **Responsabilidade social da empresa e as ações afirmativas: implicações do estatuto da igualdade racial.** In: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; TAFURI, José Mário; BORGES, Alexandre Walmott; CAPORLÍNGUA, Vanessa; COSTA, Ilton Garcia da; GIBRAN, Sandro Mansur; HENRIQUES, Ruy Alves filho; MOURA, Luiza; SHIRAI, Masako; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SOUZA, Nilson Araújo de (Orgs.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania**, n. 1, ISSN: 85-87994-75X *Online*. Curitiba: UNICURITIBA, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

\_\_\_\_\_. **Da estrutura à função**, Manole, São Paulo: 2007.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos Retóricos da Sentença Penal.** 1ª Ed., Ed. RT, São Paulo, 1980.

CAMBI, Eduardo. **Função Social do Processo Civil.** Tutela Jurisdicional Coletiva. Coordenadores Fredie Didier Jr. e José Henrique Mouta, editora Jus Podivm, Salvador, 2009.

CANGUILHEM, Georges. **Ideologia e Racionalidade nas Ciências da Vida.** 1ª Ed., Ed. 70, tradução de Emília Piedade. Lisboa, 1977.

CRUZ, Luiz Henrique Santos da; LAMORTE, Pasqualino. *Desvio da função econômica do contrato de transpasse de estabelecimento empresarial.* In: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; TAFURI, José Mário; BORGES, Alexandre Walmott; CAPORLÍNGUA, Vanessa; COSTA, Ilton Garcia da; GIBRAN, Sandro Mansur; HENRIQUES, Ruy Alves filho; MOURA, Luiza; SHIRAI, Masako; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SOUZA, Nilson Araújo de

(Orgs.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania**, n. 1, ISSN: 85-87994-75X *Online*. Curitiba:UNICURITIBA, 2011.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de, 2004, apud SILVA, Alexandre Garrido da; VIEIRA, José Ribas. Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996. p. 53-54.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. ARTMED: São Paulo. 5ª edição. 2010.

CRUZ, Alvaro Augusto Fernandes. **JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO**. Anais do Conpedi, Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3462.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2012

DANTAS, Alexandre Fernandes. Inversão do ônus da prova no CDC. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10234](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10234)>. Acesso em maio 2012.

DELGADO, José Augusto. **Ativismo Judicial. O papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea**, in *Processo Civil Novas Tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte, Del Rey, 2008;

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p. 102.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. Editora Forense Universitária; 8ª Edição; ano 2004; p. 62

GALESKI Jr., Irineu; DALLAZEN, Dalton Luiz (orient). **A análise econômica do direito e a repetição do indébito tributário**. 2008. 231 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

IGLÉSIAS, Francisco. **História e Ideologia**. 2ª Ed., Ed. Perspectiva, São Paulo, 1981.

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.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Empresa, Ordem Econômica e Constituição**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 212, p. 109-133, abr/jun, 1999.

\_\_\_\_\_. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007.

LEITE, Evandro Gueiros Disponível em: **ativismo Judicial**.  
[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/ativismo\\_judicial.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/ativismo_judicial.pdf?sequence=1).  
Acesso em: 13 abr. 2012.

LEITE DA SILVA, Caíque Thomaz. **O ATIVISMO JUDICIAL NA DEFORMALIZAÇÃO DO PROCESSO**. Disponível em:  
<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2079/2273>. Acesso em:  
16 mai. 2012

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **A FUNÇÃO SOCIAL DO PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN E DA TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS**. 2008. 200 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos No Código de Defesa do Consumidor**. Saraiva: São Paulo. 6ª Edição. 2011.

MARINHO, Raul. **Prática Na Teoria - Aplicações da Teoria Dos Jogos e da Evolução Aos Negócios**. Globo: Rio de Janeiro. 2ª ed. 2011.

NEGRELLY, Leonardo Araújo. **O ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO**. Anais do Conpedi, Fortaleza. Disponível em:  
<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson & ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Leis civis comentadas**. 2ª Ed., São Paulo : RT, 2010.

NOSSO FUTURO COMUM (Relatório Brundtland). Disponível em:  
[http://en.wikipedia.org/wiki/Our\\_Common\\_Future](http://en.wikipedia.org/wiki/Our_Common_Future). Acesso em: 25 nov. 2011.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª Edição. Editora Saraiva. 4ª Edição; ano 2009

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Uma nova racionalidade administrativa empresarial**. In: TONIN, Marta Marília; GEVAERD, Jair. (Org.). **Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas**. Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2004.

**ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**, *homepage* oficial: <http://www.onu-brasil.org.br>

PARODI, Ana Cecília de Paula Soares; POPP, Carlyle; BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto (co-orient.). **Função profilática da responsabilização civil consumerista e desenvolvimento sustentável**. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**. São Paulo : IOB Thomson,

2005.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas.** Curitiba : Jurua, 2001.

PORTELA JR, José Carlos. *A responsabilidade social da empresa e a erradicação do trabalho escravo.*In KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos; TAFURI, José Mário; BORGES, Alexandre Walmott; CAPORLÍNGUA, Vanessa; COSTA, Ilton Garcia da; GIBRAN, Sandro Mansur; HENRIQUES, Ruy Alves filho; MOURA, Luiza; SHIRAI, Masako; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SOUZA, Nilson Araújo de (Orgs.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania**, n. 1, ISSN: 85-87994-75X *Online*. Curitiba:UNICURITIBA, 2011.

REVERBEL. Carlos Eduardo Dieder. **ATIVISMO JUDICIAL E ESTADO DE DIREITO.**Disponível em: <http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2012.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos.** Makron, 1996. Os efeitos da tecnologia no mercado de trabalho. Disponível em: <http://www.ime.usp.br/~is/ddt/mac333/projetos/fim-dos-empregos/revolucoes.htm>. Acesso em: 6 jan 2012.

SACKS, Jonathan. **A ética da Responsabilidade.** São Paulo – Sêfer. 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro : Lúmen Iuris, 2004.

SÉLLOS, Viviane. **A responsabilidade social empresarial e a efetivação dos programas nacionais visando a erradicação da exploração do trabalho infantil como questão de dignidade humana.** Anima Revista Eletronica, v. VI, p. 2, 2011.

\_\_\_\_\_. **Da interpretação constitucional : regras adequadas à atualidade : (por uma nova hermenêutica).** 2. ed. Rio de Janeiro: Clássica, 2008.

\_\_\_\_\_. **O problema da dignidade humana e os projetos para erradicação da exploração do trabalho infantil.** In Anais do CONPEDI. Florianópolis: Boiteux, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Companhia das letras: São Paulo, 2010.

SILVA. Alfredo Canellas Guilherme da. **Ativismo Judicial – Apenas para a concretização de direitos sociais.** Disponível em: <http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=305>. Acesso em: 13 abr. 2012.

SOUZA, Euza Raquel. **Pietro Barcellona e o fundamento individualista da modernidade.** *POLYMATHEIA* – REVISTA DE FILOSOFIA. Disponível em:

[http://www.uece.br/polymatheia/dmdocuments/polymatheia\\_v5n7\\_barcellona\\_fundamento\\_in\\_dividualista\\_modernidade.pdf](http://www.uece.br/polymatheia/dmdocuments/polymatheia_v5n7_barcellona_fundamento_in_dividualista_modernidade.pdf). Acesso em 6 jan 2012. (ISSN 1984-9575)

SOUZA, Rogério de Oliveira. **Da hipossuficiência.** Disponível em: [http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136](http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f397314c-6e89-4e94-b2e9-d05e06d3b6ca&groupId=10136). Acesso em: 16 mai. 2012

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Recurso Especial 720930 / RS; Recurso Especial 2005/0013366-0; Relator (a) Ministro Luís Felipe Salomão (1140); Órgão Julgador T4 – Quarta Turma; Data do Julgamento 20/10/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 09/11/2009. Disponível em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).