



ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

ANALYSIS AND INTERPRETATION OF BASIC CONSUMER RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF ECONOMIC LAW ANALYSIS

EDSON TIUJO*

RESUMO

O artigo propõe-se a analisar e interpretar os direitos básicos do consumidor sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. Perquire-se a disfuncionalidade provocada em decorrência do excesso de informação e os responsáveis pela educação do consumidor, notadamente das crianças e adolescentes. Almeja-se analisar a possível ofensa à livre iniciativa dos fornecedores-empresários e à concorrência diante das restrições de determinadas práticas comerciais e contratuais. Busca-se investigar o formato da responsabilidade civil nos moldes estabelecidos no Código do Consumidor e os problemas dos custos sociais e da titularidade dos direitos reparatórios e indenizatórios. Objetiva-se perscrutar os efeitos do direito ao amplo e irrestrito acesso à justiça, notadamente em relação à assimetria informacional do fornecedor e o congestionamento do Judiciário. Apoiado no método dedutivo, sustenta-se no artigo que legisladores e julgadores devem ser estimulados a agir em cooperação e reciprocidade para alcançar a real finalidade da ordem econômica e o objetivo da defesa do consumidor.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Direito à informação e educação; Práticas comerciais e contratuais; Responsabilidade de consumo; Acesso à Justiça.

ABSTRACT

The article proposes to analyze and interpret basic consumer rights from the perspective of Economic Analysis of Law. The dysfunctionality caused by the excess of information and those responsible for consumer education, notably children and adolescents, are lost. It aims to analyze the possible offense to the free initiative of supplier-entrepreneurs and to competition in the face of the restrictions of certain commercial and contractual practices. We seek to investigate the format of civil liability along the lines established in the Consumer Code and the problems of social costs and ownership of reparatory and indemnity rights. The objective is to examine the effects of the right to broad and unrestricted access to justice, notably in relation to the supplier's information asymmetry and the congestion of the judiciary. Supported by the deductive method, the article argues that legislators and judges must be encouraged to act in cooperation and reciprocity to achieve the real purpose of the economic order and the objective of consumer protection.

Keywords: Economic Analysis of Law; Right to information and education; Commercial and contractual practices; Consumer responsibility; Access to Justice.

* Doutor em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).
Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR).
Professor assistente na Universidade Estadual de Maringá (PR). Advogado no Estado do Paraná.
edsonmitsuo@yahoo.com.br

Recebido em 30-12-2024 | Aprovado em 18-3-2025



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O DIREITO À EDUCAÇÃO E À INFORMAÇÃO DIANTE DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL DO CONSUMIDOR E A DISFUNCIONALIDADE DECORRENTE DO SEU EXCESSO; 2 O DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA PRÁTICAS COMERCIAIS E CONTRATUAIS ABUSIVAS E O DIREITO À LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA; 3 O DIREITO À PROTEÇÃO DA VIDA, SAÚDE E SEGURANÇA PELA QUALIDADE DOS PRODUTOS E SERVIÇOS E A EFETIVA REPARAÇÃO INTEGRAL DO CONSUMIDOR VIS-À-VIS O PROBLEMA DO CUSTO SOCIAL E DA TITULARIDADE DO DIREITO REPARATÓRIO E INDENIZATÓRIO; 4 O DIREITO AO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA DO CONSUMIDOR EM CONTRAPONTO À ASSIMETRIA INFORMACIONAL PROCESSUAL DO FORNECEDOR E A SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A trajetória da defesa do consumidor no Brasil, por muitas vezes, enveredou-se ao modelo social e à proteção paternalista, que pregam a ética social e distributiva e o monitoramento da vontade do consumidor pelo Estado em face do fornecedor. Diversos fundamentos doutrinários e judiciais, desde a entrada em vigência do Código de Defesa do Consumidor (CDC), deixaram evidentes esses escopos. Apenas a título de exemplificação, cita-se a máxima do *favor debilis*, o reconhecimento das normas consumeristas como de ordem pública, a eficácia plena, absoluta, inquestionável e indiscutível, a fraternidade e a igualdade como valores das políticas consumeristas e a dignidade humana como princípio, a inderrogabilidade dos direitos do consumidor e o direito privado solidário.

A premissa escolhida por doutrinadores, legisladores e julgadores, contudo, não foi consentânea com os princípios da ordem econômica previstos nos incisos do art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e nem com o princípio da harmonização das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico previsto no art. 4º, III do CDC. Essa premissa, a propósito, acabou por resultar, repetidas vezes, em normas distorcidas e disfuncionais e que causaram certo desequilíbrio ao mercado de consumo ao reconhecer direitos ilimitados e, em determinadas situações, inconsequentes; ao invés de beneficiar os consumidores acarretaram por prejudicá-los, notadamente, os mais pobres.

O artigo tem como tema central o estudo dos direitos básicos do consumidor enumerados no art. 6º do CDC. Esses direitos básicos serão analisados e interpretados à luz da Análise Econômica do Direito (AED) ou Direito e Economia (LaE). Esta pesquisa não tratará das distinções e das implicações de uma abordagem e outra, mas é certo que existem. Apenas a título de conhecimento, há décadas diferentes movimentos foram desenvolvidos envolvendo essas duas áreas do conhecimento, inclusive, com predominância atual da abordagem denominada de *Law and Economics* (LaE) e rejeição da denominada AED. Desta maneira, a superação de um movimento em relação ao outro, bem como a denominação mais adequada para essa

disciplina, não será o foco da pesquisa, mas sim a importância dos instrumentos analíticos econômicos nesse ramo do Direito.

A abordagem econômica, por conseguinte, não significa uma racionalização de direitos, como incorretamente pensam alguns consumeristas ortodoxos. Não se trata, pois, de um retrocesso dos direitos conquistados. A AED, em verdade, consiste na interpretação das regras e normas de defesa do consumidor, levando-se em consideração postulados econômicos, principalmente, os do eficientismo e do institucionalismo, proporcionando uma visão mais elástica e menos individualista.

Partindo da abordagem da AED, espera-se demonstrar as disfunções e distorções provocadas pelas instituições de defesa do consumidor elaboradas com base em uma estrutura de incentivos enviesada por um modelo social e uma proteção paternalista. Na mesma ocasião, almeja-se destacar a importância da releitura e da reinterpretção dos direitos básicos do consumidor sob uma ótica juseconômica e mais coerente com o ambiente do mercado de consumo.

O artigo está dividido em quatro seções, buscando, em cada uma, abordar um direito básico do consumidor em face de um elemento da AED. A primeira seção pretende perquirir a disfuncionalidade provocada em decorrência do excesso de informação e os responsáveis pela educação do consumidor, notadamente das crianças e adolescentes. A segunda seção almeja analisar a possível ofensa à livre iniciativa dos fornecedores-empresários e à concorrência diante das restrições de determinadas práticas comerciais e contratuais. A terceira seção busca investigar o formato da responsabilidade de consumo nos moldes estabelecidos na Lei de Consumo e os problemas dos custos sociais e da titularidade dos direitos reparatórios e indenizatórios. A quarta seção, por fim, objetiva perscrutar os efeitos do direito ao amplo e irrestrito acesso à justiça, notadamente em relação à assimetria informacional do fornecedor e a sobrecarga de processos no Judiciário.

A pesquisa adota o método hipotético dedutivo, partindo da premissa de que é necessário corrigir o eixo central da finalidade da ordem econômica e do objetivo da defesa do consumidor. Para tanto, propõe-se analisar e interpretar os direitos básicos do consumidor e, a partir dessa premissa dedutiva, lança-se a hipótese de que o mercado de consumo poderá reconciliar os interesses conflitantes, promovendo maior bem-estar ao consumidor e gerando maior retorno ao investimento do fornecedor-empresário.

1 O DIREITO À EDUCAÇÃO E À INFORMAÇÃO DIANTE DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL DO CONSUMIDOR E A DISFUNCIONALIDADE DECORRENTE DO SEU EXCESSO

Os incisos II e III do art. 6º do CDC enumeram dois dos mais emblemáticos direitos básicos do consumidor: direitos a educação e à informação. O primeiro, conforme a dicção do próprio dispositivo legal, consiste em transmitir ao consumidor informações sobre o produto ou o serviço, notadamente, no que se refere às suas características, quantidade, qualidades, composição, preço, garantia, prazo de validade, origem e os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. O segundo, por sua vez, consiste em proporcionar ao consumidor de um poder de reflexão e de formulação de um juízo crítico acerca do consumo de bens

e serviços¹, p. 101. Com isso, pretende-se minimizar os efeitos da racionalidade limitada do consumidor e sua disparidade com o fornecedor em virtude da exclusividade que este detém sobre o processo produtivo.

Antes de prosseguir com a análise deste direito, deve-se destacar que a estrutura de incentivos adotada pelo legislador ordinário para cumprir com a política de defesa do consumidor constituiu, para além da atribuição de direitos ao consumidor, em imposição de deveres ao fornecedor e ao próprio Estado. Cláudia Lima Marques, nesse sentido, explica que “o método escolhido pelo legislador do CDC para alcançar as finalidades protetivas foi o da imposição de novos deveres legais”², p. 183. Deste modo, a cada direito indisponível criado em favor do consumidor, ao mesmo tempo, deu-se origem a obrigações impostas ao fornecedor e deveres de prestações normativas impostas ao ente público.

Em vista desta estrutura de incentivos, como decorrência do direito básico à informação, impôs-se ao fornecedor a obrigação de ofertar ao consumidor de forma adequada (art. 6º, III do CDC), necessária (art. 8º do CDC) e ostensiva (art. 9º do CDC). Por outro lado, como consequência do direito à educação, atribuiu-se ao fornecedor e ao ente público a obrigação de educar o consumidor, numa verdadeira proteção paternalista. Por exemplo, sustentam certos doutrinadores consumerista³ o dever dos fornecedores em educar os consumidores a prevenir-se contra o superendividamento.

Sobre o dever de educação, Sergio Cavalieri Filho⁴, p. 101-102 ensina que a educação para o consumo envolve dois aspectos: o formal e o informal. A educação formal desenvolve-se por meio de políticas de inserção de temas relacionados ao direito do consumo e consumidor nos currículos escolares, desde o ensino fundamental, em escolas públicas e privadas, até o ensino universitário, em disciplina com autonomia científica e pedagógica. Deste modo, pensam os consumeristas constituir-se importante ferramenta na construção da cidadania e na formação de indivíduos conscientes. A educação informal, por sua vez, desenvolve-se por meio das mídias de comunicação social e/ou institucional, direcionadas ao público geral ou específico, com o intuito de prestar informações, orientações e/ou esclarecimentos aos consumidores.

Como se nota, a consecução do direito à informação e à educação impõe ao fornecedor e ao próprio Estado uma complexidade de deveres e obrigações. Ocorre que, o excesso de ações executadas para tentar corrigir a anomalia da assimetria informacional do consumidor – ou como preferem os consumeristas, vulnerabilidade técnica e informacional – causou efeitos colaterais não desejáveis. A concretude exacerbada desses direitos, em determinados casos, resultou em regras disfuncionais, sem qualquer melhoria na situação dos consumidores.

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

² MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor – antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 155-197, jul./set. 1992.

³ Para Antonio Carlos Efig, Gabriele Polewka e Olenka Woolcoot Oyague, em muitas ocasiões, os consumidores são verdadeiras vítimas da concessão irresponsável de crédito por profissionais inescrupulosos. A falta de educação ou de informações adequadas aos consumidores sobre os impactos das dívidas no seu orçamento também os torna suscetíveis ao superendividamento. É preciso, pois, estabelecer deveres aos fornecedores de crédito, conforme EFING, Antonio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcoot. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população: emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (orgs.). *Novas tendências do direito do consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 325-369.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Para explicar as distorções provocadas pelo desdobramento desses direitos, embasa-se, especialmente, na vertente da econômica comportamental (*behavioral law and economics*), a qual se apresenta como uma pertinente abordagem para se verificar a eficiência desses direitos / deveres.

Em estudo realizado sobre o dever de informação, Bruno Vinícius Da Rós Bodart⁵, p. 118-119 chegou à conclusão de que o excesso de informações é, em várias situações, irrelevante e impertinente. O consumidor não gastará seu tempo lendo as diversas informações transmitidas pelo fornecedor, por qualquer via que seja (manual de instrução, sítios eletrônicos ou *QR Code*). Muitas das informações impostas pelas políticas públicas são de utilidade questionável e não acrescentam absolutamente nada para a tomada de decisão do consumidor. Ao contrário, ao se informar o consumidor sobre determinada configuração ou qualidade do produto ou serviço pode-se induzi-lo a erro. Isso porque, com base nos postulados da economia comportamental⁶, p. 608, ao se chamar a atenção para um determinado dado, é natural que ele se afaste de outras informações tão ou mais relevantes⁷, p. 121.

Um exemplo muito pertinente diz respeito à Lei n. 11.105/2005, que obriga fornecedores a informar nos rótulos o conteúdo de alimentos transgênicos por meio do símbolo “T”. Esse tipo de informação, além de gerar aumento de custos, naturalmente repassados ao consumidor, tende a um efeito reverso. O consumidor, ao se deparar com esse símbolo, recebe um alerta e tende a relacionar a informação a algum tipo de risco ou dano à sua saúde e vida. No entanto, na medida do desenvolvimento tecnológico, pesquisas comprovam que o temido risco de dano à vida e à saúde já não existe mais⁸, p. 119-120, prescindindo, assim, a permanência da informação⁹.

Tudo isso, ademais, ocorre num contexto de pouca instrução dos consumidores, seja por analfabetismo ou baixo nível de alfabetismo, bem como de consumidores de baixa renda que não possuem aparelhos celulares habilitados ao uso de tecnologia¹⁰, p. 118, por exemplo, para consultar informações via *QR Code*. Essa condição de muitos dos consumidores brasileiros tende a tornar ainda mais disfuncional o direito / dever à informação.

⁵ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

⁶ A isso dá-se o nome de heurística de disponibilidade. Essa manifestação neurocognitiva explica que os agentes tendem a adotar as informações que lhe vêm mais instantaneamente à mente, seja porque são mais recentes, seja porque são marcantes. Assim, os agentes avaliam e tomam suas decisões de acordo com eventos que são hiperestimados ou subestimados, de acordo com o momento ou a importância em que ocorreram (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TIUJO, Edson Mitsuo. A educação formal para o consumo é garantia para uma presença refletida do consumidor no mercado de consumo? Uma análise com base na behavioral law and economics (economia comportamental). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 600-615, ago. 2018).

⁷ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

⁸ *Ibid.*

⁹ O Projeto de Lei n. 34/2015, já aprovado na Câmara dos Deputados e em discussão no Senado Federal, mas já aprovado por sua Comissão do Meio Ambiente, pretende eliminar o símbolo “T” dos rótulos de produtos transgênicos.

¹⁰ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

Outro exemplo bastante apropriado advém da Resolução n. 218/2012 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), que obriga as transportadoras aéreas a divulgarem, no momento da venda da passagem, os percentuais de atrasos e cancelamentos dos voos domésticos e internacionais que comercializam no Brasil. A exigência da referida informação é totalmente inócua e não trará qualquer benefício ao consumidor, apenas aumentos de custos desnecessários. Por exemplo, nas localidades onde não haja concorrência, diante da ausência de opções de voos, o consumidor possivelmente não deixará de adquirir os serviços. Por outro lado, havendo concorrência, as próprias transportadoras terão o interesse em prestar o serviço com a melhor qualidade e segurança possível, pois o empresário prestador, independentemente de interferência legal ou governamental, é o único juiz da qualidade dos serviços vendidos^{11, p. 67}. Nesta situação, a obrigatoriedade da mera informação sobre atrasos e cancelamentos, sem a informação da causa atrelada, é incoerente, uma vez que tais fatos podem estar relacionados a casos fortuitos e de força maior, não atribuíveis ao fornecedor. Em vista disso, haverá a imposição de deveres contraditórios com o próprio CDC, na medida em que as prestadoras de transporte aéreo estarão constrangidas de atrasar e cancelar seus voos, ao mesmo tempo em que deverão assegurar a segurança à vida e saúde dos consumidores.

Por outro lado, para cumprir com o direito à educação, diversas políticas públicas são propostas em todos os âmbitos estatais, com o intuito de incluir nos currículos básicos escolares disciplinas afetas a esse assunto. Sem querer prestar um desserviço à educação, os estudos de economia comportamental revelam que a simples educação passiva, teórica e abstrata não encontra equivalência nas poderosas forças psicológicas^{12, p. 27}. Nesse sentido, é de se destacar que as manifestações neurocognitivas – heurísticas e vieses¹³ – são regras gerais de influência^{14, p. 170} do comportamento que afetam o psicológico e o inconsciente do ser humano. Ao agirem desta forma, as heurísticas e vieses tornam-se invencíveis, mesmo diante de ostensiva informação e educação^{15, p. 156}.

É preciso, pois reconhecer que o mercado é dinâmico e competitivo. Os fornecedores sempre irão maximizar seus lucros, buscando mecanismos diversos para chamar a atenção do consumidor. E os consumidores sempre irão maximizar seu bem-estar, no sentido de satisfazer as suas diversas necessidades e comodismos, destinando parte de seus rendimentos para o consumismo, o que, aliás, faz parte da economia capitalista.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXIX, n. 80, p. 66-75, out./dez. 1990.

¹² LIMA, Bruna Giacomini; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. *Homo economicus: os (des)encontros da sociedade de consumo superendividada*. In: FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; CARVALHO, Diógenes Faria de; SANTOS, Nivaldo dos (orgs.). *Sociedade de Consumo: pesquisas em direito do consumidor*. Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2015, p. 52-72.

¹³ Heurísticas e vieses são pensamentos que vêm à mente rapidamente e sem muita reflexão. São decisões tomadas, no dito popular, de “bate-pronto”. Trata-se, enfim, de simplificação no processo decisório do agente, que podem levá-lo a decisões adequadas, mas por vezes, imperfeitas. Apesar disso, não se pode condená-las totalmente no dia a dia das relações de mercado – especialmente as relações de consumo –, haja vista que o mercado é dinâmico e necessita de decisões rápidas, mesmo diante de situações com grande quantidade de dados e variáveis, conforme KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 156.

¹⁴ SANTOLIM, Cesar. “Behavioral Law and Economics” e a Teoria dos Contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (orgs.). *Novas Tendências do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166-181.

¹⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

Assim, como Cesar Santolim¹⁶, p. 178, pensa-se que a melhor forma de aprendizagem para o consumidor é a partir dos erros cometidos no passado. Trata-se do conhecimento obtido pela experiência negativa que lhe atingiu e das perdas decorrentes. Neste particular, a educação para o consumo deve partir e contar com a participação da família, a qual tem o primordial dever de educar as suas crianças e jovens, em corresponsabilidade com a sociedade e o Estado, como preconiza o art. 227 da CRFB. Ainda que nem todos tenham familiaridade com as heurísticas e vieses do mercado de consumo, concluem Marcia Carla Pereira Ribeiro e Edson Mitsuo Tiujo¹⁷, p. 612, é pela educação transmitida pela família que o futuro consumidor toma conhecimento dos erros sistemáticos cometidos em compras desnecessárias, dos problemas patrimoniais decorrentes do endividamento e do superendividamento, do tamanho do poder aquisitivo da família, das prioridades familiares na aquisição de produtos e na contratação de serviços, da conscientização acerca do desperdício de alimentos e, especialmente, do equilíbrio entre receitas e despesas.

2 O DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA PRÁTICAS COMERCIAIS E CONTRATUAIS ABUSIVAS E O DIREITO À LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA

O CDC, em seu art. 6º, V, enumerou como direito básico do consumidor a proteção contratual, assegurando-lhe o direito de pleitear a modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Posteriormente, de forma esparsa, o próprio CDC especificou diversas situações ao longo de seu texto que se mostraram totalmente disfuncionais e antieconômicas. Por isso, são situações que merecem uma releitura, notadamente, com base na metodologia da AED.

A título de exemplificação, o art. 52, § 1º, da Lei de Consumo prevê, como multa moratória, o máximo de 2% do valor da prestação¹⁸. Esse percentual demasiadamente ínfimo, pode gerar comportamentos oportunistas e propiciar uma estrutura de incentivo ao inadimplemento, causando, assim, um efeito contrário à função do próprio instituto da cláusula penal. Outro exemplo, é o art. 52, § 2º, que concede ao consumidor o direito à quitação antecipada do seu débito, com abatimento de acréscimos contratuais, podendo-se cogitar, nesse caso, de violação ao princípio *pacta sunt servanda*.

Por conseguinte, o inciso IV do art. 6º, o CDC enumerou como direitos básicos do consumidor a proteção contra práticas comerciais ou cláusulas contratuais abusivas. As referidas práticas e cláusulas foram, posteriormente, tratadas de forma mais aprofundada nos arts. 39 e 51 do próprio CDC, onde se enumerou uma série de 27 situações consideradas abusivas. Em

¹⁶ SANTOLIM, Cesar. "Behavioral Law and Economics" e a Teoria dos Contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate. *Novas Tendências do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166-181.

¹⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TIUJO, Edson Mitsuo. A educação formal para o consumo é garantia para uma presença refletida do consumidor no mercado de consumo? Uma análise com base na behavioral law and economics (economia comportamental). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 600-615, ago. 2018.

¹⁸ A redação original do parágrafo 1º do artigo 52 previa o limite máximo da multa em 10% (dez por cento) do valor da prestação; porém, a Lei nº 9.298/1996 alterou a redação do dispositivo e reduziu o percentual em 80%, de 10 para 2%.

comum, todas as situações que, de alguma forma, sejam desfavoráveis ao consumidor ainda que isoladamente considerado, são estigmatizadas como abusivas e, portanto, proibidas.

Evidentemente, é desnecessário enfrentar as 27 situações de abusividade tratadas pelo CDC. Chama-se atenção, no entanto, para duas questões que acarretam a disfuncionalidade e a incoerência das suas disposições.

Em primeiro lugar, por um simples passar de olhos nos incisos dos artigos, é de fácil inferência verificar a quantidade de expressões vagas¹⁹ adotadas pelo legislador ordinário. Essa técnica legislativa, por meio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, típica de modelos sociais^{20, p. 19}, é extremamente prejudicial ao ambiente do mercado de consumo. O uso de expressões vagas gera insegurança para os negócios^{21, p. 126} e impacta, negativamente, na fluidez das transações. Essa técnica legislativa aliada às decisões judiciais enviesadas por uma interpretação pró-consumidor (art. 47), acarretam comportamentos oportunistas, conduzindo parcela de consumidores mais abastados a demandar em juízo, a fim de obter revisões em seus contratos firmados com fornecedores. O efeito disso é a transferência desses custos ao mercado de consumo, afetando principalmente outra parcela desabastada de consumidores, especialmente, mediante a elevação das taxas de juros e a diminuição no volume de crédito.

Em segundo lugar, muitas das situações consideradas abusivas assim o foram sem um raciocínio econômico e sem a observância das premissas dedutivas ora expostas. Essa política enviesada, designadamente, conduziu-se a casos de total incoerência na proteção do consumidor. Um bom exemplo diz respeito às garantias legais (art. 26). Com base em autores juseconomistas, como Richard Craswell^{22, p. 33}, o CDC, ao prever a obrigatoriedade da garantia legal, além de promover o repasse desse custo aos consumidores, deixando de observar o cálculo empresarial, acabou por estabelecer uma situação que ele mesmo veda, qual seja, a venda casada do produto ou do serviço embutida com a garantia legal, cuja previsão encontra-se no art. 39, I, do CDC.

Por conseguinte, várias situações previstas nos arts. 39 e 51 taxaram de abusivas práticas comerciais e cláusulas contratuais que, sob a perspectiva da liberdade econômica, não o seriam. Cita-se como exemplo a venda casada e a venda de produtos com limites quantitativos (art. 39, I), a recusa de atendimento aos consumidores na medida das disponibilidades de estoque –, permitindo compras em quantidades exageradas com efeito no desabastecimento (art. 39, II) e a recusa a venda de bens ou prestação de serviços a quem se disponha a adquirir mediante pronto pagamento – limitando também a disponibilidade quando essa for limitada (art. 39, IX). Tais situações nem sempre se afiguram abusivas, notadamente, em um livre mercado.

¹⁹ Por exemplo: justa causa (art. 39, I e X); usos e costumes (art. 39, II); fraqueza (art. 39, IV); vantagem manifestamente excessiva (art. 39, V); obrigações iníquas e abusivas, desvantagem exagerada, boa-fé e equidade (art. 51, IV).

²⁰ TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 876, p. 11-28, out. 2008.

²¹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

²² CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer Seller Relationships. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 43, n. 2, p. 1-38, jan. 1991.

A estratégia da venda casada, por exemplo, pode prejudicar unicamente o próprio fornecedor, com a perda de clientes e de receita. Se, por outro lado, houver consumo em larga escala é porque os consumidores gostaram do seu formato de negócio²³, p. 134. A venda exclusiva de itens por determinado estabelecimento, por exemplo o cinema com os itens de *bombonière*, beneficiam consumidores de baixa renda pelo “subsídio cruzado” daqueles de melhores condições²⁴, p. 135. São as receitas decorrentes das vendas acessórias que permitem ao fornecedor cobrar ingressos mais baratos.

O que é necessário raciocinar é que, para além de abusivas, tais práticas estão na esfera de liberdade econômica do fornecedor. A preocupação é exclusivamente do empresário que suportará os prejuízos da rejeição dos consumidores ao seu formato de negócio. Portanto, políticas públicas que pretendam interferir nessas práticas podem ocasionar um efeito reverso, cuja consequência, além de não propiciar nenhuma melhora na situação do consumidor, compromete o desenvolvimento econômico e a geração de riquezas.

3 O DIREITO À PROTEÇÃO DA VIDA, SAÚDE E SEGURANÇA PELA QUALIDADE DOS PRODUTOS E SERVIÇOS E A EFETIVA REPARAÇÃO INTEGRAL DO CONSUMIDOR VIS-À-VIS O PROBLEMA DO CUSTO SOCIAL E DA TITULARIDADE DO DIREITO REPARATÓRIO E INDENIZATÓRIO

O inciso I do art. 6º do CDC assegurou, como direito básico do consumidor, a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. A partir desse direito, o poder público elaborou diversas políticas no sentido de fixar padrões mínimos de configuração e qualidade dos produtos e serviços. A imposição dessas características, explica Bruno Vinícius da Rós Bodart²⁵, p. 123, é questionável do ponto de vista juseconômico²⁶, haja vista que estabelecem barreiras de entrada ao mercado, impedindo que parcela dos consumidores tenham acesso aos bens de consumo por causa dos preços mais elevados, bem como dos fornecedores que não possuem estrutura para atender aos novos requisitos, provocando, assim, distorções na concorrência.

De toda forma, mesmo diante das exigências de aperfeiçoamento no fornecimento dos produtos e na prestação dos serviços, acidentes de consumo e más execuções contratuais continuam e sempre continuarão a ocorrer. Em face disso, o inciso VI do art. 6º do CDC assegurou, também como direito básico do consumidor, a sua reparação efetiva e integral em vista dos danos sofridos. Como consequência desse direito, o legislador consumerista abandonou

²³ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

²⁶ Como já se mencionou, com amparo em Fábio Konder Comparato e Luiz Antonio Nunes, uma análise juseconômica defende que uma melhor qualidade dos produtos e serviços seja implementada espontaneamente pelos fornecedores, por meio da inventividade e do desenvolvimento econômico, e não pela imposição da legislação consumerista.

os diversificados regimes²⁷, modelos²⁸ e espécies²⁹ de responsabilidade civil, para adotar um modelo único que se concentra apenas no vício (arts. 18 a 25) e no fato (arts. 12 a 17) do produto ou do serviço.

A responsabilidade do fornecedor, nos termos em que foi planejado pelo CDC, tem natureza objetiva e, portanto, prescinde de qualquer discussão sobre a culpa³⁰, p. 63. Por conseguinte, o agente econômico assume uma responsabilidade ilimitada pelo defeito do produto ou do serviço³¹, p. 67, inclusive, em relação a pessoas com quem não manteve qualquer relação sinalagmática, ou seja, de prestação e contraprestação, como no caso dos consumidores por equiparação (arts. 17 e 29). É o que se verifica, por exemplo, em relação aos convidados de um casamento que sofrem intoxicação alimentar pelo fornecimento de alimentos estragados pela prestadora de serviços de eventos festivos contratada pela(o) anfitriã(o) da festa. Nesse caso, os convidados do evento, vítimas dele, embora não tenham tido relação contratual com o fornecedor de alimentos, podem, com base na legislação de consumo (art. 17), equiparar-se a consumidores. Essas opções legislativas, segundo os estudos de Cláudia Lima Marques, “concentra-se não somente na atividade de risco do fornecedor, mas principalmente na existência do defeito e do nexo causal entre o defeito e o dano”³², p. 182.

Em decorrência da responsabilidade objetiva e ilimitada, o CDC impôs ao fornecedor o dever de reparação efetiva do consumidor. Trata-se, na visão dos consumeristas, da aplicação dos princípios da indenização integral aliado ao da socialização dos custos da reparação³³, p. 183. Sem querer adotar como fundamento, mas assumindo-o pelo seu caráter dogmático, o art. 944 do Código Civil (CC), de forma sucinta, porém exaustiva, explica o significado do princípio da reparação integral, enunciando que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Isso significa que o fornecedor, ao ser responsabilizado pelo fato do produto ou do serviço, deverá proceder ao ressarcimento de todos os danos suportados pelo consumidor, o que envolve não apenas os materiais (danos emergentes e lucros cessantes), mas também os imateriais (dano moral).

Ao assegurar esses direitos básicos, o CDC, em seus capítulos posteriores, limitou a atividade econômica, estabelecendo expressamente na lei, a vedação a estipulação contratual de cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a obrigação de indenizar (art. 25). Não

²⁷ O Código Civil adotou dois regimes jurídicos distintos de responsabilidade civil: a extracontratual ou aquilina decorrente de ato ilícito (art. 186 e seguintes); e a contratual decorrente da violação ou descumprimento do contrato (art. 389 e seguintes).

²⁸ Por conseguinte, a Lei Civil optou, simultaneamente, por dois modelos distintos de responsabilidade civil: a subjetiva, fundada no ato ilícito culposo (art. 186) e no abuso de direito (art. 187); e a objetiva, fundada no risco (art. 927, parágrafo único) e no fato do produto (art. 931).

²⁹ São duas espécies de responsabilidade civil: a direta ou por ato próprio (art. 186); e a indireta ou por ato de outrem (art. 932), pelo fato da coisa (art. 936) ou do animal (art. 937).

³⁰ O CDC adotou o superamento do princípio da culpabilidade (COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994).

³¹ O CDC adotou o superamento do princípio da relatividade (COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994).

³² MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor – antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 155-197, jul./set. 1992.

³³ *Ibid.*

bastasse isso, o CDC, ainda, reforçou como abusiva e, portanto, nulas quaisquer cláusulas contratuais com esse conteúdo (art. 51, I), salvo, excepcionalmente e casuisticamente, a situação que envolva a relação de consumo entre fornecedor e consumidor pessoa jurídica.

Como se nota, o CDC adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor e ilimitada em detrimento da responsabilidade subjetiva e contratual, sujeita à culpabilidade e relatividade. Sob uma análise juseconômica, nenhum dos modelos de responsabilidade conduz ao ótimo social³⁴, p. 55.

Conforme ensina Hugo Alejandro Acciarri³⁵, p. 55, a adoção da responsabilidade objetiva não é totalmente eficiente, pelos seguintes motivos: primeiro, porque em relação aos causadores de danos (fornecedores), elimina os incentivos para a adoção de precauções; e, segundo, porque em relação aos consumidores, elimina os incentivos para usar adequadamente os produtos adquiridos. Isso ocorre porque a responsabilização dos fornecedores sempre ocorrerá e os consumidores seriam indenizados, salvo nos casos legais de exclusão de responsabilidade.

A responsabilidade subjetiva, por sua vez, expõe Fernando Boarato Meneguim³⁶, p. 195, apresenta custos muito altos, pois faz surgir uma litigância individualizada entre fornecedor e consumidor, para um problema que atinge a todos. Assim, da mesma forma como a responsabilidade objetiva, a subjetiva também não se mostra totalmente eficiente por duas razões: primeiro, porque parte do pressuposto que o juiz sabe verificar o ponto exato (ótimo social) entre a culpa e a falta de culpa, mas isso é errôneo. Mesmo que se conte com mecanismos processuais (perícias, técnicos, testemunhas etc.) para tanto, as partes nem sempre conduzem o processo adequadamente e nem sempre se tem acesso às informações privadas das empresas³⁷, p. 57; e, segundo, diante da dificuldade para caracterização jurídica da culpa. A culpa, relata Hugo Alejandro Acciarri³⁸, p. 57, é julgada com base em critérios de regularidade social: sobre a base de como regularmente se comportam outros sujeitos no campo que se está tratando. Ademais, pelo sistema subjetivo, sendo a culpa julgada à luz das precauções que usualmente adotam os empresários de certo ramo, nenhuma teria incentivos para investir em pesquisa tendente a descobrir e aplicar medidas mais eficientes: bastaria reproduzir eternamente os padrões de seus competidores para não ser considerado culpável e não ser responsável pelos danos causados ao consumidor³⁹, p. 57.

Independentemente do modelo de responsabilidade adotado, objetiva ou subjetiva, é importante se definir previamente os riscos. Ao definir previamente o modelo de responsabilidade, o legislador acaba por alocar antecipadamente os riscos e, conseqüentemente, garantir maior segurança às relações de consumo. Por outro lado, na ausência de um sistema de responsabilização, esclarece Hugo Alejandro Acciarri⁴⁰, p. 52-53, o causador do dano iria optar por

³⁴ ACCIARRI, Hugo Alejandro. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ MENEGUIM, Fernando Boarato. Um modelo econômico para a responsabilidade civil na defesa do consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 189-205, jul./dez. 2012.

³⁷ ACCIARRI, Hugo Alejandro. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

não tomar nenhuma medida de prevenção, o que acarretaria uma solução socialmente ineficiente.

Pelo fato de o fornecedor deter maior informação do que o consumidor, a adoção da responsabilidade objetiva é consentânea do ponto de vista da análise econômica do Direito (AED). Trata-se de uma forma mais adequada de se promover a proteção. Ao prever a responsabilidade objetiva, argumenta Carolina Cordeiro de Souza, “o CDC protege o consumidor e estimula a precaução do fornecedor”⁴¹, p. 103. Isso porque, continua a autora, o fornecedor é mais “apto a medir os riscos e tomar as precauções adequadas para evitar prejuízos”⁴², p. 103. No mesmo sentido, Fernando Boarato Meneguim⁴³, p. 191, leciona que essa modalidade de responsabilidade irá criar incentivos para que os empresários invistam em qualidade num nível eficiente, pois promove-se concomitantemente a qualidade do produto, a segurança nas relações e previnem-se gastos futuros que poderiam decorrer tanto da má prestação quanto da própria busca por reparação dos danos.

Proposta a resposta da responsabilidade de consumo sob a ótica juseconômica, a partir de agora concentra-se a análise do direito à efetiva reparação em cima de duas discussões. A primeira diz respeito ao valor ilimitado das reparações e indenizações e o problema do custo social. A segunda cinge-se à titularidade individual e/ou coletiva do direito reparatório e indenizatório.

Como já se expôs acima, o CDC adotou o princípio da reparação e indenização integral do consumidor, vítima de vício ou defeito do produto e do serviço. Segundo as novas funções da reparação de danos, justifica-se a imposição de valores indenizatórios e reparatórios em patamares indeterminados, a fim de não apenas indenizar e compensar os danos sofridos pelo consumidor (função compensatória), mas também coibir novas condutas danosas por parte do fornecedor e até servir como meio educativo para futuros comportamentos empresariais (função de desestimulação)⁴⁴, p. 85.

A perspectiva econômica no regime da responsabilidade ilimitada e da reparação integral, no entanto, centraliza-se na questão do custo social, cujo teorema foi desenvolvido por Ronald Coase⁴⁵, p. 95. Segundo o economista, decisões judiciais oriundas da aplicação desse regime poderiam ser inadequadas por conduzirem a resultados que, embora desejáveis ao privado, talvez, não o sejam ao social. Hugo Alejandro Acciarri, reescrevendo Ronald Coase, afirma que “os danos que ocorrem em uma sociedade não compreendem apenas um problema distributivo privado (que o autor do dano deva transferir ou não uma quantia em di-

⁴¹ CORDEIRO, Carolina Souza. Direito do consumidor e economia. In: RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira (orgs.). *O jurista que calculava*. Curitiba: CRV, 2013, p. 91-110.

⁴² *Ibid.*

⁴³ MENEGUIM, Fernando Boarato. Um modelo econômico para a responsabilidade civil na defesa do consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 189-205, jul./dez. 2012.

⁴⁴ ANDRADE, Vitor Morais de. As condenações por dano moral e sua função de desestímulo: relação entre direito e economia. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70-92.

⁴⁵ COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. 2. ed. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

nheiro, a título de compensação, à vítima), mas que também afetem a riqueza total da comunidade”⁴⁶, p. 36. Em simples palavras, o mesmo autor, finaliza: “o dono perdeu, mas também, por agregação, a sociedade em geral”⁴⁷, p. 21.

A preocupação é relevante. Imagine-se a magnitude das consequências de um acidente aéreo, especialmente, em relação a eventuais valores indenizatórios em patamares indeterminados. Cogite-se, agora, estar privado ou limitado ao uso do transporte aéreo, seja pela ausência dos serviços, seja pelo elevado preço das passagens aéreas. As consequências sociais, como se percebe, são elevadíssimas. É preciso levar em consideração, diante disso, a especificidade da atividade de transporte aéreo e a sua elevada potencialidade de dano. Se, antigamente, o risco era decorrente do pouco desenvolvimento, hoje, a alta tecnologia limita os acidentes a causas remotas e extraordinárias. A concorrência no mercado de transporte aéreo, por conseguinte, conduz as sociedades desse ramo a níveis elevados em segurança operacional, podendo eventuais falhas na prestação representar o fim ou declínio da atividade.

A responsabilidade ilimitada e a reparação integral preconizadas pela defesa do consumidor, portanto, devem ser analisadas diante dos custos sociais que podem provocar. Essa discussão deve-se separar evidentemente dos lucros que a atividade auferir, decorrentes da liberdade econômica, e vincular-se aos impactos que indenizações em responsabilidades ilimitadas e integrais podem provocar na atividade.

A presente pesquisa não pretende apresentar uma resposta à questão apontada. Todavia, a discussão é bastante provocativa e faz invocar uma reflexão sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em repercussão geral, a partir do caso paradigma extraído do Recurso Extraordinário (RE) n. 636.331. Segundo a referida decisão deu-se prevalência às Convenções Internacionais de Varsóvia e Montreal, para o fim de fixar o regime de responsabilidade civil de forma limitada (subjéctiva) e o dever de reparação de forma tarifada dos transportadores aéreos nas situações de acidentes aéreos e de prejuízos sofridos por passageiros, notadamente, em relação ao extravio de bagagens⁴⁸.

A segunda questão diz respeito à titularidade do direito de reparação e indenização decorrentes de violações às normas de defesa do consumidor e aos acidentes de consumo. Para tanto, importante é destacar, de imediato, o caráter público e coletivo do ambiente do mercado de consumo. Conforme a lição de Luciano Benetti Timm, “o mercado é um espaço público que gera eficiência, ao ensejar a concentração de agentes interessados em um determinado bem ou serviço, facilitando as trocas”⁴⁹, p. 85. A proteção do mercado, portanto, poderia ser exercida por qualquer agente econômico (consumidor) que dele participe. Por essa razão, não é justo que apenas um consumidor se beneficie do direito de reparação e indenização,

⁴⁶ ACCIARRI, Hugo Alejandro. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Com isso, foi alterada a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ), até então tendente à prevalência das disposições do CDC em detrimento das convenções. Atualmente, a Corte de Justiça está alinhada à posição adotada pelo STF em 2017. Nesse sentido, cf. REsp 1.842.066-RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 09/06/2020, DJe 15/06/2020: “Transporte aéreo internacional. Extravio de bagagem e atraso de voo. Indenização. Danos materiais. Limitação da responsabilidade civil da transportadora. Aplicação da Convenção de Montreal. [...]”.

⁴⁹ TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

quando a conduta eventualmente ilícita ou abusiva praticada pelo fornecedor tenha atingido a coletividade.

Das relações de consumo, portanto, podem exsurgir conflitos individuais e conflitos de massa. No mais das vezes, práticas atentatórias às normas consumeristas e práticas abusivas tendem a ofender não somente o consumidor individualmente considerado, mas sobretudo a coletividade de consumidores.

Embora o CDC tenha definido, especificamente, os direitos metaindividuais, qualificando-os em difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, I, II e III), tais direitos, por vezes, se confundem com os de natureza individual. Essa ausência de definição do direito de proteção, permite que qualquer indivíduo vindique direitos reparatórios e indenizatórios decorrentes de práticas infracionais e abusivas. Ademais, essa imprecisão permite que consumidores oportunistas, que valoram mais a litigância do que outros, sejam beneficiados exclusivamente em suas ações individuais.

A guisa de ilustração, em janeiro de 2016, a população de Maringá (PR) sofreu com a interrupção do abastecimento de água por uma semana, em virtude de chuvas excessivas que causaram o transbordamento do Rio Pirapó, atingindo a estação de tratamento de água da cidade. A interrupção dos serviços ensejou rapidamente o ajuizamento de mais de 20.000 ações de reparações de danos, que poderiam representar um prejuízo de mais de 1,5 bilhão de reais aos cofres da Companhia de Saneamento do Paraná (SANEPAR)⁵⁰. Os primeiros demandantes foram beneficiados com sentenças condenatórias, mas outra parcela, bem como o restante da população – cerca de 400.000 habitantes – que não ajuizou ação ficaram sem qualquer benefício por suspensão posterior dos processos.

Nesse exemplo, duas situações de ineficiência poderiam ser verificadas. Em primeiro lugar, o privilégio auferido pelos demandantes mais rápidos, em detrimento de outros que não valoraram tanto a via judicial, mas que sofreram com os mesmos transtornos. Em segundo lugar, a possibilidade de aniquilamento do fornecedor, em virtude do alto custo das reparações, na hipótese de se manter a possibilidade de cada consumidor individualmente considerado postular seu direito reparatório, ao invés de se definir a causa como uma questão de interesse metaindividual, com danos morais coletivos.

Sem o intuito de discutir a funcionalidade de alguns direitos, fato é que a estrutura de incentivos das instituições de consumo permite que indivíduos se beneficiem de direitos reparatórios. Por exemplo, as vendas de produtos com prazo de validade vencido, a demora demasiada em filas de bancos, as vendas casadas ou limitações quantitativas de produtos, a cobrança de taxas indevidas por telefônicas, a elevação injustificada de mensalidades escolares etc. Evidentemente que, em todos esses exemplos, o consumidor individual foi afetado. Mas antes dele, o próprio mercado de consumo foi lesado, conforme a política de defesa do consumidor adotada no Brasil. Se o interesse afetado, portanto, é difuso ou coletivo, a preferência por sua defesa seria, primariamente, dos organismos legitimados para tanto, como o Ministério Público ou as associações de consumidores.

⁵⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Seção Cível do TJPR suspende processos contra a Copel e a Sanepar para evitar julgamentos contraditórios em milhares de ações indenizatórias. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/>. Acesso em: 30 jan. 2020.

Para bem definir o direito à defesa do consumidor no mercado de consumo, é preciso reconhecer, como expõe Leslie Shéri da Ferraz^{51, p. 58}, que na sociedade contemporânea, os conflitos de consumo são conflitos metaindividuais. Como tais, extrapolam a clássica noção de interesses pessoais, atingindo grupos e, por vezes, toda a coletividade. É imperioso admitir, outrossim, que o direito de defesa do consumidor, antes de um interesse individual, é um interesse coletivo^{52, p. 51 53, p. 23}. Ou seja, o direito de defesa do consumidor, antes de proteger o consumidor individualmente considerado, visa à proteção da coletividade de consumidores e, conseqüentemente, do próprio mercado.

A fim de evitar que um consumidor se beneficie sozinho do direito reparatório, concorda-se com a proposta de Vitor Morais de Andrade, para quem “as decisões judiciais devem identificar exatamente qual o valor está sendo destinado para compensar a dor moral sofrida pelo lesado, e qual valor servirá para desestimular o agente a cometer atos similares”^{54, p. 85}. Pretende-se, assim, que as sentenças condenatórias provenientes de ações consumeristas, especifiquem a percentagem que cumprirá a função pedagógica e a que compensará o lesado pelo abalo sofrido⁵⁵. Levando-se em consideração as distintas funções da reparação por danos morais, a proposta do autor impede que o consumidor individual, em demanda própria, se beneficie de quota dos valores reparatórios que não lhe pertence, mas sim à coletividade de consumidores.

A proposta é inovadora, no sentido de possibilitar ao magistrado, na própria ação individual, proceder à separação entre o dano que afeta a esfera individual (compensação) e o que afeta a coletividade de consumidores (pedagógica). Trata-se, portanto, de uma situação diferente da prevista no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) que se refere especificamente às ações coletivas e admite o dano social e a reparação por danos coletivos, cujos valores deverão ser revertidos para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD), regulamentado pelo Decreto n. 1.306/1994. Não obstante, nada impede que os valores provenientes da reparação pedagógica, na proposta apresentada, sejam igualmente revertidos ao mesmo fundo.

Essa separação dos valores reparatórios deseja, além de proporcionar total clareza à sentença, também, dar o correto destino aos valores frutos da condenação, evitando o enriquecimento sem causa por parte do consumidor litigante^{56, p. 85}, em detrimento de outros não litigantes, mas que também foram igualmente lesados. Isso significa que, na reparação moral decorrente das relações de consumo, vislumbra-se dois beneficiários: um, o beneficiário da

⁵¹ FERRAZ, Léslie Shéri da. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. *Revista CNJ*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 53-60, 2015.

⁵² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Convenção Coletiva de Consumo: interesses difusos, coletivos e casos práticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁵³ GOMES, Orlando. Os direitos dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 77, p. 19-26, jan./mar. 2011.

⁵⁴ ANDRADE, Vitor Morais de. As condenações por dano moral e sua função de desestímulo: relação entre direito e economia. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70-92.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ ANDRADE, Vitor Morais de. As condenações por dano moral e sua função de desestímulo: relação entre direito e economia. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70-92.

compensação do dano moral é a própria vítima; e, dois, “os beneficiários do efeito de desestímulo causado no ofensor e do caráter pedagógico desta condenação serão toda a sociedade de forma difusa”⁵⁷, p. 85.

4 O DIREITO AO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA DO CONSUMIDOR EM CONTRAPONTO À ASSIMETRIA INFORMACIONAL PROCESSUAL DO FORNECEDOR E A SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO

O CDC prevê uma série de benefícios e privilégios processuais ao consumidor, dentre os quais cita-se a facilitação da sua defesa e dos seus interesses no processo judicial pela inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), o direito a assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, I), o foro privilegiado (art. 101, I), a responsabilidade solidária dos fornecedores em caso de vício do produto e / ou do serviço (arts. 18 e 19), a vedação à denúncia da lide pelo fornecedor (art. 88), a desconsideração da personalidade jurídica por causa de insuficiência patrimonial (art. 28, § 5º) e as questões atinentes à tutela coletiva do consumidor (arts. 81 e seguintes). Além desses benefícios previstos no próprio CDC, os consumidores contam ainda com órgãos judiciais especializados em defesa do consumidor – os juizados especiais cíveis –, os quais os isentam de condenações sucumbenciais (art. 55 da Lei n. 9.099/1995) em primeira instância, na hipótese de improcedência da demanda.

Essa conformação legislativa, composta pelo CDC e pela Lei dos Juizados Especiais, teve o intuito de se estabelecer em favor do consumidor uma política de livre e irrestrito acesso à justiça, sem a observância de quaisquer parâmetros ou filtros. Por esse motivo, ao longo das mais de três décadas de vigência da Lei n. 8.078/1990, as instituições de direito processual do consumidor, possivelmente, são as que mais tenham resultado em situações disfuncionais e distorcidas. Esta seção destina-se a revelar algumas destas incoerências, notadamente em relação ao direito do consumidor em juízo e o problema do excesso de processos causado por tais políticas.

A primeira análise diz respeito ao instituto da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII). Mediante a demonstração dos requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência, pode o magistrado decretar a inversão da regra geral do ônus da prova, desincumbindo o consumidor do encargo de provar fato constitutivo do seu direito. A regra processual tem como principal finalidade equilibrar a relação de consumo, levando-se em consideração a presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor no mercado e a presunção relativa de hipossuficiência no processo judicial⁵⁸, p. 99.

Mauro Cappelletti⁵⁹, p. 312 aponta como um dos fundamentos fáticos desse direito, a presunção de que o fornecedor é um litigante habitual, ao passo que o consumidor seria um litigante ocasional. Tal fato qualificaria melhor os fornecedores nas disputas judiciais contra o consumidor. Isso significa que os fornecedores, por estarem em juízo com mais frequência, possuiriam conhecimento e experiência nas estratégias de defesa que deverão adotar contra

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de defesa do consumidor comentado artigo por artigo*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 309-325.

os consumidores e, ademais, suportariam melhor os custos de uma demorada e longa tramitação de um processo judicial⁶⁰, p. 52.

Esse fundamento fático, no entanto, não pode ser uma presunção absoluta como se assume em grande número de decisões judiciais. Ainda que seja um litigante habitual, em determinadas situações, especialmente, as que envolvem diversidade de causas de pedir próxima (fundamentos de fato), as vantagens dos fornecedores podem não ser tão expressivas assim. Esse fato aliado à grande quantidade de demandas pode revelar uma dificuldade e uma assimetria informacional por parte dos fornecedores. Não têm eles, muitas vezes, condições suficientes para se aprofundar sobre a matéria fática que se debate no processo, causando-lhes, assim, uma assimetria informacional processual. Não raras às vezes, as peças contestatórias dos fornecedores são repetidas em seus argumentos e, muitas vezes, em desconformidade com a própria matéria fática discutida no processo. É o que ocorre, por exemplo, em relação às redes de supermercados que, em demandas judiciais consumeristas, enfrentam uma variedade de imputações de responsabilidade, como furtos em estacionamento, produtos com prazo de validade vencido, produtos imperfeitos e inadequados, acidentes no interior do estabelecimento, abordagens e revistas indevidas, cobranças indevidas etc.

Nesse contexto, as diversas decisões genéricas de inversão do ônus da prova, proferidas sem o estabelecimento de critérios mínimos, mas apenas pela configuração da relação de consumo, podem acarretar um prejuízo processual aos fornecedores. Isso ocorre, notadamente, nas situações em que se decreta a inversão do ônus da prova de fato negativo, compelindo o fornecedor à realização de “prova diabólica”⁶¹, p. 114.

Para debater sobre o assunto, cita-se acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrighi⁶², em que se decretou a inversão do ônus da prova, a fim de incumbir o fornecedor, no caso, uma rede de supermercados, a provar que a consumidora não teria sido vítima de furto dentro do estabelecimento. A inversão do ônus da prova, nessa situação, revela-se profundamente discutível. Apesar de se referir a um possível vício do serviço – segurança –, o vício alegado não diz respeito à atividade principal do fornecedor – comércio varejista de produtos. Desta forma, por não se referir à atividade-fim do fornecedor, a própria inversão do ônus da prova torna-se inviável⁶³, p. 116. A questão vislumbra-se ainda mais tormentosa, quando não se exige do consumidor sequer a demonstração de qualquer indício acerca do fato.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶¹ Prova diabólica, segundo Fredie Didier Júnior, “é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil”. Citando Alexandre Freitas Câmara, continua o autor, “trata-se de expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2.).

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.050.554/RJ. Terceira Turma. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de jan. 2020.

⁶³ Em interpretação ao art. 6º, VI em consonância com os arts. 12, § 3º e 14, § 3º, do CDC, a decretação da inversão do ônus da prova deve ocorrer, especificamente, em relação ao vício ou defeito do produto e do serviço, competindo ao fornecedor a prova da inexistência do vício ou defeito ou, de outro modo, a culpa exclusiva da vítima ou o fato de terceiro. Nesse sentido, Sergio Cavaliere Filho explana que o que a lei inverte “é a prova quanto ao defeito do produto ou do serviço, e não a prova da própria ocorrência do acidente de consumo, ônus esse do consumidor” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014).

Por uma análise juseconômica, decisões como essa podem acarretar dois tipos de efeitos. O primeiro, conforme enuncia Bruno Vinícius da Rós Bodart⁶⁴, p. 115-116, diz respeito ao repasse dos custos aos consumidores, por meio do encarecimento dos produtos e serviços, para fazer frente às indenizações impostas. O segundo refere-se aos comportamentos oportunistas incentivados a partir de estruturas de incentivo – decisões judiciais – como essa, levando consumidores a litigar levemente, diante da ausência de qualquer custo⁶⁵.

A ausência de custos financeiros processuais, por meio da assistência judiciária gratuita⁶⁶, p. 167, é outro fator que pode acarretar consequências contrárias não intencionais. Em pesquisa sobre o assunto, Ivo Teixeira Gico Júnior chegou às seguintes conclusões sobre esse benefício: (a) o consumidor sempre pleiteará a gratuidade da justiça, mesmo quando tiver a certeza que não é merecedor do benefício, pois não existe qualquer consequência para o indeferimento do requerimento⁶⁷, p. 173; (b) a condição de gratuidade no cenário jurídico atual depende de simples autodeclaração do consumidor, sendo o custo do requerimento próximo de zero, acarretando o seu atendimento em qualquer caso⁶⁸, p. 175; e, (c) o benefício alcançado com a gratuidade da justiça não é perceptível no ajuizamento da ação, mas tão somente em caso de sucumbência, preferindo o consumidor incorrer apenas nos custos de ajuizamento da ação, o que conseqüentemente estimula ações frívolas e temerárias⁶⁹, p. 177.

A percepção que se extrai dessa análise é que a presunção de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo não pode ser transposta irrefletidamente para a relação processual. É preciso assumir que o consumidor que aciona judicialmente o fornecedor tem racionalidade suficiente acerca dos seus direitos, não por acaso, comparece em juízo para pleiteá-los. Assim, embora tenha, em tese, suportado danos ou prejuízos em decorrência de responsabilidades de consumo, os benefícios e privilégios processuais conferidos ao consumidor não podem ser ilimitados e ausentes de critérios⁷⁰, p. 257, sob pena de se incentivar comportamentos

⁶⁴ BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

⁶⁵ Paulatinamente, no entanto, mudanças institucionais vêm ocorrendo, notadamente as que quebram paradigmas tradicionais, como o dano extrapatrimonial presumido (*in re ipsa*) em determinadas situações e o dever do fornecedor de provar o contrário em toda e qualquer situação de prejuízo ao consumidor. Recentemente, promulgou-se a Lei n. 14.034/2020, que incorporou alterações nos contratos de transporte aéreo (Lei nº 7.565/86). Dentre outras modificações, chama-se a atenção ao acréscimo do art. 251-A à referida lei, que eliminou a regra do dano moral *in re ipsa* em favor do consumidor, exigindo-lhe a demonstração do prejuízo.

⁶⁶ Na lição de Ivo Teixeira Gico Júnior, o livre acesso ao Judiciário foi alçado pela CRFB ao *status* de cláusula pétrea (art. 5º, XXXV) e confirmado pela política de defesa do consumidor (art. 5º, I do CDC). Para atender a essa garantia fundamental, o legislador criou duas maneiras de se litigar sem custas sucumbenciais ou despesas processuais: (a) litigar nos juizados especiais (Lei n. 9.099/1995); ou, (b) ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (Lei n. 1.060/1950) (GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014).

⁶⁷ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Esse mesmo entendimento é corroborado por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Giovani Ribeiro Rodrigues Alves em artigo sobre os filtros monetários recursais. Enfrentam, portanto, o mesmo problema, porém em nível recursal. Para os autores, a sucessão de instâncias provoca inevitável sobrecarga de trabalho dos membros das cortes, o que, somado à escassez de tempo que provoca rivalidade em relação à análise de casos mais ou menos relevantes em termos de impactos sociais, conduz a uma situação de incerteza quanto à eficiência do modelo atual (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. A desconstituição do mito da

oportunistas e consequências não intencionais⁷¹, agora, não somente contra o mercado de consumo, mas também contra o sistema judiciário.

Esses comportamentos oportunistas, certamente, acabam por acarretar outro problema ao Poder Judiciário, qual seja o congestionamento dos serviços judiciais. No Brasil, criou-se a falsa percepção de que o princípio de acesso à justiça consiste em facilitar o máximo possível o acesso dos cidadãos aos órgãos do Poder Judiciário, como se, dessa forma, eles pudessem obter todas as saídas para a solução dos seus problemas. No entanto, as políticas de livre e irrestrito acesso à justiça, ao contrário do que se propõem, proporcionam a injustiça e a ineficiência, na medida em que levam à degradação do sistema, provocando a substancial perda de qualidade e eficiência dos serviços fornecidos. De fato, onde se privilegia a quantidade se prejudica a qualidade. O inverso, no entanto, não é verdadeiro. Ao se privilegiar a qualidade das decisões, a coletividade de consumidores poderá ser beneficiada.

Ivo Teixeira Gico Júnior⁷², p. 28 explica o problema endêmico do congestionamento judicial, a partir da Teoria Econômica de Bens e Serviços. Tomando como base os atributos da rivalidade e não-rivalidade, excludabilidade e não-excludabilidade, o autor qualifica os bens e serviços em bem público (não-rivais e não-excludentes), recurso comum (rivais e não-excludentes), bem de clube (não-rivais e excludentes) e bem privado (rivais e excludentes). Portanto, a noção de público e privado, na teoria apresentada, não está relacionada necessariamente à fonte que lhe deu origem, mas sim conforme se comportam os bens e serviços diante dos indivíduos.

Desta forma, o Judiciário será um bem de clube, se o magistrado conseguir analisar um segundo processo sem diminuir, substancialmente, o tempo de análise do primeiro. Por outro lado, será um bem privado, se a análise simultânea de dois ou mais processos resultar em complexidade excessiva ou se o número de processos for maior do que a capacidade instalada⁷³. Ou seja, nas palavras do próprio autor, “o Judiciário é um bem de clube se a capacidade instalada for superior à demanda percebida e, à medida que a demanda aumenta, ele passa a atuar mais como um bem privado, tornando-se rival e propenso a congestionamento, salvo se seu uso for racionado de alguma forma”⁷⁴. Nestes termos, como os tribunais se comportam como bens privados, faz sentido que, ao permitir o acesso irrestrito aos serviços judiciários haverá “a formação natural de filas para racionar o suprimento do serviço”⁷⁵, p. 28, de maneira

implementação de filtros monetários como forma de aperfeiçoamento das atividades das cortes superiores. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 254-272).

⁷¹ Decisões mais criteriosas também têm se verificado recentemente, o que demonstra uma paulatina mudança de mentalidade. Nesse sentido, cita-se decisão do tribunal mineiro, que rechaça a responsabilidade do fornecedor (posto de combustível), diante da existência de mais de uma causa, além da possível adulteração do combustível, para a danificação do motor do veículo do consumidor. Entendeu o tribunal mineiro que, havendo mais de uma hipótese plausível para o dano ao bem do consumidor, competia a ele o ônus de provar a conduta ilícita do fornecedor (posto de combustível) (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 10000191658293001, Relator: Desembargador Sérgio André da Fonseca Xavier. Data da decisão: 10/03/2020. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 09 mai. 2020).

⁷² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do direito e dos tribunais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 13-39, dez. 2019.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do direito e dos tribunais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 13-39, dez. 2019.

⁷⁵ *Ibid.*

que, qualquer uso adicional acarretará impedimento ou diminuição da utilidade do serviço para os demais usuários⁷⁶, p. 28.

Nesse sentido, na medida em que se aumentam as políticas de facilitação do acesso ao Judiciário – que se comporta como um bem privado –, a tendência é a alteração da sua natureza econômica, transformando-se em um recurso comum⁷⁷, p. 32, uma vez que se torna difícil a exclusão de usuários. A permanência dessa situação, tende a tornar o Judiciário cada vez mais vulnerável à superexploração e propenso ao congestionamento. Essa consequência, ao invés de beneficiar a coletividade como se imagina, acaba por prejudicá-la por total ineficiência da prestação do serviço. A essa externalidade negativa, Ivo Teixeira Gico Júnior⁷⁸, p. 33 chamou de Tragédia do Judiciário, segundo o qual “o congestionamento resultante aumenta, substancialmente, tanto a quantidade de tempo necessária para resolver uma disputa, quanto a probabilidade de resultados de baixa qualidade ou simplesmente incorretos”⁷⁹, p. 32. A explicação para essa situação é fácil, na medida que “os magistrados ficam sobrecarregados com o crescente número de casos enquanto, simultaneamente, se exigem respostas cada vez mais rápidas”⁸⁰, p. 32.

Apenas em um exercício de abstração, Ivo Teixeira Gico Júnior⁸¹, p. 31 sustenta que a imediata solução para o congestionamento dos serviços judiciários seria a exclusão de alguns usuários do serviço. Para tanto, o autor propõe que a primeira alternativa seria a adoção do mecanismo de preço. Todavia, o acesso à justiça, como direito fundamental (art. 5º, XXXV da CRFB), é um bem meritório e estabelecer a concorrência entre os usuários seria, efetivamente, negar o acesso aos mais vulneráveis. Por tais razões, outros mecanismos – que não o de preço – são propostos pela doutrina para que os tribunais permaneçam se comportando como bem privado, por exemplo, a repercussão geral nos recursos, o estabelecimento de filtros monetários⁸², p. 270 e, especialmente, a coletivização das demandas consumeristas.

O mecanismo de coletivização das demandas, diante da natureza de bem privado dos tribunais, seria um eficiente instrumento processual para solucionar o congestionamento judicial. Nesse sentido, explica Ivo Teixeira Gico Júnior, ao passo que a produção do direito pelos tribunais cria uma externalidade positiva e um efeito de rede positivo, já que pode ser adotado como parâmetro por diversas pessoas, o Judiciário, por outro lado, é um recurso rival e sua superexploração cria congestionamento, o que, por sua vez, é uma externalidade negativa⁸³, p. 33-34. A proposta do autor, portanto, faz todo sentido na área da defesa do consumidor. A coletivização das demandas de consumo gera uma externalidade positiva a todo o mercado de consumo, “porque outros podem usufruir dos benefícios do precedente criado sem ter contribuído para o custo de produzi-lo”. Em contrapartida, o incentivo irrestrito às demandas individuais cria uma externalidade negativa compensatória, pois “o simples protocolo de uma

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. A desconstituição do mito da implementação de filtros monetários como forma de aperfeiçoamento das atividades das cortes superiores. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 254-272

⁸³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do direito e dos tribunais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 13-39, dez. 2019.

ação desacelerará a prestação de serviços adjudicatórios na média para todos os demais usuários”⁸⁴, p. 34. Enfim, nem todos os casos individuais protocolados resultam em precedentes, mas todos contribuem para o congestionamento judicial.

■ CONCLUSÃO

A defesa do consumidor, por estar alojado nas liberdades fundamentais do cidadão (art. 5º, XXXII da CRFB) – e não nos direitos fundamentais sociais, como o é o direito do trabalhador –, é mais consentânea de ser analisada e elaborada por meio da abordagem interdisciplinar do Direito e da Economia. Trata-se, desse modo, de uma questão de coerência. Se a Economia é a ciência que descreve o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, então, é inteligível que os direitos afetos às liberdades pessoais sejam mais bem projetados a partir de um método juseconômico.

Por certo, muitas críticas são direcionadas a essa abordagem no Direito em geral, notadamente, diante da perseguição da eficiência econômica e da maximização da riqueza, sem, no entanto, levar em consideração as características valorativas que são inerentes a alguns direitos. No entanto, é certo também que o mercado e o consumidor são elementos integrantes da ordem econômica, tornando essa abordagem a mais consentânea com esse ramo do Direito.

A partir da perspectiva da AED, este artigo se propôs à releitura dos direitos básicos do consumidor. De início, necessário se fez redefinir o eixo central da ordem econômica e do mercado de consumo, centrando-se no equilíbrio dos participantes da relação de consumo e na compatibilização entre a defesa do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico. Comprovou-se, por consequência, que, em inúmeras situações, a adoção de ferramentas econômicas pode conduzir a interpretações mais eficientes dos direitos básicos do consumidor.

Desta forma, concluiu-se que o excesso de informações nem sempre eliminará a assimetria informacional do consumidor e a educação formal não necessariamente promoverá consumidores conscientes e reflexivo. Determinadas práticas comerciais e contratuais estigmatizadas como abusivas são, em verdade, decorrentes da livre iniciativa e concorrência e podem criar externalidades positivas para o consumidor. A responsabilização ilimitada do fornecedor pode gerar custos sociais piores do que os custos privados suportados pelo consumidor individualmente considerado, como seria, por exemplo, no transporte aéreo. Muitos conflitos de consumo ultrapassam a noção de interesses individuais, atingindo toda a coletividade, não sendo justo que um direito reparatório e indenizatório metaindividual seja vindicado individualmente por um consumidor. A vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo não significa sua inferioridade na relação processual, a justificar a concessão de benefícios e privilégios processuais ausentes de critérios, sob pena de se estimular comportamentos oportunistas.

⁸⁴ *Ibid.*

Por fim, para o alcance desse desiderato – releitura juseconômica dos direitos básicos do consumidor –, é necessário que legisladores e julgadores sejam estimulados a agir em co-operação e reciprocidade, por ocasião da elaboração das políticas públicas e da prolação de decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ACCIARRI, Hugo Alejandro. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ANDRADE, Vitor Morais de. As condenações por dano moral e sua função de desestímulo: relação entre direito e economia. *In: NERY, Rosa Maria de Andrade. Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70-91.

BODART, Bruno Vinicius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.050.554/RJ. Terceira Turma. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 309-325.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. 2. ed. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

CORDEIRO, Carolina Souza. Direito do consumidor e economia. *In: RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. O jurista que calculava*. Curitiba: CRV, 2013, p. 91-110.

CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer Seller Relationships. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 43, n. 2, p. 31-38, jan. 1991.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

EFING, Antonio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcoot. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população: emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. *In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (orgs.). Novas tendências do direito do consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 325-369.

FERRAZ, Léslie Shérída. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. *Revista CNJ*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 53-60, 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de defesa do consumidor comentado artigo por artigo*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do direito e dos tribunais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 13-39, dez. 2019.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014.

GOMES, Orlando. Os direitos dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 77, p. 19-26, jan./mar. 2011.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LIMA, Bruna Giacomini; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Homo economicus: os (des)encontros da sociedade de consumo superendividada. In: FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; CARVALHO, Diógenes Faria de; SANTOS, Nivaldo dos (orgs.). *Sociedade de Consumo: pesquisas em direito do consumidor*. Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2015, p. 17-37.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Convenção Coletiva de Consumo: interesses difusos, coletivos e casos práticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor – antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 155-197, jul./set. 1992.

MENEGUIN, Fernando Boarato. Um modelo econômico para a responsabilidade civil na defesa do consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 189-205, jul./dez. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 10000191658293001, Relator: Desembargador Sérgio André da Fonseca Xavier. Data da decisão: 10/03/2020. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 09 mai. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Seção Cível do TJPR suspende processos contra a Copel e a Sanepar para evitar julgamentos contraditórios em milhares de ações indenizatórias. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/>. Acesso em: 30 jan. 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. A desconstituição do mito da implementação de filtros monetários como forma de aperfeiçoamento das atividades das cortes superiores. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 254-272.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TIUJO, Edson Mitsuo. A educação formal para o consumo é garantia para uma presença refletida do consumidor no mercado de consumo? Uma análise com base na behavioral law and economics (economia comportamental). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 600-615, ago. 2018.

SANTOLIM, Cesar. “Behavioral Law and Economics” e a Teoria dos Contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (orgs.). *Novas Tendências do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166-181.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 876, p. 11-28, out. 2008.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.