XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

ROBERTO SENISE LISBOA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Diógenes Faria de Carvalho
Mariana Ribeiro Santiago
Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-802-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo”, durante o XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 19 e 21 de junho de 2019, em Goiânia/GO, sobre o tema “Constitucionalismo critico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações de consumo, no contexto da globalização, à luz da igualdade, da justiça, da liberdade, da sustentabilidade e da solidariedade social, paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a as questões da contemporaneidade implicam num olhar atento para o direito das relações de consumo, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto em segmentos ambiental, social e econômico, envolvendo as figuras do Estado, do consumidor e da empresa, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham nos ideais de consumo sustentável, como segurança alimentar e combate ao superendividamento, na análise das práticas abusivas observadas em determinados seguimentos do mercado, na proteção dos dados pessoais do consumidor, no impacto da publicidade sobre o consumo, nos aspectos da responsabilidade civil etc.

Em sua abordagem, nota-se que os autores utilizaram referenciais teóricos refinados sobre biopolítica, sociedade de consumo, sociedade de risco, sociedade da informação, sociedade em rede, globalização, análise econômica do direito, dialogo das fontes etc., o que realça o aspecto acadêmico do evento.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito das relações de consumo, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para a defesa de uma sociedade equilibrada e das gerações futuras, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago - UNIMAR

Prof. Dr. Diógenes Faria de Carvalho - UFG

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

HARMONIZAÇÃO E COMPATIBILIZAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR COM A LIVRE INICIATIVA: RELEITURA DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

HARMONIZATION AND COMPATIBILIZATION OF CONSUMER DEFENSE WITH THE FREE INITIATIVE: RE-READING OF BASIC CONSUMER RIGHTS FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves [1]
Edson Mitsuo Tiujo [2]

Resumo

A livre iniciativa é fundamento da ordem econômica e a defesa do consumidor um princípio. Essa conformação resulta num modelo preocupado tanto com a pessoa como com a geração de riquezas a partir do livre mercado. O CDC assegura, como política pública, a harmonização das relações de consumo e a compatibilização dos interesses dos envolvidos. Apoiado no método dedutivo, sustenta-se no artigo que legisladores e julgadores devem ser estimulados a agir em reciprocidade para alcançar os objetivos da ordem econômica. Para tanto, é necessário que os direitos básicos do consumidor sejam relidos sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito.

Palavras-chave: Consumidor, Livre iniciativa, Ordem econômica, Código do consumidor, Direito e economia

Abstract/Resumen/Résumé

Free initiative is the foundation of economic order and consumer protection a principle. This conformation results a model concerned with both person and the generation of wealth from the free market. The CDC ensures, as a public policy, the harmonization of consumer relations and the compatibility of the interests of those involved. Based on deductive method, it is sustained in the article that legislators and judges should be encouraged to act in reciprocity to achieve the objectives of the economic order. It is necessary that the basic consumer rights be reread from the perspective of the Economic Analysis of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consumer, Free initiative, Economic order, Consumer code, Law and economics

[1] Mestre e doutor em Direito (UERJ). Professor Associado nas Faculdades de Direito da UERJ e UFRJ. Professor permanente do PPGD da UERJ.

[2] Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Professor assistente na Universidade Estadual de Maringá (PR). Advogado.

Introdução

O advento da Constituição de 1988 (CRFB) incorporou à política brasileira inúmeros programas de ação social (art. 6º), bem como planos de desenvolvimento e melhor desempenho econômicos, por meio da livre iniciativa e concorrência. Exaltou-se, de um lado, a pessoa humana e sua dignidade e, de outro, a geração de riquezas pelo livre mercado. Os distintos modelos – social e liberal – ficaram bastante evidentes no texto constitucional, incumbindo aos poderes públicos, a partir de então, uma força-tarefa para cumprir com as metas políticas.

Embora também tenha por finalidade a proteção da parte vulnerável, o fato é que a defesa do consumidor não foi elevada a *status* de direito social. Não obstante, enveredou-se, como o passar do tempo, para um viés social. No mesmo passo, as políticas públicas de defesa do consumidor que foram implementadas ao longo desses 30 anos, notadamente, o código de defesa do consumidor (CDC), seguiram a mesma trajetória. Esse enviesamento, por sua vez, resultou em normas que, em determinadas situações, não protegem o consumidor como efetivamente deveriam e nem seguem um raciocínio econômico.

Para debater o assunto, o artigo divide-se em três partes. A primeira destina-se a confirmar o viés social assumido pelas políticas de defesa do consumidor, a partir da conformação constitucional de 1988. O segundo tópico visa a definir o eixo central da ordem econômica, especificamente, do mercado de consumo, a partir da análise do art. 170 e incisos da CRFB e do art. 4º, III do CDC. Por último, a terceira parte objetiva examinar os direitos básicos do consumidor (art. 6º), a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito. O objetivo principal do artigo é, para além de firmar uma nova ótica para a defesa do consumidor, provocar a releitura desses direitos, por meio do raciocínio econômico.

Não se pretende relegar as conquistas obtidas com o advento do CDC. De fato, a legislação ordinária é bastante inovadora e avançada. Justifica-se a pesquisa na medida em que o viés empregado por legisladores nas políticas públicas e por julgadores nas decisões judiciais pode, por vezes, causar externalidades negativas ao mercado de consumo e aos próprios consumidores. Consequências não intencionais podem se verificar, em que se protege apenas pequenas parcelas abastadas em detrimento de toda uma coletividade desabastada.

A pesquisa adota o método dedutivo, partindo da premissa de que é necessário corrigir o eixo central da ordem econômica e do mercado de consumo. Para tanto, propõe-se reler e reinterpretar a política de defesa do consumidor, sem maximizar a proteção do consumidor, nem ortodoxamente o livre mercado. A partir dessa premissa dedutiva, afirma-se que o mercado

de consumo poderá reconciliar os interesses conflitantes, promovendo maior bem-estar ao consumidor e gerando maior riqueza ao empresário.

1 O viés ideológico-social assumido pela legislação de defesa do consumidor no Brasil

A CRFB assegurou ampla proteção ao consumidor, tutelando sua "defesa" como direito fundamental (art. 5º, XXXII) e, ao mesmo tempo, como princípio da ordem econômica (art. 170, V). Estabeleceu a Carta Magna que a defesa do consumidor deve ser realizada ao lado de outros princípios econômicos, como a propriedade privada (art. 170, II) e a liberdade concorrencial (art. 170, IV), os quais são aparentemente contraditórios, mas, em verdade, correspondentes. Para a concretização dessa política, o Poder Constituinte ordenou ao legislador ordinário, por meio do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a elaboração de um código de defesa do consumidor, o qual foi promulgado em 1990 pela Lei n. 8.078.

A partir dessa conformação constitucional, deduz-se que a defesa do consumidor, ao ser elevada a *status* de direito fundamental, assumiu, ao longo do tempo, uma trajetória enviesada por um modelo social que, embora abarcado pela CRFB, tendo como núcleo o art. 6º, não se coaduna ao ambiente do mercado de consumo. A adoção incongruente desse modelo resultou, por vezes, em normas disfuncionais e antieconômicas, como se poderá verificar por meio de exemplos citados no terceiro tópico deste artigo.

É de se questionar, no entanto, se essa opção do Poder Constituinte foi pertinente. O caráter jusfundamental da defesa do consumidor já era debatido por Fábio Konder Comparato (1990, p. 69), por ocasião da edição do CDC. Para o autor, a defesa do consumidor não o investiu de um feixe de direitos subjetivos (proteção, organização, procedimento e prestação, normativa e material[1]), como preconiza a teoria dos Direitos Fundamentais, não lhe sendo permitido vindicar judicialmente qualquer pretensão contra o Estado.

Embora não se concorde totalmente com a opinião do comercialista, é de se discutir se o consumidor, na condição de objeto de proteção, poderia vindicar do Estado alguma prestação de caráter material. A constatação é que, realmente, isso não parece ser possível, pois somente participa do mercado de consumo quem tem poder aquisitivo para adquirir produtos e serviços. Não se trata de um ambiente em que o cidadão possa exigir do Estado quaisquer políticas sociais ou distributivas. Acredita-se que o reconhecimento da defesa do consumidor como

[1] Segundo Robert Alexy (2015, p. 450-511), essas são as funções que se extraem das normas de direitos fundamentais, daí porque se caracterizam pela chamada multifuncionalidade.

princípio da ordem econômica já seria suficiente a lhe garantir a devida proteção, notadamente, contra a atuação dos fornecedores, o que, aliás, será melhor explicado no segundo item.

A intenção do Poder Constituinte em qualificar a defesa do consumidor como direito fundamental, explica Luciano Benetti Timm, se deve ao fato de que o mercado é parte integrante da sociedade e existe enquanto instituição social espontânea (2008, p. 98). Sua espontaneidade funciona como um fogo de artifício dentro dos espaços de troca da sociedade. Suas faíscas podem atingir e causar externalidades negativas ao consumidor, principalmente, em virtude da concentração do poder econômico nas mãos dos fornecedores e da assimetria informacional que afeta a racionalidade dos consumidores. A finalidade da garantia da defesa do consumidor é limitar a atividade econômica, amenizando os efeitos do poder econômico e da assimetria informacional e, ademais, promover um contrapeso com a garantia da liberdade econômica.

A caracterização da defesa do consumidor como norma jusfundamental, contudo, resultou numa política de incisiva ação governamental, reproduzida no inciso II do art. 4º do CDC. Por meio dessa política priorizou-se não apenas a intensa regulação por parte do poder legislativo (alínea "a"), mas também a presença da administração pública no mercado de consumo, por meio da criação de agências reguladoras (alínea "c") e a fiscalização das relações de consumo, por meio da criação de órgãos públicos de normalização e qualidade (alínea "d"). Em contrapartida, deu-se pouco espaço à participação privada, sendo quase inexistente, por exemplo, a auto regulação por meio de convenções coletivas de consumo.

A ação governamental por iniciativa direta do Poder Legislativo foi reforçada, ainda mais, pela máxima amplitude de competência legislativa estabelecida pela CRFB, permitindo que os três níveis estatais de governo, da União aos Estados e Distrito Federal (art. 24, V e VIII da CRFB e art. 55 do CDC) e até aos Municípios (art. 30, I e II da CRFB), possam elaborar normas de defesa do consumidor. Essa conformação política, por sua vez, incutiu nos legisladores a mentalidade paternalista de que somente a lei ou a norma reguladora ou regulamentadora é capaz de garantir a devida proteção ao consumidor e assegurar seu cumprimento forçado (*enforcement*) pelos fornecedores.

A configuração dessa política fez enviesar a defesa do consumidor para um direito social à semelhança do que ocorre com os direitos sociais (art. 6º, CRFB). Contudo, o caráter público e de interesse social das normas que compõem o CDC (art. 1º), não pode provocar o equívoco de que a legislação de consumo seja decorrente da prestação normativa de direito fundamental social, como acontece, por exemplo, com os direitos dos trabalhadores. Essa percepção, acredita-se, acarretou por influenciar não apenas a orientação da edição de leis de

consumo, como também a prolação de decisões judiciais distorcidas em prol do consumidor e elaboradas sem análise empírica e sem raciocínio econômico (BODART, 2017, p. 115).

Em estudo sobre as consequências das instituições jurídicas[2], Armando Castelar Pinheiro comprovou empiricamente a consciência dos magistrados em cumprir um papel social (2004, p. 384). Esse modo de pensar dos juízes, atestam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Luis Alberto Hungaro, os conduzem, por vezes, a desconsiderar a repercussão econômica de suas decisões e as possíveis influências de tais decisões em relação ao comportamento dos agentes econômicos (2014, p. 101). Ademais, a estrutura normativa brasileira contribui para essa postura de parte da magistratura, "uma vez que tanto a Constituição Federal quanto as normas infraconstitucionais são repletas de diretrizes que visam à efetivação dos direitos sociais, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da função social dos institutos privados e da diminuição das desigualdades sociais" (RIBEIRO; HUNGARO, 2014, p. 101).

Um exemplo prático do que se pontuou até aqui está consignado na ementa[3] do acórdão do Recurso Especial (REsp) n. 279.273/SP, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (2003), invocado como paradigma (*leading case*) da aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo. Na ocasião, ao cotejar o *caput* do art. 28 do CDC com o § 5º do mesmo artigo, os julgadores, por maioria, concluíram que a regra do parágrafo se sobrepuja a do *caput* ("exegese autônoma"), sendo desnecessário provar qualquer abuso de personalidade jurídica por parte de sócios/administradores para efeito de aplicação da desconsideração e afastamento da autonomia patrimonial.

Nesse sentido, é corretíssima a percepção de José Eduardo Faria, ao mencionar que, apesar do CDC consagrar a estrutura capitalista de produção, o Brasil tendeu a um tipo de auto-organização anticapitalista (1989, p. 21). De fato, isso ficou marcante no ambiente institucional

---

[2] Na nomenclatura dos adeptos da Nova Economia Institucional, as instituições consistem em estruturas de incentivos que influenciam a tomada de decisões dos agentes econômicos. Essas instituições podem ser de dois tipos: as regras formais (constituições e leis) e, também, as normas informais (códigos de conduta, usos e costumes). Segundo Vinicius Klein e Rafaella Krazinski (2016, p. 160), com base em Douglass Cecil North, aquelas são as regras que passaram por um procedimento político, sendo formalizadas e impostas por um determinado agente público com poder de coerção. Estas, por sua vez, são regras que se assemelham a códigos de conduta e surgem no seio da própria sociedade, sendo fruto da interação dos agentes privados que também são os responsáveis pela sua manutenção.

[3] "Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores." [grifos nossos]

do mercado de consumo brasileiro, em que as análises são sempre feitas em um contexto maniqueísta, ou seja, em que o empresário é sempre o vilão e mal intencionado e o consumidor sua inocente vítima (COELHO, 1994, p. 36); em que a diferença de renda decorre da ganância das corporações (ZINGALES, 2015, p. 17) e do comportamento das elites (COURI, 2001, p. 15-6); e, por fim, em que o direito comercial é relegado a segundo plano, "visto como um direito egoísta, subserviente à implacável lógica do mercado e vassalo dos grandes interesses econômicos" (FORGIONI, 2016, p. 100).

Não se afirma que o ambiente institucional gerado para as relações e o mercado de consumo, a partir do CDC, não seja o desejado e deva ser relegado. Ao contrário, o sistema de defesa do consumidor brasileiro merece elogios, principalmente pelo avanço do seu conteúdo e pela inovação legislativa proporcionada no contexto das relações socioeconômicas. Contudo, em determinados casos, essa política resultou em regras e normas esdrúxulas e totalmente disfuncionais, afetando, direta e indiretamente, o desenvolvimento e o desempenho econômicos.

Com base nos pressupostos da Nova Economia Institucional, especialmente, nos estudos de Douglass North, o desenvolvimento e o desempenho econômicos estão relacionados diretamente ao aperfeiçoamento e à qualidade das instituições. Instituições – incluindo os sistemas legal e judicial – que não sustentem o bom funcionamento do mercado, geram, além das situações disfuncionais, também a estagnação econômica e o empobrecimento da nação, na medida em que causam maior dificuldade na captação externa de recursos, elevação das taxas de juros domésticas, diminuição no volume de crédito e investimentos (PINHEIRO, 2004, p. 365).

Essa abordagem econômica aplicada à ótica do mercado de consumo significa que não são as pessoas que devem se amoldar às instituições, mas as instituições que devem servir aos agentes econômicos (NORTH, 2010, p. 17). Em outras palavras, isso quer dizer que o papel das instituições consiste em permitir maior fluidez ao mercado de consumo, mediante a redução dos custos de transação e, por consequência, maior geração de riqueza, respeitadas, obviamente, as limitações que justificam a proteção dos consumidores.

Para atingir esse desiderato, adota-se como premissa dedutiva que a ordem econômica não está centrada num princípio maior (v. g. defesa do consumidor) em detrimento de outro menor (v. g. livre concorrência), mas sim em propósitos ou fundamentos comuns.

2 O (des)equilíbrio dos princípios da ordem econômica: a livre iniciativa e a concorrência e a defesa do consumidor

Com base nos fundamentos expostos, a impressão que se tem é que a defesa do consumidor seguiu uma trajetória diversa da originariamente proposta pelo Poder Constituinte originário e pela consequente política pública de defesa do consumidor inserida no art. 4º do CDC. O consumidor, desde a vigência do CDC, vem sendo beneficiado com políticas públicas e decisões judiciais que seguiram um padrão histórico enviesado por um modelo social. Essa postura, embora não seja totalmente ineficiente, por um determinado período, talvez até hodiernamente, como sustenta Bruno Vinícius Da Rós Bodart, causa externalidades negativas, como a concentração de mercados, a não proteção dos consumidores de menor poder aquisitivo e, não raras as vezes, as disfunções no mercado de consumo (2017, p. 115).

O cenário que se formou no mercado de consumo brasileiro é de instituições consumeristas com excesso de estabilidade em prol dos direitos do consumidor e com demasiada dificuldade na mudança institucional. De fato, após décadas de ganhos em prol dos consumidores, a mudança talvez seja irreversível ou, quiçá, nem mesmo seja pretendida pelos próprios fornecedores, diante da consciência de que os agentes econômicos precisam atender também aos anseios dos consumidores, que estão cada vez mais conscientes e informados. Não obstante, mudanças pontuais (incluindo certo nível de desregulamentação e maior ênfase à mediação e autonomia negocial) são sempre benvindas, evitando-se, como sustenta Rachel Sztajn, embutir perdas de oportunidades e consequente estagnação da economia (2005, p. 239).

Para alcançar a premissa dedutiva posta, ou seja, de que os princípios orientadores da ordem econômica são harmônicos e correspondentes, sem sobreposição entre si, enfeixados nos fundamentos e objetivos do *caput* do art. 170 da CFRB, é preciso exortar legisladores e julgadores, em colaboração e reciprocidade, ao reequilíbrio dos mesmos princípios. Para tanto, é preciso ter em mente que, originariamente, a CRFB coordenou, ao mesmo tempo e sem qualquer ordem de hierarquia, a política de defesa do consumidor, concomitantemente, à defesa da liberdade econômica. Em sintonia fina com os princípios constitucionais econômicos, o CDC, em seu art. 4º, III também previu esse equilíbrio ao enumerar como princípio da política nacional das relações de consumo, a "harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo" e a "compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico".

Na economia de mercado, a harmonização e compatibilização deve levar em consideração não apenas que a defesa do consumidor é um direito fundamental e um princípio da ordem econômica, mas que a livre iniciativa e concorrência também o são. Todos os participantes do ambiente de consumo devem considerá-los reciprocamente, permitindo espraiar efeitos em todos os sentidos: ao mercado de consumo, com a redução dos custos de

transação e maior fluidez às relações de consumo; aos fornecedores, com a eliminação de comportamentos oportunistas por parte dos consumidores; e, a esses, com o maior bem-estar por meio do maior acesso aos bens de consumo. Para além da readequação dos objetivos da atividade econômica, a harmonização dos interesses e a compatibilização das diretrizes econômicas implica em acrescer ao estudo das instituições que informam o mercado de consumo uma análise juseconômica. Com isso, pretende-se alcançar arranjos institucionais mais eficientes, melhorando as condições não apenas dos consumidores, como também dos fornecedores.

Coube a Richard Craswell (1991, p. 32) realizar uma das primeiras análises econômicas da defesa do consumidor. A política pró-consumidor, como análise de eficiência, não deverá provocar exatamente consequências nocivas a ele. Em certos casos, a regulação pode até ser benéfica ou vantajosa ao consumidor e, segundo o autor, ela certamente afetará o preço dos produtos e serviços, pois os fornecedores acabarão repassando seus custos mais elevados na forma de preços mais altos. Embora essa situação não venha causar um prejuízo imediato e integral ao consumidor, indiscutivelmente, reduzirá o seu bem-estar pela redução do seu poder aquisitivo, caso o mesmo não seja compensado por alguma política estatal. Essa, portanto, é a mencionada disfuncionalidade das normas de defesa do consumidor.

A esse procedimento empresarial, Fábio Ulhôa Coelho deu o nome de cálculo empresarial, segundo o qual "o exercente de atividade econômica mensura o custo da produção ou circulação dos bens ou serviços a que se dedica" (1994, p. 36). Desta forma, uma inovação legislativa, como se deu com o advento do CDC, que possa impactar em eventual perda do faturamento ou mesmo prejuízo em função do aumento da responsabilidade pelo fornecimento de produtos ou serviços no mercado, certamente, não será suportada exclusivamente pelo empresário, mas revertida aos consumidores (COELHO, 1994, p. 30). Logo, os agentes econômicos, sempre que possível, vão se adaptar às condições adversas que lhe forem impostas pelo mercado de consumo (PINHEIRO, 2004, p. 384) e não há nada de ilícito nisso, mas sim exercício da liberdade de iniciativa e concorrência.

Nesse sentido, mais uma vez, debate-se sobre a importância das instituições. O cálculo empresarial, como afirma Fábio Ulhôa Coelho, "embora seja uma regra do mercado, ainda não é uma instituição social" (1994, p. 31). Não se encontra ainda incorporada à cultura de consumo brasileira, a consciência de que a instituição legal de direitos poderá acarretar "o repasse a cada consumidor, através da fixação do preço, de cota-parte do aumento dos custos da produção e circulação de bens ou serviços" (COELHO, 1994, p. 31).

Concorda-se que a institucionalização desse pensamento e o reequilíbrio do objetivo da atividade econômica depende do crescimento econômico e da geração de riqueza para as pessoas de um modo geral, pois somente assim ninguém se importaria tanto com o enriquecimento alheio. É o que atesta Luigi Zingales, ao afirmar que, "ficar para trás é ruim, mas se isso ocorre num momento em que os padrões absolutos se elevam rapidamente, pode ser tolerável" (2015, p. 21). Em outras palavras, ninguém se importaria em se tornar menos rico em termos relativos. Assim, realmente, estava com razão Fábio Konder Comparato, ao afirmar que, no Brasil, a inovação legislativa foi invertida, ou seja, a garantia da qualidade dos produtos e serviços veio antes do acesso ao próprio consumo (1990, p. 66-7).

3 Releitura de alguns direitos do consumidor à luz da premissa adotada no item 1

O art. 6º do CDC enumerou um conjunto de nove direitos básicos do consumidor. Não foi excluída, ademais, a possibilidade de outras fontes estabelecerem outros direitos em complementação e especificação, nos termos do art. 7º. Ocorre que, o desdobramento desses direitos, a partir de uma interpretação enviesada em prol da defesa do consumidor e em detrimento da liberdade econômica, acarretou em normas disfuncionais e antieconômicas.

As situações geradas podem se tornar ainda mais descompassadas com os objetivos da ordem econômica, considerando-se a estrutura de incentivos da legislação consumerista. Para cada um dos direitos básicos, o CDC e as diversas políticas implementadas a partir dele, impuseram, em contrapartida, deveres positivos aos fornecedores. Cláudia Lima Marques explica que "o método escolhido pelo legislador do CDC para alcançar as finalidades protetivas foi o da imposição de novos deveres legais" (1992, p. 183).

Portanto, o objetivo desse tópico, articulado com o item 1 deste artigo, é justamente descortinar o viés ideológico social da defesa do consumidor, sem que isso implique em relegar as conquistas obtidas até então. Propõe-se, para tanto, que legisladores e julgadores sejam estimulados, por meio da cooperação e reciprocidade, à releitura dos direitos básicos, o que, haverá de ser feito com base em postulados da análise econômica do Direito (AED).

Evidentemente, não foi possível enfrentar todas as situações de conflito que ocorrem no ambiente do mercado de consumo em virtude da limitação de extensão do artigo. Por isso, apenas alguns casos pontuais foram selecionados e serão debatidos.

3.1 O direito à educação e à informação e a assimetria informacional do consumidor

Os incisos II e III do art. 6º enumeram dois emblemáticos direitos do consumidor: a educação e a informação. O primeiro preocupa-se em dotar o consumidor de poder de reflexão e de juízo crítico acerca do consumo de bens e serviços, minimizando os efeitos da sua racionalidade limitada e o desequilíbrio da relação de consumo em virtude do poder econômico do fornecedor. O segundo consiste em transmitir ao consumidor informações sobre as configurações, características e qualidades do produto ou do serviço. Embora possuam diferentes funções, ambos decorrem dos princípios da transparência e da vulnerabilidade, relacionados ao elemento juseconômico da assimetria informacional[4].

O método de incentivos escolhido pelo legislador ordinário para cumprir com a política de defesa do consumidor foi, a imposição de deveres para além da atribuição de direitos. Como decorrência do direito à informação, impôs-se ao fornecedor a obrigação de ofertar de forma adequada (art. 6º, III), necessária (art. 8º) e ostensiva (art. 9º). Como consequência do direito à educação, atribuiu-se não somente ao fornecedor a obrigação de educar o consumidor de maneira informal, mas também ao Estado, por meio de políticas de educação formal e inicial.

Ocorre que, o excesso de medidas perpetradas pelo poder público para tentar corrigir a anomalia da assimetria de informações do consumidor causou efeitos colaterais não desejáveis. A concretude exacerbada desses direitos, em determinados casos, resultou em mais regras disfuncionais, sem qualquer melhoria na situação dos consumidores. 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 Bodart concluiu que a overdose informativa é irrelevante e impertinente. O consumidor não gasta 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 "legais" são de utilidade questionável e não acrescentam absolutamente nada para a tomada de decisão do consumidor. Ao contrário, há casos em que informar o consumidor sobre determinada configuração ou qualidade do produto ou serviço pode-se induzi-lo a erro (2017, p. 118-9). Com base nos

[4] Economistas e juristas concordam que o consumidor se encontra em situação de inferioridade frente ao fornecedor. No entanto, enquanto os juristas nominam esse fato como vulnerabilidade, os economistas o nominam de racionalidade limitada. Essa limitação da racionalidade, na esfera econômica, decorre da assimetria de informações, ao passo que a vulnerabilidade, na esfera jurídica, decorre do reconhecimento da presunção de inferioridade técnica, econômica, fática e jurídica do consumidor. São, portanto, dois conceitos muito aproximados. Em verdade, a perspectiva da racionalidade limitada (elemento econômico) é mais um fundamento para a compreensão da vulnerabilidade (elemento jurídico).

postulados da economia comportamental, ao se chamar a atenção para um determinado dado, é natural que o consumidor se afaste de outras informações tão ou mais relevantes[5].

Um exemplo muito pertinente diz respeito à Lei n. 11.105/2005. Essa lei obriga fornecedores a informar nos rótulos o conteúdo de alimentos geneticamente modificados. Esse tipo de informação, além de gerar aumento de custos, naturalmente repassados ao consumidor, pode ter um efeito reverso. O consumidor, ao se deparar com esse dado, tende a relacionar a informação a algum tipo de risco ou dano à sua saúde e vida. Embora já se tenha comprovado não existir qualquer risco ou dano em relação a esse produto, a informação pode influenciar a decisão do consumidor a não o adquirir (BODART, 2017, p. 119-20).

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 (LIMA; FERREIRA, 2015, p. 64). É de se destacar que as manifestações neurocognitivas – heurísticas e vieses – são regras gerais de influência (SANTOLIM, 2015, p. 170) do comportamento que afetam o psicológico e o inconsciente do ser humano. Desta forma, as heurísticas e vieses tornam-se invencíveis, mesmo diante de ostensiva informação e educação (KAHNEMAN, 2012, p. 156).

É preciso reconhecer que o mercado é dinâmico. Os fornecedores sempre irão maximizar seus lucros, buscando mecanismos (e armadilhas) diversos para atrair o consumidor. Esse sempre irá maximizar seu bem-estar, para satisfazer as suas necessidades e comodismos, destinando seus rendimentos para o consumismo, o que faz parte da economia capitalista.

Assim, a melhor forma de aprendizagem para o consumidor é a partir dos erros cometidos no passado (SANTOLIM, 2015, p. 178). Trata-se do conhecimento obtido pela experiência, pois a educação para o consumo deve partir e contar com a participação da família, cujo primordial dever é educar as crianças e jovens. 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 superenvididamento, do tamanho do poder aquisitivo da família, das prioridades familiares na

[5] 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 por que 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; TIUJO, 2018, p. 608).

aquisição de produtos e na contratação de serviços, da conscientização acerca do desperdício de alimentos e, especialmente, do equilíbrio entre receitas e despesas.

3.2 O direito à proteção contra práticas comerciais e contratuais abusivas e o direito à livre iniciativa e concorrência

Nos incisos IV e V do art. 6º, o CDC enumerou como direitos básicos do consumidor a proteção contra práticas comerciais abusivas e a proteção contratual, por meio da possibilidade de modificação de cláusulas contratuais com prestações desproporcionais e da flexibilização de contratos que se tornem excessivamente onerosos a ele. Os referidos direitos foram tratados de forma mais aprofundada nos arts. 39 e 51 do próprio CDC, onde se enumerou uma série de 27 situações consideradas abusivas. Em comum, todas elas, de alguma forma, são desfavoráveis ao consumidor ainda que isoladamente considerado. Evidentemente, não será possível 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, da leitura dos incisos dos arts. 39 e 51, percebe-se a quantidade de expressões vagas[6] na redação. Essa técnica legislativa, por meio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, é extremamente prejudicial ao ambiente em que o CDC pretendeu regular, o mercado de consumo. O uso de expressões vagas gera insegurança para os negócios (BODART, 2017, p. 126) e impacta, negativamente, na fluidez das transações. Essa técnica legislativa aliada às decisões judiciais enviesadas por uma interpretação favorável ao 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 concedido.

Em segundo lugar, muitas das situações consideradas abusivas foram dispostas sem um raciocínio econômico e sem a observância da premissa dedutiva exposta no item 1. Essa política enviesada conduziu a casos de total incoerência na proteção do consumidor, como na garantia legal (art. 26). Com base em autores juseconomistas, como Richard Craswell (1991, p. 33), o CDC, ao prever a obrigatoriedade da garantia legal, além de promover o repasse desses custos aos consumidores, deixando de observar o cálculo empresarial, estabeleceu uma situação

[6] 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).

que ele mesmo veda, qual seja, a venda casada do produto embutida com a garantia legal (art. 39, I).

Por conseguinte, várias situações previstas no CDC taxaram de abusivas práticas comerciais e cláusulas contratuais que, sob a perspectiva da liberdade econômica, não o seriam necessariamente. 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 (art. 39, II) e a recusa a venda de bens ou prestação de serviços a quem se disponha a adquirir mediante pronto pagamento (art. 39, IX). Tais situações nem sempre se afiguram abusivas, notadamente, em um livre mercado. A tática da venda casada 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 (BODART, 2017, p. 134). A venda exclusiva de itens, por exemplo, do cinema com os itens de *bombonière*, beneficia consumidores de baixa renda pelo subsídio cruzado daqueles de melhores condições. São as receitas decorrentes das vendas acessórias que permitem ao fornecedor cobrar ingressos mais baratos (BODART, 2017, p. 135). Enfim, a recusa ao recebimento de pagamentos em cheque ou cartão de crédito, da mesma forma, tem o condão de prejudicar o próprio empresário, com a perda do negócio, não se afigurando, pois, nenhuma abusividade.

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, comprometem o desenvolvimento econômico e a geração de riquezas.

3.3 O direito à proteção da vida, saúde e segurança pela qualidade dos produtos e serviços e a efetiva reparação integral do consumidor, diante da limitação da responsabilidade do fornecedor e da tarifação da reparação

O inciso I do art. 6º do CDC assegurou, como direito básico, a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor 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 Bodart, é questionável do ponto de vista juseconômico, haja vista que estabelecem barreiras de entrada ao mercado, impedindo que

parcela dos consumidores tenham acesso aos bens por causa dos preços mais elevados, bem como dos fornecedores que não possuem estrutura para atender aos novos requisitos (2017, p. 123), provocando, assim, distorções na concorrência.

Mesmo diante das exigências de aperfeiçoamento no fornecimento de produtos e 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 a reparação efetiva e integral do consumidor em vista dos danos sofridos. O legislador consumerista abandonou os diversificados regimes, modelos e espécies de responsabilidade previstos no Código Civil (CC) [7], para adotar um modelo único que se centra no fato do produto ou do serviço.

A responsabilidade de consumo, nos termos em que foi planejado pelo CDC, tem natureza objetiva e, portanto, prescinde de qualquer discussão sobre a culpa. Essa opção legislativa no caso de defeito do produto ou do serviço, segundo 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" (1992, p. 182).

Em decorrência da responsabilidade objetiva e ilimitada, o CDC impôs ao fornecedor o dever de reparação efetiva do consumidor. Trata-se da aplicação dos princípios da indenização integral aliado ao da socialização dos custos da reparação (MARQUES, 1992, p. 183). Sem querer adotar como fundamento, mas assumindo-o pelo seu caráter dogmático, o art. 944 do CC, de forma sucinta, porém exaustiva, explica o significado do princípio da reparação integral, enunciando que "a indenização mede-se pela extensão do dano". Destarte, 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, mas também os extrapatrimoniais (dano moral), individuais ou coletivos.

Para realçar o debate, invoca-se como exemplo, a discussão travada por longos anos em relação a responsabilidade do transportador aéreo. O caso merece destaque, na medida em que, por ocasião do advento do CDC, já existia no ordenamento jurídico brasileiro disposição legal regulando o assunto. O regime existente até esse momento, oriundo do direito internacional, preconizava a responsabilidade civil de forma limitada e objetiva, com o dever de

[7] 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). 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). As duas espécies de responsabilidade civil são: 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).

reparação de forma tarifada dos transportadores aéreos nas situações de acidentes aéreos, atrasos e de prejuízos sofridos por passageiros, suas bagagens, ou em relação à carga.

Esse regime jurídico para o transporte aéreo internacional tinha como fundamento a Convenção de Varsóvia (CV), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, pelo Decreto n. 20.704/1931. Para regular o transporte aéreo doméstico foram editados, na linha da Convenção de Varsóvia, os Códigos Brasileiros do Ar de 1938 (Decreto-lei n. 483) e de 1966 (Decreto-lei n. 32) e o atual Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA, Lei n. 7.565/1986).

O legislador brasileiro, ao optar por esse regime oriundo do direito internacional, objetivou afastar a aplicação das regras da responsabilidade comum que dificultavam o desenvolvimento desse setor econômico. Citando Antônio Chaves, Cláudia Lima Marques explica que, no início da regulação, "a aviação ainda era uma atividade em nascimento e onde os riscos eram enormes tanto para os passageiros, para a carga transportada, para os tripulantes e para a própria empresa aérea (*apud* MARQUES, 1992, p. 172).

Diante desse fato, a CV, desde 2006 substituída pela Convenção de Montreal (1999), ignorando o postulado do consumidor vulnerável, preocupou-se em firmar o equilíbrio entre as posições do usuário e do transportador, bem como estabelecer uma disciplina internacional uniforme e universal para o transporte aéreo (*apud* MARQUES, 1992, p. 172).

A partir de 1990 instalou-se no mercado de transporte aéreo brasileiro a antinomia entre a regulação pelo direito aeronáutico – representados pela CV e pelo CBA – e pelo direito do consumidor – consubstanciado pelo CDC. Em termos técnicos, essa antinomia fixou-se no mais alto nível de complexidade dos conflitos, centrando-se no embate entre o CDC e o CBA.

O tema foi apreciado pela primeira vez no STJ em 1995 (REsp n. 58.736/MG). O relator do Recurso, Ministro Eduardo Ribeiro, entendeu que, sendo o Brasil signatário da CV, o referido tratado não se revogaria com a edição de lei geral que contrariasse norma nele contida. A regra, no entanto, se aplicaria apenas aos casos de transporte aéreo internacional, ao passo que, internamente (caso do CBA), perderia eficácia diante da norma legal posterior (o CDC).

Em 1998, no julgamento do REsp n. 154.698/SP, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ratificou-se a prevalência da norma internacional sobre o CDC, porém com apresentação de voto divergente pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Segundo ele, por haver substancial alteração fática nesse ramo de atividade, com comprovada garantia de segurança ao serviço, os argumentos que levaram à adoção da responsabilidade objetiva e da reparação tarifada já não se justificavam mais. Além das condições fáticas, as condições jurídicas também se modificaram, sendo implementadas normas de ordem pública (art. 1º do CDC) e, portanto, inderrogáveis que protegem os usuários dos serviços de transporte aéreo.

No trabalho já diversas vezes citado, Cláudia Lima Marques sustenta que, o advento do CDC representou a realização dos modernos direitos fundamentais (econômicos e sociais), esculpidos pelo movimento constitucionalista que tomou o mundo ocidental. Sua implementação elevou a defesa do consumidor como um novo valor orientador da sociedade (1992, p. 155), em lugar da excessiva valorização da autonomia da vontade dos indivíduos.

Após forte influência da doutrina consumerista, em 2000, o STJ mudou seu entendimento, por meio do julgamento do REsp n. 257.833, cujo Relator foi o Ministro Waldemar Zveiter. Nessa decisão, o STJ entendeu que a relação entre transportador e passageiro configura-se como autêntica relação de consumo, devendo ser regida pelo CDC que se mostra mais adequado à realidade brasileira. A posição se manteve inalterada até 2018.

Finalmente, o conflito, que ainda não havia sido debatido de modo uniforme pelo Supremo Tribunal Federal (STF), adquiriu *status* de repercussão geral, a partir do caso paradigma extraído do Recurso Extraordinário (RE) n. 636.331. O julgamento, realizado em 2018, limitou-se à interpretação do art. 178 da CRFB[8], sendo, ao final, fixada a tese de que "as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor".

O artigo não se inclinará por nenhum dos regimes jurídicos de responsabilidade. Propõe-se, no entanto, que a discussão não seja abandonada, mas sim aprofundada. Tomando-se por base os elementos da AED e levando-se em consideração a premissa dedutiva proposta no item n. 1, o artigo reflete acerca das funções preventiva, compensatória e satisfativa da reparação de danos, defendida por Cláudia Lima Marques (1992, p. 177).

A par dos argumentos expostos, o problema é bastante provocativo. Para a doutrina consumerista, as novas funções da reparação de danos justificariam a imposição de valores indenizatórios em patamares indeterminados, a fim de não apenas indenizar os danos sofridos pelo consumidor, mas também coibir novas condutas danosas por parte do transportador aéreo e até servir como meio educativo para futuros comportamentos empresariais.

A perspectiva econômica no regime da responsabilidade ilimitada e da reparação integral centraliza-se na questão do custo social, cujo teorema foi desenvolvido por Ronald H. Coase. Segundo o economista, decisões judiciais oriundas da aplicação desse regime poderiam

[8] No debate da controvérsia levantou-se três aspectos: (a) o possível conflito entre o princípio constitucional que impõe a defesa do consumidor e a regra do art. 178 da CRFB; (b) a superação da aparente antinomia entre a regra do art. 14 do CDC e as regras do art. 22 da CV e da Convenção para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional; e (c) o alcance das referidas normas internacionais, no que se refere à natureza jurídica do contrato e do dano causado.

ser inadequadas por conduzirem a resultados que, embora desejáveis ao privado, talvez, não o sejam ao social (2017, p. 95). 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 dinheiro, a título de compensação, à vítima), mas que também afetem a riqueza total da comunidade" (2014, p. 36).

Considera-se, 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 os empresários desse ramo ao grau máximo de excelência em segurança, podendo eventuais falhas graves na prestação representar o fim ou a derrocada 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 empresa aufere a seus titulares, decorrentes da liberdade econômica, e vincular-se aos impactos que indenizações em responsabilidades ilimitadas e integrais podem provocar nos custos de transação.

3.4 O direito à facilitação da defesa dos interesses do consumidor e a assimetria informacional processual do fornecedor

O CDC prevê uma série de benefícios e privilégios processuais ao consumidor[9], dentre os quais, cita-se a facilitação da sua defesa e dos seus interesses no processo judicial. Mediante a demonstração dos requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência (art. 6º, VIII), 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 judicial (GARCIA, 2016, p. 99).

Sérgio Cavalieri Filho aponta como um dos fundamentos fáticos desse direito a presunção de que o fornecedor é um litigante habitual (2014, p. 52), ao passo que o consumidor seria um litigante ocasional. Tal fato qualificaria melhor os fornecedores nas disputas judiciais

[9] Além do direito probatório (art. 6º, VIII), o CDC assegura, ainda, ao consumidor o direito à assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, I), ao 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 denunciação da lide (art. 88), a desconsideração da personalidade jurídica por causa de insuficiência patrimonial (art. 28), além das questões atinentes à tutela coletiva do consumidor (arts. 81 e seguintes).

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 os consumidores e, ademais, suportariam melhor os custos de uma demorada e longa tramitação de um processo judicial (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 52).

Esse fundamento fático não pode ser uma presunção absoluta como se assume em grande número de decisões judiciais. Ainda que seja um litigante habitual, em determinadas situações, como as que envolvem diversidade de causas de pedir próxima (fatos), as vantagens dos fornecedores podem não ser tão expressivas. Esse fator, aliado a grande quantidade de demandas, pode revelar uma dificuldade e uma assimetria informacional 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.

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, abordagens e revistas indevidas, cobranças indevidas etc.

Para ilustrar o assunto, cita-se o acórdão proferido pelo STJ no REsp n. 1.050.554/RJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, 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. A própria inversão do ônus da prova, nesse caso, torna-se discutível. A questão torna-se ainda mais tormentosa, quando não se exige do consumidor sequer a demonstração de qualquer indício acerca do fato.

Por uma análise juseconômica, decisões como essa podem acarretar, além do repasse dos custos ao consumidor, para fazer frente às indenizações impostas (BODART, 2017, p. 115-6), também os comportamentos oportunistas por parte dos consumidores. Nesse sentido, a partir de decisões como essa, os consumidores podem ser conduzidos a litigar levianamente, diante da ausência de qualquer custo, seja operacional ou financeiro.

A ausência de custos financeiros processuais, por meio da assistência judiciária gratuita, é outro fator que pode acarretar consequências contrárias não intencionais. Em pesquisa sobre o assunto, Ivo 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

requerimento; (b) a condição de gratuidade no cenário jurídico atual depende de simples autodeclararão, sendo o custo do requerimento próximo de zero, acarretando o seu atendimento em qualquer caso; e, (c) o benefício alcançado com a gratuidade da justiça é imperceptível no ajuizamento da ação, mas tão somente em caso de sucumbência, preferindo o consumidor incorrer apenas nos custos de ajuizamento, o que consequentemente estimula ações frívolas e temerárias (2014, pp. 173-177).

A percepção extraída é que a presunção absoluta 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 o consumidor comparece em juízo para pleiteá-los. Embora deva, em tese, o fornecedor indenizar danos ou prejuízos em decorrência de responsabilidades de consumo, os benefícios e privilégios processuais conferidos ao consumidor não podem ser ausentes de critérios, sob pena de se incentivar comportamentos oportunistas e consequências não intencionais contra o próprio mercado de consumo.

Conclusão

A partir da releitura e da reinterpretação dos princípios constitucionais da ordem econômica (art. 170 e incisos) e dos princípios da Política Nacional de Defesa do Consumidor (art. 4º, III, CDC) é de se inferir que o eixo central da ordem econômica e do mercado de consumo centra-se no equilíbrio da relação de consumo e na compatibilização entre a defesa do consumidor e o desenvolvimento econômico. Pensar isoladamente cada um desses direitos e princípios é conduzir a distorções que não promoverão o fim almejado pelo Constituinte. É necessário que legisladores e julgadores sejam estimulados a agir em cooperação e reciprocidade quando da elaboração das políticas públicas e da prolação de decisões judiciais.

Levando-se em consideração o enviesamento da defesa do consumidor no Brasil, aliado à premissa dedutiva exposta no item n. 1, o artigo se propôs à releitura dos direitos básicos do consumidor a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito. Nesse sentido, comprovou-se que, em inúmeras situações, a adoção de ferramentas econômicas pode conduzir a interpretações mais eficientes dos direitos básicos do consumidor.

Desta forma, conclui-se que (i) o excesso de informações nem sempre eliminará a assimetria informacional do consumidor e a educação formal não necessariamente promoverá consumidores conscientes e reflexivos; (ii) determinadas práticas comerciais e contratuais estigmatizadas como abusivas são, em verdade, decorrentes do livre mercado e concorrência; (iii) a responsabilização ilimitada do fornecedor pode gerar custos sociais piores do que os

custos privados suportados pelo consumidor individualmente considerado; e, (iv) 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.

Referências

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

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

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

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

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

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.

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

COURI, Sérgio. **Liberalismo e societalismo**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil Pós-Constituinte**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FORGIONI, Paula Andréa. **A evolução do direito comercial brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

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.

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

KLEIN, Vinicius; KRAZINSKI, Rafaella. Instituições e Mudança Institucional. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (Org.). **Análise Econômica do Direito**. Curitiba: CRV, 2016.

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. **Sociedade de Consumo: pesquisas em direito do consumidor**. Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2015, p. 52-72.

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.

NORTH, Douglass Cecil. Desempenho econômico através do tempo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set.-dez. 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 23, p. 363-390, jan.-mar.2004.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; HUNGARO, Luis Alberto. Ativismo do Poder Judiciário na concessão de medicamentos x concretização das políticas públicas constitucionais. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 45, p. 98-118, jul.-dez. 2014.

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. "Behavoral 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.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave para a prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicações, 2015.