



REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS  
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Análise econômica do direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor**

**Economic Analysis of Law: the effectiveness of the legal system to protect and compensate consumers for damages**

Héctor Valverde Santana

# SUMÁRIO

<b>“COMO EU ESCREVO”</b> .....	11
Richard Posner Tradução de Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
<b>BOOLA!</b> .....	16
Duncan Kennedy Tradução de Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
<b>A COMIDA FICA NA COZINHA: TUDO QUE EU PRECISAVA SABER SOBRE A INTERPRETAÇÃO DE UM ESTATUTO EU APRENDI QUANDO TINHA 9 ANOS</b> .....	22
Hillel Y. Levin Tradução de Jefferson Carús Guedes Ana Caroline Pereira Lima Thiago Santos Aguiar de Pádua	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA CONTRIBUIÇÃO SUCINTA À EDIFICAÇÃO DE UM MODELO PARA SUA ANÁLISE ....</b>	28
Victor Manuel Barbosa Vicente	
<b>1 Introdução</b> .....	29
<b>2 Políticas públicas: alguns modelos para sua análise</b> .....	29
2.1 A análise institucional.....	29
2.2 Redes de políticas públicas .....	37
2.3 O modelo de fluxos múltiplos .....	39
2.4 Advocacy coalition framework .....	40
<b>3 Considerações finais</b> .....	43
<b>Refêrencias</b> .....	43
<b>DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO HOSPITAL E AMBULATORIAL</b> .....	49
Emerson Affonso da Costa Moura Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy	
<b>1 Introdução</b> .....	50
<b>2 O direito social à saúde</b> .....	51
<b>3 A constituição de 1988 e as políticas de saúde</b> .....	54
<b>4 A saúde pública e os serviços públicos</b> .....	56
<b>5 Conclusão</b> .....	57
<b>Referências</b> .....	58
<b>AUTISMO: O IDEAL E O REAL NA EFETIVAÇÃO DA DECISÃO JURISDICIONAL QUE IMPLEMENTA POLÍTICAS PÚBLICAS</b> .....	60
Grasielly de Oliveira Spínola	
<b>1 Introdução</b> .....	60
<b>2 Sobre o autismo: diagnóstico, sintomas e tratamentos</b> .....	61

<b>3 O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao autismo no Estado de São Paulo .....</b>	<b>62</b>
3.1 Da ineficiência do julgado em razão da execução pela via individual .....	65
3.2 Dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos .....	65
3.3 Da Importância de se reconhecer os direitos e interesses difusos, no caso do autismo, para eficiência do julgado.....	66
<b>4 O controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas ao autismo no Estado do Rio Grande do Norte ..</b>	<b>67</b>
<b>5 Conclusões.....</b>	<b>68</b>
<b>DIREITO À SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS E PORTADORES DE TRANSTORNO MENTAL: A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DO DEPENDENTE QUÍMICO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO .....</b>	<b>72</b>
Emerson Affonso da Costa Moura	
Laila Rainho de Oliveira	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>72</b>
<b>2 O direito à saúde e as políticas públicas.....</b>	<b>73</b>
<b>3 O dependente químico e a política pública de internação .....</b>	<b>78</b>
<b>4 Estudo de caso: a internação compulsória no rio de janeiro.....</b>	<b>81</b>
<b>5 Conclusão .....</b>	<b>84</b>
<b>Referências .....</b>	<b>85</b>
<b>PRODUÇÃO DE ALIMENTOS: AGRICULTURA FAMILIAR X CULTURA DE EXPORTAÇÃO NO BRASIL, SOB A PERSPECTIVA DA SUSTENTABILIDADE.....</b>	<b>89</b>
Luá Cristine Siqueira Reis	
João da Cruz Gonçalves Neto	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>90</b>
<b>2 Agricultura familiar no contexto contemporâneo.....</b>	<b>90</b>
<b>3 Agronegócio no Brasil.....</b>	<b>93</b>
<b>4 Reforma agrária, produção de alimentos e sustentabilidade .....</b>	<b>94</b>
<b>5 Conclusão .....</b>	<b>96</b>
<b>Referências .....</b>	<b>97</b>
<b>DIREITO AGROALIMENTAR E TERRITÓRIO: REFLEXÕES SOBRE O USO DA ÁGUA NA ATIVIDADE AGRÍCOLA .</b>	<b>100</b>
Rodolfo Franco	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>100</b>
<b>2 Quadro normativo sobre a água.....</b>	<b>102</b>
<b>3 Uso da água na atividade agrícola .....</b>	<b>105</b>
3.1 O aquífero guarani .....	105
3.2 Água e território.....	106
3.3 Água e liberdade.....	107
<b>4 Conclusão .....</b>	<b>110</b>
<b>A CONSTRUÇÃO DE NOVAS POLÍTICAS SOCIAIS: O CASO DE MATO GROSSO DO SUL .....</b>	<b>114</b>
Ricardo Luz Chagas Amorim	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>114</b>
<b>2 Exclusão social .....</b>	<b>115</b>
<b>3 As dificuldades dos anos 1990 e a nova política social sul-mato-grossenses.....</b>	<b>118</b>
<b>4 COGEPS e a gestão matricial das políticas sociais .....</b>	<b>122</b>
<b>5 FIS como garantia de recursos.....</b>	<b>125</b>

6 Alguns números e observações sobre os impactos.....	129
7 Comentários finais.....	134
Referência.....	135
<b>PROGRAMAS SOCIAIS BRASILEIROS E SUA RELAÇÃO COM A POBREZA, A DESIGUALDADE E O DESENVOLVIMENTO .....</b>	<b>138</b>
Mirian Aparecida Rocha	
Rosa Maria Olivera Fontes	
Leonardo Bornacki de Mattos	
Jader Fernandes Cirino	
1 Introdução .....	139
2 Estudo sobre as inter-relações entre programas sociais, pobreza e desigualdade .....	140
3 Metodologia.....	141
3.1 Modelos analíticos .....	141
3.2 Fonte de dados .....	142
4 Resultados .....	143
4.1 Indicadores multidimensionais .....	143
4.2 Comportamento dos indicadores multidimensionais nas regiões brasileiras .....	145
4.3 Ranking dos estados brasileiros .....	147
4.4 Impacto dos programas sociais sobre os indicadores multidimensionais.....	148
5 Conclusão .....	151
Referências.....	152
<b>A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>155</b>
Eduardo Sadalla Bucci	
Introdução.....	156
Direito é alográfico.....	156
A jurisdição constitucional como fator de estabilização institucional.....	160
Mutaç�o constitucional: poder reformador ou interpreta�o constitucional?.....	164
1. Muta�o constitucional: delinea�o pela doutrina majorit�ria.....	166
2. Muta�o constitucional � luz de o direito ser alogr�fico: mudan�a das normas e n�o do texto constitucional .....	167
Conclus�o.....	170
<b>POL�TICAS P�BLICAS NA FRONTEIRA TRINACIONAL: O DESAFIO AO PLENO EXERC�CIO DA CIDADANIA ....</b>	<b>173</b>
Priscila Lini	
<b>REPRESENTA�O INTERVENTIVA, JURISDI�O CONSTITUCIONAL E CONFLITO FEDERATIVO .....</b>	<b>186</b>
Marcelo Rodrigues Mazzei	
Sebasti�o S�rgio Silveira	
Henrique Parisi Pazeto	
Introdu�o.....	186
Aspectos gerais da interven�o federal.....	187
Hist�rico da representa�o interventiva no Brasil.....	190
A representa�o interventiva na Constitui�o Federal de 1988 .....	191
Legitima�o ativa .....	193
Procedimento .....	194

Decisão.....	195
Conclusão.....	198
Referências .....	199
<b>A LICITAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO NA PERSPECTIVA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO.....</b>	<b>201</b>
Felipe Furtado Ferreira	
Eduardo Carlos Pottumati	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>202</b>
<b>2 A licitação pública e sua função social .....</b>	<b>202</b>
<b>3 Direito ao desenvolvimento sustentável .....</b>	<b>206</b>
<b>4 A atividade de fomento.....</b>	<b>209</b>
<b>5 O paternalismo libertário como terceira via – similitude com a atividade de fomento .....</b>	<b>210</b>
<b>6 Considerações finais.....</b>	<b>212</b>
<b>Referências .....</b>	<b>213</b>
<b>TRIBUTAÇÃO &amp; REGULAÇÃO: UM DIAGNÓSTICO SOBRE INTER-RELAÇÕES POSSÍVEIS.....</b>	<b>215</b>
Veyzon Campos Muniz	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>215</b>
1.1 Um necessário acordo semântico ao tratar de regulação.....	216
<b>2 Regulação da tributação.....</b>	<b>216</b>
2.1 Apatia endêmica e a produção legislativa tributária.....	217
<b>3 Tributação como regulação.....</b>	<b>218</b>
3.1 Medidas extrafiscais: um instrumento regulatório.....	218
3.2 Automatismo moral e a análise de impacto regulatório.....	220
<b>4 Conclusões articuladas.....</b>	<b>221</b>
<b>ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A EFICIÊNCIA DA NORMA JURÍDICA NA PREVENÇÃO E REPARAÇÃO DE DANOS SOFRIDOS PELO CONSUMIDOR.....</b>	<b>224</b>
Héctor Valverde Santana	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>225</b>
<b>2 Conceito de análise econômica do direito (AED) .....</b>	<b>225</b>
<b>3 Eficiência das normas jurídicas protetivas do consumidor .....</b>	<b>227</b>
<b>4 Análise econômica da prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor.....</b>	<b>228</b>
<b>5 Conclusão .....</b>	<b>234</b>
<b>Referências .....</b>	<b>235</b>
<b>INOVAÇÃO PARA QUEM? O CASO DA POLÍTICA DE INOVAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA .....</b>	<b>238</b>
Marcos Vinício Chein Feres	
Marcelo Castro Cunha Filho	
<b>1 Introdução .....</b>	<b>239</b>
<b>2 Integridade e ação comunicativa aplicada ao direito .....</b>	<b>240</b>
<b>3 A busca pelo desenvolvimento tecnológico e sua repercussão na ICT federal de juiz de fora .....</b>	<b>244</b>
<b>4 Por que o direito não concorda com uma política inovação utilitária? A deficiência da política da UFJF .....</b>	<b>249</b>

5 Conclusão .....	252
-------------------	-----

**A PONDERAÇÃO COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL AMBIENTAL .....256**

Maria Isabel Esteves de Alcântara

Michelle Lucas Cardoso Balbino

1 Considerações Iniciais.....	257
2 Introito ao Estudo dos Princípios.....	257
3 Princípio do In Dubio pro Reo .....	260
4 Princípio do In Dubio pro Ambiente ou In Dubio Pro Nature.....	261
5 A Ponderação como Mecanismo de Solução de Conflitos: Princípio “In Dubio pro Reo” Versus Princípio “In Dubio pro Nature”.....	263
6 Considerações Finais .....	268
Referências .....	269

**A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS MUNICIPAIS E PARTICIPAÇÃO POPULAR PARA COIBIR AS BRIGAS DE GALO .....273**

Marco Lunardi Escobar

Lucia Santana de Freitas

Gesinaldo Ataíde Candido

1 Introdução .....	274
2 A proteção à fauna.....	274
3 As normas ambientais e a defesa animal .....	276
3.1 Maus tratos a animais: as rinhas de galo .....	277
3.2 A competência do município em matéria ambiental e a necessidade de políticas públicas para coibir as rinhas de galos. ....	277
3.3 A falta de políticas públicas: seria falta de interesse?.....	279
3.4 A participação da sociedade civil como auxiliar na gestão ambiental.....	279
4 Aspectos metodológicos.....	280
5 O Combate às brigas de galo no Rio Grande do Norte .....	281
5.1 As operações de 2010 a 2012.....	281
5.2 Poder de polícia ambiental.....	283
6 Considerações finais.....	284

# Análise econômica do direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor

## Economic Analysis of Law: the effectiveness of the legal system to protect and compensate consumers for damages

Héctor Valverde Santana\*

### Resumo

O presente estudo visa analisar os impactos econômicos relacionados à formulação da regra jurídica abstrata pelo parlamento e a regra jurídica concreta pelo Poder Judiciário. A ciência do direito se relaciona com diversos campos do conhecimento, dentre eles a história, a filosofia, a sociologia, a antropologia e, mais recentemente, estão sendo desenvolvidos estudos vinculados à economia. O direito do consumidor tem como um dos objetivos principais a proteção da vida e saúde do destinatário final dos produtos e serviços fornecidos no mercado. A vulnerabilidade do consumidor é um princípio aceito universalmente quanto ao direito do consumidor. Portanto, analisar os custos econômicos da prevenção e reparação de danos no direito do consumidor é questão importante para possibilitar a escolha mais eficiente do ponto de vista econômico, porém sempre considerando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, além dos princípios legais da vulnerabilidade, informação, responsabilidade objetiva e solidariedade entre os fornecedores. Finalmente, cuida-se de proposta acadêmica destinada a estudar os efeitos econômicos na formulação da regra jurídica eficiente e justa para o consumidor, sempre visando o fortalecimento do mercado de consumo.

**Palavras-chave:** análise; econômica; direito; proteção; consumidor; eficiência.

### Abstract

This study aims to analyze the economic impacts related to the formulation of abstract legal rule by Parliament and the concrete legal rule by the Court. The science of law relate to various fields of knowledge, including history, philosophy, sociology, anthropology, and more recently being studies linked to the economy. The consumer law has as one of its main objectives the protection of life and health of the final recipient of the goods and services supplied on the market. The vulnerability of consumer is a universally accepted principle regarding consumer rights. So, the analysis of economic costs of prevention and reparation of damages in consumer law is important to enable the more efficient choice from an economic point of view, but always considering the constitutional principles of human dignity and solidarity, in addition to the legal principles of vulnerability,

Recebido em 02/12/2013

Aprovado em 11/05/2014

\* Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Diretor de Assuntos Internacionais do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon). Juiz de Direito do Distrito Federal.

information, strict liability and solidarity among the suppliers. Finally, this abstract is about academic proposal that intended to study the economic effects in the formulation of legal regulation efficient and fair for consumers, always aiming at the strengthening of the consumer market.

**Keywords:** analysis; economic; law; protection; consumer; efficiency.

## 1 Introdução

O presente trabalho visa estudar a análise econômica do direito (AED) e a sua compatibilidade com o direito do consumidor. Reconhece-se que historicamente os doutrinadores do direito do consumidor, especialmente no sistema da *civil law*, consideram antagônica a teoria da análise econômica do direito e a proteção jurídica do consumidor. Entretanto, busca-se examinar a compatibilização das premissas da análise econômica do direito (AED) e o microsistema jurídico de proteção do consumidor, realizando um diálogo entre a racionalidade e a maximização da riqueza (conceitos econômicos) e o princípio da vulnerabilidade do consumidor (conceito jurídico) previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXXII) e no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, I, da Lei n. 8.078/1990).

Não se trata de uma investigação sobre o direito econômico, que se ocupa principalmente de temas macroeconômicos, mas de uma investigação de assuntos relacionados à microeconomia, especialmente quanto à eficiência das regras jurídicas protetivas do consumidor na prevenção e reparação de danos. O conceito de análise econômica do direito é apresentado a partir da visão dos principais autores da matéria, sendo que a sua aplicação aos diversos ramos do direito material e processual é majoritariamente reconhecida. Questão relevante é quanto à aplicação do critério econômico da eficiência (maximização da riqueza) na escolha da regra jurídica, uma vez que há possibilidade de confronto com o caráter distributivo da ciência do direito.

O sistema de proteção do consumidor instituído pela Lei n. 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor) prevê o dever de prevenir e reparar integralmente do dano sofrido pelo consumidor, com base na teoria do risco da atividade, tanto no plano individual quanto na esfera coletiva. Discute-se a questão relativa ao caráter protetivo do Código de Defesa do Consumidor e a premissa fundamental da livre iniciativa. Ressalte-se que a caracterização de normas de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor expressa intervenção do Estado no domínio particular para balizar a contratação de produtos e serviços, impedindo a plena manifestação da vontade diante da desigualdade das partes na relação de consumo.

Noções econômicas pouco familiares ao profissional do direito como maximização da riqueza, eficiência econômica, ótimo de Pareto, teoria dos jogos, incentivos, dentre outros, são utilizadas na composição do argumento relacionado à viabilidade de promover análise econômica do direito do consumidor, em particular quanto às suas regras relativas à prevenção e reparação dos danos sofridos pelo consumidor diante do acidente de consumo ou vício de qualidade de produtos e serviços.

## 2 Conceito de análise econômica do direito (AED)

A economia e o direito são campos distintos do conhecimento científico, mas de inquestionável conexão conceitual e prática. A noção mais corrente de economia está relacionada ao objeto de estudo que visa alocar eficientemente os recursos escassos às necessidades infinitas da sociedade. A ciência econômica avalia dois aspectos básicos: o primeiro versa sobre a *economia positiva*, que estuda o funcionamento da economia diante da realidade; o segundo aspecto básico se ocupa da *economia normativa*, que formula prescrições fundadas nos dados da economia positiva para estabelecer juízo de valor no sentido de como “deveria ser” a economia.<sup>1</sup>

1 COLOMA, German. *Análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 11.

Os estudos relacionados à análise econômica do direito (AED) iniciaram nos Estados Unidos da América a partir do começo da década de 1960, especialmente com a publicação do Teorema de Ronald Coase.<sup>2</sup> Antes desse marco científico, a análise econômica do direito (AED) se limitava a questões relacionadas à legislação antitruste, de setores regulados da atividade pública, de alguns temas tributários e do impacto do valor das indenizações sobre os direitos subjetivos. Nos diversos estudos realizados a partir de 1960 nos Estados Unidos da América e, posteriormente, em todos os continentes, a análise econômica do direito ampliou seu campo de investigação e alcançou diversos ramos jurídicos, como direito constitucional, direito processual, direito penal e direito privado em geral (propriedade, contratos, responsabilidade civil, família, dentre outros).<sup>3</sup>

Destaque-se que a análise econômica do direito (AED) experimentou extraordinário desenvolvimento na ciência do direito em razão da identificação de lacuna metodológica que demandava estudos e pesquisas científicas. A elaboração da lei (comando normativo abstrato formulado pelo legislador) e a aplicação da lei (comando normativo concreto formulado pelo juiz) não investigavam quaisquer critérios econômicos para as respectivas escolhas, mas tão somente utilizavam a intuição e as regras ordinárias de experiência. Nessa linha de investigação científica, a economia proporcionou ao direito a avaliação dos impactos ou efeitos das normas formuladas abstrata ou concretamente. O economista avalia o comportamento de consumo com a elevação do preço, ou seja, o preço mais alto provoca uma retração no nível de consumo. Portanto, a economia domina teoria comportamental que revela como as pessoas reagem às alterações de mercado. Da mesma forma, o jurista pode avaliar o comportamento social com a edição de norma com incidência mais específica e sanção mais severa, resultando em uma diminuição do número de comportamento indesejado socialmente e previsto na norma jurídica mais rigorosa. A questão pode ser resumida quanto aos *incentivos* que os agentes econômicos (fornecedores) e o consumidor têm diante das alterações do mercado e das normas jurídicas, conduzindo a solução comportamental a critérios científicos e não à avaliação baseada em mero bom senso.<sup>4</sup>

A análise econômica do direito (AED) não é um ramo autônomo da ciência jurídica, mas um método de raciocínio que pode ser aplicado a todos os ramos do direito positivo. Trata-se de uma especialização do conhecimento multidisciplinar denominado “Direito e Economia” (*Law and Economics*). O objeto central da análise econômica do direito (AED) é investigar a eficiência das normas jurídicas sob o prisma econômico, no regime capitalista, este orientado pelo princípio da livre circulação de riquezas.<sup>5</sup>

Verifica-se uma importante distinção entre a investigação daquilo *que é* (sentido positivo), valendo-se de um critério de verdade, e daquilo *que deve ser* (sentido normativo), referindo-se a um critério de valor. Reconhece-se uma distinção entre o campo fático e o campo axiológico (valor) na avaliação de critérios da análise econômica do direito (AED). A investigação fática se desenvolve por métodos científicos, cujos resultados são suscetíveis de manipulação ou falsificação. A busca axiológica não se baseia em critérios científicos aferíveis empiricamente, mas se opera no campo normativo.<sup>6</sup>

Ivo Gico Jr. exemplifica que “quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão... Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender

2 TAVANO, María Josefina. *Los presupuestos de la responsabilidad civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011. p. 47-48.

3 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 23-24.

4 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 24-25.

5 GONÇALVES, Vítor Fernandes. A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual. *Revista Forense, Revista Forense*, São Paulo, v. 357, p. 129-163, set./out. 2001, p. 129.

6 GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido.”<sup>7</sup>

A análise econômica do direito (AED) é a aplicação de instrumentos analíticos e empíricos da ciência econômica, especialmente da microeconomia, que se manifesta no plano individual para compreender, explicar e prever as consequências fáticas das normas jurídicas, bem como extrair o conteúdo e a extensão do próprio ordenamento jurídico. A análise econômica do direito (AED) não se confunde com a aplicação do direito por economista, mas, ao contrário, são juristas, que podem possuir formação econômica, que buscam compreender o complexo ordenamento jurídico a partir de conceitos econômicos.<sup>8</sup>

### 3 Eficiência das normas jurídicas protetivas do consumidor

A análise econômica do direito (AED) objetiva auxiliar o legislador na formulação abstrata da norma jurídica e o aplicador da lei em sua concretização, devendo observar em ambos os casos o critério da eficiência econômica. Registre-se que o Código de Defesa do Consumidor é um conjunto normativo (microsistema jurídico) que institui uma política pública e tem como função principal a proteção do sujeito vulnerável da relação jurídica estabelecida entre o fornecedor de produtos e serviços e o destinatário final de toda atividade de mercado (consumidor). Não é uma lei (Lei n. 8.078/1990) que disciplina relação jurídica entre sujeitos de direitos iguais, mas indubitavelmente de caráter protetivo. Dessa forma, o exame da questão gira em torno da indagação relacionada à eficiência econômica das normas protetivas do consumidor no direito brasileiro.

A defesa do consumidor é princípio da ordem econômica, conforme art. 170, V, da Constituição Federal. Nessa linha de argumentação, a economia brasileira não pode prescindir de tutelar o sujeito mais fraco da relação jurídica de consumo (consumidor), pois este é responsável por aproximadamente dois terços (2/3) do dinheiro que circula no mercado de consumo. É certo que o Brasil experimentou um extraordinário desenvolvimento econômico nas duas últimas décadas (1990-2010), alcançando o posto de sétima (7<sup>a</sup>) economia mundial, sendo que a defesa do consumidor contribuiu significativamente para o país consolidar sua posição de destaque na economia mundial.

A tutela do consumidor é uma política pública que deve ser aplicada com leis e decisões administrativas e judiciais eficientes, tudo a fim de evitar o desperdício, objetivo da economia, pois essa leva em conta a escassez de recursos e as necessidades ilimitadas dos integrantes da sociedade. A análise econômica do direito (AED) não se ocupa do aspecto axiológico de *justo* ou *injusto*, mas diretamente investiga a regra eficiente ou ineficiente do ponto de vista econômico. Ivo Gico Junior esclarece a dicotomia entre eficiência e justiça da seguinte maneira: “Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseja implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios.”<sup>9</sup>

7 GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1 e 18.

8 GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

9 GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27.

Existem diversos critérios para estabelecer a noção de eficiência, a exemplo das ideias de Adam Smith, Pareto e Kaldor-Hicks. Há divergências entre os economistas e os juristas que se ocupam da análise econômica do direito (AED) sobre a noção de eficiência, inclusive controvérsias entre as escolas de direito de Chicago, Virgínia e Yale, precursoras e vanguardistas na análise econômica de direito. A escola de Chicago sustenta que é possível fazer um juízo objetivo da eficiência, considerando a distribuição inicial de direitos, bem como sustenta que o objetivo do direito é maximizar a riqueza. O critério subjetivo e contratualista de eficiência é defendido pela escola da Virgínia. Por seu turno, a escola de Yale afirma que a eficiência é o critério central da análise econômica do direito (AED), porém deve ser compreendido à luz de preocupações distributivas.<sup>10</sup>

Critério largamente utilizado na análise econômica de direito é conhecido como *eficiência de Pareto*.<sup>11</sup> Trata-se de regra aplicada à economia baseada na distribuição da riqueza e a alocação eficiente dos recursos, sempre considerando as preferências pessoais. Dessa forma, o *Pareto eficiente* se configura quando uma situação social não pode ser alterada para melhorar a situação de um sujeito sem que provoque uma situação pior para outro sujeito. O critério de *Pareto* pode ser usado, conforme sustentam os economistas, para determinar a eficiência da produção.<sup>12</sup>

As normas protetivas do consumidor devem ser questionadas a partir do critério de eficiência, seja do ponto de vista da maximização da riqueza ou até como critério distributivo para alcançar a justiça social. Do ponto de vista econômico, a norma protetiva do consumidor é que viabiliza o fomento da microeconomia e, conseqüentemente, promove o desenvolvimento de todos os atores que atuam no mercado: Estado, empresários e consumidores. Negar proteção ao consumidor, desconsiderar o potencial econômico que está em suas mãos significa retroceder em termos de eficiência econômica.

A teoria comportamental desenvolvida pela economia, a partir da observação relativa ao aumento do preço e a retração do consumo, pode ser aplicada ao direito do consumidor, mormente quando se ressalta o caráter protetivo das normas consumeristas, que impõem a observância de direitos básicos do consumidor, estes inafastáveis por vontade das partes (fornecedor e consumidor). As normas protetivas do direito do consumidor são eficientes do ponto de vista econômico porque promovem o equilíbrio da relação de consumo que se desenvolvem no mercado. Caso contrário, haveria um desequilíbrio e a eficiência econômica estaria frustrada.<sup>13</sup>

#### 4 Análise econômica da prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor

A proteção sistêmica do consumidor não existia até a Constituição Federal de 1988.<sup>14</sup> A tutela do consumidor era meramente reflexa, porquanto existiam normas jurídicas esparsas e apenas se ocupavam de criminalizar condutas dos fornecedores em relação à economia popular (Dec. n. 22.626/1933 - Lei de Usura — e a Lei n. 1.521/1951 — Lei dos Crimes contra a Economia Popular), sem que houvesse atenção especial para a prevenção e reparação dos danos sofridos pelo consumidor.

A defesa institucional do consumidor se inicia no Brasil com a criação do PROCON de São Paulo, por intermédio da Lei Estadual n. 1.903, de 20 de dezembro de 1978. A proteção coletiva do consumidor brasileiro experimentou grande avanço com a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985). A tutela administrativa do consumidor brasileiro na esfera federal tem marco inicial com a edição do Dec.

10 TAVANO, María Josefina. *Los presupuestos de la responsabilidad civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011. p. 90 e 106.

11 Richard A. Posner sustenta que: “Como a medição direta da utilidade é impossível, normalmente a única maneira de demonstrar, segundo o critério de Pareto, a superioridade de uma alteração na alocação de recursos é mostrar que houve o consentimento de todas as pessoas afetadas.” In: POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 105-106.

12 KISHATAINY, Niall [et. al.]. *The economics book*. Londres: Dorling Kindersley, 2012. p. 130-131.

13 OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 81, p. 13-37, jan./mar. 2012.

14 SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 75-76.

n. 91.469/1985, que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, posteriormente substituído pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), subordinado à Secretaria Nacional de Direito Econômico, do Ministério da Justiça. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) foi substituído pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) por intermédio do Decreto n. 7.738/2012.

O Ministério da Justiça, por meio do então Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), anteriormente à Constituição Federal de 1988, já havia nomeado comissão de juristas para elaborar anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor. Após a conclusão dos trabalhos da comissão de juristas, houve a publicação do referido anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor no Diário Oficial da União de 04 de janeiro de 1989. Com base nesse anteprojeto, houve ampla discussão pela sociedade civil e setores interessados acerca da proteção do consumidor, oportunidade em que vários parlamentares apresentaram projetos de lei visando instituir o Código de Defesa do Consumidor, conforme determinação do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).<sup>15</sup>

O atual modelo jurídico de proteção do consumidor brasileiro foi introduzido pela Constituição Federal de 1988. O Estado foi indicado como sujeito responsável pela defesa do consumidor, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Cuida-se de direito fundamental à proteção do sujeito vulnerável no mercado de consumo pelo Estado. A defesa do consumidor também é reconhecida como um direito público subjetivo, tanto individual quanto coletivo.

O Estado tem o dever de promover a defesa do consumidor e conduz à ideia do Estado-Promotor ou Estado-Providência, modelo de organização em que o Estado se apresenta como sujeito passivo de prestações no campo social e econômico.<sup>16</sup> São direitos positivos a prestações ou ações estatais. O verbo *promover* tem significado mais amplo do que simplesmente proteger, pois significa também organizar, desenvolver e defender administrativa e judicialmente os direitos dos consumidores.

A Constituição Federal fez uma opção clara pelo sistema econômico capitalista, considerando que a livre iniciativa é um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV). O art. 170 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica brasileira está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Em complemento, a defesa do consumidor foi eleita como um dos princípios da atividade econômica (art. 170, V, da Constituição Federal), ao lado de outros princípios como a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais, a busca pelo pleno emprego e o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte. Reconhece-se, portanto, no plano normativo, que a proteção do consumidor é necessária ao crescimento e fortalecimento da economia nacional, uma vez que não há mercado forte com consumidor fraco ou desprotegido. Finalmente, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias fixou prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da promulgação da Constituição Federal, para o Congresso Nacional elaborar o Código de Defesa do Consumidor.

Além das normas constitucionais acima referidas, outras normas relacionadas à defesa do consumidor estão dispostas na Constituição Federal, a exemplo da competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre produção, consumo e responsabilidade civil por dano ao consumidor (art. 24, incisos V e VIII); do direito à informação acerca da carga tributária incidente sobre produtos e serviços (art. 150, § 5º, regulamentada pela Lei n. 12.741/2012); da observância dos direitos do usuário (consumidor) na delegação de serviços públicos prestados a título singular por pessoas jurídicas de direito privado (art. 175, parágrafo único, II); da limitação da publicidade de produtos relacionados à

15 GRINOVER, Ada Pellegrini. [et. al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1-4.

16 TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 28, abr./jun. 1995.

tutela da saúde do consumidor (art. 220, §§ 3º e 4º); e da produção e programação das emissoras de rádio e televisão (art. 221).

O Código de Defesa do Consumidor foi editado por intermédio da Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. O objetivo do Código de Defesa do Consumidor foi regulamentar e equilibrar a relação jurídica estabelecida entre o consumidor e o fornecedor, tendo como objeto produtos e serviços. A lei consumerista não corresponde a instrumento de punição ao empresariado nacional, mas instrumento de fortalecimento do mercado e consolidação da cidadania. O Código de Defesa do Consumidor apresenta estrutura multidisciplinar, uma vez que encerra a tutela do consumidor nos âmbitos civil, administrativo, penal e processual coletivo.

O microsistema jurídico autônomo do consumidor é destinado à tutela do sujeito vulnerável na relação de consumo. As normas regentes das relações jurídicas de consumo são de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC). A locução *ordem pública* significa que as partes envolvidas na relação de consumo não podem dispor da regência normativa estabelecida no Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de efetiva intervenção do Estado na seara privada (relação entre fornecedor e consumidor) para o fim de preservar a igualdade real, em especial, no contrato de consumo celebrado entre o fornecedor e o consumidor.<sup>17</sup>

Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.061.530/RS, afetado como incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários, firmou orientação no sentido de que *é vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários*. Posteriormente, foi editada a súmula 381 do STJ no sentido de vedar o conhecimento de ofício de cláusulas abusivas nos contratos bancários.<sup>18</sup>

A locução *interesse social* prevista no art. 1º do CDC significa que o Ministério Público tem participação obrigatória em todas as ações coletivas de consumo, em harmonia com o disposto nos arts. 127, *caput* e 129, IX, da Constituição Federal.<sup>19</sup> A lide individual de consumo não demanda a participação do Ministério Público na medida em que não há interesse público imediato. Ressalte-se que o direito do consumidor é ramo do direito privado, ou seja, que regula a relação entre sujeitos privados quando atuam no mercado de consumo. Lembre-se que mesmo quando o Estado atua como fornecedor, nos termos dos arts. 3º, § 2º e 22, ambos do Código de Defesa do Consumidor, há uma atividade de prestação de serviços no mercado de consumo, cuja remuneração é fixada por lei (preço público ou tarifa) e o destinatário final é um sujeito vulnerável técnica, econômica, fática e informacional (consumidor). Nesse caso não há incidência das normas de direito público (direito administrativo), mas as normas do microsistema jurídico instituído pelo Código de Defesa do Consumidor.

O direito do consumidor ganha autonomia científica na medida em que são reconhecidos alguns princípios específicos, tais como o princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC), o princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III, do CDC), o princípio da informação adequada e clara (art. 6º, III, do CDC), o princípio da responsabilidade objetiva do fornecedor (arts. 12 e 14, ambos do CDC, com exceção da responsabilidade dos profissionais liberais – art. 14, § 4º, do CDC) e o princípio da solidariedade entre fornecedores (arts. 7º, parágrafo único, 18, *caput*, 19, 25, § 1º, 28, § 3º e 34, todos do CDC).

O contrato de consumo também é regido de forma específica,<sup>20</sup> visando à proteção do consumidor, a exemplo do princípio da conservação dos contratos (art. 51, § 2º, do CDC), do princípio da interpretação dos contratos (art. 47 do CDC), do princípio da proibição de cláusulas abusivas (art. 51 do CDC),

17 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 221-226.

18 Súmula 381 do STJ: Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

19 NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos relevantes do CDC. *Justitia*, São Paulo, v. 53, p. 79, jul./set. 1991.

20 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 740-741.

do princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36 do CDC), do princípio da vinculação contratual da publicidade (art. 30 do CDC), do princípio da veracidade (art. 37, § 1º, do CDC), do princípio da não abusividade da publicidade (art. 37, § 2º, do CDC), do princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor (art. 38 do CDC) e do princípio da correção do desvio publicitário (art. 56, XII, do CDC).

O modelo legislativo brasileiro estabeleceu diversos direitos básicos do consumidor, representando a intervenção do Estado na relação privada constituída entre o fornecedor e o consumidor. Dentre os direitos básicos do consumidor, registre-se a previsão de efetiva prevenção e reparação dos danos materiais e morais, tanto no plano individual quanto na esfera transindividual (direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos individuais homogêneos — art. 81, parágrafo único, I, II, e III, do CDC), nos termos do art. 6º, incisos VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor.<sup>21</sup>

A prevenção de danos é expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor e se manifesta essencialmente no dever de o fornecedor prestar as informações adequadas e claras ao consumidor. O fornecimento de produtos e a prestação de serviços implicam, por regra geral, riscos à saúde e à segurança do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor disciplina os níveis de informação para os variados graus de periculosidade e nocividade de produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo.

Parte-se da premissa de que os produtos e serviços não podem acarretar riscos à saúde e segurança do consumidor. Entretanto, a lei consumerista (art. 8º do CDC) reconhece que os produtos e serviços podem apresentar riscos normais e previsíveis em razão de suas características próprias. A título de esclarecimento do ponto, uma faca (produto) apresenta um risco normal e previsível ao consumidor, bem como o transporte aéreo (serviço) também é atividade de risco. Nessa linha de raciocínio, mesmo que o risco seja normal e previsível, o fornecedor tem o dever de prestar as informações adequadas sobre a correta utilização dos produtos e serviços que introduz no mercado de consumo, a fim de evitar danos à saúde e segurança do consumidor.

O dever de informação é reforçado quando se trata de produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde e segurança do consumidor (art. 9º do CDC). Nesse caso, a informação deverá ser *ostensiva* e *adequada* sobre a periculosidade ou nocividade dos produtos e serviços, sempre com o intuito de prevenir o evento danoso. Além da informação ostensiva e adequada, o fornecedor tem a obrigação de tomar quaisquer outras medidas cabíveis de acordo com as peculiaridades do caso concreto, ou seja, se a situação demandar providências específicas, a mera informação prestada pelo fornecedor não tem a consequência jurídica de eximi-lo de reparar eventual dano sofrido pelo consumidor.

Os produtos ou serviços que apresentem alto grau de periculosidade ou nocividade à saúde e segurança do consumidor não podem ser colocados no mercado de consumo (art. 10 do CDC). A referida regra legal objetiva prevenir eventos danosos aos consumidores. Exige-se que o fornecedor tenha conhecimento do alto grau de periculosidade ou nocividade dos produtos ou serviços, bem como a regra legal em questão contempla a possibilidade de que o fornecedor *deveria saber* da periculosidade ou nocividade do produto ou serviço que coloca no mercado. Portanto, não é causa excludente de responsabilidade do fornecedor a alegação de que não sabia do alto grau de periculosidade ou nocividade do produto ou serviços que introduziu no mercado de consumo.

A título de prevenção de danos, o Código de Defesa do Consumidor regula ainda o *recall* (art. 10, §§ 1º ao 3º, do CDC). Na hipótese de o fornecedor tomar conhecimento da periculosidade do produto após a introdução daqueles no mercado, há o dever de comunicar o fato às autoridades competentes e aos consumidores. A providência determinada pelo Código de Defesa do Consumidor tem a finalidade de oportunizar aos consumidores a substituição das partes defeituosas (afastamento da periculosidade dos produtos e serviços), tudo às expensas do fornecedor, sendo indevida qualquer remuneração por parte do consumidor no procedimento do *recall*.

21 ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 80-82.

Observa-se que o Código de Defesa do Consumidor dispõe em várias passagens sobre a prevenção de danos. A análise econômica do direito (AED) disponibiliza uma abordagem simples e objetiva da reparação do dano praticado pelo fornecedor (agente ofensor), partindo da premissa de que a regra de responsabilização é adequada quando representa incentivos corretos para que o fornecedor adote um *nível ótimo de prevenção* de danos na sua atividade produtiva. Entretanto, admite-se a dificuldade de estabelecer o *nível ótimo de prevenção* quando existem variações significativas nas diversas atividades de produção no complexo mercado de consumo. A análise econômica do direito reconhece que o *nível ótimo de prevenção de danos* está na média dos custos aportados para as medidas tendentes a diminuir a ocorrência de danos, ou seja, não pode haver déficit nas cautelas, porém o excesso de providências preventivas pode representar um custo inadequado e gerar desperdício, tornando a providência ineficiente do ponto de vista econômico. A fórmula do Juiz Learned Hand é reconhecida como técnica útil à obtenção do *nível ótimo de prevenção*, pois traduz a ideia de que as medidas de prevenção somente serão adequadas (*nível ótimo*) quando os custos forem inferiores aos benefícios produzidos.<sup>22</sup>

A teoria dos jogos é instrumento utilizado pela análise econômica do direito para avaliar situações estratégicas, estas compreendidas na ideia aplicada ao direito do consumidor pela avaliação dos comportamentos dos sujeitos de direito, envolvidos na relação de consumo (fornecedor e consumidor). Algumas variações são analisadas a fim de se identificar o *nível ótimo de prevenção de danos*. Na hipótese de ausência de responsabilidade do fornecedor diante dos danos sofridos pelo consumidor, conclui-se que não há incentivo para que o fornecedor adote qualquer providência a fim de evitar danos ao consumidor. Por outro lado, a responsabilização ilimitada do fornecedor (teoria do risco integral) também não pode ser considerada como *nível ótimo de prevenção de danos* porque, considerando as situações estratégicas que demanda atividades recíprocas para se encontrar a melhor solução, a vítima não tem qualquer incentivo para desenvolver ações ou omissões tendentes a evitar o dano. Compreende-se que a ausência de responsabilidade e a responsabilidade ilimitada do fornecedor são situações extremas que não correspondem ao *nível ótimo de prevenção* desejado pela análise econômica do direito, que somente será alcançado na média das duas (02) situações anteriores.<sup>23</sup>

Na hipótese de responsabilidade subjetiva, cuja obrigação de indenizar decorre necessariamente da prova da culpa do fornecedor (agente ofensor) pelo consumidor (vítima), que no Código de Defesa do Consumidor é uma exceção apenas para o caso de responsabilização dos profissionais liberais (art. 14, § 4º), há estratégia dominante para o fornecedor, pois a este corresponde o dever de prevenir a ocorrência do dano. O Código de Defesa do Consumidor optou de forma idêntica à Comunidade Econômica Europeia (CEE) na Diretiva n. 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985, pela responsabilidade objetiva do fornecedor porque reconhece que a prova da culpa é fator que inviabiliza o sucesso dos pleitos indenizatórios.<sup>24</sup> A responsabilidade objetiva, caracterizada pela dispensa da prova da culpa do fornecedor para configurar a obrigação de indenizar, é caracterizada pela posição estratégica dominante do consumidor (vítima), pois admite a culpa exclusiva deste como causa excludente de responsabilidade, motivo pelo qual o consumidor (vítima) também deverá adotar medidas preventivas para minimizar a possibilidade de ocorrência danosa.<sup>25</sup> A rigor, também na responsabilidade subjetiva há o reconhecimento da culpa exclusiva da vítima como causa excludente de responsabilidade, dado que conduz a conclusão que a vítima também exerceria estratégia dominante na hipótese em questão.

22 PORTO, Antonio José Maristrello. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 180-184.

23 PORTO, Antonio José Maristrello. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 190-193.

24 AFONSO, Maria; VARIZ, Manuel. *Da responsabilidade civil decorrente de produtos defeituosos*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 25.

25 PORTO, Antonio José Maristrello. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 193-195.

A reparação do dano no direito do consumidor apresenta significativa alteração em relação ao modelo de responsabilidade civil adotado pelo Código Civil de 1916. Não há no Código de Defesa do Consumidor a adoção da teoria dualista ou clássica da responsabilidade civil, ou seja, a divisão entre responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. O Código de Defesa do Consumidor disciplina a reparação de danos em fato do produto ou serviço (acidente de consumo) e vício do produto ou serviço. Além dessas duas categorias, o consumidor ainda pode sofrer danos relacionados à inexecução contratual, cuja solução para a reparação deve ser extraída no Código de Defesa do Consumidor pela incidência dos arts. 30 a 38, que versam sobre oferta e publicidade (fase pré-contratual) e arts. 46 a 54, que disciplinam a proteção contratual, bem como os demais princípios e regras que compõem o microsistema de proteção do consumidor. Em diálogo complementar de fontes, em caso de descumprimento do contrato de consumo por parte do fornecedor, são aplicáveis as regras previstas no título IV (do inadimplemento das obrigações), do Livro I (parte especial) — do direito das obrigações, do Código Civil, desde que compatíveis com o regime normativo constitucional e legal de proteção do consumidor.

O consumidor ainda pode sofrer violação aos direitos da personalidade, ensejando a propositura de ação de reparação de danos morais, nos termos do art. 5º, V e X, da Constituição Federal. O dano moral é categoria autônoma em relação ao dano material, que este se manifesta pelo fato ou vício do produto ou serviço, e pelo mero descumprimento contratual. O dano moral é a lesão a direito da personalidade, sem uma necessária correspondência pecuniária-patrimonial, mas que decorre de ato ilícito objetivo que vulnera os atributos físicos, psíquicos e morais do sujeito de direito. A vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor justifica tratamento diferenciado na análise da configuração do dano moral e também na quantificação judicial da indenização. A quantificação do valor do dano moral deve considerar o caráter compensatório da vítima, a punição ao ofensor (fornecedor) e servir de desestímulo aos demais fornecedores quanto a práticas semelhantes.

A Constituição Federal determina que a *resposta* será proporcional ao agravo (art. 5º, V) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VI e VII) prevê a *efetiva* prevenção e reparação do dano material, moral, individual, coletivo e difuso. Dessa forma, todas as leis que previam indenização tarifada ou tabelada no Brasil não foram recepcionadas pela atual Constituição Federal. A indenização não pode ser tabelada ou tarifada por lei ou pela jurisprudência, pois está consagrado o princípio da reparação integral do dano (*restitutio in integrum*) no ordenamento jurídico brasileiro. O tabelamento ou tarifação do dano gera ineficiência na prevenção, pois não há incentivo para o fornecedor buscar o *nível ótimo de prevenção*, uma vez que a avaliação do custo-benefício pode resultar que a reparação dos danos é medida eficiente do ponto de vista econômico, afastando a prevenção socialmente almejada. Eventual tabelamento ou tarifação do dano representaria manifesta contrariedade ao princípio da reparação integral do dano, bem como promoveria uma manifesta injustiça ao consumidor, que teria que suportar parcialmente os custos dos danos sofridos, independentemente de qualquer ato ilícito de sua parte. Ressalte que a tendência da moderna responsabilidade civil é exatamente amparar a vítima e não promover a distribuição de riscos entre os sujeitos da relação jurídica de consumo.

O critério de custo-benefício em sede de responsabilidade civil do fornecedor pelo acidente de consumo não deve ser admitido, porquanto a *eficiência* econômica não pode prevalecer sobre a proteção da vida e saúde do consumidor. Lembre-se do lamentável caso Ford Pinto para afastar a *eficiência* econômica absoluta no direito do consumidor. Lily Gray, consumidora norte-americana, em maio de 1972, estava viajando num Ford Pinto, com seu vizinho Richard Grimshaw, com treze anos de idade, quando seu carro foi abalroado por outro carro que viajava a aproximadamente quarenta e cinco (45) km/h. O impacto provocou um incêndio no Ford-Pinto, resultando na morte de Lily Gray e lesões graves em Richard Grimshaw. A questão foi judicializada, resultando em condenação da empresa Ford ao pagamento de indenização à família de Lily Gray de U\$ 560.000,00 (quinhentos e sessenta mil dólares), U\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil dólares) à Richard Grimshaw, bem como U\$ 125.000.000,00 (cento e vinte e cinco milhões de dólares) a título de indenização punitiva (*punitive damages*), que posteriormente foi reduzida para U\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil dólares).

O valor elevado fixado pelo júri a título de indenização punitiva (*punitive damages*) foi fruto da indignação quanto ao desprezo pela vida humana, uma vez que a empresa Ford tinha pleno conhecimento da insegurança do veículo (tanque de combustível colocado na parte traseira). Não obstante a alta periculosidade do veículo,

a empresa Ford avaliou o custo-benefício e tomou a decisão de lançar o veículo no mercado, reconhecendo a possibilidade de mortes e lesões graves aos consumidores, cujo custo de adaptação de segurança seria de U\$ 11,00 (onze dólares) por cada veículo. A decisão da empresa Ford foi baseada no seguinte cálculo: a produção estimada era de onze (11) milhões de carros e um e meio milhão (1,5) de caminhões, resultando no custo de adaptação de segurança superior a U\$ 137.000.000,00 (cento e trinta e sete milhões de dólares). As mudanças de segurança poderiam evitar cento e oitenta (180) mortes, cento e oitenta (180) lesões corporais e dois mil e cem (2.100) carros incendiados. A indenização por morte foi calculada individualmente em U\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares), a indenização por lesão corporal foi estimada individualmente em U\$ 67.000,00 (sessenta e sete mil dólares) e a reparação dos danos nos veículos em U\$ 700,00 (setecentos dólares) cada. Portanto, o valor total das indenizações seria de U\$ 49.000.000,00 (quarenta e nove milhões de dólares), correspondendo a um custo social bem menor em relação aos U\$ 137.000.000,00 (cento e trinta e sete milhões de dólares) para superar o defeito dos veículos.<sup>26</sup>

Conforme ressaltado anteriormente, as atividades desenvolvidas pelos fornecedores são, em regra, de manifesto risco de dano ao destinatário final dos produtos e serviços. A teoria do risco da atividade (ou risco do negócio ou risco empresarial) informa a responsabilidade objetiva do fornecedor como regra geral no microsistema de defesa do consumidor. Somente nos casos de profissionais liberais, o Código de Defesa do Consumidor demanda, excepcionalmente, a prova da culpa para configurar o dever de indenizar em razão de dano sofrido pelo consumidor.

A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço (arts. 12 a 17 do CDC) corresponde ao acidente de consumo decorrente de defeito do produto ou serviço. O defeito do produto ou serviço é caracterizado pela anomalia de projeto ou concepção, execução ou informação. A prevenção de acidente de consumo é medida unilateral do fornecedor, pois este domina toda a fase de produção do bem da vida, sem qualquer interferência do consumidor, razão pela qual a responsabilidade objetiva é mais adequada do ponto de vista da análise econômica do direito para promover a reparação do dano sofrido pelo consumidor.<sup>27</sup> Na mesma linha de argumentação, a alocação eficiente dos custos do acidente de consumo deve recair sobre o sujeito (fornecedor) cujo comportamento é mais apto a reduzi-los.<sup>28</sup>

As causas excludentes de responsabilidade são admitidas expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 12, § 3º, I, II e III, e 14, § 3º, I e II). Não há configuração do nexo de causalidade, nos moldes da teoria da causalidade direta e imediata adotada majoritariamente no Brasil, quando o fornecedor provar que não colocou o produto no mercado, ou que colocou o produto no mercado, mas o defeito não existe, ou que não prestou o serviço, ou que o evento danoso tenha decorrido de culpa exclusiva da vítima ou de culpa exclusiva de terceiro.

Acrescente-se que o fato necessário (caso fortuito e força maior) também é admitido, em diálogo das fontes, como causa excludente de responsabilidade do fornecedor, apesar de ter disciplina apenas no art. 393 do Código Civil e não expressamente no Código de Defesa do Consumidor. A análise econômica do direito reconhece as causas excludentes de responsabilidade como referência de prevenção bilateral do dano na relação de consumo, uma vez que o consumidor também tem o dever jurídico de se conduzir no sentido de adotar medidas para evitar o dano, sob pena de responder parcialmente (culpa concorrente, art. 945 do Código Civil) ou arcar integralmente com as consequências do dano (arts. 12, § 3º, I, II e III, e 14, § 3º, I e II).

## 5 Conclusão

A economia e o direito têm conexões inquestionáveis, razão pela qual o método conhecido como análise econômica do direito tem sido reconhecido como indispensável para a eleição da regra jurídica eficiente e que evita desperdício dos escassos recursos existentes na sociedade. A alocação eficiente de

26 LEGGETT, Christopher. *The Ford Pinto Case: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument*. 1999. Disponível em: <<http://www.hss.iitm.ac.in/courses/sreekumar/Ford%20Pinto%20Case.pdf>>. Acesso em: 30.nov.2013.

27 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 393-396.

28 CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven-London: Yale University Press, 1970. p. 134.

recursos escassos é a contribuição da análise econômica do direito, que, por sua vez, preenche lacuna metodológica da ciência do direito.

A escolha da regra jurídica com base em critérios econômicos é compatível com a política pública de proteção do consumidor. Ressalte-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem como núcleo axiológico a proteção da dignidade da pessoa humana, que em hipótese alguma poderá ser afastado na eleição da regra jurídica abstrata ou concreta. Nesse sentido, o critério da eficiência econômica, como realizador da maximização da riqueza, não prevalece em face da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. A análise econômica do direito deve ser utilizada somente quando as soluções possíveis não conflitam com a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

A teoria comportamental da economia encontra aplicação correspondente no direito do consumidor, porquanto a adoção de regras mais impositivas ao fornecedor resulta em reforço dos deveres de informação, qualidade e segurança e, conseqüentemente, maior proteção do consumidor e equilíbrio da relação de consumo, com resultados positivos diretos ao funcionamento do mercado. Entretanto, ressalte-se que o equilíbrio da relação jurídica de consumo apenas se concretiza com a intervenção do Estado, seja na formulação da regra abstrata pelo Poder Legislativo, seja pela criação de regra concreta pelo Poder Judiciário, bem como a execução correta da política pública protetiva do consumidor pelo Poder Executivo.

O dever de prevenção de danos foi eficientemente imputado ao fornecedor. O consumidor não tem qualquer possibilidade de interferir no processo produtivo, não dispõe de informações adequadas sobre o projeto, fabricação, montagem e comercialização dos produtos ou da prestação do serviço, motivo pelo qual não lhe poderia ser transferida qualquer parcela de responsabilidade pela qualidade ou segurança dos produtos ou serviços. O risco da atividade deve ser plenamente assumido pelo fornecedor e a reparação do dano unilateral deve ser integralmente atribuída ao sujeito que exerce a posição de dominação na relação jurídica de consumo.

A prevenção do dano atribuída ao fornecedor é eficiente economicamente porque representa um incentivo adequado a posturas mais comprometidas com a saúde e segurança do destinatário final dos produtos e serviços (consumidor). A teoria dos jogos explica a eleição correta da reparação dos danos com base na teoria do risco da atividade (ou risco proveito ou risco empresarial), independentemente da prova da culpa do agente causador do dano, pois a completa ausência de responsabilidade e a responsabilidade ilimitada não criam incentivos aptos às partes para a prevenção de danos. Finalmente, as causas excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor representam a possibilidade de o consumidor suportar, total ou parcialmente, os prejuízos decorrentes da utilização indevida de produtos ou serviços ou que correspondam à violação do dever geral de cautela no ato de consumo.

## Referências

- AFONSO, Maria; VARIZ, Manuel. *Da responsabilidade civil decorrente de produtos defeituosos*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven-London: Yale University Press, 1970.
- COLOMA, German. *Análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- GICO JUNIOR, Ivo. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. [et. al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- GONÇALVES, Vítor Fernandes. A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual. *Revista Forense, Revista Forense*, São Paulo, v. 357, p. 129-163, set./out. 2001.
- KISHATAINY, Niall [et. al.]. *The economics book*. Londres: Dorling Kindersley, 2012.
- LEGGETT, Cristopher. *The Ford Pinto Case: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument*. 1999. Disponível em: <<http://www.hss.iitm.ac.in/courses/sreekumar/Ford%20Pinto%20Case.pdf>>. Acesso em: 30. nov.2013.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos relevantes do CDC. *Justitia*, São Paulo, v. 53, jul./set. 1991.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 81, p. 13-37, jan./mar. 2012.
- PORTO, Antonio José Maristrello. *Introdução ao Direito e Economia*. In TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- POSNER, Richard Allan. *A economia da justiça*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- TAVANO, María Josefina. *Los presupuestos de la responsabilidad civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.
- TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, abr./jun. 1995.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)

Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.