



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL**

MARIANA SANTOS COUTINHO DA SILVA

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DANO EFICIENTE AO
CONSUMIDOR**

Salvador
2016

MARIANA SANTOS COUTINHO DA SILVA

**A ANÁLISE ECONÔMICA DO DANO EFICIENTE AO
CONSUMIDOR**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito, como requisito para obtenção do grau de especialista em Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA SANTOS COUTINHO DA SILVA

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DANO EFICIENTE AO CONSUMIDOR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Civil, pela Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho. Professor da Faculdade Baiana de Direito

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, __ / __ / 2016.

RESUMO

O presente trabalho, intitulado “A análise econômica do dano eficiente ao consumidor”, tem por escopo procurar possíveis soluções, por meio da análise econômica do direito, para o dano eficiente no âmbito das relações consumeristas. Será feito um exame de casos para demonstrar a ocorrência de pequenos danos ao consumidor, que se repetem com frequência, mas que não têm uma devida indenização. Serão analisadas as razões deste comportamento à luz da análise econômica do direito. Por fim, é proposta uma revisão do conceito de responsabilidade civil, promovendo a sua função preventiva, na tentativa de evitar a ocorrência do dano eficiente.

Palavras-chave: dano eficiente; análise econômica do direito; custos de prevenção; responsabilidade civil; função preventiva.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A TEORIA DO DANO EFICIENTE

2.1 O SISTEMA PROTETIVO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.2 DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

2.2.1 Do direito à informação

2.2.2 Do direito à prevenção de danos

2.2.3 Do direito à reparação de danos

2.3 DA TEORIA DA QUALIDADE

2.3.1 Fato do produto ou do serviço

2.3.2 Vício do produto ou do serviço

2.4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.5 O DANO EFICIENTE

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1 HISTÓRICO E FUNDAMENTOS BÁSICOS

3.2 A FIXAÇÃO DOS PREÇOS

3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA

3.4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O DANO EFICIENTE AO CONSUMIDOR

4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DANO EFICIENTE

4.1 CASOS CONCRETOS DE DANO EFICIENTE

4.1.1 Velocidade de Internet banda larga inferior à contratada

4.1.2 Interrupção de ligações telefônicas

4.1.3 *Overbooking*

4.1.4 Interrupção de sinal de TV por assinatura

4.1.5 O frequente não reconhecimento do dano moral pelo Poder Judiciário

4.2 A RELEITURA DO ASPECTO PREVENTIVO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

5 CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Seguindo uma tendência global, a atual conjuntura demonstra que a sociedade brasileira caminha para se caracterizar como uma sociedade de consumo. Isso acontece quando há um consumo massivo de bens e serviços, em razão da elevada produção destes, consequência do aumento do desenvolvimento industrial. O avanço da tecnologia permitiu uma recente inserção de novos produtos e serviços no mercado.

Por seu turno, a melhora das condições de vida da classe média brasileira possibilitou que mais pessoas usufríssem desses novos serviços e produtos. Trata-se de fenômeno sociológico e econômico ocorrido nos últimos anos, chamado de ascensão da “nova classe média”. Assim, aumentaram as vendas de televisões, computadores, *smartphones* e *tablets* e as contratações de serviços como televisão a cabo, *Internet* banda larga e transporte pela aviação, confortos antes inacessíveis para alguns.

No entanto, muitos fornecedores não conseguiram fazer com que a qualidade do produto ou serviço disponibilizado acompanhasse o ritmo de crescimento da demanda. Surgiram diversos problemas no fornecimento, seja no aspecto contratual ou extracontratual. Não são raros os casos de disponibilização de velocidade de *Internet* banda larga inferior à contratada, perda de sinal de *Internet*, falta no fornecimento de energia elétrica, atrasos em voos, extravio de bagagem. A insatisfação é tamanha a ponto de terem sido criados *websites* para que os consumidores apresentassem reclamações, criando, inclusive, um ranking das empresas que causaram maior descontentamento ao consumidor.

Assim, surgiram as chamadas demandas de massa, que não se confundem com processos coletivos. Trata-se do surgimento de demandas judiciais idênticas, que buscam discutir violações repetitivas e recorrentes a direitos, levando a soluções já consolidadas pelos julgadores. Não é despiciendo dizer que estas causam um abarrotamento do Judiciário.

A falha na prestação desses serviços enseja a responsabilização do fornecedor. A responsabilidade civil possui três finalidades precípua, quais sejam: compensar o dano à vítima, punir o ofensor e desmotivar socialmente a conduta lesiva. Deste modo, além do caráter ressarcitório, de retorno ao *status quo ante*,

possui a função de prevenção, a fim de desestimular a prática de atividades que possam levar a danos. É o caráter socioeducativo da responsabilidade civil.

Tendo em face essa situação, os fornecedores se encontram diante de uma “escolha”: prevenir o dano ou arcar com a sua reparação. Qualquer das opções envolve custos. De fato, é econômica e praticamente inviável a tentativa de evitar o acontecimento de todo e qualquer dano.

Todavia, nota-se que além de uma questão de ineficiência, parte desses problemas no fornecimento são “programados”. Em razão de as demandas serem repetitivas, observa-se que os fornecedores de produtos e serviços já conseguem prever, inclusive, o valor de eventuais condenações judiciais pelas falhas na disponibilização dos produtos e serviços que se propõem. Estas, não raro, não consideram o caráter pedagógico e desestimulante da indenização a ser aplicada, sendo fixadas em quantias irrisórias.

A massificação dessas demandas gerou também o que se chamou de “indústria do dano moral”, quando indivíduos buscam a reparação de danos morais, sem que realmente haja fundamento para tanto e, supostamente, para obter enriquecimento sem causa. No entanto, passado certo tempo, o que se observa hoje é situação contrária: uma banalização do dano moral e um receio em fixar reparação civil sob este fundamento. Deste modo, há diversos casos em que não há condenação por dano extrapatrimonial mesmo em situações que há falhas na prestação de serviços essenciais, como os de saúde.

Também não é demais ressaltar que os custos para ingressar em juízo, a morosidade e o deficiente sistema recursal ainda são obstáculos para o acesso à justiça. Por esta razão, danos causados aos consumidores ainda permanecem sem reparação em razão desta não ser pleiteada em juízo.

Observada esta conjuntura, há, de certa forma, um incentivo para que os fornecedores não custeiem gastos de prevenção do dano, preferindo serem eventualmente declarados judicialmente responsáveis nestes processos cuja condenação é de pequena monta.

A teoria do “dano eficiente” surge nesse campo. O dano eficiente é aquele que aconteceu, porém quem o sofreu não pleiteou ressarcimento e por isso não foi indenizado. Houve o dano, mas não houve a condenação em repará-lo. Nestes casos é mais compensador para a empresa correr o risco de pagar as eventuais indenizações do que prevenir a sua ocorrência.

É sob a ótica da teoria do dano eficiente que se torna interessante uma análise econômica da responsabilidade civil no direito do consumidor. A ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreender o direito não é nova. No entanto, ganhou força com a corrente do *Law and Economics*, surgida nos Estados Unidos nos anos 1950 com autores como Ronald Coase, Guido Calabresi e, posteriormente, Richard Posner.

A análise econômica do direito pretende retomar a razão de ser das instituições jurídicas. Em verdade, numa concepção clássica desta teoria, os institutos do direito nada mais seriam do que uma regulação das relações econômicas. Essa análise propõe ferramentas conceituais para atualizá-las.

Entre os aspectos abordados pela análise econômica no campo da responsabilidade civil é possível citar instrumentos para evitar o dano social mais grave, a eficiente alocação dos custos dos acidentes, a análise do custo/benefício da negligência e a análise econômica do próprio dano.

Assim, é a partir dessa perspectiva de “novos danos” que se insere o presente estudo. Viu-se que a preocupação com a pessoa da vítima, através do princípio da dignidade da pessoa humana, mudou o próprio conceito de dano. O que se pretende, aqui, é uma análise atualizada do conceito de responsabilidade civil no direito do consumidor, examinando a necessidade e as possibilidades de uma responsabilidade civil preventiva. Pretende-se examinar uma maximização da prevenção como fundamento da responsabilidade civil, para além da clássica visão repressiva.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A TEORIA DO DANO EFICIENTE

Desde o final do século XIX, o Brasil vem experimentando um processo de industrialização. Este relevante desenvolvimento decorreu da evolução das técnicas de produção. A consequência do aumento da produtividade foi o crescimento econômico, levando ao consumo de bens e serviços em grande escala, nos mais diversificados setores da economia, “[...] com mecanismos de financiamento para o consumo cada vez mais amplo e facilitado”¹.

Todo esse processo de aumento do consumo em massa criou relações contratuais cada vez mais complexas. Por esta razão, em muitos casos, fornecedores se aproveitaram da desinformação e da vulnerabilidade do consumidor para a prática de condutas abusivas.

Nesse contexto, tornou-se necessária uma maior regulamentação das relações de consumo.

2.1 O sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor

Em 15 de março de 1962, o então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, enviou uma mensagem ao Congresso Americano e afirmou que: “*Consumidores somos todos nós*”², ao tratar da proteção dos interesses e direitos dos consumidores. Sua fala se tornou um marco fundamental e evidenciou a necessidade de proteção dessa esfera de direitos.

No estudo dos direitos fundamentais, são considerados de terceira dimensão aqueles de titularidade coletiva ou difusa, como o direito ambiental e o direito do consumidor. São os chamados “direitos de proteção”, pelos quais os titulares demandam do Estado certa proteção contra uma indevida intervenção de terceiros³. Na concepção pós-positivista, os direitos fundamentais são a base

¹ PERIN JUNIOR, Ecio. *A globalização e o direito do consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*. Barueri: Manole, 2003, p. 13.

² RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *O dia mundial dos direitos do consumidor e os 50 anos do discurso de John Kennedy*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI151800,71043-O+dia+mundial+dos+direitos+do+consumidor+e+os+50+anos+do+discurso+de>>. Acesso em 11 de janeiro de 2016.

³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 51.

axiológica na qual deve se fundamentar todo o ordenamento jurídico. Assim, resta evidenciada a importância de se considerar o direito do consumidor neste rol.

Em 1985, a Organização das Nações Unidas – ONU consolidou a ideia de que o direito do consumidor “[...] se trata de um direito humano de nova geração (ou dimensão), um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, do leigo, do cidadão civil nas suas relações privadas frente aos profissionais”⁴.

Essa órbita de proteção tem, portanto, íntima relação com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, teoria que trata da aplicação e incidência destes no âmbito das relações privadas. Esta concepção surgiu em razão da percepção de que “[...] a opressão das liberdades não ocorria apenas do Estado, mas também do próprio homem em relação ao seu semelhante”⁵.

As lições de Antônio Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa⁶, versam que o direito do consumidor “[...] é direito social típico das sociedades capitalistas industrializadas, onde os riscos do progresso devem ser compensados por uma legislação tutelar (protetiva) e subjetivamente especial (para aquele sujeito ou grupo de sujeitos)”.

Conforme ensina Ecio Perin Junior⁷, as “[...] relações de consumo – que durante muito tempo haviam passado ao largo da pesquisa jurídica – eram estudadas apenas no âmbito da ciência econômica, passaram a fazer parte, modernamente, também da linguagem jurídica”.

Ao tratar sobre a regulamentação desses direitos na ordem jurídica brasileira, Bruno Miragem⁸ afirma que esta teve por objetivo “[...] tanto a inovação de constituir novos direitos e indicar-lhes à titularidade do sujeito de direitos consumidor, quanto o de referir direitos pré-existentes, em alguma medida universais, à tutela específica do consumidor”.

A Constituição Federal de 1988 elevou a proteção ao consumidor ao patamar de direito fundamental no Estado brasileiro, ao prevê-lo no seu artigo 5º, inciso XXXII. Também fixou a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 612.

⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.*, p. 30.

⁷ PERIN JUNIOR, Ecio. *Op. Cit.*, p. 01.

⁸ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 57.

nacional em seu artigo 170, V. Por fim, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, consignou que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, deveria elaborar código de defesa do consumidor.

A fim de efetivar este direito, em 12 de setembro de 1990, foi publicada a Lei nº 8.078/1990, denominada Código de Defesa do Consumidor. O diploma trouxe um conjunto de princípios e regras destinado à proteção do consumidor, aproximando os ditames constitucionais da realidade cotidiana.

Trata-se de uma lei de abrangência nacional com caráter didático, visto que, logo nas suas primeiras disposições, traz conceitos pertinentes às relações de consumo. Estabelece uma Política Nacional das Relações de Consumo, tendo por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, por meio da observância de certos princípios.

A legislação consumerista também elencou, de forma não exaustiva, direitos básicos do consumidor, que incluem a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor; e a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Em seguida, o normativo trouxe disposições sobre a proteção à saúde e à segurança do consumidor e as respectivas formas de responsabilização em caso de inobservância dessas normas, bem como em decorrência de vícios que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.

O artigo 39 do CDC traduz-se como de suma importância ao elencar práticas consideradas abusivas, tais como condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus

produtos ou serviços; e colocar no mercado de consumo qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes.

Por fim, o Código de Defesa do Consumidor traz procedimento para a propositura de ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos e competências para os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

Vê-se, portanto, que o CDC é um diploma normativo inovador, ao criar um verdadeiro microsistema de direitos e deveres destinado à proteção do consumidor.

Nesse contexto, afirmam Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa⁹, que: “[...] foram as mudanças sociais e econômicas nos mercados de produção, distribuição e de consumo que, por sua força e importância, levaram à regulação especial do consumo”. A defesa desta órbita de direitos ocorreu numa tentativa de restabelecer o equilíbrio entre os sujeitos envolvidos.

Com as constantes mudanças nas conjunturas social e econômica, os sistemas jurídicos também têm necessidade de se renovar. Ecio Perin Junior¹⁰ identifica que os consumidores, como grupo social, começam a assumir uma posição de destaque na pesquisa socioeconômica “[...] apenas a partir das primeiras décadas do século XX concomitantemente ao desenvolvimento da produção de massa nos Estados Unidos e com a coligada expansão do consumo”.

Na década de 1980, após a queda do Muro de Berlim e o fim da Guerra Fria, se evidenciou o processo denominado de globalização, que permitiu uma integração entre as diferentes localidades do planeta como nunca antes visto. O fenômeno foi proporcionado pelo desenvolvimento dos sistemas de comunicação e transporte.

O que se observou, nesse contexto, foi uma Revolução Técnico-Científica-Informacional¹¹, com avanços técnicos e a difusão de aparelhos eletrônicos e da Internet. Isto gerou uma maior velocidade na transmissão de informações e tornou o seu acesso mais fácil, independentemente do local em que transmissor e destinatário estivessem.

Foi nesse contexto que surgiu o chamado consumo de massa, caracterizado por ser um comportamento pelo qual a compra se torna uma necessidade. A grande

⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 42.

¹⁰ PERIN JUNIOR, Ecio. *Op. Cit.*, p. 40.

¹¹ Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/globalizacao.htm>.> Acesso em 12 de dezembro de 2015.

ingerência da publicidade cria padrões de moda que levam a um consumo estereotipado. É definido por um acesso facilitado a uma maior gama de produtos e serviços, mas também se baseia no estímulo à impulsividade, causando um descontrole em certos casos.

Essa expansão do capitalismo mercantil permitiu que o consumidor fizesse compras em qualquer lugar do mundo, sem sair de casa. No entanto, isso também gerou problemas.

A expressão “sociedade de consumo” é atribuída a Gilles Lipovetsky e pode ser conceituada como um “[...] tipo de consumo puramente materialista que põe o apoderamento do dinheiro em um plano superior na vida”¹². Deste modo, alcançou-se um estado na sociedade em que pessoas passaram a classificar as outras em razão do quanto podem consumir.

A Sociologia do Direito se encarrega do estudo do desejo de consumo dos indivíduos. Georg Simmel, citado por Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa¹³, afirmava que o ser humano é um ser dualístico por essência, de modo que suas ações são direcionadas por impulsos antagônicos e plurais, de integração social (*sozialismus*) e de satisfação pessoal (*individualismos*).

Assim, com o consumo de massa houve uma mudança de comportamento e de valores sociais. A massificação do consumo trouxe maior liberdade, porém, foi possível observar, na atual sociedade, uma inversão de princípios, em que as pessoas são qualificadas em razão do que possuem.

Por seu turno, configurou-se como grande oportunidade para fornecedores de produtos e serviços que puderam aumentar seus lucros com o aumento do consumo. Em muitos casos, para aumentar esses ganhos, deixaram de observar algumas normas básicas para uma relação consumerista pautada na lealdade e na segurança.

A sociedade de consumo de massas dá causa à possibilidade de danos de massa. Por isso, tornou-se necessária maior regulamentação.

¹² LIPOVETSKY, Gilles. *A FELICIDADE PARADOXAL: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo, Companhia das Letras, 2007. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/interlegere/05/pdf/le01.pdf>>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

¹³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 42-43

2.2 Dos direitos básicos do consumidor

De acordo com a definição trazida pelo artigo 2º do CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Equipara-se a consumidor também a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Pelo artigo 3º, §1º do Código de Defesa do Consumidor, produto é qualquer bem (tudo aquilo suscetível de apreciação econômica) móvel ou imóvel, material ou imaterial. Por sua vez, serviço seria qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O fornecimento de produto ou serviço deve observar uma série de direitos que visam a proteger o consumidor. Basicamente, é preciso entregar o que aquele pretendia receber, oferecendo-lhe toda a informação possível sobre o objeto da relação consumerista.

O CDC traz um rol de direitos subjetivos básicos conferidos ao consumidor, em razão do reconhecimento de sua vulnerabilidade. São, segundo Bruno Miragem¹⁴, “[...] espécies de direitos indisponíveis pelos consumidores, uma vez que integram a ordem pública de proteção”.

Os direitos constantes do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, de maneira sucinta são direitos de proteção à vida, à saúde e à segurança, à informação, à proteção contra práticas e cláusulas abusivas, ao equilíbrio contratual, à prevenção e à efetiva reparação de danos, ao acesso à justiça e à prestação adequada e eficaz de serviços públicos.

Observa-se, portanto, uma preocupação do legislador em coibir o comportamento abusivo e oportunista do fornecedor. Por práticas abusivas considera-se “[...] toda a atuação do fornecedor no mercado de consumo, que caracterize o desrespeito a padrões de conduta negociais regularmente estabelecidos”¹⁵.

Dos direitos supracitados, interessa mais a este trabalho tecer considerações acerca do direito à informação e à prevenção e efetiva reparação de danos, constantes dos incisos III e VI do artigo mencionado acima.

¹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 195.

¹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 203.

2.2.1 Do direito à informação

Este decorre da boa-fé objetiva e é, em verdade um princípio. Impõe aos fornecedores um dever geral de informar. Bruno Miragem explica que:

Dentre outros pressupostos, o tratamento favorável do consumidor nas relações de consumo apoia-se no reconhecimento de um déficit informacional entre consumidor e fornecedor, porquanto este detém o conhecimento acerca de dados e demais dados sobre o processo de produção e fornecimento dos produtos e serviços no mercado de consumo.

Não basta que a informação seja transmitida, mas ela deve ser repassada de forma específica, completa e verídica, expressando as características como quantidade, composição, qualidade e riscos do produto ou serviço.

“É necessário que esta informação seja transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível pelo consumidor”¹⁶. É preciso que seja traduzida por uma linguagem acessível e de fácil compreensão. Assim, a eficácia do direito à informação “[...] não se satisfaz com o cumprimento formal do dever de indicar dados e demais elementos informativos, sem o cuidado ou a preocupação de que estejam sendo devidamente entendidos pelos destinatários destas informações”¹⁷.

O dever do consumidor de informar-se transforma-se no dever do fornecedor de informar. É um dever anexo à boa-fé objetiva, decorre de uma necessária colaboração que deve haver entre as partes na relação consumerista. Deve estar presente também nas fases pré-contratual e pós-contratual.

2.2.2 Do direito à prevenção de danos

O artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que é direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Assim, para além de prever a reparação de danos, o CDC trouxe um dever de prevenção destes. O sentido da prevenção seria uma determinação para eliminar ou reduzir, antecipadamente, fatores capazes de produzir um resultado lesivo.

¹⁶ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 201.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 201.

Bruno Miragem escreve que o direito do consumidor à prevenção de danos se desdobra em deveres positivos e negativos ao consumidor. Sobre estes, explica¹⁸ que:

Com relação aos primeiros, avulta o dever de informar aos consumidores sobre os riscos dos produtos e serviços introduzidos no mercado (artigos 6º, III, 8º e 9º), assim como às autoridades, quando os riscos se tornem conhecidos após a introdução do produto no mercado (artigo 10, § 1º). Por outro lado, dentre os deveres negativos (deveres de abstenção), destaca-se o de não introduzir no mercado produtos que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde e à segurança dos consumidores (artigo 10, *caput*).

Trata-se, portanto, de uma antecipação das consequências da inserção de determinado produto ou serviço no mercado, considerando a sua nocividade. Essa prevenção se justifica na medida que, “[...] na maioria das vezes, ocorrido o dano individual ou de massa, a reparação será sempre ‘insuficiente’, mesmo se completa”¹⁹. Portanto, para além da indenização, a prevenção tem uma função de desestímulo à ocorrência de danos pelo fornecedor.

2.2.3 Do direito à reparação de danos

No mesmo artigo 6º, inciso VI, o CDC também previu a reparação de danos ao consumidor. Estabeleceu que esta deve se dar de modo amplo, englobando os danos materiais, morais, individuais, coletivos e difusos. Trata-se, portanto, de uma reparação integral dos danos.

Com vistas aos princípios da dignidade da pessoa humana e da ampla reparabilidade do dano, “[...] é possível vislumbrar uma concentração do regime da responsabilidade civil, desde esta perspectiva consagradora de direitos fundamentais, na proteção do interesse da vítima”²⁰.

A fim de garantir a efetiva proteção dos direitos do consumidor, o artigo 28 do CDC previu também a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica e estabeleceu que o juiz pode fazê-lo quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 212.

¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 75.

²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 214.

estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

No parágrafo 5º do artigo supracitado, estabeleceu que também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Assim, o dispositivo se refere a todos os fornecedores da cadeia, sejam diretos ou indiretos.

Deste modo, no direito brasileiro, a efetiva reparação do dano ao consumidor está vinculada à ideia de reparação integral.

O sistema de reparação trazido pelo Código de Defesa do Consumidor afasta a possibilidade de avaliação de culpa do fornecedor para estabelecer a indenização. Fixa a responsabilidade como, em regra, objetiva.

A evolução jurisprudencial consagrou a possibilidade de cumulação dos pedidos de reparação dos danos materiais e morais nas relações consumeristas.

O dano moral ainda é de difícil conceituação. Para a sua caracterização, é necessária a ocorrência de ofensa a um direito, sem prejuízo material. A lesão repercutirá na esfera dos direitos da personalidade da vítima, afetando valores como a honra, saúde, integridade psíquica. Carlos Roberto Gonçalves²¹ conceitua o dano moral como aquele que:

[...] atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

O seu conceito e a avaliação da sua efetiva ocorrência nas relações de consumo vêm sendo delimitados pela jurisprudência. Em suma, há um consenso de que, para a ocorrência do dano moral indenizável, deve haver ofensa a direitos da personalidade. Vejamos o interessante julgado abaixo:

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Dano moral não caracterizado. Aquisição de produto danificado.

1. A indenização por dano moral objetiva atenuar o sofrimento, físico ou psicológico, decorrente do ato danoso, que atinge aspectos íntimos e sociais da personalidade humana. Na presente hipótese, a simples aquisição do produto danificado, uma garrafa de refrigerante contendo um objeto estranho no seu interior, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela, a

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 359.

meu ver, o sofrimento descrito pelos recorrentes como capaz de ensejar indenização por danos morais.

2. O artigo 12 do Decreto nº 2.181/97 mostra-se impertinente para sustentar a tese recursal, já que a constatação de existência de prática infrativa pelo fornecedor não enseja, necessariamente, o pagamento de indenização por danos morais.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 276.671/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2000, DJ 08/05/2000, p. 94)

Para além das críticas quanto ao não reconhecimento do dano moral no caso supracitado, vê-se uma tentativa de delimitação do conceito.

É possível também a ocorrência de dano moral que afete a esfera extrapatrimonial de grupos determináveis ou indetermináveis de consumidores, visto que o artigo 6º, VI, do CDC consignou a proteção a danos morais coletivos ou difusos. Sobre o dano moral coletivo vê-se o julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL - DANO MORAL COLETIVO - CABIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - RAZOÁVEL SIGNIFICÂNCIA E REPULSA SOCIAL - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - CONSUMIDORES COM DIFICULDADE DE LOCOMOÇÃO - EXIGÊNCIA DE SUBIR LANCES DE ESCADAS PARA ATENDIMENTO - MEDIDA DESPROPORCIONAL E DESGASTANTE - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO PROPORCIONAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente.

II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

VI - Recurso especial improvido.
(REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012)

Sergio Cavaliere Filho²² se preocupa com uma possível banalização do dano moral e ensina que:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Isto posto, conclui-se que a dificuldade em estabelecer critérios econômicos para avaliar o dano moral não macula a sua existência nem a obrigação de indenizar.

2.3 Da teoria da qualidade

A produção e o consumo em massa tornaram insuficiente a proteção do consumidor por meio da mera garantia dos vícios redibitórios. A exigência de vínculo contratual, a exiguidade do prazo para reclamar e a necessária “gravidade” do vício eram requisitos aos quais nem sempre a situação do consumidor atendia. Ademais, esta garantia traz uma insuficiência das opções satisfativas, visto que, muitas vezes, não contenta ao consumidor receber de volta o preço, vez que o que deseja, realmente, é simplesmente receber o bem em perfeitas condições de uso.

Sobre os danos referentes ao consumo de massa, Bruno Miragem²³ discorreu:

A sociedade de consumo de massas dá causa à possibilidade de danos de massa, em decorrência dos produtos e serviços introduzidos no mercado de consumo. Para a definição dos denominados danos de massa, não se pode deixar de considerar a relevância para sua origem, dos riscos decorrentes de avanços científicos e de novas tecnologias, assim como o grande número de

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9^a ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 78.

²³ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 520.

vítimas, ou ainda de danos causados em série, como elementos necessários para sua identificação.

Por estas razões, surgiu a teoria da qualidade como garantia para reger o fornecimento de produtos e serviços. De acordo com Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa²⁴, “a teoria da qualidade não derruba a teoria dos vícios redibitórios. Ao revés, trata-se de uma releitura das garantias tradicionais sob o prisma da produção, comercialização e consumo em massa”.

Os citados doutrinadores²⁵ continuam a versar sobre a teoria da qualidade e afirmam que:

Tem ela a ver, por um lado, com o desempenho dos produtos e serviços, ou seja, com o cumprimento de sua finalidade em acordo com a expectativa legítima do consumidor. De outro lado, manifesta-se com um caráter de durabilidade, isto é, a garantia de que o produto ou serviço não perderá, total ou parcialmente, de forma prematura, sua utilidade, também em sintonia com a expectativa legítima do consumidor.

A teoria da qualidade se relaciona com a aplicação do princípio da confiança, segundo o qual é dever do fornecedor atender à expectativa do consumidor. Claudia Lima Marques²⁶ ensina que o princípio da confiança visa a garantir ao consumidor “[...] a adequação do produto e do serviço, para evitar riscos e prejuízos oriundos dos produtos e serviços, para assegurar o ressarcimento do consumidor, em caso de insolvência, de abuso, desvio da pessoa jurídica-fornecedora”.

O CDC adotou a teoria da qualidade e instituiu que existem dois âmbitos de proteção ao direito do consumidor. O primeiro se preocupa com a sua incolumidade físico-psíquica, visando a resguardar a saúde e a segurança. A outra, se refere à garantia da incolumidade econômica do consumidor, em face de incidentes capazes de afetar o seu patrimônio. Estes são os mais comuns na relação com o fornecedor.

A jurisprudência pátria tem aplicado a teoria da qualidade, como se observa no julgado abaixo:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. CONMETRO E INMETRO. LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999. ATOS NORMATIVOS

²⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 141.

²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 142.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 576.

REFERENTES À METROLOGIA. CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES – PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES. TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passant a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.

2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ.

3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.

4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ.

(STJ - REsp: 1102578 MG 2008/0266102-6, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 14/10/2009, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 29/10/2009)

Para esta teoria, os vícios de qualidade se dividem em: vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação. A proteção contra vícios de qualidade por insegurança consta do artigo 6º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor e é direito básico do consumidor. Já a garantia contra vícios de qualidade por inadequação é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo e consta do artigo 4º, inciso II, alínea d, do CDC.

2.3.1 Fato do produto ou do serviço

O vício de qualidade por insegurança se relaciona com o acidente de consumo. A existência de defeito é pressuposto para a responsabilização por este vício. Enseja a chamada responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

Sobre o defeito, o Código de Defesa do Consumidor o conceitua em seus artigos 12 e 14. No § 1º do artigo 12, diz que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais a sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação.

Quanto ao serviço, o § 1º do artigo 14 dispõe que o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, e a época em que foi fornecido.

Mais uma vez, Bruno Miragem²⁷ escreve que: o defeito “[...] é uma falha do atendimento do dever de segurança imputado aos fornecedores” e os distingue dos vícios, que “[...] representam a falha a um dever de adequação, que se dá quando o produto ou o serviço não servem à finalidade que legitimamente deles são esperados, pelo comprometimento da sua qualidade ou quantidade”.

Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa²⁸, ensinam que no conceito de vício de qualidade por insegurança há dois elementos: “[...] a desconformidade com uma expectativa legítima e a capacidade de provocar acidentes”. Assim, o conceito exige a concomitância desses dois fatores, ressaltando-se a necessária capacidade de provocar danos à saúde.

Segundo Bruno Miragem²⁹, os danos causados por defeitos em produtos, caracterizam-se pela “[...] quebra de uma garantia implícita (*breach of implied warrant*), protegendo as expectativas relativas ao uso normal de um produto”.

O fato do produto ou serviço enseja a responsabilização em razão de defeito na concepção, produção, comercialização ou fornecimento de produto ou serviço, por não oferecer a segurança que o consumidor deveria esperar. Há, portanto, uma violação do dever de segurança.

Este defeito se fundamenta no risco, que é a probabilidade que um produto ou serviço tem de causar danos à saúde ou à vida. Não pretende o Direito do Consumidor eliminar toda e qualquer insegurança do mercado, visto que sempre haverá algum resíduo. Porém, o defeito ocorre quando a insegurança ultrapassa *standards*, padrões normais ou a previsibilidade do risco. Deste modo, há uma desconformidade com a expectativa do consumidor.

O critério para aferição da existência do grau de periculosidade se dá caso a caso. Necessário analisar se o risco não poderia ser eliminado pelo exercício de um cuidado razoável.

²⁷ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 537.

²⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 148.

²⁹ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 526.

Os produtos colocados no mercado devem ser seguros e adequados ao consumo. Caso não sejam e o defeito se exteriorize, ocorrerá a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço, ou seja, um acidente de consumo.

Importante ressaltar também a possibilidade de ocorrência desse tipo de dano em razão de defeitos de informação. Estes se referem à apresentação insuficiente ou inadequada de informações sobre aquele produto ou serviço e seus riscos. Nestes casos, a falha ao dever de cuidado não está no produto ou serviço em si, mas no modo como estes são apresentados.

Evidencia-se, portanto, a gravidade destes defeitos, haja vista a sua propensão a causar danos às esferas mais básicas e mais fundamentais de direitos do homem, quais sejam a sua vida e a sua saúde.

2.3.2 Vício do produto ou do serviço

Por seu turno, o vício do produto ou serviço tem como foco a adequação destes às suas finalidades próprias. Trata-se de uma inaptidão do produto ou serviço para a realização do fim a que é destinado.

Carlos Ferreira de Almeida³⁰ discorre sobre o dano à incolumidade econômica do consumidor e afirma que: “O desprezo pelos interesses econômicos dos consumidores constitui a parte mais visível da sua desprotecção”. E continua: “Os prejuízos materiais efectivos ou potenciais dos consumidores interferem em todos os momentos de contacto entre fornecedor e adquirente ou utente de bens e serviços”.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, haverá responsabilização por vícios de qualidade ou quantidade que tornem os produtos impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor. Também por vícios decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

O CDC dispõe que são impróprios para o consumo: a) os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; b) os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à

³⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*, p. 71.

saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; c) os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

No caso de produtos maculados por vício de qualidade, não sendo este sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: a) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou c) o abatimento proporcional do preço.

Se os vícios forem de quantidade, o consumidor pode exigir o abatimento proporcional do preço; a complementação do peso ou medida; a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; ou a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Caso os vícios se refiram à prestação de serviço, o consumidor poderá optar pela reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; pela restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou pelo o abatimento proporcional do preço.

Esta proteção não se limita ao vício oculto. Engloba também os vícios aparentes e de fácil constatação caso os objetos não estejam em conformidade com as normas regulamentares.

2.4 A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

A teoria da qualidade fundamenta a responsabilidade do fornecedor nas esferas civil, administrativa e penal. A proteção da confiança é a base da responsabilidade no direito do consumidor.

A fim de ilustrar o tema, colaciona-se abaixo julgado do Superior Tribunal de Justiça que trata da questão:

CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO OU VÍCIO DO PRODUTO. DISTINÇÃO. DIREITO DE RECLAMAR. PRAZOS. VÍCIO DE ADEQUAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. DEFEITO DE SEGURANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. GARANTIA LEGAL E PRAZO DE RECLAMAÇÃO. DISTINÇÃO. GARANTIA CONTRATUAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS PRAZOS DE RECLAMAÇÃO ATINENTES À GARANTIA LEGAL.

- No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação.

- Observada a classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros.

- O CDC apresenta duas regras distintas para regular o direito de reclamar, conforme se trate de vício de adequação ou defeito de segurança. Na primeira hipótese, os prazos para reclamação são decadenciais, nos termos do art. 26 do CDC, sendo de 30 (trinta) dias para produto ou serviço não durável e de 90 (noventa) dias para produto ou serviço durável. A pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço vem regulada no art. 27 do CDC, prescrevendo em 05 (cinco) anos.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 967.623/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 29/06/2009)

Já a teoria do risco busca trazer os elementos determinantes à imputação de responsabilidade ao fornecedor de produtos e serviços. No direito do consumidor, o fundamento do regime de responsabilidade é o risco-proveito. Assim, “[...] responde pelos riscos de danos causados por atividades que dão causa a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica”³¹. Trata-se, portanto, da distribuição dos custos que representam riscos causados pela atividade.

Haverá a responsabilização pelo dano seja ele afeto à esfera contratual ou extracontratual da relação consumerista. Isto porque o CDC equipara a consumidor todas as vítimas do evento e todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais. Nos dizeres de Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa, o Código pretendeu superar a dicotomia clássica entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, “[...] porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade

³¹ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 524.

aquiliana) para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação de consumo, contratual ou não”³².

O dano é pressuposto inafastável da responsabilidade civil. Havendo dano, a indenização deve ser a mais completa possível. Por isto, os responsáveis pelo dever de indenizar são todos os “[...] agentes econômicos envolvidos com a produção e a comercialização de um determinado produto”³³.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade solidária entre todos os fornecedores que integram a cadeia de produção e comercialização do produto. Há uma “[...] distribuição dos custos que representam os riscos causados pela atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo”³⁴.

O artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor fixa como responsáveis pelo dever de indenizar por fatos do produto o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador. A responsabilidade destes só será afastada quando comprovarem: a) que não colocaram o produto no mercado; b) que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; c) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O distribuidor/comerciante é excepcionalmente responsabilizado caso o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; o produto seja fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; ou se não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Já no caso de vício do produto ou serviço, os fornecedores também são solidariamente responsáveis, “abrangendo, portanto, não apenas o vendedor ou comerciante, que manteve contato direto com o consumidor, mas este e os demais fornecedores em cadeia: fabricante, produtor, construtor, importador e incorporador”³⁵. No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

³² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 147.

³³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 155.

³⁴ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 524.

³⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 190.

Em regra, a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva, excepcionados os casos dos profissionais liberais, que serão responsabilizados mediante a verificação de culpa.

A responsabilidade civil tem como escopo fazer com que indivíduo que foi lesado por um ato danoso volte ao seu *status quo ante*, assim, surge para aquele que causou o dano a obrigação de indenizar.

O artigo 12 do CDC estabelece expressamente a responsabilidade objetiva ao fixar que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores.

No direito do consumidor, o fundamento da responsabilidade objetiva é a teoria do risco-proveito, segundo a qual “[...] responde pelos riscos de danos causados por atividades que dão causas a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica”³⁶.

Portanto, no direito consumerista brasileiro, o dever de indenizar não depende da comprovação de culpa.

2.5 O dano eficiente

Os processos produtivos demandam gastos. A disponibilização de produtos e serviços no mercado exige custos de pesquisa, produção, seguro e transporte. Assim, o custo de produção se refere “[...] ao valor de bens e serviços consumidos na produção de outros bens ou serviços”³⁷.

Com a produção e o consumo em massa, houve uma tentativa de diminuir os custos de produção, em consequência, o que se observou foi um aumento da disponibilização ao consumidor de produtos e serviços com qualidade inferior à desejada.

No setor da telefonia, por exemplo, houve um crescimento exorbitante (e talvez inesperado) das linhas móveis e da utilização de Internet 3G. Com o aumento da demanda, cresceram também as reclamações pela cobrança indevida de pacotes de dados, funcionamento deficiente das linhas e falhas de conexão.

³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Op. Cit.*, p. 524.

³⁷ MATTOS, José Geraldo. *Sistema de apropriação de custos do Hospital Universitário da UFSC: um diagnóstico da situação atual*. Curso de Especialização em Gestão Hospitalar. UFSC, Florianópolis, 1998, p. 155.

Na aviação, aumentaram os casos de extravio de bagagem, *overbooking* e atraso de voos. Nas relações consumeristas em geral, nota-se o crescimento da cobrança de taxas indevidas e negativas irregulares de consumidores. Vê-se que alguns destes danos poderiam ser evitados por uma simples melhora na organização das empresas fornecedoras. No entanto, a negligência e o descompromisso de certas operadoras, as tornaram recordistas de reclamações nos Procons de todo o Brasil³⁸.

O que se observa, portanto, é que muitos fornecedores preferiram assumir o risco de ter que arcar com custos de reparação após condenações judiciais do que investir na prevenção de danos. A adoção desta postura é o que se chama de dano eficiente.

O dano eficiente caracteriza-se pelo fato de alguns fornecedores de produtos e serviços “[...] conseguirem estipular, provisionar e, com isso, prever qual o dano em que, eventualmente, incorrerão em suas relações consumeristas, inclusive qual o estágio e montante das eventuais condenações judiciais”³⁹.

Sobre o tema ensina o professor César Fiuza⁴⁰:

Fala-se, outrossim, em dano eficiente e dano ineficiente. Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um recall para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente. O dano ineficiente, por seu turno, é o dano eficiente tornado ineficiente pela ação dos órgãos administrativos do Estado e/ou do Judiciário. Na medida em que o juiz condenar a montadora a uma altíssima indenização, ao atuar em ação indenizatória proposta por um dono de automóvel, vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção, estará transformando o dano eficiente em dano ineficiente. As eventuais indenizações que a montadora terá que pagar serão tão altas, que será preferível o recall, por ser mais barato.

Então, há, de certa forma, um “incentivo” para que os fornecedores não invistam no custeio dos gastos necessários à prevenção do dano, preferindo a declaração de responsabilidade advinda de demandas repetitivas que abarrotam o

³⁸ MOREIRA, Igor de Souza Mercêdo; MOREIRA, Ivan de Souza Mercêdo. *Dano eficiente: uma visão da crise da telefonia no Brasil*. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161695,81042->

[Dano+eficiente+uma+visao+da+crise+da+telefonia+no+Brasil](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161695,81042-)>. Acesso em 01 de março de 2016.

³⁹ MOREIRA, Igor de Souza Mercêdo; MOREIRA, Ivan de Souza Mercêdo. Op. Cit.

⁴⁰ FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 720.

Judiciário. Mais uma vez, César Fiuza leciona⁴¹:

A questão relativa ao dano ineficiente é equacionar duas questões. Por um lado, o valor da condenação há de ser alto, para que o dano seja de fato ineficiente para seu causador. Por outro lado, deve-se ter em conta que indenização não deve ser fonte de enriquecimento, mas de reparação de danos. O problema é de difícil solução, exigindo do juiz um enorme exercício de bom senso e, às vezes, de coragem. O legislador poderia pôr fim ao dilema, editando norma, segundo a qual parte do valor da condenação iria para a vítima, a título de reparação pelos danos sofridos, enquanto a outra parte reverteria aos cofres públicos, sendo afetada à utilização em programas sociais.

A postura do fornecedor obriga o consumidor a recorrer ao Poder Judiciário para fazer valer os seus direitos. A conduta é estimulada em razão da morosidade no julgamento das causas e do baixo valor das indenizações fixadas, de modo que se torna mais favorável economicamente ao fornecedor descumprir a legislação. No entanto, “a norma deve orientar a conduta social, sem, contudo, se tornar meio facilitador para a sua própria transgressão”⁴².

O mero encaminhamento destas demandas ao Judiciário não resolve o problema, por conforme explica Camila Braga Corrêa, os Juizados Especiais Cíveis acabam por “[...] não dar amplidão com que estas demandas precisam ser analisadas, haja vista que a padronização dos produtos acaba por gerar danos e prejuízos que por essência se tornam coletivos e não individuais”⁴³.

Não há dúvidas de que a questão pode ser levada ao Poder Judiciário para que seja requerida a indenização. Por vezes, uma forte sanção econômica pode ser suficiente para determinar a atenção à lei. Se a indenização for fixada em montante suficiente para evitar um comportamento lesivo semelhante em situação futura, pode ser bastante eficiente.

Porém, não é isso que a prática tem demonstrado. O que se tem visto são condenações quase que irrisórias considerando-se a repetibilidade dos danos e a capacidade econômica das grandes empresas que frequentemente estão no polo

⁴¹ FIUZA, César. Op. cit., p. 720.

⁴² SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. *O dano social e as funções punitiva e social da responsabilidade civil*. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/29870/1/O%20dano%20social%20e%20as%20funcoes%20punitiva%20e%20social.pdf>>. Acessado em 01 de março de 2016.

⁴³ CORRÊA, Camila Braga. Os pequenos danos, as pequenas indenizações e os grandes impérios - as facetas do dano eficiente: um olhar sobre a aplicação da restituição em dobro prevista no artigo 42, parágrafo único, do código de defesa do consumidor. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e5046fc8d6a97d1>>. Acesso em 11 de março de 2016.

passivo.

Tendo em vista esta situação, cresce a importância das agências reguladoras no cenário de consumo. No exercício de sua função regulatória, promovem meios de efetivar o direito dos consumidores.

“Influenciado pela política neoliberal pós-guerra fria, na década de 90 o Brasil implementou a descentralização da prestação de serviços exclusiva do Estado, organizando-os pelos moldes gerenciais”⁴⁴. Nesse contexto, as agências reguladoras surgiram com o intuito de assegurar que a prestação de serviços, notadamente aqueles de caráter público, não se submetesse unicamente a critérios econômicos.

São dotadas de poder normativo técnico e podem editar normas de caráter geral dentro do seu campo de atuação. Assim, compete às agências reguladoras disciplinar e fiscalizar entidades que prestem serviços públicos ou atuem na ordem econômica, regulando-os à sua função social.

No que tange ao direito consumerista, a importância das agências reguladoras se revela pela sua capacidade de expedir orientações tanto para consumidores quanto para fornecedores, visando a orientá-los sobre riscos e formas de apresentação do produto ou de prestação do serviço. Também exercem uma interessante atividade de levantamento de dados sobre a prática das diversas empresas no fornecimento de produto ou serviço.

Desempenham, portanto, importante papel informativo, o qual é de suma importância, visto que, segundo a análise econômica, os custos de transação surgem, em parte, devido ao fato de os agentes não disporem de informação suficiente para tomar decisões.

⁴⁴ EFING, Antônio Carlos. *Agências reguladoras e proteção do consumidor brasileiro*. Curitiba Juruá, 2009, p. 61.

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A teoria da análise econômica propõe uma releitura do direito. Estuda a ordem jurídica a partir das interações ocorridas na sociedade. Pretende retomar a razão de ser das instituições jurídicas, visando a conceituá-las e atualizá-las.

É fato que a lei nem sempre produz os efeitos pretendidos. Deste modo, a análise econômica adotou como seu papel também o de estudo das consequências da lei. Há a tentativa de prever seus efeitos e estudá-los, notadamente aqueles que se afastam do que seria desejável.

Debruça-se, ainda, sobre as razões para a regulamentação. A partir da observância das interações sociais, avalia a necessidade ou não da existência de certa legislação, levando em conta aspectos econômicos.

Eduardo Goulart Pimenta e Henrique Avelino Lana⁴⁵ asseveram que a análise econômica do direito pode ser conceituada como “[...] método de se estudar a teoria econômica relativamente à estruturação, formação, impacto e consequências comportamentais de eventual aplicação de institutos jurídicos e/ou textos normativos”.

Segundo Flávio Galdino: “[...] é necessário que a cultura jurídica reconheça que a metodologia das ciências econômicas produz análises e resultados mais próximos da realidade através de instrumentos mais precisos”⁴⁶.

Monsieur Mertens de Wilmars, citado por Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁴⁷ afirmou que “[...] bom número das instituições jurídicas clássicas, assim o usufruto, a acessão ou a cláusula de reserva de domínio, nada mais são do que a regulamentação de relações econômicas subjacentes”.

3.1 Histórico e fundamentos básicos

A utilização de conceitos econômicos para melhor compreensão do direito remonta desde o Iluminismo, por meio de ideias de pensadores como Maquiavel,

⁴⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino. *Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: < <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>>. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

⁴⁶ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 253.

⁴⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 07.

Hobbes e Locke. No entanto, o atual movimento, que nos interessa, tem origem norte-americana e teve início nos anos de 1950.

Ao relatarem o histórico do surgimento da corrente, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau afirmam que o chamado realismo jurídico teve manifestação no período entre guerras e tinha por mote a ideia de que a economia e a sociologia não eram apenas disciplinas conexas, mas, de alguma forma, faziam parte do direito.

Adotando esta concepção, a partir de 1958 começou a ser publicada, na Universidade de Chicago, a revista *Journal of Law e Economics*, que foi o veículo a inicialmente divulgar as ideias de incursões de economistas na área do direito⁴⁸. Por meio desta, Ronald Coase desenvolveu a sua tese sobre os custos de transação, que se tornou um dos pilares da análise econômica do direito. O livro “Economic analysis of law”, de Richard Posner, também foi importante instrumento de divulgação deste novo movimento.

A base da escola clássica da análise econômica do direito está em Adam Smith. Na sua obra “An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations”, defende ser a liberdade de concorrência a melhor solução para a alocação de recursos, tendo em vista que os preços seriam naturalmente formados pelo próprio mercado. Apresenta críticas sobre existência de leis relativas à intervenção nesse livre equilíbrio⁴⁹.

Em 1937, Ronald Coase publicou o artigo denominado “The Nature of the Firm”, pelo qual afirmou que a existência das sociedades empresárias se justifica vez que permitem a diminuição dos custos de transação, entendidos como aqueles para negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato.

Por meio do chamado teorema de Coase, formulado em 1960, este estudioso consignou que as externalidades ou ineficiências econômicas podem ser corrigidas e internalizadas pela mera negociação entre as partes, sem a necessidade de intervenção de uma entidade reguladora. Trata-se, portanto, de uma solução privada e sem custos.

⁴⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit.*, p. 09.

⁴⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino. *Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: < <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>>. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

Em 1961, Guido Calabresi escreveu estudo sobre os acidentes e consignou o pensamento de que a responsabilidade civil extracontratual pode ser analisada de forma a minimizar os custos resultantes de acidentes.

Richard Posner, por sua vez, se tornou um dos nomes mais expressivos da análise econômica do direito. Defendeu o livre mercado e sua autorregulação. Se utilizou de conceitos de microeconomia para afirmar que a função do direito seria facilitar a operação dos mercados livres, imitando-os para solucionar problemas de custos de transação proibitivos.

No Brasil, a adoção desta análise tem caminhado timidamente. “Já a partir dos anos 2000, houve um crescimento significativo de novos cursos de pós-graduação que contemplam a discussão de AED, além da pesquisa de temas correlatos”⁵⁰. Desta forma, começa a ser discutida e considerada no Brasil a introdução desta metodologia para a tomada racional de decisões jurídicas.

Interessante colacionar trecho do voto do Ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.163.283, que discorreu sobre a importância da teoria na análise da função social dos contratos e destacou que a ciência econômica poderia “[...] orientar o intérprete para o caminho que gere menos prejuízo à coletividade, ou mais eficiência social”. Por meio desta, haveria também uma mudança da visão sobre a coletividade, que “[...] deixa de ser encarada apenas como a parte fraca do contrato e passa a ser vista como a totalidade das pessoas que efetivamente ou potencialmente integram um determinado mercado e bens e serviços”.

Assim, de acordo com estas novas ideias, a propriedade, por exemplo, teria um papel de, como direito, resguardar um recurso escasso. Sobre a responsabilidade, a imaginou-se que não era bastante apenas limitar-se ao direito positivo para imputá-la, mas, era necessário dar aos alunos instrumentos econômicos para determinar se o direito está adequado para preencher sua função.

Para atribuir responsabilidade civil extracontratual, Posner propõe que se considere como os interessados se comportariam se tivessem podido estipular esta obrigação por meio de um contrato. Sugere, portanto, a utilização de um contrato

⁵⁰ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica do Direito (AED). Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em 21 de dezembro de 2015.

hipotético, a fim de avaliar a utilidade e a melhor forma de suportar os custos da indenização.

Então, a partir destes estudos, os tribunais norte-americanos começaram a considerar argumentos de natureza econômica apresentados para analisar os efeitos de suas decisões.

É certo que as pessoas não ficam passivas diante de uma mudança de regras à qual são submetidas. No entanto, não é a regra de direito que controla diretamente o comportamento das pessoas. “As pessoas continuam livres para reagir como entenderem e não, obrigatoriamente, no sentido desejado pelo legislador, assumindo, claro, as consequências”⁵¹.

Cabe ao direito, porém, a produção de incentivos para determinados comportamentos. A análise econômica põe em evidência a função de incentivo das normas. Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁵² exemplificam que:

“[...] a propriedade como instituição estimula a gestão prudente e a inovação no uso dos recursos escassos; a responsabilidade, como incentivo para evitar acidentes, bem o exemplifica; as regras contratuais visam a minimizar os custos dos mal-entendidos e os esforços das partes para preveni-los.

Em consonância, sobre estes incentivos, Lawrence M. Friedman⁵³, citado por Ecio Perin Junior, versa que:

A ideia fundamental da teoria econômica é a de que o sistema jurídico seja uma máquina gigantesca geradora de preços [...]. Quando a lei concede direitos ou impõe deveres, rende algum tipo de comportamento mais caro para alguns e mais barato para outros.

Para que haja equilíbrio de mercado é preciso que haja regulamentação da propriedade e das regras de transação.

Ecio Perin Junior⁵⁴ ensina que: “Legislações claras são fundamentais para o desenvolvimento de uma economia de mercado. As trocas tomam como base direitos de propriedade bem definidos, ou seja, na ausência de tais definições torna-se muito difícil a realização destas”.

O ordenamento jurídico é um sistema capaz de modificar incentivos. Então, cabe ao direito desencorajar o comportamento oportunista, considerado como

⁵¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit.*, p. 05.

⁵² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 07.

⁵³ PERIN JUNIOR, Ecio. *Op. Cit.*, p. 30.

⁵⁴ PERIN JUNIOR, Ecio. *Op. Cit.*, p. 31-32.

aquele contrário à boa-fé, à falta de franqueza, de honestidade e de lealdade. O oportunismo leva o contratante a optar por um negócio que não teria aceitado ou teria aceitado sob outras condições se estivesse perfeitamente informado.

Portanto, cabe ao direito conceber regras que impeçam a exploração de uns pelos outros e promovam a cooperação e reciprocidade entre as partes. “Esse papel é interessante na medida em que as pessoas interpretam as regras de modo errôneo ou se deixam, apesar de tudo, tentar pelos ganhos que a traição propicia a curto prazo”⁵⁵.

As necessidades do ser humano são infinitas. No entanto, os recursos disponíveis para satisfazê-las são escassos, o que impõe a tomada de decisões, a fim de maximizar as riquezas. A decisão é feita acreditando na antecipação de consequências. Isto se dá através do estudo das experiências. É o que propõe a análise econômica do direito, que se baseia em três pilares fundamentais: a escassez, a escolha racional e a incerteza.

A escassez se opõe à ideia de abundância. É determinada pelas preferências e pelas possibilidades de uso conhecidas daquele objeto. Depende do que se saiba fazer com aquela coisa, o que varia de pessoa para pessoa e de tempos em tempos.

Sobre a escassez, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁵⁶ ensinam que:

O comércio e as trocas em uma sociedade são baseados na ideia de que, para o adquirente, a coisa comprada é mais rara do que para o vendedor. As duas partes não valorizam o bem da mesma forma. Essa, justamente, a razão de terem ambas, interesse na transação.

Quando um objeto se torna escasso, é preciso regular o seu uso. Necessária se faz, então, a escolha da regra que irá administrar a utilização desse objeto raro, visto que, na ausência de regulação, o problema de escassez seria resolvido mediante violência. Deste modo, a fixação de direitos permite a pacificação da sociedade frente à escassez.

Quanto ao pilar da racionalidade, verifica-se que a escassez impõe que sejam feitas escolhas. A análise econômica do direito consigna que as escolhas são feitas através de um processo racional que envolve a avaliação dos valores em jogo, identificação das opções, valorização dos resultados e custos para o seu atingimento e a efetiva escolha.

⁵⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 67.

⁵⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 07.

A melhor tomada de decisão depende, portanto, da quantidade de informação disponível sobre as opções e as consequências.

Sobre a incerteza, esta é elemento inafastável da condição humana. No entanto, a escassez força as pessoas a se adaptarem, fazendo-as procurar uma forma de melhor utilizar os bens e a imaginar novas formas de fazê-lo. “Levar em conta a incerteza, pela inovação e pela absorção do risco, caracteriza toda a atividade humana”⁵⁷.

Ao inserir um produto no mercado de consumo, o produtor não tem certeza sobre se haverá aceitação pelos consumidores. Também não há como prever todos os riscos referentes àquele bem. Por isso, “[...] é o conhecimento profundo de uma atividade determinada o que lhes dá vantagens perante leigos para absorver os riscos a ela associados”⁵⁸.

A concorrência de usos leva à escassez e a propriedade é resposta ao aparecimento desta. Porém, aquele que inicia um novo uso pode interferir na propriedade alheia. É o que acontece quando se cria uma externalidade.

As externalidades são falhas de mercado, “[...] podem ser entendidas como os custos ou benefícios que não são internalizados pelo indivíduo ou pela empresa em suas ações e que impõem custos ou benefícios diretamente a terceiros”⁵⁹.

As ações referentes às externalidades acarretam custos e benefícios. Antônio José Maristrello Porto⁶⁰ explica que:

Quando os custos ou benefícios decorrentes da decisão incidem apenas sobre o agente decisor, são chamados de custos ou benefícios internos. Se incidirem também, parcial ou totalmente, sobre outras pessoas que não o agente decisor, geram as chamadas externalidades positivas ou negativas. O benefício que uma decisão trazer para outras pessoas e chamado de benefício externo ou externalidade positiva; o custo sobre outras pessoas e chamado custo externo ou externalidade negativa.

Para controlar os resultados das externalidades negativas, é necessária a regulação, a fim de evitar conflitos. As estruturas criadas para resolver potenciais conflitos é que seriam as instituições jurídicas.

⁵⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit.*, p. 39.

⁵⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit.*, p. 40.

⁵⁹ PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito (AED)*. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em 21 de dezembro de 2015.

⁶⁰ PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito (AED)*. Disponível em: <http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em 21 de dezembro de 2015.

Assim, a análise econômica do direito se baseia no pressuposto de que os fenômenos coletivos devem ser explicados a partir de comportamentos individuais, que se dão a partir de escolhas. As escolhas coletivas são a composição de escolhas individuais.

O papel do direito é articular as escolhas da sociedade e impor sanções para que sejam respeitadas.

Pelas razões expostas é que Richard Posner afirmou que a aproximação entre estas duas ciências “[...] permite que a economia seja vista como ferramenta para compreender e reformar práticas sociais, mais do que simplesmente um sistema formal de assustadora complexidade matemática”⁶¹.

3.2 A fixação dos preços

A troca é uma das relações essenciais dos seres humanos. A possibilidade de transferir um bem ou serviço mediante uma contrapartida é traço que lhes distingue. É um dos fundamentos para a vida em sociedade.

A troca é possível pelo fato de que as pessoas não valorizam dos bens trocados da mesma forma. O preço é o instrumento que fixa essa valorização.

O comerciante oferta certa quantidade de um produto a um determinado preço. Inversamente, à medida que o preço cai, o fornecedor tende a ofertar o produto cada vez menos.

Ausente qualquer intervenção estatal, a oferta e a demanda de determinado produto tendem a se equilibrar⁶². É o que versa a lei da oferta e da demanda. Desta forma, quando a demanda é maior do que a oferta, há uma tendência de os preços dos produtos subirem, já que os consumidores se dispõem a pagar mais para obter aquele bem. De outro lado, quando a oferta é maior do que a demanda, os preços tendem a ser menores.

Em consonância, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁶³ ensinam que:

Os preços no mercado formam, pois, um sistema de sinais que permite a fornecedores e consumidores ajustarem seus planos de

⁶¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit.*, p. 21.

⁶² ZANON, Joana Silvestrin. *Direito e economia: estudo sobre os incentivos criados pelo direito consumidor de serviços bancários*. Disponível em:

<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54452/000854067.pdf?sequence=1>> Acesso em 20 de dezembro de 2015.

⁶³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit.*, p. 99.

forma coordenada, levando aqueles a produzir e vender na medida em que os consumidores se mostrem propensos a consumir.

O preço é fixado por meio de uma relação ente custo e valor do produto. O valor é uma avaliação subjetiva feita pelas partes, uma percepção que varia de indivíduo para indivíduo e é o que determina a compra. Já o preço é aquilo que se gasta para obter o produto ou serviço. A determinação do preço engloba os custos de produção.

Os custos de produção se referem ao valor de bens e serviços consumidos na produção de outros bens ou serviços. São formados, entre outros elementos, por custos de avaliação e prevenção.

Custos de prevenção são “[...] os gastos incorridos para evitar que falhas aconteçam. Tais custos têm como objetivo controlar a qualidade dos produtos, de forma que evite gastos provenientes de erros no sistema produtivo”⁶⁴. Se destinam a custear o planejamento da qualidade, revisão de novos produtos, treinamento de pessoal, controle de processo, análise e aquisição de dados, relatórios de qualidade, planejamento e administração dos sistemas de qualidade e outros.

Quanto mais cedo for possível detectar e prevenir um defeito, maior economia será feita. Assim, os custos de prevenção envolvem custos de pesquisa, que se destinam a pré-determinar riscos e formas de evitá-los. Conclui-se, portanto, que a incerteza gera custos.

3.3 A responsabilidade civil sob a ótica da análise econômica

Para a ótica da análise econômica do direito, “A correta função de um sistema de responsabilidade é controlar os erros evitáveis em função da tecnologia existente e tal função ficará comprometida se lhe for atribuído qualquer papel mais ambicioso”⁶⁵.

Em suma, estabelece que quem causa dano a outrem deve reparar o prejuízo, a fim de restaurar o equilíbrio prévio.

O ônus financeiro estimula as pessoas a analisarem em que medida esse custo poderia ser evitado ou reduzido. “Ao insistir no nexos de causalidade (dano e

⁶⁴ NOGUEIRA, Adelmo de Oliveira; SINIGOJ, Dario Eduardo. Custos da qualidade. Disponível em: <http://www.techoje.com.br/site/techoje/categoria/detalhe_artigo/280>. Acesso em 12 de dezembro de 2015.

⁶⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit.*, p. 365.

culpa), o direito espelha a concepção de que é preciso que as pessoas paguem para que tais elementos sejam provados”⁶⁶. A intenção da fixação de regras de responsabilidade, para a análise econômica do direito, é estimular esse exame de custos e, conseqüentemente, desestimular a ocorrência de danos.

Os meios para evitar danos (e não ser responsabilizado) podem ser a prudência, a limitação daquela atividade geradora de dano ou a pesquisa científica que leve à produção de bens ou serviços que causem menos danos.

Assim, a responsabilidade tem dois objetivos, quais sejam: a dissuasão daquele comportamento danoso e a indenização. Sobre os que desprezam a função preventiva recai a função reparatória.

A experiência demonstra que o custo da indenização determina em que medida os mecanismos de precaução serão utilizados. Por sua vez, em regra, quanto maior a amplitude das medidas preventivas, menor é a ocorrência do dano. Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁶⁷ explicam que, ao se adotar medidas de precaução, “[...] reduz-se o custo total de acidentes, que é a soma de custos de prevenção e do dano gerado por acidentes não prevenidos”⁶⁸.

Um ponto ótimo de medidas de prevenção seria determinante para a atribuição de culpa. Sob o entendimento econômico, culposa é “[...] a conduta que se se desvia daquela que uma pessoa prudente adotaria dadas as circunstâncias”⁶⁹. Se pautar na previsibilidade e inevitabilidade do dano. Isto posto, aquele fornecedor que estivesse abaixo deste ponto ótimo não foi suficientemente cauteloso e sua conduta seria considerada culposa.

Para que haja responsabilidade, é preciso dano e nexo causal. Para que o dano não seja insignificante e tenha proteção jurídica, deve atingir um bem economicamente escasso. Ademais, é preciso avaliá-lo corretamente, o que deve ser feito levando em consideração os esforços preventivos de seus causadores.

O Código Civil brasileiro estabeleceu, parcialmente, parâmetros de indenização ao estabelecer, no seu artigo 402, que, salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

⁶⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit*, p. 369.

⁶⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit*, p. 07.

⁶⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit*, p. 373.

⁶⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit*, p. 366.

Segundo os estudos de Guido Calabresi, a sociedade nunca esteve comprometida a preservar valores importantes, mesmo como a vida, a qualquer custo. Exemplifica que, por estas razões, as pessoas preferem carros a outros meios de transporte mais seguros, porém mais lentos. Citado por Diogo Naves Mendonça⁷⁰, dispõe que “[...] considerando-se que a sociedade não está disposta a proteger direitos a qualquer custo, o problema, muito mais complexo, passa a ser o de apurar até que ponto ela está disposta a resguardá-los e a reduzir os custos dos eventos danosos”. É assim que o autor desenvolve a análise dos custos dos acidentes.

Guido Calabresi explica que as normas jurídicas são ferramentas de incentivo. Em matéria de direito do consumidor, por exemplo, o sistema jurídico deve adotar o modelo da responsabilidade objetiva do fornecedor, pois esta opção se justifica em termos econômicos. São os fornecedores que possuem as melhores informações acerca de riscos e custos dos danos potencialmente provocados pelos produtos postos no mercado, podendo evitá-los⁷¹.

“Para Guido Calabresi, os custos dos acidentes seriam minimizados se a parte que poderia ter evitado o acidente ao menor custo fosse responsabilizada pelas perdas decorrentes. Esta regra foi chamada por ele de a regra do custo mais baixo da prevenção”⁷².

O fornecedor não tem como prever todos os riscos possíveis de ocorrer. Custos de prevenção muito altos inviabilizam a oferta do produto no mercado. Inovações em matéria de segurança elevam os preços dos produtos. Conclui-se que, segundo a ótica da análise econômica, alguns acidentes não mereceriam ser prevenidos, levando em consideração a probabilidade de ocorrência.

Em seu livro, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁷³ fazem a análise econômica da responsabilidade sem culpa. Consideram que esta leva o fabricante a anunciar o perigo o produto e a explicar como usá-lo de maneira mais segura, porém, não o induz a produzir bens mais seguros. Afirmam que “[...] o fabricante preferirá assumir o custo dos acidentes resultantes dos produtos defeituosos ao

⁷⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/analise-economica-da-responsabilidade-civil/11269>>. Acesso em 01 de março de 2016.

⁷¹ MENDONÇA, Diogo Naves. *Op. Cit.*

⁷² CHACUR, Demetrius Ferreira. Guido Calabresi: princípio da precaução aplicado à responsabilidade civil ambiental. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6d65b5ac1f4ec80b>>. Acesso em 13 de março de 2016.

⁷³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 07.

invés de adotar medidas de maior segurança na fabricação”. Continuam ao explicar que:

Considerar o fabricante responsável não diminui, ao menos em teoria, os acidentes provocados em comparação com o regime de responsabilidade por culpa. O fabricante tem interesse em fazer pesquisas sobre seus produtos na esperança de inovar e, dessa forma, reduzir o ônus de sua responsabilidade. No capítulo da redução dos custos por inovação, o fabricante é, sem dúvida, o *cheapest cost avoider* [...]. Inovação beneficiará os consumidores na medida em que os produtos sejam mais seguros ou menos caros.

Pelo exposto, observa-se que nem sempre a imputação de responsabilidade objetiva enseja a redução de danos. Talvez, o foco não devesse estar na indenização após a ocorrência do dano, mas sim, ao exaltar a função preventiva.

Pela lógica do CDC, o fabricante é considerado responsável mesmo em relação a terceiros. Seu artigo 17 versa que equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento e seu artigo 29 dispõe que equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais.

Por seu turno, a responsabilidade civil extracontratual teria como função reparar a parte por prejuízo de natureza pessoal, além de também ter um caráter preventivo.

Quando os danos atingem bens incorpóreos, a avaliação destes é mais difícil. “Na impossibilidade de restauração, os danos devem ser fixados em montante que poria a vítima em situação que considera equivalente à em que estaria antes do acidente”⁷⁴. Não é fácil fazer essa estimativa, sendo fixada por meio de certa discricionariedade conferida ao julgador.

O Código Civil de Québec traz uma tentativa de estimar valor dos danos punitivos e, segundo sua tradução⁷⁵, dispõe que:

Desde que a lei preveja a concessão de danos punitivos, eles não podem exceder, em valor, montante que seja suficiente para garantir sua função preventiva. São calculados (estimados) levando em conta todas as circunstâncias apropriadas, notadamente a gravidade da culpa do devedor, sua situação patrimonial ou a extensão da reparação devida ao credor, tanto quanto, no caso concreto, o fato de, conforme o caso, o pagamento reparador seja assumido, no todo ou em parte, por terceiro.

⁷⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit.*, p. 387-388.

⁷⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit.*, p. 395.

Segundo Guido Calabresi, a análise econômica da responsabilidade civil extracontratual examina como os distintos fatores de atribuição induzem as partes a tomar distintos níveis de precaução e a encarar em maior ou menor medida atividades arriscadas.

Assim, notadamente em casos de acidentes envolvendo danos ambientais, a responsabilidade civil é imputada ao se pautar no princípio da precaução, que é a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados⁷⁶. Consigna que a ausência da certeza científica formal ou a existência de um risco de um dano sério ou irreversível requerem a implementação de medidas que possam prevêê-los.

Para que a responsabilização seja eficaz, é preciso que o autor do dano seja identificável, “[...] que possa ser processado e condenado em prazos toleráveis e a custo aceitável, considerando-se os efeitos para a vítima”⁷⁷. Ademais, é necessário permitir a produção de provas e a apreciação destas em tempo aceitável. Só assim terá eficácia a função dissuasória da responsabilidade civil.

3.4 A análise econômica do direito e o dano eficiente ao consumidor

Quando se pensa no dano eficiente pela ótica econômica, é como se o custo de transação estivesse considerado no custo de produção. Os custos de transação são baixos, o que leva o fornecedor a escolher pela via da indenização do que arcar com custos de prevenção mais altos.

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁷⁸ exemplificam perfeitamente o dano eficiente sob a ótica econômica:

Considere-se, por exemplo, o comerciante que adota prática cujo efeito é fraudar os consumidores, cada um deles por montante pequeno, irrisório. A maior parte não fará nada, considerando que o custo de um processo não vale a pena. Se um consumidor em cem iniciar o processo e conseguir a condenação do comerciante, que será obrigado a pagar danos compensatórios, este ainda pode ver vantagens em continuar com a prática: perde o ganho ilícito em um caso entre cem – e paga os custos do processo – mas conserva os ganhos dos outros 99 casos. A pressão dissuasiva não é suficiente.

⁷⁶ Declaração da Rio/92 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em 12 de março de 2016.

⁷⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. Cit.*, p. 389.

⁷⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 395.

Em geral, o ônus da prevenção ou da absorção de riscos cabe à parte que possa assumi-los ao menor custo. Sem dúvidas, no direito do consumidor, quem melhor pode assumi-los é o fornecedor. O comerciante é, portanto, o *cheapest cost avoider*, aquele que pode reduzir ou evitar os danos a menor custo.

As indenizações determinam o preço do comportamento de risco. No entanto, os tribunais não conseguem avaliar corretamente os danos causados. Por esta razão, exalta-se a necessidade de existência de organismos de proteção coletiva dos direitos, através de ações que permitissem a condenação em montante realmente relevante. Uma saída seria a imputação de danos exemplares, conforme explicam Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁷⁹:

Os danos exemplares visam a restaurar a pressão dissuasiva sobre o autor, deixando a iniciativa do processo ao particular, ao invés de confiá-la a órgão estatal. Devem ser considerados como forma de conceder indenizações que superem os danos do caso concreto, porém não no conjunto de casos similares, e não devem criar incentivos à superprevenção.

Assim, os danos exemplares têm função dissuasiva e se justificam quando o sistema de responsabilidade civil não tem sucesso em impor ao autor do dano o ônus que o incentive a adotar a prudência desejada. São fixados aplicando-se um multiplicador ao dano efetivamente causado. Visam a “[...] anular a vantagem subjetiva e pessoal que o autor obtém com o ato”⁸⁰.

Observa-se, portanto, que a função reparadora é acionada quando a função preventiva não é suficiente para evitar o dano. No entanto, notou-se que a função reparadora não tem sido mais tão eficiente para evitar o dano. Necessário, portanto, um reforço no âmbito preventivo.

Por óbvio, o aumento de custos de prevenção não pode inviabilizar a atividade comercial. Questão central no debate é saber se “[...] a atribuição de direitos pode ser deduzida de considerações de eficácia ou se é necessário, para precisar a noção de eficácia, fixar previamente, ao menos, certos direitos fundamentais?”⁸¹.

⁷⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 396.

⁸⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 398.

⁸¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 12.

4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DANO EFICIENTE

Com o crescimento do consumo de massa e do aumento da produção de bens e serviços com a ajuda da tecnologia, multiplicaram-se, também, as reclamações nos Procons e órgãos de defesa do consumidor de todo o país.

A consulta ao sítio eletrônico da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) informa que, durante no ano de 2015, os consumidores de serviços de telecomunicações registraram 4,09 (quatro vírgula zero nove) milhões de reclamações. Este volume é 43,5% (quarenta e três por cento) superior ao aferido no ano de 2014 e 32% (trinta e dois por cento) superior ao do ano de 2013⁸².

Se, por um lado, os números demonstram uma maior participação social, por meio de maior acesso dos consumidores à agência reguladora, informando-lhe sobre as inconsistências dos serviços, evidencia também o crescimento dos vícios na prestação dos serviços. Vejamos o gráfico abaixo:

Reclamações registradas na Anatel (milhares)							
	2015	2014	2013	2012	Crescimento 2012/2013	Crescimento 2013/2014	Crescimento 2014/2015
Celular Pré-Pago	596,7	390	390,9	281,4	38,9%	-0,2%	53%
Celular Pós-Pago	1.196,8	781,8	969,2	858	13%	-19,3%	53,1%
Telefonia Fixa	1.033	892,1	988,8	700,2	41,2%	-9,8%	15,8%
Banda Larga	655	435,9	445,8	299,5	48,8%	-2,2%	50,3%
TV por Assinatura	583,9	319	268,1	182,7	46,7%	18,9%	83%
Outros	22,3	29,5	50,1	52,4	-4,3%	-41,1%	-24,5%
Total	4.087,8	2.848,4	3.113,2	2.374,5	31,1%	-8,5%	43,5%

Fonte: ANATEL⁸³

A Anatel acompanha permanentemente a qualidade da disponibilização de

⁸² ANATEL. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/consumidor/index.php/reclamacoes-na-anatel2>> Acesso em 10 de março de 2016.

⁸³ ANATEL. Disponível em: < <http://www.anatel.gov.br/consumidor/index.php/reclamacoes-na-anatel2>> Acesso em 10 de março de 2016.

serviços referentes a banda larga fixa, telefonia móvel, telefonia fixa e serviços de TV por assinatura. O monitoramento se dá por meio de indicadores de desempenho operacional das prestadoras. Estes se encontram estabelecidos em Regulamentos de Gestão da Qualidade, anexos a Resoluções da Anatel.

Para os casos em que se verificam indícios de desempenho ou conduta diferente da estabelecida na regulamentação, a Anatel deve instaurar Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO). Pode também determinar a execução de plano de ação, para correção de conduta ou melhoria do desempenho das prestadoras, dentre outras medidas cabíveis, previstas nas suas resoluções.

A apuração realizada no primeiro semestre de 2015 constatou que o percentual de cumprimento de metas do Serviço de Comunicação Multimídia (banda larga) foi de 59,50% (cinquenta e nove vírgula cinquenta por cento), do Serviço Móvel Pessoal (telefonia móvel) 68,10% (sessenta e oito vírgula dez por cento), do Serviço Telefônico Fixo Comutado (telefonia fixa) 70,40% (setenta vírgula quarenta por cento) e do Serviço de Televisão por Assinatura de 78% (setenta e oito por cento)⁸⁴.

Observa-se, portanto, alto grau de descumprimento dos indicadores, notadamente nos serviços de banda larga, o que aponta a má prestação do serviço.

Em relação ao transporte aéreo, no Brasil, este é regulado por normas expedidas pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Esta se ocupa tanto da regulação técnica quanto da econômica, em função de falhas de mercado, decorrentes da própria natureza da atividade e de assimetrias de informação. Realiza um monitoramento do transporte aéreo, por meio de indicadores, a fim de subsidiar decisões regulatórias e de supervisionar os serviços oferecidos aos usuários.

No que tange aos vícios por insegurança, a atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é de suma importância, visto que atua por meio da regulamentação, controle e fiscalização das relações de produção e consumo de bens e serviços relacionados à saúde. Oferece cursos e manuais de boas práticas visando a proteger a saúde e a incolumidade física do consumidor. Cabe a ela estabelecer normas, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de

⁸⁴ ANATEL. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dados/index.php/controle-de-qualidade>> Acesso em 10 de março de 2016.

vigilância sanitária.

Ademais, também há uma interferência da ANVISA no mercado, vez que é de sua competência estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde; autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação de certos produtos; e proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde.

Evidenciada, portanto, a importância das agências reguladoras na regulação e no acompanhamento da prestação dos serviços ao consumidor. Além da regulação, contribuem para um adequado funcionamento do mercado, promovendo a previsibilidade e a transparência no processo de fornecimento de produtos e serviços.

Para além da atuação das agências reguladoras, o Código de Defesa do Consumidor previu um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), composto por diversos órgãos e entidades, com o objetivo de possibilitar a articulação destes na tutela do consumidor. Cabe ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) coordenar a política do SNDC.

Podem ser listados como integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor o Ministério Público, por meio de suas promotorias de defesa do consumidor, a Defensoria Pública, a Delegacia do Consumidor e os Procons, além de demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

A atuação dessas entidades deve ter por objetivo a promoção do atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, conforme versa ao artigo 4º do CDC.

A tarefa de fiscalização aumenta na medida em que cresce o consumo. Com a massificação do consumo, “O problema da fiscalização ganha proporções significativas. O engano, no jogo com muitos jogadores, é mais fácil do que quando

são apenas dois”⁸⁵. Por isso, faz-se necessária essa interação entre os diversos órgãos de proteção.

Da mesma forma, deve haver uma preocupação destes em tutelar os interesses do consumidor de forma integral e nos mais variados âmbitos. Por isso, o CDC disciplina também a tutela dos direitos metaindividuais, próprios de uma sociedade massificada. Sobre o tema, Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa⁸⁶ discorrem que:

Nesta linha, a Lei 8.078/1990, nos artigos 81 a 104, em título denominado Da defesa do consumidor em juízo, apresenta disciplina relativa ao processo civil coletivo, ou seja, de aspectos relacionados à ação coletiva (ação civil pública), dispondo sobre a definição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, legitimidade para ajuizamento das ações coletivas, competência, limites subjetivo e objetivo da coisa julgada, entre outros aspectos relevantes.

Deve haver a percepção de que “[...] há direitos que pertencem a toda a comunidade, pela necessidade de instituir instrumentos processuais eficazes em relação às lesões coletivas de direitos, evitando a repetição de processos iguais e decisões contraditórias”⁸⁷.

As ações coletivas são, portanto, meios de proteção aos direitos fundamentais de terceira geração, notadamente, os direitos coletivos e difusos. Sua regulação está em consonância com a doutrina do acesso à justiça, pela qual se “[...] procura estabelecer novos caminhos, estatais ou não, para a solução de conflitos próprios de uma sociedade de massa”⁸⁸.

Os direitos difusos são aqueles de natureza indivisível, comuns a uma categoria de pessoas não determináveis, que se encontram unidas por uma situação de fato. Caracteriza-se pela indeterminação dos seus titulares e pela indivisibilidade do bem jurídico tutelado. São materialmente coletivos, não é a lei que lhes impõe uma indivisibilidade.

Já os direitos coletivos são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, porém, pertencentes a um grupo determinável de pessoas, conectadas por uma relação jurídica. Assim, os titulares do direito são determináveis e estão ligados por

⁸⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 70.

⁸⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 456.

⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 457.

⁸⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 458.

um vínculo jurídico. Márcio Mafra Leal, citado por Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa, explica que estes “[...] são, na verdade, direitos individuais, que, por razões de economia e celeridade processual e, também, para evitar decisões contraditórias, podem ser veiculados numa única ação, ganhando, a partir daí, uma dimensão processual coletiva”⁸⁹.

Por fim, os direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de uma origem comum. Sua proteção objetiva o ressarcimento de danos sofridos por diferentes pessoas como decorrência de um mesmo fato. A origem comum pode ser de fato ou de direito.

Pelo exposto é que se observa que, para que haja a proteção dos direitos metaindividuais, as pessoas lesadas, não precisam estar vinculadas ou organizadas em torno de uma entidade associativa. O Código de Defesa do Consumidor incumbiu os órgãos e entes de proteção deste pleito, não exigindo de expressa autorização de qualquer pessoa para tanto.

Assim, o CDC traz a previsão de ação coletiva para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor, por meio da ação civil pública. Os legitimados para propositura são, concorrentemente, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos do consumidor, dispensada a autorização assemblear.

Por todo o exposto, nota-se que a proteção do consumidor não pode mais prescindir de um olhar coletivo, solidário e corresponsável.

Porém, em que pese o esforço do legislador para a tutela judicial e extrajudicial dos direitos metaindividuais, os instrumentos para proteção dos direitos coletivos ainda se mostram ineficazes. Há dificuldades no trâmite das ações coletivas e o tempo para julgamento destas tem se mostrado mais demorado.

Por vezes, nas ações coletivas se torna necessária uma instrução mais prolongada. Também a falta de conhecimento dos próprios magistrados e das partes envolvidas sobre o trâmite destas e a ausência da celeridade característica dos

⁸⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Op. Cit.* p. 463.

juizados são fatores que contribuem para a demora no julgamento.

Por estas razões, os consumidores ainda se veem obrigados a recorrer aos Juizados Especiais para a solução de demandas repetitivas.

Em muitos casos, observa-se que testes adicionais reduziriam os riscos para os consumidores. Questiona-se, então, se a recorrência destes danos se dá em razão de negligência na prevenção, em função dos seus altos custos ou de um comportamento deliberado, visando ao aumento de lucros.

4.1 Casos concretos de dano eficiente

Traz-se exemplos de situações nas quais há vício do produto ou serviço, gerando reclamações recorrentes por parte dos consumidores. As queixas se referem a problemas que se repetem dia após dia, porém, não se observa investimentos dos fornecedores no sentido de evitá-los. Ademais, os consumidores nem sempre são devidamente indenizados pelos danos que sofreram, como será visto.

4.1.1 Velocidade de Internet banda larga inferior à contratada

O acesso ao serviço de Internet banda larga cresceu bastante no país nos últimos anos. Pesquisa feita pela Anatel indica que, em janeiro de 2016, o Brasil contava com 25,44 (vinte e cinco vírgula quarenta e quatro) milhões de acessos de banda larga, distribuídos da seguinte forma:

Regiões	Acessos em operação	Densidade (acessos por 100 domicílios)
Brasil	25.439.838	37,52
Centro-Oeste	2.078.342	39,76
Nordeste	3.020.553	16,93
Norte	890.698	17,67
Sudeste	15.045.858	51,26
Sul	4.404.387	42,59

Fonte: ANATEL⁹⁰

No entanto, múltiplas queixas são feitas sobre a prestação do serviço pelas diversas fornecedoras. As mais frequentes se referem ao oferecimento de Internet banda larga em velocidade inferior à contratada.

As constantes queixas fizeram com que a Anatel editasse as Resoluções nº 575/2011 e 575/2011 para estabelecer limites mínimos de velocidade contratada pelos assinantes de bandas largas fixa e móvel.

No entanto, os consumidores ainda levam esta demanda ao Poder Judiciário. Sobre o tema, veja-se o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INTERNET BANDA LARGA EM VELOCIDADE INFERIOR À CONTRATADA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO, NA FORMA DO ART. 42 DO CPC. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DANOS MORAIS NÃO DEMONSTRADOS. SENTENÇA MANTIDA.

I. Por se tratar de uma relação de consumo na qual houve falha na prestação de serviços de internet, o prazo prescricional aplicável é o quinquenal do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, e não o trienal.

II. O artigo 14, § 3º, do CDC dispõe sobre o dever de a empresa indenizar o usuário em caso de falha na prestação de seus serviços. Assim, configura nítida falha pela empresa de telefonia a não disponibilização de internet banda larga na velocidade contratada. Cabível, nesse passo, a restituição dos valores em dobro, na forma do artigo 42 do CDC.

III. Para que se afigure possível a responsabilização do réu, necessária a presença dos elementos: ato ilícito, dano e nexo de causalidade. As alegações de dano sofrido pela autora constituem meros transtornos e dissabores. Não se desincumbindo de comprovar a efetiva violação ao direito de personalidade, ausente um pressuposto necessário ao cabimento da indenização por danos morais. APELOS DESPROVIDOS. UNÂNIME.

(TJ-RS - AC: 70057897936 RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Data de Julgamento: 30/01/2014, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/02/2014)

No caso acima citado, em que pese não ter havido a expressa condenação do fornecedor para indenização dos danos materiais, decidiu-se pela repetição do indébito em dobro, ou seja, pela devolução das quantias pagas durante o período

⁹⁰ ANATEL. Disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/institucional/index.php/component/content/article?id=992>>. Acesso em 10 de março de 2016.

que, de acordo com o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, deve ser feita de forma dobrada, haja vista tratar-se de cobrança indevida.

4.1.2 Interrupção de ligações telefônicas

Há também o problema das frequentes interrupções das ligações de celulares. É fato que a utilização da telefonia móvel teve um crescimento impressionante. Levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou que, no ano de 2013, sete em cada dez brasileiros (69,10%) tinham pelo menos um telefone celular⁹¹.

Para tornar mais atrativa a contratação, operadoras de telefonia oferecem planos com promessas de ligações ilimitadas ou ligações por tempo ilimitado para chamadas para números da mesma operadora. Porém, a alta demanda aliada à falta de investimentos para atendê-la ocasionaram vícios no serviço, por meio de constantes interrupções nas ligações. Deste modo, o consumidor se vê obrigado a efetuar diversas ligações para conseguir transmitir sua mensagem, sendo cobrado por isso diversas vezes.

As reclamações são tão frequentes que, em 27 de novembro de 2012, a Anatel editou a Resolução nº 604, a qual previu que caso haja chamadas sucessivas (consideradas assim as efetuadas entre o mesmo Código de Acesso de origem e de destino) e o tempo compreendido entre o final de uma e o início da seguinte for inferior ou igual a 120 (cento e vinte) segundos, devem ser consideradas como sendo uma única chamada.

A presente situação foi levada à apreciação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que decidiu da seguinte forma:

APELAÇÃO - TELEFONIA - INTERRUÇÃO DAS LIGAÇÕES - PLANO INFINITY -FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - NÃO COMPROVAÇÃO.

Não se desincumbiu a parte autora de sua tarefa processual, não comprovando ter sido prejudicada pela falha na prestação de serviços da ré, que supostamente interrompia de forma proposital as ligações dos usuários do "Plano Infinity". O código consumeirista incluiu a facilitação da defesa, que implica a inversão do onus probandi, referida no art. 6º, VIII, a favor do consumidor, quando verossímeis as alegações da vítima ou for

⁹¹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <http://ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/acessoainternet2013/default_xls_2013.shtm>. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

esta parte hipossuficiente na relação jurídica discutida, o que não ocorre nos autos.

(TJ-MG - AC: 10145120794667001 MG, Relator: Estevão Lucchesi, Data de Julgamento: 28/01/2014, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 31/01/2014)

O julgado supracitado não reconheceu o dano em razão de não haver verossimilhança nas alegações da parte. Aduziu que esta não se desincumbiu do ônus de provar que a interrupção das ligações se dava de forma proposital.

Ocorre que, notadamente em razão da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, a simples demonstração da constante interrupção das ligações já evidenciaria o seu dano. Não se faz necessária a prova de que a interrupção se dava de forma proposital. A responsabilidade do fornecedor do serviço é objetiva, não havendo necessidade de comprovação de culpa.

No mais, ainda que se discutisse a questão de ser proposital a interrupção, a operadora teria melhores condições de se desincumbir do ônus desta prova, visto que dispõe da tecnologia de das informações para demonstrar a existência de pontos onde não há boa recepção do sinal, por exemplo.

Observa-se, portanto, que o consumidor sofreu o dano em razão do vício na prestação do serviço e não obteve a devida indenização.

4.1.3 *Overbooking*

Trata-se da venda de passagem aéreas em quantidade superior à capacidade da aeronave. Assim, ao tentar embarcar, o passageiro é impedido, em razão da superlotação. O dano pode ter como causa tanto uma desorganização da empresa de transporte aéreo na venda das passagens, quanto de um comportamento deliberado destas em vender mais passagens do que dispõe, contando com eventuais desistências ou remarcações.

A situação já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê no julgado abaixo:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATRASO DE VÔO (24 HORAS). EXCESSO DE LOTAÇÃO NO VÔO ("OVERBOOKING"). DANO MORAL. VALOR. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. CDC. PREVALÊNCIA.

I. Inobstante a infraestrutura dos modernos aeroportos ou a disponibilização de hotéis e transporte adequados, tal não se revela

suficiente para elidir o dano moral quando o atraso no vôo se configura excessivo, a gerar pesado desconforto e aflição ao passageiro, extrapolando a situação de mera vicissitude, plenamente suportável.

II. Diversamente do atraso de vôo decorrente de razões de segurança, que, ainda assim, quando muito longo, gera direito à indenização por danos morais, a prática de "overbooking", constituída pela venda de passagens além do limite da capacidade da aeronave, que é feita no interesse exclusivo da empresa aérea em detrimento do direito do consumidor, exige sanção pecuniária maior, sem contudo, chegar-se a excesso que venha a produzir enriquecimento sem causa.

III. Recurso especial em parte conhecido e parcialmente provido. (REsp 211.604/SC, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ 23/06/2003, p. 372)

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia também analisou a questão e se manifestou pela obrigação de indenizar da companhia aérea, independentemente da comprovação de culpa. Senão vejamos:

Classe: Apelação n.º 0000990-81.2010.8.05.0080

Foro de Origem: Foro de comarca Feira De Santana

Órgão: Terceira Câmara Cível

Relator(a): Des^a. Telma Laura Silva Britto

Apelante: American Airline Inc

Advogado: Tereza Cristina de Oliveira Carneiro (OAB: 18437/BA)

Apelado: Marcelo Oliveira Esquivel

Apelado: Claudia Reuter Esquivel

Advogado: Edvaldo Almeida Rodrigues (OAB: 9245/BA)

Advogado: Milena Araujo da Silva Santos (OAB: 27149/BA)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ATRASO DE VÔO INTERNACIONAL – DEFEITO NA AERONAVE – OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA CARACTERIZADA – APLICAÇÃO DA LEI CONSUMERISTA À HIPÓTESE – INDENIZAÇÃO DEVIDA – QUANTUM ARBITRADO MANTIDO – APELO IMPROVIDO.

Com base na teoria do risco do empreendimento, as empresas que exercem atividades no mercado de consumo respondem, independentemente de culpa, por quaisquer vícios ou defeitos dos bens ou serviços fornecidos. Tratando-se de prestação de serviços defeituosa, os atrasos de vôos e consequências deles decorrentes devem ser analisados à luz do Código de Defesa do Consumidor, em detrimento de Convenções Internacionais como as de Montreal e Varsóvia, porquanto o objetivo do legislador foi concentrar em um único diploma legal todas as relações contratuais e extracontratuais do mercado de consumo brasileiro.

A empresa aérea deve se responsabilizar pelos danos materiais e morais ocasionados aos passageiros. O quantum indenizatório há de ser fixado com observância dos limites da razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, não permitindo o enriquecimento ilícito dos passageiros nem o estímulo a outras condutas similares por parte das empresas aéreas. Verba indenizatória mantida. Apelo improvido.

A jurisprudência vem se manifestando, inclusive, pela aplicação da legislação interna em detrimento de direito externo, no caso de passagens aéreas internacionais. No caso, há o descumprimento do contrato de transporte aéreo e é aplicável o Código de Defesa do Consumidor. De acordo com a Anac, “O 'overbooking' é conduta enganosa e abusiva, sem nenhuma validade legal, face ao direito do consumidor”⁹².

4.1.4 Interrupção de sinal de TV por assinatura

Diz respeito à interrupção injustificada do sinal de TV por assinatura, afetando a transmissão. Na interrupção injustificada há a lesão ao consumidor visto que, em que pese o pagamento pela prestação do serviço, fica impedido de utilizá-lo.

A Anatel regulamentou a manutenção preventiva na sua Resolução nº 488/2007, que versa no artigo 7º:

Art. 7º As manutenções preventivas, ampliações da rede ou quaisquer alterações no sistema, que provocarem queda da qualidade dos sinais transmitidos ou a Interrupção do Serviço oferecido pelas Prestadoras, deverão ser realizadas, preferencialmente, em dias úteis e comunicadas aos Assinantes potencialmente afetados, informando a data e a duração da interrupção, com antecedência mínima de 3 (três) dias.

Assim, caso não haja a comunicação com antecedência mínima de três dias, deve-se presumir que a interrupção foi injustificada, o que gera o direito à reparação. Esta se fundamenta no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que a prestação dos serviços por concessionárias e permissionárias deve se dar de forma contínua.

Os precedentes abaixo reconheceram o direito à indenização em casos semelhantes, inclusive cabendo-lhes o desconto nas parcelas pagas pelo tempo da interrupção:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TV POR ASSINATURA. INTERRUPTÃO DO SINAL. DANO MORAL EXISTENTE.

92 ANAC. Nota Técnica nº 04. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/notaTecnica04.pdf>> Acesso em 02 de março de 2016.

I – Assiste ao consumidor o direito de reclamar em juízo a indenização por danos decorrentes da prestação deficiente do serviço de TV por assinatura, tendo como causa a interrupção do sinal.

II – Cabe à prestadora de serviço de TV por assinatura tomar as medidas necessárias para assegurar ao consumidor a prestação adequada e contínua dos seus serviços, evitando que fatores externos, interrompam o seu regular fornecimento.

III – Resta caracterizado o dano moral decorrente da suspensão do sinal de TV por assinatura, sem qualquer motivação.

IV – Sendo razoável o valor fixado na sentença a título de danos morais, deve o mesmo ser mantido.

(TJ-MA – EI: 0180812015 MA 0019788-27.2012.8.10.0001, Relator: JORGE RACHID MUBÁRACK MALUF, Data de Julgamento: 18/09/2015, PRIMEIRAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Publicação: 01/10/2015)

CONSUMIDOR. ASSINATURA TV. SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA. INDISPONIBILIDADE DO SINAL NOS SEIS PONTOS CONTRATADOS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES INICIAIS. PARTE RÉ REVEL. EFEITOS. OBRIGAÇÃO DA RÉ DE CUMPRIR COM O PACTUADO. DANO MORAL, PORÉM, NÃO CONFIGURADO. MULTA DIÁRIA ARBITRADA EM R\$ 100,00 POR DIA DE DESCUMPRIMENTO, LIMITADA A 15 DIAS.

1. Caso em que o autor afirma haver pactuado plano de TV por assinatura oferecido pela requerida e, apesar de efetuar regularmente os pagamentos das respectivas faturas, houve a interrupção do sinal em todos os seis pontos contratados, sem qualquer justificativa plausível por parte da ré, mesmo após reclamação junto ao Procon (fl. 24).

2. A despeito da revelia que se operou, a presunção que daí decorre é relativa e ao contrário do que sustenta o autor, não impõe, esta circunstância, a inversão, ipse iure, do ônus da prova, mormente no caso em lide quando não se vê agasalhada de verossimilhança a tese do autor no que toca aos danos morais. 2. O demandante refere ter contactado a ré diversas vezes, porém não teve solucionado o problema, o que inviabiliza a cobrança dos serviços referentes aos meses em que não prestado efetivamente o serviço. Determinação de restabelecimento imediato do sinal, consoante o contrato firmado, a ser realizado no prazo de 15 dias, sob pena de multa diária de R\$ 100, 00, limitada a 15 dias.

3. Dano moral não evidenciado, por tratar a hipótese de mero descumprimento contratual, que não afetou a esfera psicológica do demandante. Em que pese o transtorno eventualmente vivenciado, estes não transcendem ao mero dissabor decorrente da frustração contratual. Somente os fatos e acontecimentos capazes de romper com o equilíbrio psicológico do indivíduo, violando direitos da personalidade, com desconsideração da pessoa ou ofensa à sua dignidade devem ser considerados, sob pena de banalização e desvirtuamento deste instituto.

4. Aliás, conforme entendimento pacificado por este Colegiado e a teor do Enunciado nº 5 do Encontro dos Juizados Especiais Cíveis do Estado, de maio de 2005, em Gramado, o qual dispõe que "o descumprimento ou a má execução dos contratos só gera danos

morais de forma excepcional, quando violarem direitos da personalidade". RECURSO IMPROVIDO.

(TJ-RS - Recurso Cível: 71005420468 RS, Relator: Marta Borges Ortiz, Data de Julgamento: 23/04/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/04/2015)

Ademais, a Resolução nº 488/2007 da Anatel prevê, em seu artigo 6º, que o consumidor deve ser compensado proporcionalmente pela prestadora quando a interrupção superar 30 minutos no mês, considerando-se o período total de interrupção e o valor da assinatura. A compensação dar-se-á por abatimento na conta ou, caso cesse a prestação do serviço, mediante ressarcimento.

Em alguns casos, foi concedida, inclusive, a indenização por danos morais, em razão da interrupção do serviço. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. COBRANÇA INDEVIDA. REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. SUSPENSÃO DO SINAL DE TV POR ASSINATURA. CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

I - Provada a cobrança indevida de faturas pelo fornecedor do serviço de TV por assinatura, o consumidor tem direito à repetição em dobro do indébito. Precedentes do STJ.

II - **A indevida interrupção do sinal de serviço de TV por assinatura caracteriza dano moral, sobretudo porque a vítima é pessoa idosa que utiliza o serviço como sua principal fonte de lazer.**

III - Deve ser reduzido o quantum indenizatório que viola os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Apelação parcialmente provida.

(TJMA, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0054510 53.2013.8.10.0001, Rel. Jamil de Miranda Gedeon Neto, DJ. 11/11/2014).

A questão fundamental da demanda é verificar a existência dos danos causados ao consumidor, independente da culpa do fornecedor.

4.1.5 O frequente não reconhecimento do dano moral pelo Poder Judiciário

Observa-se que, em muitos casos, em que pese a evidente lesão a direitos do consumidor, inclusive, no âmbito extrapatrimonial, os tribunais pátrios ainda são tímidos quanto à fixação de indenização por dano moral. A não concessão desta reparação ou a concessão em valores baixos, considerando o dano sofrido, não servem como inibidores para a não repetição do comportamento.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, formatou tabela que indica parâmetros para fixação de dano moral em certos casos. É o que se vê:

Evento	2º Grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	R\$ 4,65 mil	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	R\$ 8 mil	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; resolvido pela garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes	R\$ 232,5 mil	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	R\$ 23,2 mil	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	R\$ 200 mil	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	R\$ 360 mil	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	R\$ 52 mil	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22,5 mil	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Fonte: CONJUR⁹³.

Observa-se que a condenação em danos morais ainda se dá em valores relativamente baixos, mesmo em casos graves, que envolvem direito à saúde, tal como na recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar.

Nos casos abaixo, possivelmente ocorreram danos eficientes, porém, não foi reconhecido o dano moral em função destes, nem mesmo em razão de sua função inibitória. É o que se vê:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA INDEVIDA POR SERVIÇO TELEFÔNICO. DANO MORAL. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A configuração do dano moral advindo de cobrança indevida de serviço de telefonia, sem corte do fornecimento ou inscrição em cadastro de inadimplentes, como no caso dos autos, depende de comprovação, providência inadmitida em Recurso Especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(STJ - AgRg no REsp: 1523754 RS 2015/0070370-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 18/06/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/08/2015)

93 CONJUR. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em 02 de março de 2016.

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE AÉREO. DEVER DE INFORMAÇÃO. FORMULÁRIO ESCRITO. INEXISTÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA AO TEMPO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. DANOS MORAIS COLETIVOS. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. É inviável o ajuizamento de ação civil pública para condenar certa companhia aérea a cumprir o dever de informar os passageiros acerca de atrasos e cancelamentos de vôos, seguindo forma única e detalhada, sem levar em conta a generalidade de casos e sem amparo em norma específica, apenas com suporte no dever geral de prestar informações contido no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

2. A condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em ultima ratio, seus valores primordiais. Assim, o reconhecimento de dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização, tornando-se, somente, mais um custo para as sociedades empresárias, a ser repassado aos consumidores.

3. No caso concreto, não restou configurada a grave ofensa à moralidade pública a ensejar o reconhecimento da ocorrência de dano moral coletivo.

4. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1303014 RS 2011/0185365-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 18/12/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2015)

No que se refere à divulgação de informação depreciativa sobre o consumidor de forma errônea, a jurisprudência já tem sedimentado tratar-se de dano *in re ipsa*, que é aquele vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos, prescindindo de prova. Vejamos os precedentes abaixo colacionados:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. DUPLICATA. SAQUE. CAUSA DEBENDI. AUSÊNCIA. REEXAME. SÚMULA N. 7 DO STJ. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL IN RE IPSA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não há que se confundir decisão contrária aos interesses da parte com decisão omissa ou contraditória, haja vista que o órgão julgador deve decidir apenas as questões imprescindíveis à solução da controvérsia.

2. Reformar a conclusão do Tribunal local no sentido de que a duplicata foi sacada sem causa que lhe desse suporte é intento que não dispensa o reexame de fatos, a encontrar o óbice de que trata o verbete n. 7 da Súmula desta Corte.

3. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que, "nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica" (REsp 1.059.663/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 17/12/2008).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 718.767/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 22/02/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL IN RE IPSA. VALOR DA INDENIZAÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte firmou o entendimento de que é razoável o valor do dano moral fixado em valor equivalente a até 50 salários mínimos para os casos de inscrição inadvertida em cadastros de inadimplentes, devolução indevida de cheques, protesto incabível e outras situações assemelhadas. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 796.500/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015)

Trata-se, portanto, de importante evolução jurisprudencial para a proteção do consumidor.

4.2 A releitura do aspecto preventivo da responsabilidade civil

A análise econômica do Direito, historicamente, teve por foco, em grande parte, a questão da responsabilidade civil. Procurou-se estudar a distribuição de riscos, a ideia de culpa, e a eficiência da imputação de indenização na prevenção de ocorrência de danos futuros. É o que se evidencia, principalmente, na obra de Guido Calabresi.

De acordo com a ciência econômica, a função das regras de responsabilidade deve ser a de influenciar no comportamento futuro. Neste ponto se insere o direito, com o objetivo de apresentar padrões de comportamento, buscando influenciar a atuação das pessoas na sociedade. Pretende-se, assim, dissuadir comportamentos que possam causar acidentes.

A análise econômica do direito objetiva reanalisar os conceitos e institutos jurídicos, a fim de atualizá-los. Por meio desta técnica, obtém-se uma melhor previsão das consequências de uma norma e da sua eficácia na sociedade.

Então, propõe-se aqui, também, uma releitura do conceito de responsabilidade civil, que, em que pese seja um instituto tradicionalmente voltado para a reparação de danos, tem uma importante função preventiva, à qual, muitas vezes, é atribuído papel secundário. Pretende-se uma exaltação dessa função à

vista dos princípios da prevenção, que consigna a proteção contra riscos já conhecidos, e da precaução, que visa à proteção contra danos potenciais.

Sobre o tema, Thais Goveia Pascoaloto Venturi⁹⁴ ensina que:

Não se trata, por evidente, de negar ou mesmo diminuir a tradicional função reparatória do instituto, imprescindível e de extrema utilidade à recomposição dos danos provocados pela violação dos direitos. Trata-se, por outro lado, de redimensionar o Direito da responsabilidade civil, fazendo-o incidir também para a proteção da integralidade dos direitos, vale dizer, para a prevenção contra a sua violação e possível produção de danos.

É preciso ter a consciência de que a eficiência de um sistema de responsabilidade não se mede apenas pela sua capacidade de reparação dos danos, por meio de indenizações, mas, também, pela sua aptidão para precavê-los. Assim, há a tentativa de demonstrar que a responsabilidade civil também deve estar comprometida com a tutela inibitória, “[...] que não pode nem deve existir tão somente no campo do processo e da tutela jurisdicional”⁹⁵.

O problema se evidencia no fato de que, muitas vezes, ainda que o consumidor seja indenizado pelo dano sofrido, continua a mercê das práticas abusivas. Existem pequenos danos que insistem em se repetir, seja em razão da falta de investimentos destinados a preveni-los, seja em razão de um comportamento deliberado do fornecedor, que percebe que, economicamente, vale mais a pena ressarcir do que prevenir.

É nesse sentido que se busca, na análise econômica do direito, a construção de instrumentos hábeis a uma internalização preventiva. Mais uma vez, Thais Goveia Pascoaloto Venturi⁹⁶ explica:

O que parece certo, contudo, é o fato de que todos os referidos assuntos relacionados com o Direito da responsabilidade civil são enfrentados pela doutrina da *Law and Economics* a partir de uma premissa lógica e racional segundo a qual a prevenção dos danos deve ocupar o lugar central de qualquer sistema de direitos.

A relação consumerista deve ser pautada nos princípios de cooperação, solidariedade e boa-fé. Isso se evidencia no dever de prevenção. Por isto, é que “[...]”

⁹⁴ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=thais%20pascoaloto%20venturi>> Acesso em 01 de março de 2016.

⁹⁵ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

⁹⁶ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

percebe-se a imprescindível necessidade de reconstrução das formas de correlacionamento social, o que demanda respostas adequadas e intrinsecamente compartilhadas por parte dos diversos ordenamentos jurídicos comunitários”.

A proposta aqui trazida é a priorização da prevenção sobre a reparação dos danos.

Por outro turno, comumente se discorre sobre dificuldade da reparação de danos extrapatrimoniais. A fixação de um *quantum* reparatório é tratada como obstáculo para a indenização. Tem-se a visão de que a proteção destes não se compatibiliza com uma visão estritamente econômica. É nesse sentido que Thais Goveia Pascoaloto Venturi⁹⁷ versa:

Compreender-se a incidência do sistema de responsabilidade civil por um viés preventivo parece ainda mais necessário e oportuno na medida em que se constata que grande parte dos direitos mais caros aos seres humanos (dentre os quais, os próprios direitos fundamentais, derivados ou não dos atributos da personalidade, e os direitos difusos e coletivos), caracteriza-se pela nota da extrapatrimonialidade, não comportando solução repressiva satisfatória.

São buscados, com análise econômica do direito, “[...] novos modelos de regulação social que se apresentem aptos a concretizar os valores constitucionais do Estado Social de Direito”⁹⁸. Se a clássica visão da responsabilidade civil, focada na sua função indenizatória, não traz soluções eficazes contra os danos de caráter extrapatrimonial, talvez, por meio do viés econômico, priorizando a função preventiva, sejam obtidos melhores resultados. É nesse sentido que se recorre, mais uma vez, às lições de Thais Goveia Pascoaloto Venturi⁹⁹:

Assim, a pretendida internalização da prevenção como núcleo fundante da responsabilidade, ao lado da reparação, representa tentativa de aprimorar o sistema de justiça para que consiga oferecer respostas mais apropriadas para a proteção dos direitos fundamentais correlatos aos direitos da personalidade e aos interesses coletivos em sentido amplo, a cada dia mais ameaçados diante do caráter muitas vezes irreversível dos danos causados, o que aponta para a evidente insuficiência do ressarcimento.

Portanto, a mudança de paradigma, priorizando a função preventiva sobre a reparatória, é destacada pela análise econômica do direito como necessária para se alcançar os benefícios sociais esperados.

⁹⁷ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

⁹⁸ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

⁹⁹ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

Guido Calabresi, em sua doutrina, aponta cinco fundamentos para o emprego de meios de prevenção no sistema de responsabilidade civil, quais sejam: a) a ignorância dos particulares a respeito do que mais lhes convém; b) os custos de acidentes não reduzíveis a dinheiro; c) os juízos morais envolvidos; d) as limitações intrínsecas à teoria da repartição dos recursos e; e) a necessidade de a prevenção influenciar, eficazmente, sobre certas atividades e atos.

Para exemplificar as medidas adotadas em outros países a fim de promover a função preventiva, destacam-se as chamadas despesas preventivas, técnica adotada no direito europeu. Trata-se da possibilidade de o próprio titular do direito ameaçado agir, por meio de diversas formas de autotutela, para a preservação integral do seu direito¹⁰⁰.

Haveria uma primeira preocupação em evitar o dano, de modo que o próprio particular exerceria ações para tanto. Em segundo momento, seria buscada a tutela jurisdicional para garantir o ressarcimento, o qual englobaria, também as despesas geradas com a autodefesa.

No entanto, o que se observa é que nem todas as situações danosas comportam a atuação do consumidor como pessoa capaz de evitá-las, notadamente em razão da sua hipossuficiência técnica e econômica frente ao fornecedor. Por isso, questiona-se a eficiência do instituto.

Outro mecanismo seria a majoração das indenizações referentes a danos extrapatrimoniais. É o que se chama da aplicação de danos exemplares, uma importação da doutrina americana dos *punitive damages*.

A técnica se fundamenta na concessão de indenizações que superem os danos do caso concreto, porém não no conjunto de casos similares, gerando assim um estímulo à prevenção em razão do alto valor da indenização. Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler conceituam os *punitive damages*¹⁰¹:

Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessária à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplariedade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da

¹⁰⁰ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*. R. CEJ Brasília, nº 28, jan. mar/2005, p. 16. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em 01 de março de 2016.

indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.

Há a inserção de um caráter punitivo-pedagógico nas indenizações por danos extrapatrimoniais ou mesmo por danos patrimoniais. A função de prevenção se destaca pelo agravamento da indenização. Pelas lições de Paula Meira Lourenço, cabe uma diferenciação entre os *exemplary damages* e os *punitive damages*, visto que, aqueles possuem uma “[...] conotação social e preventiva da indenização punitiva. Assim sendo, seria mais adequado conceber as *exemplary damages* como uma subcategoria das *punitive damages*”¹⁰².

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler¹⁰³ relacionam os *punitive damages* com o dano eficiente e explicam:

Daí a razão pela qual as características funcionais dos *punitive damages* (a punição e a exemplaridade) têm atraído os estudiosos, insatisfeitos com a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual [...]. Muitas empresas em escala massiva amparam a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de raciocínio por custo/benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga aos indivíduos que ingressam em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos.

Nos Estados Unidos, a técnica vem sendo aplicada não apenas em situações nas quais se evidencia culpa do causador do dano, mas também em casos de responsabilidade objetiva.

A tentativa de prevenção por meio de *punitive damages*, costuma ser justificada pela doutrina da análise econômica do direito como forma de viabilizar efetividade e eficácia ao direito da responsabilidade civil. É o que destaca Nuno Garoupa, citado por Thais Goveia Pascoaloto Venturi¹⁰⁴:

A visão mais tradicional da responsabilidade civil tem como preocupação primordial a compensação das vítimas. Esta visão é oposta à perspectiva econômica. Não só a compensação das vítimas pode ser assegurada por sistemas alternativos mais eficientes, como pode não ter o impacto necessário para assegurar uma redução significativa do número de acidentes. Daí que a análise econômica defenda a separação formal entre a indemnização a receber e a indemnização a pagar (decoupling liability) por forma a que ambas as partes, causador e vítima, tenham um comportamento eficiente. A diferença entre a indemnização a pagar e a indemnização a receber

¹⁰² LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Coimbra Editora, v. XLIII, n. ° 2, 2002, p. 1080.

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. Cit.*

¹⁰⁴ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

pode ser justificada pela imposição de uma indenização punitiva (*punitive damages*) ou de uma indenização ao Estado (*state awards*).

A Suprema Corte dos Estados Unidos fixou alguns requisitos para que possam ser aplicados os *punitive damages*, tendo sedimentado também alguns pressupostos quanto à sua quantificação. Nesse sentido, Mark Geistfeld, citado por Thais Goveia Pascoaloto Venturi¹⁰⁵, explica:

A Suprema Corte norte-americana tem entendido que os demandados são protegidos contra as excessivamente altas indenizações punitivas por via da cláusula constitucional do devido processo. Para determinar quando uma indenização punitiva satisfaria o devido processo legal, os juízes devem avaliar o demandado sob três fatores: o grau de censurabilidade da conduta do réu, (2) a disparidade entre o real ou potencial dano suportado pelo autor e a indenização punitiva, e (3) a diferença entre a indenização punitiva atribuída pelo júri e as sanções civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Em que pese já poder ser observada uma aplicação desta teoria no Brasil, por meio das decisões judiciais, esta ainda carece de regulamentação. Alerta-se que a importação precipitada pode causar ofensas ao devido processo legal.

Por seu turno, as multas civis também podem ser uma alternativa para a prevenção material de danos. Há quem as caracterize como uma transposição adaptada do modelo das *punitive damages* para o sistema de justiça brasileiro.

Para Thais Goveia Pascoaloto Venturi¹⁰⁶, não se trata de implementar um sistema de multas civis aplicáveis aleatoriamente, em quaisquer hipóteses e em favor dos autores das ações civis, “[...] o que certamente conduziria à mesma mercantilização judicial já há muito denunciada no sistema norte-americano, precisamente por conta da aplicação das *punitive damages*”. Pretende-se, entretanto, reverter a imputação das multas em prol de toda a sociedade, por via de fundos reparatórios.

Assim, Thais Goveia Pascoaloto Venturi¹⁰⁷ leciona que:

Seja como for, o tema relativo à implementação das multas civis força a própria discussão a respeito dos caminhos que deseja trilhar o direito de responsabilidade civil no Brasil. Se, como tudo leva a crer, pretende funcionalizar-se com o objetivo de prestar a mais adequada e eficaz proteção dos direitos, necessariamente não pode

¹⁰⁵ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

¹⁰⁶ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

¹⁰⁷ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

prescindir da função punitivo-pedagógica, que pode ser implementada pela punição civil desatrelada da sanção indenizatória.

Em que pese as críticas sobre a aplicação de multa civil sejam no sentido de estas se configurarem como um mecanismo de “ameaçar punir ou punir para prevenir”, o que deve se pretender, em verdade, é concretizar o ideal de “prevenir para não precisar punir”.

Os exemplos citados tratam-se, portanto, de tutelas inibitórias materiais, para além da busca da reparação do dano pela via judicial.

A responsabilidade civil é, para a análise econômica do direito, um sistema de incentivos. No entanto, se o paradigma tradicional elevava a função de compensação de danos, “[...] a análise econômica adota o paradigma da *eficiência social*, vale dizer, verifica a prestabilidade do respectivo sistema para induzir adequados incentivos tanto para o agressor como para a vítima”¹⁰⁸. Objetiva, assim, evitar a repetição de danos ou internalizá-los da maneira mais eficiente do ponto de vista econômico e social.

De fato, através da análise do custo/benefício, a ciência econômica busca evidenciar vantagens e desvantagens da negligência. Funda-se na racionalidade econômica preventiva, voltada à averiguação de quem poderia evitar os danos a um menor custo. Por isso, a reparação funcionaria como a reconstituição de um acordo hipotético, por motivos de eficiência econômica e promovendo fins distributivos.

Porém, não se deve entender que o objetivo de uma revisão da responsabilidade civil seja meramente a viabilização da maior eficiência econômica, correlacionando-se tão somente com os custos/benefícios inferidos a partir de uma análise calculista a respeito dos deveres de cuidado. É preciso atentar para os seus efeitos na sociedade.

Conclui-se, então, que é imprescindível a atuação do Estado na fixação de responsabilidade no âmbito consumerista, a fim de evitar a ocorrência destes danos pequenos, porém, repetitivos. A função de fiscalização e expedição de normas reguladoras ficaria a cargo das agências reguladoras, conforme explicitado acima. Evidente, portanto, a importância destas no cenário consumerista para expedir normas de segurança e qualidade.

¹⁰⁸ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

O objetivo do direito regulatório é induzir a prevenção de danos, gerando um nível de qualidade e segurança que se considere apropriado e, conseqüentemente, maximizar o bem-estar social.

No entanto, o que tem se verificado na prática é que a mera utilização de sanções repressivas não é eficaz para a prevenção do dano. São necessários novos mecanismos capazes de induzir a prevenção e dissuadir a sua repetição.

Entende-se que a forma mais eficiente de induzir comportamentos preventivos seria estabelecendo formas de “ressarcir” as despesas de prevenção. Deste modo, seria evitada a análise do custo/benefício entre pagar a indenização ou investir na prevenção.

Um modo de estabelecer um retorno ao fornecedor que se empenha em prevenir seria a criação de rankings de bons prestadores. Da mesma forma que existem cadastros positivos para consumidores, poderiam ser criados para os fornecedores.

Por meio do fornecimento de informações sobre a boa prestação do serviço ou correta disponibilização do produto, haveria um reconhecimento daquele fornecedor, construindo-lhe uma boa imagem. O cadastro positivo serviria de instrumento para atrair mais consumidores, conseqüentemente, gerando mais lucros para o fornecedor.

As agências reguladoras e órgãos de proteção ao consumidor poderiam se incumbir da criação desses rankings, visto que são dotados de conhecimento técnico capaz de avaliar essa disponibilização no mercado.

Assim, a proposta estaria inserida no grupo das sanções retributivas ou sanções premiaias, que consistem em benefícios para quem cumpre o comando contido em determinada norma. “Isto é, a concessão de um prêmio tem o condão de aprovação daquela conduta”¹⁰⁹.

Demonstrada a necessidade de atualização do conceito de responsabilidade civil e os seus aspectos, pretendeu-se sugerir novas formas de elevar a sua função preventiva, o que se tornou necessário com o crescimento do consumo de massa no contexto da sociedade atual.

¹⁰⁹ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Seguindo uma tendência global, a atual conjuntura demonstra que a sociedade brasileira caminha para se caracterizar como uma sociedade de consumo. Isso acontece quando há um consumo massivo de bens e serviços, em razão da elevada produção destes, consequência do aumento do desenvolvimento industrial. O avanço da tecnologia permitiu uma recente inserção de novos produtos e serviços no mercado.
2. No entanto, muitos fornecedores não conseguiram fazer com que a qualidade do produto ou serviço disponibilizado acompanhasse o ritmo de crescimento da demanda. Surgiram diversos problemas no fornecimento, seja no aspecto contratual ou extracontratual.
3. Surgiram as chamadas demandas de massa, que são demandas judiciais idênticas, que buscam discutir violações repetitivas e recorrentes a direitos, levando a soluções já consolidadas pelos julgadores, causando um abarrotamento do Judiciário.
4. Além de uma questão de ineficiência, alguns desses problemas no fornecimento são “programados”. Em razão de as demandas serem repetitivas, observa-se que os fornecedores de produtos e serviços já conseguem prever, inclusive, o valor de eventuais condenações judiciais pelas falhas na disponibilização dos produtos e serviços que se propõem. Estas, não raro, não consideram o caráter pedagógico e desestimulante da indenização a ser aplicada, sendo fixadas em quantias irrisórias.
5. Então, há de certa forma, um incentivo para que os fornecedores não custeiem gastos de prevenção do dano, preferindo serem eventualmente declarados judicialmente responsáveis nestes processos cuja condenação é de pequena monta.
6. O dano eficiente é aquele que aconteceu, porém quem o sofreu não pleiteou ressarcimento e por isso não foi indenizado. Houve o dano, mas não houve a

condenação em repará-lo. Nestes casos é mais compensador para a empresa correr o risco de pagar as eventuais indenizações do que prevenir a sua ocorrência.

7. A sociedade de consumo de massas dá causa à possibilidade de danos de massa. Por isso, tornou-se necessária maior regulamentação.
8. São direitos básicos do consumidor os direitos à informação, à prevenção e à reparação de danos.
9. A teoria da qualidade surgiu para regradar o fornecimento de produtos e serviços.
10. A teoria da qualidade tem a ver, por um lado, com o desempenho dos produtos e serviços, ou seja, com o cumprimento de sua finalidade em acordo com a expectativa legítima do consumidor. De outro lado, manifesta-se com um caráter de durabilidade, isto é, a garantia de que o produto ou serviço não perderá, total ou parcialmente, de forma prematura, sua utilidade, também em sintonia com a expectativa legítima do consumidor.
11. O CDC adotou a teoria da qualidade e instituiu que existem dois âmbitos de proteção ao direito do consumidor. O primeiro se preocupa com a sua incolumidade físico-psíquica, visando a resguardar a saúde e a segurança. A outra, se refere à garantia da incolumidade econômica do consumidor, em face de incidentes capazes de afetar o seu patrimônio.
12. A proteção da confiança é a base da responsabilidade no direito do consumidor.
13. O Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade solidária entre todos os fornecedores que integram a cadeia de produção e comercialização do produto.
14. Em regra, a responsabilidade civil do fornecedor é objetiva, excepcionados os casos dos profissionais liberais, que serão responsabilizados mediante a verificação de culpa.

15. Os processos produtivos demandam gastos. A disponibilização de produtos e serviços no mercado exige custos de pesquisa, produção, seguro e transporte.
16. Com a produção e o consumo em massa, houve uma tentativa de diminuir os custos de produção, em consequência, o que se observou foi um aumento da disponibilização ao consumidor de produtos e serviços com qualidade inferior à desejada.
17. O dano eficiente caracteriza-se pelo fato de alguns fornecedores de produtos e serviços conseguirem estipular, provisionar e, com isso, prever qual o dano em que, eventualmente, incorrerão em suas relações consumeristas, inclusive qual o estágio e montante das eventuais condenações judiciais.
18. A teoria da análise econômica propõe uma releitura do direito. Estuda a ordem jurídica a partir das interações ocorridas na sociedade. Pretende retomar a razão de ser das instituições jurídicas, visando a conceituá-las e atualizá-las.
19. O ônus financeiro estimula as pessoas a analisarem em que medida esse custo poderia ser evitado ou reduzido.
20. Assim, a responsabilidade tem dois objetivos, quais sejam: a dissuasão daquele comportamento danoso e a indenização. Sobre os que desprezam a função preventiva recai a função reparatória.
21. Quando se pensa no dano eficiente pela ótica econômica, é como se o custo de transação estivesse considerado no custo de produção.
22. Notou-se que a função reparadora não tem sido mais tão eficiente para evitar o dano. Necessário, portanto, um reforço no âmbito preventivo.
23. Com o crescimento do consumo de massa e do aumento da produção de bens e serviços com a ajuda da tecnologia, multiplicaram-se, também, as reclamações nos Procons e órgãos de defesa do consumidor de todo o país.

24. De acordo com a ciência econômica, a função das regras de responsabilidade deve ser a de influenciar no comportamento futuro. Neste ponto se insere o direito, com o objetivo de apresentar padrões de comportamento, buscando influenciar a atuação das pessoas na sociedade. Pretende-se, assim, dissuadir comportamentos que possam causar acidentes.
25. Então, propõe-se aqui, também, uma releitura do conceito de responsabilidade civil, que, em que pese seja um instituto tradicionalmente voltado para a reparação de danos, tem uma importante função preventiva, à qual, muitas vezes, é atribuído papel secundário. Pretende-se uma exaltação dessa função à vista dos princípios da prevenção, que consigna a proteção contra riscos já conhecidos, e da precaução, que visa à proteção contra danos potenciais.
26. A proposta aqui trazida é a priorização da prevenção sobre a reparação dos danos.
27. É de grande importância o papel das agências reguladoras na expedição de normas que estabeleçam padrões de qualidade no fornecimento de produtos e serviços.
28. Propõe-se a utilização dos chamados “danos exemplares”, inspirados na doutrina americana dos *punitive damages*.
29. Propõe-se, ainda, a utilização de sanções premiaias, como a criação de ranking de bons prestadores, visando a “recompensar” custos de prevenção.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHACUR, Demetrius Ferreira. Guido Calabresi: princípio da precaução aplicado à responsabilidade civil ambiental. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6d65b5ac1f4ec80b>>. Acesso em 13 de março de 2016

CORRÊA, Camila Braga. Os pequenos danos, as pequenas indenizações e os grandes impérios - as facetas do dano eficiente: um olhar sobre a aplicação da restituição em dobro prevista no artigo 42, parágrafo único, do código de defesa do consumidor. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4e5046fc8d6a97d1>>. Acesso em 11 de março de 2016.

Declaração da Rio/92 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em 12 de março de 2016.

EFING, Antônio Carlos. *Agências reguladoras e proteção do consumidor brasileiro*. Curitiba Juruá, 2009, p. 61.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil*. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <http://ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/acessoainternet2013/default_xls_2013.shtm>. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. *A FELICIDADE PARADOXAL: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo, Companhia das Letras, 2007. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/interlegere/05/pdf/le01.pdf>>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Coimbra Editora, v. XLIII, n. ° 2, 2002.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)*. R. CEJ Brasília, nº 28, jan. mar/2005, p. 16. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em 01 de março de 2016.

MATTOS, José Geraldo. *Sistema de apropriação de custos do Hospital Universitário da UFSC: um diagnóstico da situação atual*. Curso de Especialização em Gestão Hospitalar. UFSC, Florianópolis, 1998.

MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/analise-economica-da-responsabilidade-civil/11269>>. Acesso em 01 de março de 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, Igor de Souza Mercêdo; MOREIRA, Ivan de Souza Mercêdo. *Dano eficiente: uma visão da crise da telefonia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161695,81042-Dano+eficiente+uma+visao+da+crise+da+telefonia+no+Brasil>>. Acesso em 01 de março de 2016.

NOGUEIRA, Adelmo de Oliveira; SINIGOJ, Dario Eduardo. *Custos da qualidade*. Disponível em: <http://www.techoje.com.br/site/techoje/categoria/detalhe_artigo/280>. Acesso em 12 de dezembro de 2015.

PERIN JUNIOR, Ecio. *A globalização e o direito do consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*. Barueri: Manole, 2003.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino. *Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/126/118>>. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

PORTO, Antônio José Maristrello. *Análise Econômica do Direito (AED)*. Disponível em: <http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em 21 de dezembro de 2015.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *O dia mundial dos direitos do consumidor e os 50 anos do discurso de John Kennedy*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI151800,71043-O+dia+mundial+dos+direitos+do+consumidor+e+os+50+anos+do+discurso+de>>. Acesso em 11 de janeiro de 2016.

SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. *O dano social e as funções punitiva e social da responsabilidade civil*. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/29870/1/O%20dano%20social%20e%20as%20funcoes%20punitiva%20e%20social.pdf>>. Acessado em 01 de março de 2016.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=thais%20pascoaloto%20venturi>> Acesso em 01 de março de 2016.

ZANON, Joana Silvestrin. *Direito e economia: estudo sobre os incentivos criados pelo direito consumidor de serviços bancários*. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54452/000854067.pdf?sequence=1>> Acesso em 20 de dezembro de 2015.