

OS JUIZADOS ESPECIAIS POR UMA PERSPECTIVA VIA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE SPECIAL COURTS FROM A PERSPECTIVE VIA ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Henrique Avelino Lana

Doutor, Mestre, Especialista e Graduado em Direito pela PUC/MG. Sócio do escritório Moreira do Patrocínio & Avelino Lana Advogados (MP&AL). Foi professor nos cursos de graduação em Direito, Administração, Economia e Contabilidade da UFMG. Professor nos cursos de Direito, Administração, Contabilidade e Ciências Atuariais da PUC/MG. Professor nos cursos de Direito da Faculdade Pitágoras de BH/MG e da Fead/MG. Professor nos cursos de Direito, Administração, Contabilidade, Economia, Gestão Financeira, Logística, Gestão Pública, Gestão da Qualidade, Processos Gerenciais, Gestão Comercial e Marketing do Centro Universitário UNA. Professor na Pós-Graduação em Direito do Centro de Estudos em Direito Internacional (Cedin), na Pós-Graduação da Faculdade Estácio de Sá em BH/MG, na Pós-Graduação da Universidade de Vila Velha/ES e na Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas da Fevale/MG.

Diretor e orientador do Instituto de Investigação Científica, Constituição e Processo (IICCP), vinculado à PUC Minas. Membro da Comissão Especial de Direito Societário da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/MG). Membro Associado da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi). Pesquisador e Orientador do Grupo de Pesquisa Empresa, Direito e Desenvolvimento Social, vinculado ao Centro Universitário UNA. Membro do Núcleo Acadêmico de Pesquisa (NAP) da PUC/MG.

E-mail: henrique@mpaladvogados.com.br

Sumário: 1 Introdução; 2 Um pouco sobre os Juizados Especiais Cíveis; 3 Algumas reflexões sobre as relações de consumo; 4 Da Análise Econômica do Direito (AED - *Law and Economics*); 5 Contratos de consumo e a Análise Econômica; 6 Dano eficiente; 7 Repercussão econômica das decisões nas relações de consumo; 8 As relações de consumo e suas novas perspectivas; 9 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 A little on the Special Civil Courts; 3 Some reflections on the consumer relations; 4 The Economic Analysis of Law (AED - *Law and Economics*); 5 Consumer contracts and the economic analysis; 6 Efficient damage; 7 Economic impact of decisions in consumer relations; 8 Consumer relations and their new perspectives; 9 Final considerations; References.

Resumo: Inicialmente tecem-se considerações sobre os Juizados Especiais Cíveis e as relações consumeristas nele em trâmite. Em seguida, aborda-se o instituto da Análise Econômica do Direito e seu aspecto histórico evolutivo. Posteriormente invocam-se premissas e ferramentas metodológicas afetas à Análise Econômica do Direito, essenciais à presente reflexão. Ao final, conclui-se que, de fato, surge a figura do *dano eficiente*, pois mostra-se mais vantajoso, em termos econômicos, ao produtor e fornecedor de serviços, sofrer o dano, do que investir em prevenção do defeito ou vício de seu produto ou serviço.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito (AED). Direito do Consumidor. Dano Eficiente. Juizados Especiais Cíveis.

Abstract: Initially, consideration of the Special Civil Courts and the consumerist's relationships in progress in it are made. Then the Office of Economic Analysis of Law and its evolutionary historical aspect are addressed. Subsequently, assumptions and methodological tools related to the Economic Analysis of Law, essential to this reflection, are invoked. In the end, it is concluded that, in fact, the figure of efficient damage emerges, because it seems more advantageous, in economic terms, to producer and service provider, suffer damage, than investing in prevention of the defect or addiction of their product or service.

Keywords: Economic Analysis of Law (AED). Consumer Law. Efficient damage. Special Civil Courts.

1 Introdução

Fabricantes e fornecedores de bens e serviços, nas relações com consumidores, devem tomar decisões eficientes visando à maximização de seus resultados superavitários, impondo-se, portanto, para que se mantenham ativos em mercados competitivos, sejam considerados os custos necessários ao aperfeiçoamento de seus processos produtivos.

Nesse contexto, podem surgir algumas indagações. Afinal, na prestação de serviços ou na produção e venda de bens em favor de um grande número de consumidores, constatada a falha no processo produtivo, quais fatores e circunstâncias devem ser sopesados em busca da decisão mais adequada? Como a preocupação com a reputação que o empresário possui perante o mercado pode interferir nessa tomada de decisão? A condição de consumidor impede, de fato, que pessoas consideradas sempre hipossuficientes adotem condutas oportunistas que violem a boa-fé contratual e ocasionem vantagens desproporcionais?

Sem pretender esgotar o tema, mas contribuir para a problematização e conseqüente reflexão sobre a matéria, abordaram-se neste texto os efeitos das decisões judiciais e a eficiência da atividade econômica envolvendo as relações de consumo.

Após o enfrentamento das principais características dos procedimentos instaurados nos juizados especiais, examinou-se a evolução da Análise Econômica do Direito, seus critérios de eficiência alocativa de recursos, bem como a ideia de dano eficiente. Ao final, buscou-se identificar a parcela de contribuição que cada agente do mercado, os consumidores e o Judiciário podem oferecer para o aperfeiçoamento das relações consumeristas, sempre pela ótica jurídica e de suas repercussões econômicas.

2 Um pouco sobre os Juizados especiais cíveis

É notório que clama a sociedade brasileira em geral por mais efetividade processual e acesso à justiça. Buscam os brasileiros, cada vez mais, crer que a justiça está, de fato, ao seu lado, protegendo-os.

Sabe-se que os debates sobre a efetividade processual e o acesso à justiça têm produzido relevantes reflexões nos tempos atuais, e da proposta neles suscitada de irrestrito acesso à justiça emanou a ideia de criação dos Juizados Especiais. Esses se revelam tribunais especiais destinados às pessoas comuns para garantir direitos de baixo caráter econômico-monetário.

Objetiva-se, com os Juizados Especiais, superar os obstáculos opostos ao pleno e igualitário acesso de todos os brasileiros à justiça, decorrentes do alto valor das custas processuais, das despesas com honorários advocatícios, da condenação em sucumbência, da existência de vários recursos e, também, da morosidade afeta ao procedimento ordinário da justiça comum.

Nesse panorama, surgem os Juizados Especiais Cíveis, criados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Trata-se de justiça especial, por ser diferente da dita Justiça Comum regida pelo hodierno Código de Processo Civil. É facultativa, pois o autor pode “optar” por ela, desde que se sujeite às suas regras e princípios, tais como a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual, a celeridade e a limitação quanto a recursos.

Conforme enumera o art. 3º da Lei nº 9.099/95, o Juizado Especial tem competência para conciliar, processar e julgar: a) as causas que não excedam 40 salários-mínimos; b) as enumeradas no art. 275, II, do CPC, que correspondem a: b.1) arrendamento rural e de parceria agrícola; b.2) cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio; b.3) ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico; b.4) ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre; b.5)

cobrança de seguro, quanto aos danos causados em acidente de veículo, exceto nos casos de execução; b.6) cobrança de honorários de profissionais liberais, salvo o disposto em legislação especial; b.7) todos os demais casos previstos em lei; c) a ação de despejo para uso próprio; d) as ações possessórias sobre bens imóveis até o limite de 40 salários-mínimos.

Como se vê, o leque de opções que se abre ao cidadão demonstra claramente o propósito da lei em discussão: atender às lides em que o valor econômico discutido seja menor, de forma célere e para “desafogar” a Justiça Comum. Essas particularidades transformam o Juizado Especial em uma espécie de protetor dos mais humildes, depositários de sua confiança.

Nessa senda, para que esse objetivo fosse alcançado com a profundidade e a eficiência necessárias, não bastaria a criação e a dotação dos Juizados Especiais de competência específica, seria necessário também que sua atuação fosse marcada por agilidade e rapidez, conjuntamente com a seriedade a ser mantida pelo Poder Judiciário brasileiro no tratamento das questões que lhe são submetidas para apreciação. Nesse sentido, como se sabe, os Juizados Especiais são regidos pelos princípios basilares da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, tendo como meta, sempre, a conciliação ou a transação.

Por ora, não se possui como intenção máxima abordar percucientemente os princípios, normas e procedimentos que regem os Juizados Especiais. Todavia, para melhor compreensão do raciocínio que se pretende expor ao longo deste trabalho, tecem-se algumas observações acerca dos primeiros. Avance-se nesse sentido.

Pelo princípio da oralidade busca-se a simplificação e a celeridade dos procedimentos, abrangendo desde a apresentação do pedido inicial até a fase de execução dos julgados. São reduzidos à forma escrita apenas os atos essenciais, a exemplo da própria audiência para tentativa de conciliação, a qual é reduzida a termo (forma escrita).

Pelos princípios da simplicidade e da informalidade pretende-se solucionar o litígio, não importando a forma adotada para a prática dos atos processuais, desde que atinjam a sua finalidade e não gerem qualquer tipo de prejuízo. Exemplo: é válida a citação postal da pessoa jurídica pela simples entrega da correspondência ao funcionário da recepção, enquanto pela regra comum do Código do Processo Civil (CPC), a princípio, somente seria válida quando entregue à pessoa específica, com poderes de gerência ou administração da pessoa jurídica.

Busca o princípio da economia processual obter o máximo de rendimento e eficácia da lei, mediante a prática do mínimo de atos processuais. Relaciona-se diretamente ao princípio da celeridade. Exemplo de tal contexto é a possibilidade de acumulação de pretensões conexas em um só processo, ou até mesmo de antecipação do julgamento de mérito, quando não houver necessidade de produção de provas orais em audiência.

Cabe frisar que a implementação do princípio da celeridade é, de fato, o desafio maior dos Juizados Especiais, eis que surgiram exatamente para aproximar a Justiça da população e desafogar as varas cíveis comuns, apreciando as pretensões com rapidez, seriedade e, acima de tudo, preservando as garantias constitucionais do devido processo legal.

Por fim, insta mencionar que há a meta de que ocorra, num primeiro momento, a conciliação ou a transação. Essas são oportunidades oferecidas às partes litigantes para tentarem resolver suas pretensões antes da sentença judicial final, em geral mediante concessões mútuas. Nesse contexto, obviamente, estão inseridos os milhares de processos judiciais, em trâmite nos Juizados Especiais Cíveis, que tratam das relações de consumo, pelos quais se reclamam indenizações por danos morais, materiais ou reexecução de serviços defeituosos.

Verifica-se que a imensa maioria das reclamações consumeristas existentes, tratam de processos cujo valor monetário envolvido não ultrapassa os 40 salários mínimos previstos no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 9.099/95.

Trata-se também, via de regra, de rotineiras reclamações judiciais, já sabidamente conhecidas, tais como as relativas aos serviços de telefonia mal prestados, às inscrições indevidas dos nomes dos consumidores nos órgãos de restrição de crédito (SPC e Serasa), ao não reconhecimento pelo fabricante/fornecedor de seu dever de reparar os serviços ou produtos, aos extravios de bagagem aérea, entre outras.

De fato, por isso dissemina-se entre a população o conhecimento acerca de seus direitos do consumidor, pois comumente os leigos passam a ter ciência de algum parente, vizinho, colega de trabalho, entre outros conhecidos, que, ao ingressar no Juizado Especial Cível (Relações de Consumo) em razão das rotineiras reclamações mencionadas (telefonia, negativação indevida, inexistência de reparo/reexecução, extravios de bagagem aérea), tiveram seu direito efetivamente reconhecido pela Justiça.

Outros fatores contribuem, em muito, para que cada vez mais os cidadãos ingressem com seus pedidos nos Juizados Especiais, tais como a inexistência (a princípio, salvo interposição de recurso) de condenação de sucumbência; o não pagamento (a princípio, salvo interposição de recurso) de custas processuais em caso de derrota; a inversão do ônus da prova; e a desnecessidade de constituição de advogado (nas demandas de até 20 salários mínimos).

Ou seja, em claras e simplórias palavras, prolifera a ideia, entre os cidadãos consumidores, de que, caso usufruam do Juizado Especial e venham a perder a demanda, não terão que pagar nada, nem mesmo honorários de advogado, e de que cabe ao fabricante/fornecedor provar que o consumidor é que está errado.

Assim, mostra-se relevante o presente trabalho, tendo em vista que tal contexto se aplica a todos os cidadãos leigos em geral, inclusive aos operadores do Direito que, a todo momento, no seu dia a dia, também refletem sobre o que contratar, como contratar, quando contratar e qual o benefício esperado da contratação de um produto ou serviço.

Portanto, considerando-se que cada vez mais os Juizados Especiais, especialmente os de Relações de Consumo, estão presentes no cotidiano dos empresários, advogados, juízes, seus auxiliares e toda a sociedade consumerista comum, torna-se imperioso que adiante se façam ponderações técnicas sobre o assunto, calcadas na Análise Econômica do Direito (AED) - *Law and Economics*.

3 Algumas reflexões sobre as relações de consumo

Antes de adentrar especificamente na seara afeta à Análise Econômica do Direito, associando-a posteriormente às relações de consumo, é imprescindível que se tenha claro no conhecimento o que seja propriamente uma relação de consumo. Passe-se, portanto, a uma objetiva ponderação sobre essas relações.

Sabe-se que as relações de consumo possuem sua origem nas transações de natureza comercial. Mediante a difusão, cada vez maior, do comércio, as relações de consumo experimentaram um processo de aprimoramento, progresso e desenvolvimento, auferindo notável relevância, conhecida por todos.

Como é notório, as relações de consumo são reguladas pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que tutela a relação consumidor/fornecedor, revestindo-a de caráter público, resguardando também os interesses da coletividade.

As relações de consumo regem-se, basicamente, mediante dois conceitos elementares: os de Consumidor e Fornecedor. Consumidor, de acordo com o artigo 2º da Lei nº 8.078/90, é considerado toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços na condição de destinatário final. Fornecedor, por sua vez, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, assim como os entes despersonalizados, que desenvolve atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.078/90.

Como se nota acerca das figuras de consumidor e fornecedor, é imprescindível que se os tenha como entes formadores da relação de consumo, que se posicionam em polos distintos. Logo, o consumidor deve figurar em um polo da relação, que, no outro lado, abriga o fornecedor.

Veja-se também que os conceitos de consumidor e fornecedor são muito amplos, o que levanta muitas dúvidas sobre sua definição e utilização, uma das quais, por exemplo, diz respeito à expressão “destinatário final” constante do conceito de consumidor.

Entende-se que destinatário final é aquela pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produtos ou serviços em benefício próprio. Assim, destinatário final é aquele que pretende a satisfação de suas necessidades pessoais por intermédio de um produto ou serviço, sem que possua o interesse de repassar esse serviço ou esse produto para terceiros.

Dessa feita, na hipótese de ser o produto ou serviço repassado a terceiros, mediante remuneração, inexistiria a figura do consumidor e, então, surgiria a figura de outro fornecedor. Saliente-se que as pessoas jurídicas também podem se enquadrar na condição de consumidores, desde que, assim como as pessoas naturais, adquiram/contratem o produto ou o serviço na condição de destinatário final.

Para se configurar uma relação de consumo, após identificados os dois polos essenciais, cabe aferir se essencialmente existe, ou não, uma relação entre essas partes. Assim, em sendo verificada uma relação jurídica entre as partes e existindo o fornecedor de um lado e o consumidor do outro, está-se diante de uma relação de consumo, regida pela Lei nº 8.078/90.

São direitos básicos do consumidor, de acordo com o artigo 6º da Lei nº 8.078/90: a proteção da vida, saúde e segurança; a educação para o consumo; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços; a proteção contra publicidade enganosa e abusiva; a proteção contratual; a indenização; o acesso

à Justiça; a facilitação da defesa de seus direitos; e a qualidade dos serviços públicos.

Não se duvida, de forma alguma, que se vive, atualmente, em uma sociedade consumista, na qual muitas vezes prevalece “o que se tem”, e não “o que se é”. A todo momento é-se induzido a consumir cada vez mais, mediante imposição de campanhas publicitárias, ou até mesmo por exigência de “etiqueta” imposta pelas pessoas com as quais se convive socialmente.

Frequentemente é-se levado a, por exemplo, comprar um novo celular, comprar uma nova vestimenta, realizar uma viagem aérea, entre outras práticas. Fato é, também, que dada a dinâmica da vida tecnológica moderna, o “consumismo” dos indivíduos tende a aumentar veementemente. Reconhece-se que, por um lado, essa prática possui um caráter positivo. Afinal, quanto mais consumo e produção de bens/serviços houver, maior será o progresso e avanço econômico de um país.

Por outro lado, crescem as invocações feitas pelos consumidores, calcadas no Código de Defesa do Consumidor, com fins a tutelar seus direitos. Afinal, é natural que a quantidade de reclamações aumente à medida que mais produtos e serviços forem criados e consumidos, razão pela qual mostram-se relevantes as reflexões a seguir feitas.

Diante desse contexto, torna-se imperioso que se abordem as referidas reflexões em conjunto com a metodologia da Análise Econômica do Direito (AED).

4 Da Análise Econômica do Direito (AED - *Law and Economics*)

Pode-se definir a Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics* como sendo o método pelo qual se estuda a teoria econômica relativamente à formação, estruturação, impacto e, sobretudo, às consequências de eventual aplicação de instituições jurídicas e/ou textos normativos, sejam eles públicos ou privados.

Aplica-se a AED diretamente ao Direito Civil brasileiro, em todas as suas relações, sejam elas obrigacionais, familiares ou patrimoniais. A origem da AED deu-se em decorrência da proliferação e desenvolvimento das doutrinas econômicas e, também, da dedicação dos economistas no que se refere a assuntos essencialmente jurídicos, que, posteriormente, também atraiu a atenção dos juristas para este novo enfoque: Direito e Economia.

Todavia a preferência apenas de um título para esse movimento doutrinário não expressa com toda exatidão e fidelidade as diferentes linhas de argumentação do tema. De fato, aqueles que se dedicam à AED compõem uma mesma classificação, pertencente a uma mesma denominação, em razão do consenso de seu entendimento em relação aos conceitos e institutos essenciais.

As bases do movimento da AED encontram-se nos economistas da Escola Clássica, mormente Adam Smith, com sua obra *"An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations"*, também conhecida no vernáculo como *"Riqueza das Nações"*, em que defendeu ser a liberdade de concorrência a melhor solução para a alocação dos recursos, pois os preços naturalmente seriam decorrentes do mercado, o que permitiria que se conseguisse chegar ao equilíbrio desejado. Surge, assim, a lendária expressão *"mão invisível"*, ao se tratar dos efeitos de um mercado livre, no qual não haveria intervencionismo, o que seria, para Adam Smith, suficiente para regular os preços em favor de uma justa concorrência.

A maioria dos estudiosos da AED anuem que o movimento se originou na Universidade de Chicago. Ronald Coase, no ano de 1937, época em que era professor da Universidade de Chicago, publicou o seu artigo denominado *"The Nature of the Firm"*. Nesse importante trabalho, afirmou que as sociedades empresárias deveriam ser reconhecidas como entidades integrantes do sistema econômico em si, de modo que sua própria existência apenas se justificaria em razão da presença dos *"custos de transação"*.

Ensejou, assim, uma abordagem econômica das instituições, o que acarretou a posterior criação do movimento conhecido como “Nova Economia Institucional”.

Nesse panorama, Aaron Director conduzia o Departamento de Economia da Universidade de Chicago, à época também apoiado por Milton Friedman, Frank Knight e George Stigler. Aaron Director pretendeu focar as atenções dos juristas nos benefícios e vantagens de uma interpretação do Direito partindo de premissas econômicas. De início, valeu-se de estudos referentes à existência de benefícios e/ou vantagens nas hipóteses de ocorrência de intervencionismos do Estado nos mercados. Vale dizer que, à época, os Estados Unidos estavam imersos em relevante depressão econômica.

Aaron Director também baseou seus estudos em matérias afetas à regulação de bens imobiliários, receitas fiscais, leis das corporações, legislação trabalhista, entre vários outros temas de cunho essencialmente jurídico que denotavam nítidos efeitos econômicos.

Para divulgar a existência inicial do movimento, a Universidade de Chicago criou o “*Journal of Law and Economics*”. A controladoria da edição foi assumida, posteriormente, por Ronald Coase. Tal jornal é, ainda hoje, publicado quadrimestralmente, contando, inclusive, com a versão eletrônica.¹

Apesar dos importantes estudos realizados anteriormente, é a partir da década de 1960 que o movimento da Análise Econômica do Direito se consolida. Há estudiosos que dividem o movimento em “*New Law and Economics*” e “*Old Law and Economics*”, referenciando-se temporalmente no conhecido artigo de Ronald Coase denominado “*The Problem of the Social Cost*”. Essa famosa obra calcava-se em temas econômicos, a exemplo do custo social e dos efeitos externos ocasionados pelo exercício das atividades econômicas, o que deu causa à inteiração entre o campo jurídico e o econômico. Entre os doutrinadores clássico-econômicos, o que mais contribuiu à ideologia defendida por Ronald Coase foi, justamente, Adam Smith.

¹ Disponível em: <<http://journals.uchicago.edu/JLE/home.html>>

Ronald Coase abordou suas palavras na compreensão das “instituições”, sendo integrante da “Nova Economia Institucional”. Em 1991, foi ganhador do Prêmio Nobel de Economia. Mister se faz também aduzir o trabalho de Guido Calabresi, então professor da Universidade de Yale, na obra denominada “*Somes thoughts on risk distribution and law of torts*”. Nela o autor demonstrou a relevância de se analisar os impactos e as consequências econômicas da alocação de recursos em busca da regulação da responsabilidade civil, no âmbito legislativo ou judicial, inserindo, dessa forma, a análise econômica em questões jurídicas.

O movimento da AED mantém-se em contínua expansão, angariando cada vez mais aceitação de juristas e economistas. Relevante obra de aceitação da Análise Econômica do Direito é a de Thomas Ulen e Robert Cooter, chamada “*Law and Economics*”, cuja primeira edição é de 1987. Atualmente ainda prevalecem várias publicações em diversos periódicos, tal qual o “*Journal of Law, Economics, and Organization*” da Universidade de Yale, o “*Journal of Legal Studies*” e o “*Journal of Law and Economics*”, ambos da Universidade de Chicago, e o “*International Review of Law and Economics*”, da Universidade Inglesa de New Castle.

Fato é que, cada vez mais, clama a sociedade por métodos técnicos, jurídicos e econômicos que sejam razoáveis e possibilitem enfrentar temas jurídicos para obter, efetivamente, o melhor bem-estar possível, reduzindo os prejuízos causados à sociedade como um todo, a maximização de suas riquezas, a maximização de seus interesses e a mais eficiente alocação dos recursos escassos existentes.

Por essa razão, é-se levado a compreender o método da AED e sua aplicação nas diferentes searas jurídicas, entre elas, obviamente, o Direito do Consumidor, tão presente no dia a dia das comunidades jurídica e leiga em geral.

5 Contratos de consumo e a Análise Econômica

Imperiosa inteiração da AED dá-se também em relação aos contratos que regem as relações de consumo. Como se sabe, esses vínculos implicam limitações nas ações das partes que contratam, prevendo a imposição de deveres e a aquisição de direitos.

Pela AED, ressalta-se que os contratantes se submetem a essas condições tendo em vista que as pretensões individuais, sozinhas, em regra, não levam a um bom resultado coletivo. Afinal, quando as partes contratantes fixam previamente seus deveres e direitos, o resultado para a coletividade, usualmente, será maior e mais eficiente.

Busca a AED estudar, além da própria elaboração, ensino e formação dos contratos em geral, seus impactos, consequências que dão causa à sua proteção e, também, apreciar as consequências econômicas de eventual descumprimento de um contrato civil, no âmbito do qual se encontram os contratos que regem as relações de consumo.

A todo instante, fazem-se “escolhas racionais” acerca do que contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar um produto ou serviço, decidindo-se, sempre, da forma que resulte em menor “custo de oportunidade” e em maior “utilidade” possível em uma relação de consumo. O eminente professor da PUC Minas, Dr. Eduardo Goulart Pimenta, pondera:

O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não. [...] Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses. (PIMENTA, 2006, p. 29).

A incerteza ou o não conhecimento do real cumprimento dos contratos enseja aumento do risco nas atividades econômicas. Prolifera a ideia de que se pode cumprir ou não cumprir um contrato, ganhar ou perder, ter ou não os serviços bem prestados, adquirir um produto com vício ou não. Não se sabe, ao certo, o resultado final da atividade de se contratar. Aumenta o receio de se realizar um mau negócio, mediante a má contratação de um produto ou serviço.

Sabe-se que os contratos são instrumentos adequados e indicados para a composição dos riscos da própria atividade

econômica, com o intuito prioritário de minorar eventual perda, dano ou prejuízo que venha a ser acarretado ao agente contratante, possibilitando um contexto mais eficiente, inclusive nas relações de consumo.

Sabe-se também que o cumprimento dos contratos em geral é premissa elementar, básica e fundamental para o desenvolvimento econômico de um país, consistindo, exatamente por isso, em uma das searas na qual a Análise Econômica do Direito deve ser aplicada.

Assim, quanto mais segurança tiverem os consumidores ao contratar nas relações de consumo um produto ou serviço, mais qualidade sua vida terá, mais avanços a tecnologia fará, maior será o número de celebrações de novos contratos, mais intensa será a “maximização de interesses,” maior será o “acúmulo de riquezas”, mais significativo será o “bem-estar” e, finalmente, mais expressiva será a dinamicidade da economia de um país. Contribui-se, dessa forma, com “incentivos positivos” em favor dessa economia. Nesse ponto, mostram-se adequadas as ponderações do professor da Universidade de Chicago, Richard Posner:

Con “maximización de la riqueza” quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “econômicos” usuales) o (en el caso de bienes y servicios “no-econômicos”, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados. El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que um no-dueño estaria dispuesto a pagar para obtenerlo – cualquiera de los sea mayor. La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “econômicos” e “no-econômicos” y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables. (POSNER, 1999).

Por sua vez, o professor Eduardo Pimenta destaca que a análise e interpretação do Direito a partir de institutos próprios das Ciências Econômicas contribui para a concretização de objetivos firmados pela Carta Magna brasileira:

O direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição. Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade, [...] Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, como se vê, à posição de um dos objetivos fundamentais da República. (PIMENTA, 2006, p. 24-25).

Ou seja, a maior crença e convicção de que os contratos nas relações de consumo serão cumpridos, em sua qualidade, quantidade e execução, gera maior eficiência e dinamicidade econômica. Afinal, certo é que a cooperação entre os contratantes nas relações de consumo é incentivada, de forma positiva, quando há efetiva proteção legal e judicial.

Verifica-se que ao longo de suas relações pessoais diárias, os indivíduos celebram diversas contratações de produtos ou serviços, junto aos produtores e consumidores, relativamente às áreas de telefonia, iluminação, água, aquisição de presentes, utensílios pessoais, transporte aéreo, entre várias outras, ensejando, inclusive, a atribuição da denominação “sociedade consumista” ao período em que se vive na atualidade.

Por outro lado, há interesse, também, por parte dos produtores e fornecedores de produtos e serviços, no aumento crescente do número de contratos consumeristas, de modo que na mesma proporção os consumidores contratem mais, e mais serviços e produtos sejam colocados no mercado. Afinal, o

objetivo mais significativo de produtores e fornecedores é auferir cada vez mais lucro.

Logo, entende-se que, para a AED, há que se amparar os pactos que regem as relações consumeristas, pelos quais os agentes contratantes inicialmente desejavam que as condições prévias fossem todas devidamente honradas, independentemente do risco da atividade, de modo a se valorizar os atos ensejadores de condutas mais eficientes e promotores da melhor e mais efetiva aplicação possível dos bens escassos existentes. Há que se “incentivar” positivamente o cumprimento dos contratos afetos às relações de consumo, o que certamente contribui para intensificar o dinamismo e a evolução econômica deste País.

A eficiência, conforme lecionam os professores Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Júnior Galeski, “é uma das preocupações basilares da ciência econômica e, por conseguinte, da Análise Econômica do Direito, partindo do princípio de que as demandas são maiores que a existência de bens apreciáveis, dada sua escassez” (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 85). Dessa forma, afigura-se necessário identificar a melhor maneira para a alocação dos bens, a fim de que seja possível atender à maior quantidade possível das demandas.

Bem, mas como institutos próprios das Ciências Econômicas podem ser utilizados para se analisar decisões judiciais ou normas contidas no ordenamento jurídico brasileiro? Afinal, se, de forma metafórica, considerar-se a riqueza da sociedade pátria como um bolo, pode-se dizer que o Direito se preocupa com a forma como será dividido (equidade, justiça), enquanto os economistas dedicam-se à investigação de mecanismos que possam contribuir para o crescimento do bolo (eficiência). Nesse ponto, afiguram-se adequadas as palavras do professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, Dr. Bruno Salama, acerca da relevância da AED:

A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que

não levem em conta as prováveis conseqüências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de New Haven buscou é congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem-comum. (SALAMA, 2008, p. 35).

Dessa forma, é possível constatar que a AED pode contribuir para o aperfeiçoamento de institutos jurídicos, incentivando ou sancionando condutas que viabilizem ou, contrariamente, violem o interesse social ou a satisfação do bem-estar da sociedade brasileira. Mas como aferir a eficiência em uma determinada alocação de recursos? Nesse caso, há dois critérios que costumam ser utilizados: o denominado Ótimo de Pareto e o critério Kaldor-Hicks.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi explicam que uma alocação de recursos será Pareto eficiente quando “não há mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 120). Portanto, conforme ponderam os mencionados autores, não será eficiente uma dada situação, de acordo com o critério Paretiano, caso haja algo que possa ser feito com o objetivo de beneficiar alguém, sem implicar a geração de prejuízos para outras pessoas.

Por outro lado, de acordo com o critério de Kaldor-Hicks, o resultado de uma disputa pela alocação de recursos será eficiente se ocasionar uma situação na qual os ganhos auferidos pelos ganhadores sejam superiores às perdas impostas aos vencidos

(RIBEIRO; GALESKI, 2009). Haverá, nesse caso, um ganho líquido para a sociedade, correspondente à diferença entre ganhos e perdas. Assim, ao contrário do que ocorre no Ótimo de Pareto, nesse caso admite-se a imposição de uma situação mais desvantajosa para um grupo de pessoas, desde que os benefícios auferidos por outro grupo, em razão de determinada mudança, sejam superiores.

Salama (2008) destaca que o critério de Kaldor-Hicks objetiva superar a restrição imposta pelo Ótimo de Pareto, segundo o qual as mudanças somente serão consideradas eficientes caso nenhum indivíduo fique em posição pior. Segundo o critério de Kaldor-Hicks, mostra-se relevante o fato de que os ganhadores sejam capazes de compensar os perdedores, ainda que, na prática, essa compensação não ocorra.

Rachel Sztajn destaca que o modelo de eficiência proposto por Kaldor-Hicks corresponde ao melhor critério para a identificação de opções eficientes na alocação de recursos, nos seguintes termos:

Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam à proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando agregados entre as várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez que se refina o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente. Este, parece, ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios: o de dar mais a quem tem maior utilidade marginal. (SZTAJN, 2005a, p. 76).

Ora, é evidente que os agentes econômicos, no exercício de suas atividades, buscarão maximizar os resultados financeiros de várias formas, inclusive mitigando os custos envolvidos em demandas judiciais relativas à qualidade dos serviços por eles prestados ou dos bens fabricados e comercializados. Diante desse fato, a partir da premissa de que o Direito pode (e deve) incentivar a adoção de condutas que possam contribuir para o aumento do bem-estar dos cidadãos, veja-se se o Poder Judiciário, no que se refere às demandas concernentes às relações de consumo, tem agido de forma eficiente, analisando-se a questão pelo critério de Kaldor-Hicks mencionado.

6 Dano eficiente

O exercício da atividade comercial empresarial, em determinados setores de economia brasileira, pressupõe a produção em grande escala de produtos ou mercadorias, bem como a prestação de serviços em favor de um grande número de consumidores - milhares e, em alguns casos, milhões deles (v.g., serviços de telefonia, bancários, de transporte aéreo de pessoas, de provedor de Internet ou TV por assinatura). Nessas hipóteses, a relevância que o empresário atribui aos processos produtivos pode ser decisiva para o sucesso do empreendimento, em especial se se considerar os dispêndios que foram suportados para identificar quem são seus possíveis clientes, suas preferências, características ou qualidades dos produtos ou serviços oferecidos por seus concorrentes, entre outros custos de transação.

De fato, no exercício desse tipo de atividade, existe o risco de que o serviço ou o produto, por inconsistência de determinado processo de produção, atendimento ou mesmo logística seja executado ou produzido de forma inadequada, diversa da que fora contratada pelo consumidor. Assim, pode ocorrer a completa inexecução da obrigação assumida pelo prestador, pelo fabricante ou fornecedor, ou mesmo a entrega viciada em favor do consumidor.

Sem dúvida, o empresário objetiva o aperfeiçoamento constante não apenas de seus meios produtivos em busca da

eficiência, mas, ciente de que atua em mercados competitivos, não desejando perder espaço para seus concorrentes, pretende o constante aprimoramento da qualidade dos bens e serviços ofertados. Afinal, os mecanismos de seleção daqueles agentes que permanecerão atuantes não admitem “vacilos” ou tomada de decisões que não contribuam para a conquista de novos mercados (e não apenas a manutenção da atual clientela).

Nesse contexto, surge a matéria que se refere ao ponto central do presente trabalho: constatado o defeito na execução da atividade empresarial (v.g., negativas indevidas dos nomes dos clientes, constante extravio de bagagens, falta de qualidade do sinal das transmissões televisivas ou lentidão ou descontinuação do serviço do provedor de Internet), a partir de que momento, ou em face de qual fato o empresário, obrigado à tomada de decisões eficientes, envidará esforços para a modificação de seus processos produtivos? Que papel os Juizados Especiais Cíveis podem ocupar nesse cenário como instituições que contribuem para a estabilização da paz social, mediante a composição de conflitos, mas também como geradores de decisões que incentivam ou inibem a conduta dos agentes econômicos? As devidas considerações serão apresentadas por partes.

O eminente professor da PUC Minas Dr. César Fiuza apresenta a definição de dano eficiente, cuja ideia perpassa pelo sopesamento que seu causador deve fazer entre o custo indenizatório e o corretivo da imperfeição que ocasionou a conduta lesiva:

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. [...] 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. (FIUZA, 2008, p. 720).

É bem verdade que o empresário almeja, como regra, produzir e fornecer produtos e serviços de alta qualidade, além de, diante do princípio da boa-fé objetiva que impregnou a interpretação dos institutos do Direito Privado, agir de forma ética, de forma leal perante sua clientela. Contudo os custos de transação que lhe são impostos pelo mercado competitivo estabelecem que as decisões acerca de investimentos na modificação de processos produtivos sejam sempre analisadas em função de sua efetiva necessidade. Não se está, aqui, falando obviamente de questões que possam resultar na ausência de segurança para o usuário do bem ou serviço comercializado, não se trata de hipótese em que a imperfeição possa ocasionar risco de incolumidade física ao consumidor. Afinal, nesse caso, não se pode falar em margem de discricionariedade para que o empresário opte ou não por sanar o defeito ou vício existente em seus processos produtivos. Está-se tratando de hipótese diversa.

Ora, a análise econômica realizada por instituição financeira relativa ao ajuste ou não de determinada cláusula contida em contrato de cheque especial, tida como abusiva em virtude de algumas demandas judiciais, certamente levará em conta o custo atual com essas demandas (honorários advocatícios, custas, indenizações e eventual desgaste da imagem perante o mercado) e o benefício econômico decorrente de sua manutenção. Em hipóteses como essa, como o Poder Judiciário, em especial, em face do escopo reduzido deste trabalho, os Juizados Especiais poderão, em prol de toda a sociedade, interferir nesse tipo de situação? Aliás, deve o Judiciário considerar a repercussão econômica de suas decisões?

7 Repercussão econômica das decisões nas relações de consumo

Nas relações de consumo, como regra, afigura-se evidente a assimetria de informações existente entre as partes, ou seja, costuma-se verificar uma grande diferença entre o conhecimento que o fabricante e o fornecedor possuem quanto às qualidades de um determinado produto ou serviço e as informações detidas pelo consumidor. É bem verdade que o Código de Defesa do Consumidor², entre os diversos princípios que elenca, estabelece como dever do agente econômico a prestação de todas as informações³ que permitam ao consumidor tomar a melhor decisão para a satisfação de suas necessidades. Contudo, ainda assim, esse desequilíbrio informacional se verifica nas relações jurídicas constituídas no mercado brasileiro.

Ribeiro e Galeski (2009, p. 95) asseveram que a assimetria de informação constitui verdadeiro entrave ao estabelecimento de relações econômicas mais eficientes. Os mencionados professores lecionam que esse obstáculo é mais visível nas relações de consumo, quando é da essência da negociação

2 Como o próprio nome dessa lei bem destaca, seu objetivo primordial, além de simplesmente regular as relações jurídicas nas quais o consumidor figura como parte, é o de proteger (defender) os direitos e interesses da parte tida por hipossuficiente, sendo a assimetria informacional característica marcante desse desnível de posições.

3 Código de Defesa do Consumidor: "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado

que haja a profissionalidade (domínio da técnica) de um lado (fabricante ou fornecedor) e a ausência de conhecimento de outro (por parte do consumidor):

Como bem ilustra Castellano, partindo da premissa de que a informação nunca é perfeita no mercado e se reconhece que o consumidor não conhece exatamente a qualidade do produto que irá comprar no momento de tomar a decisão de adquiri-lo, admite-se a possibilidade de que o consumidor não receba a qualidade que imaginava, e mais que isso correrá o risco de sofrer danos ao utilizar o produto adquirido nessas condições, danos esses que não foram previstos no momento de tomar a decisão de comprar. (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 95).

A assimetria informacional constitui falha de mercado, pois diante de sua existência não se mostra possível que apenas as interações estabelecidas entre empresas e consumidores sejam capazes de gerar um equilíbrio em que o bem-estar é maximizado. Acerca da inclusão da assimetria de informações entre as denominadas falhas do mercado mostra-se obrigatória a transcrição dos ensinamentos da ilustre professora da Universidade de São Paulo, Dra. Rachel Sztajn:

Na medida em que se entenda mercado como uma instituição que vise a criar incentivos, reduzir incertezas, facilitar operações entre pessoas, fica clara a idéia de que mercados aumentam a prosperidade e, portanto, o bem-estar geral. Intervenções em mercados podem ser tanto reguladoras quando moderadoras do conjunto de operações neles realizadas. Aquelas são intervenções disciplinadoras de certos mercados, estas as destinadas a corrigir desvios que comprometem o funcionamento do mercado. [...] Se, entretanto, o mercado não for do tipo concorrência perfeita, as falhas devem ser corrigidas. Muitas são as possibilidades de falhas

dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; [...]”.

de mercado, como, por exemplo, assimetria de informação, externalidades, displicência, ações culposas. Mas, dizem os economistas, antes mesmo de se pensar em falhas de mercado, ou até mesmo falar-se em mercados, sem normas que os modelem, faltam parâmetros ou paradigmas que permitam perceber tais desvios. (SZTAJN, 2004, p. 34-35).

Pois bem, partindo-se da premissa de que a assimetria de informações, tida como falha de mercado, impede que transações consumeristas sejam realizadas de forma eficiente, resta saber qual seria o papel do Direito nesse cenário. Ribeiro e Galeski (2009, p. 92) ponderam que, nesses casos, pode-se identificar três posicionamentos acerca da intervenção do Estado no mercado: a) uma corrente que defende a completa regulação da atividade econômica; b) outra que condena todo e qualquer tipo de intervencionismo; c) e, por fim, aquela que sustenta a necessidade de “uma intervenção moderada, apenas quando se verifica que as relações econômicas não promovem a melhor eficiência, a melhor alocação de bens”.

Mankiw (2009, p. 11-12), por sua vez, sustenta que há dois motivos genéricos que podem justificar a intervenção estatal na atividade econômica: “promover a eficiência e promover a equidade. Ou seja, a maioria das políticas tem por objetivo ou aumentar o bolo econômico ou mudar a maneira como o bolo é dividido.” Mankiw adverte que a “mão invisível” costuma permitir que os mercados aloquem os recursos de forma eficiente, mas que isso nem sempre acontece, em especial em razão de falhas de mercado.

Ora, sem dúvida, o Judiciário não pode desconsiderar os efeitos econômicos produzidos por suas decisões, em especial no que se refere às demandas consumeristas. A existência de evidente falha de mercado, decorrente da assimetria informacional, exige que o Estado, no caso em análise, por meio dos Juizados Especiais de Consumo, intervenha de forma a contribuir para o aumento do bolo econômico (eficiência) e para sua melhor divisão (equidade). O estabelecimento de condenações impostas aos fabricantes e fornecedores, nas hipóteses em que o bem

vendido ou o serviço prestado não correspondam exatamente às características apresentadas quando da contratação, contribuem para o aperfeiçoamento dos processos produtivos.

Acerca dos impactos econômicos das decisões judiciais, vale destacar o posicionamento de um magistrado sobre o tema, Demócrito Reinaldo Filho (2009):

Se um dos objetivos da nossa república é a erradicação da pobreza, isso só se faz com desenvolvimento econômico, para suprir as necessidades coletivas de emprego, alimentação, saúde, saneamento e outros serviços públicos essenciais. Se o cumprimento das promessas constitucionais depende do desenvolvimento econômico, o Juiz tem o dever de examinar se sua decisão pode de qualquer forma afetá-lo. Por isso, o magistrado, no momento de decidir um caso, deve estar atento às múltiplas variáveis que o compõem, não podendo se cingir a apenas um único interesse envolvido. Como adverte o Desembargador Rogério Gesta Leal, “é preciso haver uma sensibilização da magistratura brasileira para a complexidade das relações sociais, marcadas hoje por variados fatores. Um tema que aparentemente é jurídico, no sentido de ser tratado e regulado por lei, tem implicações de natureza econômica, social e política. Essas dimensões extra-normativas precisam ser consideradas pelo Julgador.” [...] Uma avaliação legal completamente neutra, que desconsidere o fator econômico, é que significa um retrocesso. O que se quer é que o Juiz ou intérprete desperte para a extrema importância que as decisões judiciais representam para o desenvolvimento sócio-econômico do país. O que se pretende é que, para propiciar previsibilidade, estabilidade e integridade (em relação ao sistema normativo), o Juiz tenha também uma perspectiva de análise econômica do direito. Se fatores econômicos estão envolvidos desde a criação e elaboração das leis, porque não se levá-los também em consideração quando se trata de reduzir o texto legal à norma do caso concreto? Não se trata, portanto, “de substituir critérios de justiça por critérios econômicos, mas

de perceber que os agentes econômicos mudam as estratégias à medida que a justiça se demonstra ineficiente e a economia injusta”.

Assim, conforma-se o raciocínio no sentido de que a atuação dos magistrados, no âmbito dos Juizados Especiais, em especial no que se refere às lides consumeristas, é decisiva para que sejam superadas falhas de mercado, permitindo um resultado mais eficiente da atividade econômica. Evidentemente a insignificância das condenações impostas aos fabricantes ou prestadores de serviços, nas atividades de massa (direcionadas a um grande número de consumidores), implicará o simples provisionamento desse custo nos balanços das grandes corporações. A fração reduzida de consumidores que resolvem demandar judicialmente associada ao pequeno impacto econômico das condenações impostas nas sentenças judiciais não contribui para que haja, de fato, uma melhoria na qualidade dos serviços prestados ou dos bens produzidos. Afinal, o custo do aperfeiçoamento dos processos produtivos será maior do que aquele decorrente do pagamento das condenações determinadas pelos Juizados.

Note-se que decisões judiciais que imponham aos agentes econômicos a melhoria de seus processos produtivos e, por consequência, o oferecimento de bens e serviços de melhor qualidade resultam em mudança eficiente, segundo o critério Kaldor-Hicks, na medida em que o benefício auferido por todos os consumidores será maior do que o custo inicialmente suportado pelos fabricantes, fornecedores e prestadores de serviços.

8 As relações de consumo e suas novas perspectivas

O Judiciário tem por função precípua o estabelecimento de norma *in concreto* para a solução de determinada lide que é levada ao seu conhecimento, provocado que foi pelo exercício do direito de ação. É bem verdade que modernamente, seja por meio do efeito *erga omnes* de algumas decisões, em especial nos casos envolvendo controle concentrado de constitucionalidade, ou das denominadas súmulas vinculantes, a decisão judicial produzirá efeitos em relação a pessoas estranhas àquela relação jurídica

processual específica. Por outro lado, ainda que consistam em decisões que, de forma imediata, produzam efeitos apenas *inter partes*, não se pode desconsiderar o efeito indutor de condutas que a jurisprudência, assim entendida como a reiteração de decisões judiciais em um determinado sentido, possui. Não é diferente a situação no que concerne às demandas consumeristas. Afinal, será mesmo que os agentes econômicos, na tomada de decisões estratégicas acerca do exercício de suas atividades negociais, não considerarão a jurisprudência que lhes diga respeito (v.g., sobre inclusão indevida do nome do consumidor nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito)?

Evidente, nesse caso, a existência de uma externalidade positiva. Afinal, a decisão judicial proferida em determinado caso envolvendo direito do consumidor poderá beneficiar outros consumidores diversos daquele que figura no processo, pois contribuirá para que fabricantes, fornecedores ou prestadores de serviços envidem esforços para a melhoria dos meios produtivos. Acerca da ideia de externalidade, vejam-se as lições de Mankiw:

Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado de externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva. Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados. Como os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações quando decidem quanto demandar ou ofertar, o equilíbrio de mercado não é eficiente quando há externalidades. Ou seja, o equilíbrio não maximiza o benefício total para a sociedade como um todo. (MANKIWI, 2009, p. 204).

Sztajn (2005b, p. 252) pondera que, para os economistas, muitas externalidades decorrem de elevados custos de transação,

os quais, por sua vez, decorrem da organização das operações em mercados, o que pode ocasionar uma alteração nos mecanismos de alocação de recursos, por consequência, aumentando os custos sociais. A professora da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, partindo da ideia de externalidade, explica que cada ato ou ação, mesmo individual, pode se encontrar em uma cadeia de causa e efeito com repercussões externas ao agente. Destaca Sztajn que, diante de uma externalidade negativa, deve-se impor ao agente “o custo correspondente ao valor das utilidades ou recursos de terceiros que sejam por ele atingidos ou consumidos”. Por fim, arremata:

A escolha dos meios de imposição do ônus deve ser determinada mediante critérios específicos de forma a não ampliar custos de transação que se transformem em custos sociais. Oportunidades de ganhos extraordinários em virtude da percepção de externalidades quando não afetam terceiros podem ser aceitas. (SZTAJN, 2005b, p. 252).

Carl J. Dahlman, professor da Universidade de Georgetown, a partir dos ensinamentos de Coase, pondera que a identificação do emitente e do receptor de uma externalidade mostra-se irrelevante. Assim, afiguram-se importantes os critérios utilizados para a imposição dos riscos e custos – internalização – a uma das partes envolvidas:

It is notable how completely the Coase approach bypasses both the problem of deciding who is the emitter and who is the recipient of an externality and the rather shady distinction between pecuniary and technological externalities so central to the Pigovian tax rules. Perhaps the real significance of the court cases cited by Coase is that the distinction between emitter and recipient of an externality is irrelevant: what matters is whether we achieve a higher-valued output by putting the liability on one or the other of the parties involved, and not who is the “source” of the externality. Since at least two parties are necessarily involved, either may be considered the source. It is note worthy how the legal profession and the courts have come to grips with this point well before economists. The

legal cases referred to by Coase show how courts in the presence of transaction costs have placed the liability sometimes with the “emitter” and sometimes with the “recipient” as these would be identified by an economist trained in modern welfare theory. Nor is the distinction between pecuniary and technological externalities in any way relevant for Coase’s arguments: what matters is the role of transaction costs, and how such costs affect the allocation of resources. (DAHLMAN, 1979, p. 159).

Especialmente no que se refere às relações de consumo, o professor da Universidade de Harvard Lucian Bebchuk e Richard Posner lecionam que, mesmo diante de assimetrias informacionais, o vendedor pode ser dissuadido da ideia de agir de forma oportunista, pois se preocupa com sua reputação perante o mercado. Por outro lado, o consumidor não está constrangido por essa situação, já que não tem uma reputação a perder (desde que também não seja um agente do mercado, produtor de bens ou prestador de serviços), podendo desenvolver um comportamento oportunista em uma transação em particular que não será conhecido pelo mercado:

We focus on the following asymmetry between seller and buyer in cases in which the latter is a consumer rather than another business or comparable entity: The seller in such a case may be deterred from behaving opportunistically by considerations of reputation; the consumer is not constrained by such considerations, because he has no reputation to lose, assuming that his opportunistic behavior in a particular transaction will not become known to the market as a whole. This difference is important whenever it is difficult to specify contractual terms to cover every important contingency that courts could accurately and easily enforce. In such circumstances, opportunistic buyers might try to use “balanced” terms to press for benefits and advantages beyond those that the terms were actually intended to provide. (BEBCHUK; POSNER, 2005, p. 1-2).

Assim, quando as empresas são influenciadas por considerações reputacionais, contratos que possam parecer draconianos (*one-sided contracts*) contra os consumidores tendem a ser implementados de forma balanceada. Dessa maneira, se o prestador do serviço é um jogador atuante no mercado, suas expectativas de realizar novas operações com outros consumidores podem afastá-lo da ideia de se valer de determinadas cláusulas contratuais, ainda que não haja expectativas de realizar negócios com esse mesmo consumidor (BEBCHUK; POSNER, 2005).⁴ Interessante notar como esse tipo de análise bem se adequa à cultura capitalista norte-americana, na qual a reputação empresarial constitui importante patrimônio.

Bebchuk e Posner (2005) ponderam que, por outro lado, em determinados mercados, compradores podem não ser indiferentes à sua reputação. Eles podem ser empresas que atuam de forma repetitiva no mercado, enquanto os vendedores são indivíduos que não transacionam com frequência. Como exemplo, citam o caso dos contratos entre editoras de universidades e novos autores.⁵ Embora esses contratos possam estabelecer uma data limite para que o trabalho a ser publicado seja entregue, as editoras costumam dilatar esse prazo, a fim de que seus autores tenham condições de revisar o trabalho. Afinal, as editoras atuam em um mercado competitivo e sua reputação no trato com produtores de conhecimento é relevante.

Pode-se perceber, destarte, que o aperfeiçoamento das relações de consumo depende de esforço e comprometimento não só dos fabricantes e prestadores de serviços, que devem primar

4 When firms are influenced by reputational considerations, contracts that appear on paper to be one-sided against the consumer may in reality be implemented in a balanced way. The distinction between contracts on paper and their actual implementation is one that has received much attention from the literature on relational contracts between businesses. As our analysis highlights, however, the distinction is also relevant to contracts that businesses enter into with consumers who are not repeat players. As long as the business is a repeat player with the consumer side of the market, its expectation of doing business with other consumers in the future may dissuade it from enforcing a one-sided-contract to the hilt even though the business does not expect to have further dealings with this consumer. (BEBCHUK; POSNER, 2005, p. 1-2).

5 In some markets, of course, buyers are not indifferent to their reputation. They may be firms that are repeat players with powerful incentives to protect their reputation, while the sellers may be individuals that transact infrequently. An example is the agreements that university presses have with new authors. Our analysis applies to such markets as well. It can explain, for example, why the agreements that those presses have with their authors include provisions that seem one-sided against the author even though authors are likely to read the terms of these agreements and there is competition among the publishers. (BEBCHUK; POSNER, 2005, p. 7-8).

pela melhoria da qualidade de seus processos produtivos, mas também do Judiciário, que pode agir como indutor de condutas eficientes, menos nocivas aos consumidores, mas observando as regras de mercado. Por sua vez, os consumidores devem identificar fornecedores que de forma reiterada adotam condutas oportunistas, privilegiando por consequência a contratação com agentes econômicos que prezam a boa-fé nas relações contratuais, o que contribuirá para a adoção de atitudes que privilegiem condutas destinadas a valorizar a preocupação com a reputação empresarial.

Neste País, e diante do perfil socioeconômico da maior parte da massa de consumidores, evidente se mostra a circunstância de que uma das partes na relação consumerista se afigura em condição evidentemente hipossuficiente, em especial no que se refere à assimetria informacional, o que exige a interferência estatal. Por outro lado, é preciso que se tenha em mente que sempre que o Estado interfere no mercado adotando medidas protetivas, favorecendo uma das partes nas relações de consumo, há certamente uma mitigação da autonomia privada, a qual corresponde à liberdade de contratar própria do regime do direito privado.

O Poder Judiciário não pode ser considerado como a única (e final) solução para a resolução de conflitos havidos entre fabricantes, fornecedores, prestadores de serviços e consumidores. O Código de Defesa do Consumidor não pode ser uma solução perpétua para a busca do justo equilíbrio entre as partes que participam do mercado. É preciso, portanto, que os agentes econômicos e a massa consumidora vislumbrem a possibilidade de, sem a interferência estatal, adotarem condutas que contribuam para a justa distribuição de riqueza, mediante a implementação de medidas eficientes.

9 Considerações Finais

Os Juizados Especiais Cíveis podem desempenhar papel decisivo no aperfeiçoamento dos processos produtivos adotados por fabricantes e fornecedores de bens e serviços, na medida em

que a reiteração de decisões acerca de determinada falha constitui verdadeiro instrumento que desestimula posturas oportunistas e desleais existentes nas relações consumeristas.

É preciso notar que a apreciação judicial das lides dessa natureza não pode desconsiderar a possibilidade de que os consumidores, despreocupados com sua reputação perante o mercado, também adotem condutas oportunistas, sob o pretexto exclusivo de que as contratações tenham sido realizadas sem que houvesse abertura para discussão das cláusulas contratuais.

Evidente que os empresários que atendem à grande clientela, no exercício da atividade comercial, podem identificar que a implementação de modificações no processo produtivo poderá ocasionar dispêndios bem maiores do que os custos com o pagamento de honorários advocatícios, custas judiciais e indenizações em favor de seus consumidores. Decisivo, nesse ponto, o caráter pedagógico que devem conter as decisões judiciais proferidas no âmbito dos juizados de consumo, seja em favor ou mesmo contra os consumidores, punindo (de certa forma) condutas meramente oportunistas, que assegurem vantagens desleais e desproporcionais para uma das partes.

Dessa forma, a eficiência do dano constitui tênue limite entre (i) o somatório dos custos de transação ocasionados pela atuação em mercados competitivos (de um lado), e (ii) a incapacidade dos próprios agentes econômicos de internalizar suas externalidades negativas.

Assim, não pode o juiz desconsiderar a repercussão econômica de suas decisões, que, no caso do direito do consumo, exercem relevante papel indutor de condutas que podem contribuir para a alocação eficiente de recursos, maximizando o bem-estar social.

Contudo o aperfeiçoamento que se pretende alcançar não pode ter como impulsionador apenas o Poder Judiciário e as legislações consumeristas, que em diversas passagens tratam o consumidor como pessoa incapaz de tomar decisões e de

assumir riscos. É preciso que todos os agentes econômicos, bem como a massa consumista se conscientizem de sua capacidade para a superação de falhas de mercado, reprimindo condutas simplesmente oportunistas, contribuindo, dessa forma, para a busca de meios de produção mais eficientes.

Referências

BEBCHUK, Lucian A.; POSNER, Richard A. One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets. **Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series**. Paper 534. Chicago, Estados Unidos, dezembro de 2005.

DAHLMAN, Carl J. The problem of externality. **The Journey of Law and Economics**, 22, no. 1, p. 141-162, April 1979.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de microeconomia**. Tradução Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. Maximización de la Riqueza y Tor Law. **Apuntes de derecho**, n. 5, p. 16-23, Sept. 1999. Disponível em: <https://doctrina.vlex.cl/source/apuntes-derecho-6720/issue_nbr/%235>. Acesso em: 14 jul. 2016.

REINALDO FILHO, Demócrito. A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões. Uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas pós-positivistas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2299, 17 out. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13707>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior.
Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica. São Paulo: Elsevier, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, Estudo 22, v. 5, n. 2, p. 5-58, 2008.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia:** Análise Econômica do Direito e das Organizações. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005a. p. 74-83.

_____. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 250-276, abr./jun. 2005b.

_____. **Teoria jurídica da empresa:** atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

Submetido em: 21 mar. 2017.

Aceito em: 4 abr. 2017.