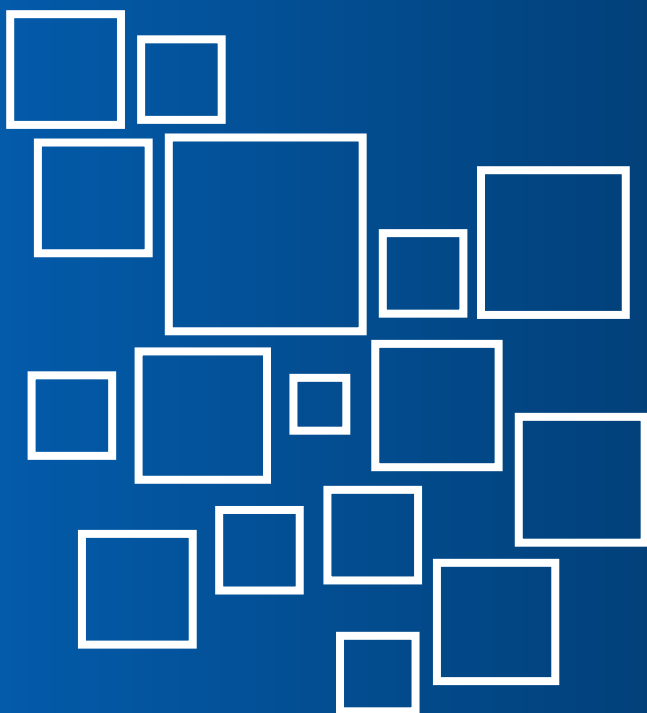


ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 **Universidade
Católica de Brasília**


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Um Modelo Econômico para a Responsabilidade Civil na Defesa do Consumidor

An Economic Model for Torts in Consumer Protection

Fernando B. Meneguim¹

Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal

Maurício S. Bugarin²

CIEF e Departamento de Economia/UnB

RESUMO

Este artigo analisa os efeitos da legislação vigente e das decisões judiciais relativas à responsabilidade civil nas relações de consumo. Sabe-se que, se as penas imputadas aos produtores não forem efetivas, poderá haver um descaso dos fornecedores em relação aos cuidados devidos para evitar vícios nos bens e serviços colocados à disposição da sociedade. Após analisar a literatura e a legislação brasileira de defesa do consumidor, o presente texto apresenta um modelo econômico que demonstra claramente que, na falta de punição, o produtor tende a não adotar as precauções devidas no processo produtivo. Se, por um lado, maior punição induz maior precaução por parte do produtor, por outro lado o modelo mostra que também reduz o nível geral de produção. Esta relação entre punição, precaução e crescimento é importante para oferecer sugestões de alteração nas políticas públicas de proteção ao consumidor.

Palavras-chave: Defesa do Consumidor; Bem-Estar Social; Análise Econômica do Direito.
JEL: D02; K13; K40.

ABSTRACT

This article analyzes the effects of legislation and judicial decisions on tort liability in consumption relations. In consumer protection, if there is a failure to enforce penalties on producers, manufacturers may neglect proper care in preventing defects in products and services provided to society. After reviewing the Brazilian consumer protection legislation and literature, this paper presents an economic model, which shows that higher effective punishments induce producers to choose higher levels of precaution in the production process; however, higher punishments also reduce overall production. The trade-off between punishment, precaution and growth is an important element that should be taken into consideration in designing consumer's protection public policy.

Keywords: Consumer Protection; Social Welfare; Law and Economics.
R: 3/7/12 **A:** 10/12/12 **P:** 27/1/13

¹ E-mail: meneguim@senado.gov.br. Senado Federal/Consultoria Legislativa – Anexo II – Bl. B CEP 70165-900 – Brasília/DF – Brasil.

² E-mail: bugarin@unb.br, Universidade de Brasília, Campus Darcy Ribeiro, ICC Norte, Asa Norte, CEP 70910-900 – Brasília/DF – Brasil.

1. Introdução³

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro (CDC) foi publicado em 11 de setembro de 1990, por meio da Lei nº 8.078. Trata-se de um momento importante, em função do maior poder de mercado e de informação do fornecedor em relação ao consumidor, uma vez que o primeiro controla a produção, monopoliza a informação relativa à verdadeira qualidade do produto, e redige unilateralmente a maioria dos contratos.

O reconhecimento da situação de hipossuficiência do consumidor indica serem necessárias intervenções do Estado (sejam legislativas, judiciárias ou administrativas) para buscar equilíbrio nas relações de consumo (Nunes Júnior e Matos, 2011, p. 59). Segundo Gomes (2001, p. 57):

[A] proteção ao consumidor depende de uma atuação ativa do Estado, sendo de todo inviável o Estado abstencionista para a estrutura econômica atual. A história provou que a defesa do consumidor não pode ser atingida com o livre atuar dos agentes do mercado, ou seja, o mercado por si só é insuficiente para alcançar o respeito ao consumidor e a garantia aos seus direitos, pois existe um desequilíbrio fático e jurídico de forças entre consumidores e fornecedores.

Relativamente à responsabilidade civil, o CDC traz regras específicas para buscar efetividade na proteção do consumidor. Uma das medidas é a adoção da responsabilidade civil objetiva, fundada no risco, que dispensa a prova da culpa do causador do dano, bastando a demonstração do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar (Nunes Júnior e Matos, 2011, p. 94). Em outras palavras, o fornecedor responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por defeitos ou insuficiência e inadequações de informações em relação aos produtos que colocou no mercado (Almeida, 2010, p. 85).

No entanto, sabe-se que praticamente toda atividade econômica traz embutido o risco em sua existência. A redução do risco a baixos níveis pode ser muito dispendiosa ao negócio. O empresário tende a procurar o equilíbrio entre o risco que está disposto a correr e o custo de evitar esse risco, de forma a maximizar seu lucro (Nunes, 2008, p. 168).

Ciente de que há probabilidade de falhas nesse sistema de estímulos e desestímulos a condutas, e considerando a produção em série, o CDC traz medidas para garantir ao consumidor o ressarcimento pelos prejuízos sofridos.

O pressuposto fático do dever de reparar, que corresponde à fonte da responsabilidade civil, consiste no dever de garantir ao consumidor proteção contra fato danoso ou vício do produto ou do serviço (Amaral, 2011, p. 142).

Existem, portanto, instrumentos no CDC para garantir o ressarcimento ao consumidor por prejuízos que ele tenha em decorrência do consumo de produtos ou serviços com problemas. No entanto, serão esses instrumentos suficientes? Esses instrumentos favorecem o funcionamento eficiente do mercado consumidor?

O sistema de responsabilidade civil tem uma função importante na redução da frequência com que produtos e serviços viciados - que causam danos ao patrimônio, à propriedade, à saúde e até à vida dos consumidores - são oferecidos no mercado. Ao alocar o custo dos produtos ou serviços com problemas, o sistema de responsabilidade civil incentiva a precaução, de forma

³ Os autores agradecem a Marcos Mendes, Humberto Lucena Pereira da Fonseca e a um parecerista anônimo por comentários e sugestões a versões anteriores deste trabalho. Os erros remanescentes são de inteira responsabilidade dos Autores.

semelhante à que os mercados alocam custos e incentivam a produção. No entanto, os sistemas de responsabilidade civil não estão perfeitamente acabados (Cooter & Ulen, 2010, p. 400):

[O]bservadores apontam para diversos sinais de ineficiência no direito da responsabilidade civil, tais como as diferenças significativas no valor da indenização para o mesmo dano em países diferentes com os mesmos níveis de renda, decisões imprevisíveis sobre a magnitude da indenização de um caso para o outro [...].

Indenizações que não refletem corretamente o dano geram ineficiências na sociedade, afinal, “na situação em que existe a responsabilidade civil objetiva do produtor, este sabe que será responsabilizado no caso de um produto com problema e que terá que pagar uma indenização no valor do prejuízo da vítima. Isso faz com que ele escolha um nível socialmente eficiente de precaução (nível de precaução que minimiza os custos sociais esperados do acidente), desde, obviamente, que o valor das indenizações seja estabelecido no nível adequado. Indenizações baixas deverão levar a um nível de precaução abaixo do socialmente ótimo. Já indenizações excessivamente elevadas devem provocar um nível igualmente excessivo de precaução” (Meneguín, 2011).

A hipótese inicial desse trabalho é que, conforme ilustrado pela literatura do tema, associado a evidências cotidianas de desrespeito aos consumidores expostas na mídia, há indicações de que as relações entre produtores e clientes, pelo menos no Brasil, ainda não alcançaram o ponto ótimo. Ou seja, os incentivos previstos na legislação para a garantia da responsabilidade civil nas relações de consumo não estão funcionando adequadamente.

Dessa forma, o objetivo do presente estudo é analisar o Código de Defesa do Consumidor para apurar se a legislação está promovendo garantias efetivas ao consumidor, equilibrando a situação entre as pontas da cadeia produtiva.

A metodologia para o desenvolvimento da presente pesquisa consiste, inicialmente, em analisar, na literatura jurídica, como se processa a responsabilidade civil no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. Após o levantamento da doutrina jurídica produzida pelos principais estudiosos do assunto, torna-se fundamental também analisar o tema sob o ponto de vista econômico.

Tão importante quanto o estudo teórico é o levantamento empírico. Para tanto, tendo como referência o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, analisam-se algumas decisões com foco no valor das indenizações determinadas pelo Poder Judiciário e, com base em pesquisa elaborada por Püschel et al. (2011), retrata-se o valor médio das indenizações no Brasil, avaliando se elas são compatíveis com um nível eficiente de precaução que se espera dos produtores e fornecedores.

Este trabalho encontra-se dividido da seguinte forma: na primeira seção, pretende-se detalhar os tópicos atinentes à responsabilidade civil no CDC. A segunda seção apresenta a análise econômica da matéria. A seção três traz uma avaliação empírica dos valores concedidos a título de danos pelo Poder Judiciário, além de algumas considerações sobre dano moral e indenização punitiva. A modelagem econômica do tema, cerne deste estudo, consta da quarta seção. Por fim, a seção cinco traz as conclusões e considerações finais do trabalho, destacando possíveis melhorias para aprimorar a legislação vigente.

2. Responsabilidade Civil no Âmbito do CDC

No âmbito da tutela civil, para cumprir a promessa de se fazer respeitar o consumidor, o CDC abriu três capítulos com os instrumentos pertinentes para essa busca. São eles: Capítulo IV – Da qualidade de produtos e serviços; Capítulo V – Das práticas comerciais; e Capítulo VI – Da proteção contratual. Nesses três capítulos, são tratados diversos temas, como responsabilidade civil, vícios e defeitos no fornecimento, garantias, práticas abusivas, publicidade e cláusulas contratuais.

No que tange à responsabilidade, cabe transcrever o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12. 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 por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Vários pontos podem ser retirados desse artigo. O primeiro, como já comentado na introdução, é a adoção da responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo. Nesse sentido (Rocha, 2011, p. 398):

A responsabilidade objetiva dispensa a prova do comportamento culposo ou doloso do agente como pressuposto da obrigação de indenizar. Basta o ato contrário ao direito ou causador de um dano qualificado de injusto, sem que haja necessidade de se provar que o ato ilícito decorreu de um comportamento censurável do agente.

Trata-se de conceito distinto daquele prevalente no Código Civil. Conforme explica Denari (2011, p. 194) “o esquema clássico da responsabilidade civil por danos está sujeito ao temperamento do art. 186 do Código Civil, fundado na configuração da culpa em sentido subjetivo. O dano causado só é indenizável quando o agente age com negligência ou imprudência”. Certamente essa regra não funcionaria a contento nas relações de consumo.

Suponha, por exemplo, que um automóvel novo tenha sido vendido com defeito de fabricação nas rodas. Por conta desse vício, o recém-proprietário capotou o veículo e sofreu graves lesões pessoais, além do prejuízo material. Se nas relações de consumo vigesse a regra básica da responsabilidade civil subjetiva prevista no Código Civil, a vítima teria que provar, além do dano e do nexo causal entre o acidente e o vício no produto, também a culpa da montadora por não ter adotado controle de qualidade suficiente que evitasse o defeito nas rodas. Com a responsabilidade objetiva, não há necessidade de se provar dolo ou culpa. O simples fato de se ter colocado um

veículo com defeito à venda já enseja uma indenização ou um procedimento cautelar para evitar os referidos danos. (Filomeno, 2011, p. 158).

O nascimento da responsabilidade por um produto ou serviço decorre da exteriorização de um defeito, de um vício, que prejudica a utilização ou a fruição pelo consumidor.

Em face da complexidade e da multiplicidade das relações de consumo, o CDC procurou, na medida do possível, agrupar os vícios dos produtos e dos serviços segundo sua natureza. Assim, os problemas estão divididos entre vícios de qualidade e vícios de quantidade, tanto para produtos, como para serviços. (Almeida, 2010, p. 96).

Nunes (2008, p. 180) ensina que as características de qualidade ou quantidade que tornem os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor podem ser consideradas vícios. Além disso, a disparidade havida em relação às indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, oferta ou mensagem publicitária também constitui vício.

Os vícios podem ser aparentes, de fácil constatação, ou ocultos, que só aparecem após certo tempo de utilização ou estão inacessíveis ao consumidor (Nunes, 2008, p. 181).

Almeida (2010, p. 96) explica os vícios conforme sua natureza. Vícios de qualidade dos produtos são aqueles que tornam os produtos impróprios ou inadequados ao consumo. A inadequação pode ocorrer por impropriedade do produto, por diminuição de seu valor ou por disparidade informativa. Vícios de quantidade dos produtos são aqueles em que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, o conteúdo líquido é inferior às indicações constantes do recipiente. Vícios de qualidade dos serviços são aqueles que tornam a prestação inadequada para os fins que razoavelmente deles se espera. Por fim, vícios de quantidade dos serviços decorrem de disparidade quantitativa com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária.

Importante salientar que o Código de Defesa do Consumidor distingue dois modelos de responsabilidade: por vícios de qualidade ou quantidade e por danos causados aos consumidores em virtude de acidentes de consumo. Esse dano caracteriza-se por um prejuízo material ou moral, sofrido pelo consumidor em decorrência de um vício (de qualidade ou de informação) do produto ou serviço (Denari, 2011, p. 193).

A responsabilidade por danos decorre da propagação do vício (de qualidade ou de informação), alcançando o consumidor e até mesmo terceiros, vítimas do evento. Conforme Denari (2011, p. 193/194), três pressupostos são necessários para gerar a responsabilidade por danos:

- defeito do produto;
- *eventus damni* (desfalque do patrimônio do consumidor); e
- relação de causalidade entre o defeito e o evento danoso.

Para exemplificar, caberia a responsabilização por dano no caso de um eletrodoméstico cujo defeito de fabricação tivesse provocado um incêndio ou no caso de uma vacina para gado que não tivesse sido bem acondicionada e afetasse negativamente o rebanho.

Antes de adentrar a análise econômica da responsabilidade civil, faz-se necessária uma caracterização do que seja dano. Existem danos materiais, que provocam diminuição do patrimônio do consumidor, como também existem os de ordem não material, os conhecidos danos morais. Assim, conforme esclarece Andrade (2011, p. 5), “é dano patrimonial o reflexo de ato danoso projetado no patrimônio economicamente apreciável”. Já dano moral pode ser conceituado da seguinte forma: trata-se de “ofensa ou violação que não vem ferir os bens

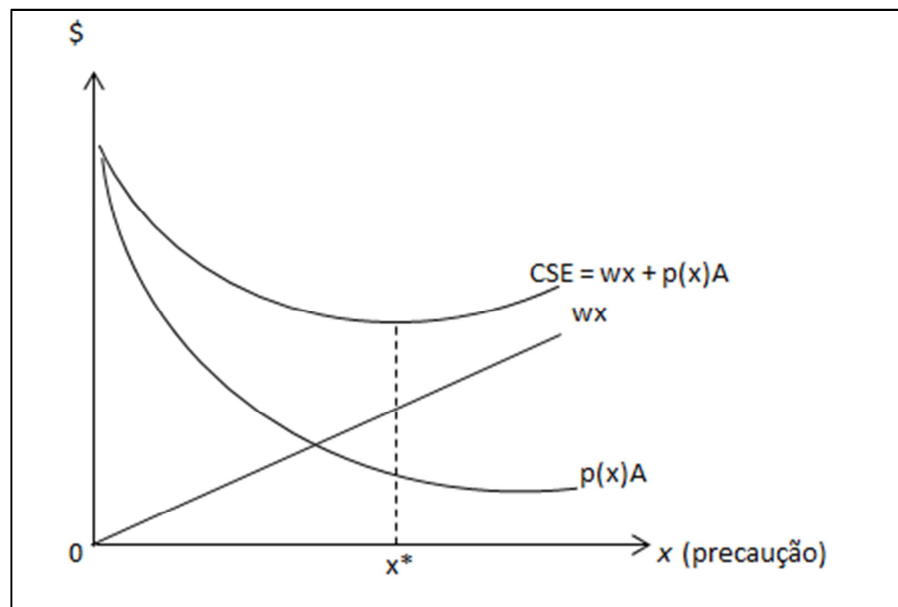
patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família”. (Silva, 2008, p. 231).

Pelo ordenamento jurídico vigente, deve haver reparação tantos pelos danos materiais quanto pelos danos morais.

3. Análise Econômica da Responsabilidade Civil

O modelo econômico fundamental sobre responsabilização por danos é o ensinado pelos professores Cooter e Ulen: a probabilidade (p) de um acidente diminui com o aumento da precaução (x), logo a função $p(x)$ é decrescente. O valor do prejuízo causado por uma mercadoria viciada é representado por A . Assim, o prejuízo esperado é dado por $p(x)A$ (que também é decrescente). Se w for o custo unitário da precaução, conseqüentemente, $w.x$ equivale à quantia total gasta com precaução. O custo esperado social de um prejuízo causado em decorrência de um produto defeituoso é a soma dos gastos relativos à precaução com o valor da indenização que deve ser igual ao prejuízo esperado: $wx + p(x)A$. (Cooter e Ulen, 2010, p. 332).

Gráfico I



Fonte: Cooter e Ulen, 2010, p. 333.

A eficiência exige que se minimizem os custos sociais esperados do acidente. No gráfico I, esse ponto é dado pelo valor mais baixo da curva CSE. O ponto x^* é o nível socialmente eficiente de precaução (nível de precaução que minimiza os custos sociais esperados do acidente).

Note, no entanto, que por precaução entende-se qualquer comportamento que reduza as chances de um acidente acontecer. O Gráfico I não tipifica de quem é a precaução, que pode ser tanto do autor quanto da potencial vítima.

Na situação em que existe a responsabilidade civil objetiva do produtor, este sabe que será responsabilizado no caso de um produto com problema e que terá que pagar uma indenização no valor do prejuízo da vítima. Isso faz com que ele escolha um nível socialmente eficiente de precaução (nível de precaução que minimiza os custos sociais esperados do acidente), desde que, obviamente, o valor das indenizações seja estabelecido no nível adequado.

Vamos supor que exista a regra da responsabilização objetiva com indenização perfeita, isto é, a indenização I é igual ao valor do prejuízo A . Nesse caso, o total do custo com que o produtor gerador do dano terá que arcar é:

$$w_c x_c + p(x_c)I$$

Assim, o produtor terá incentivos a minimizar os custos que serão impostos a ele e optará por escolher um valor de precaução x_c que possibilite isso. Segundo Cooter e Ulen (2010, p. 343), “a responsabilidade objetiva induz o autor de dano potencial a colocar em seu nível eficiente cada variável que afete a probabilidade de um acidente”. No entanto, se o valor das indenizações não for calibrado corretamente, a consequência é um nível de precaução abaixo do socialmente ótimo, no caso de indenizações insuficientes, ou um nível excessivo de precaução, quando as indenizações forem demasiadamente altas.

Cabe esclarecer que, no modelo de responsabilidade objetiva em que funciona a indenização perfeita de todos os danos gerados, a precaução incentivada não é bilateral, isto é, o consumidor não tem incentivo para evitar o dano, diferentemente do que ocorre na responsabilização subjetiva.

A pergunta que surge é: não será melhor então, nas relações de consumo, adotar a responsabilidade subjetiva e incentivar uma precaução de ambas as partes?

Cooter e Ulen (2010, p. 357) fornecem a justificativa básica para que se adote a responsabilidade objetiva nas relações entre produtor e consumidor. Os autores explicam que, na hipótese de um mercado com produtos diferentes e probabilidades diferentes de gerar danos, os consumidores perfeitamente informados, se não houver responsabilização por parte do produtor, escolherão o produto mais eficiente. No entanto, se os compradores não possuem todas as informações necessárias quanto à qualidade do produto e os riscos de acidente envolvidos, correm o risco de balizar sua decisão apenas pelo preço da mercadoria, que não reflete seu custo social, e comprar bens com alta probabilidade de gerar acidentes. Mas, se houver responsabilização objetiva, mesmo no caso de haver informação assimétrica, o que é o comum no mercado consumidor, o preço dos produtos incorporará o custo social deles e, assim, o consumidor fará uma escolha eficiente.

Visto isso, pode-se concluir que a proteção ao consumidor não reflete uma atitude de paternalismo por parte da sociedade, mas reflete o fato de haver uma justificativa econômica que demonstra a hipossuficiência do consumidor, baseada na assimetria de informação, e que permite defender a responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, quando se discute responsabilidade civil no âmbito da análise econômica do direito, há ainda que se comentar o artigo seminal de Calabresi (1961). O autor parte do princípio de que o sistema de responsabilidade civil baseado em culpa apresenta custos muito altos. Segundo o autor, a teoria da responsabilidade civil subjetiva faz surgir uma litigância individualizada entre o ofensor e o ofendido. Tal sistema não satisfaz as necessidades atuais da sociedade principalmente porque acidentes (como de trabalho ou por produtos e serviços defeituosos fornecidos ao consumidor) não são fatos eventuais, constituindo um problema geral que atinge a todos. Assim, o autor defende a responsabilidade objetiva de empresas.

4. Avaliação das Indenizações Concedidas pelo Poder Judiciário

Neste tópico, a fim de embasar o tema com o que realmente acontece na prática do Poder Judiciário, serão discutidos dois litígios na esfera do Tribunal de Justiça do DF e apresentados alguns dados relativos ao Brasil.

No primeiro caso, tem-se uma discussão sobre falha na prestação de serviço de telefonia em que foi cobrado valor indevido do cliente. A Desembargadora, no Acórdão nº 537850, de 14/09/2011, estipulou que a companhia telefônica deveria pagar R\$ 4.737,30 à consumidora, quantia igual ao dobro do cobrado indevidamente. Essa indenização de duas vezes está prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC (“o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso”).

No entanto, há ainda a discussão sobre danos morais. Nesse caso, a Desembargadora comentou que:

Dificuldades impostas à pessoa idosa para resolver administrativamente problemas referentes ao contrato de telefonia firmado entre as partes, inclusive com a cobrança indevida de elevadas quantias, constituem transtornos que não se circunscrevem a órbita dos meros aborrecimentos, caracterizam a falha na prestação de serviços pela empresa de telefonia e justifica a condenação ao pagamento de indenização por danos de ordem moral.

Para a fixação do *quantum debeatur* a título de indenização por danos morais, cabe ao magistrado pautar sua avaliação levando em conta a capacidade patrimonial das partes, a extensão do dano experimentado, bem como o grau de culpa do réu para a ocorrência do evento, não merecendo reforma se observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Dito isso, o valor estipulado a título de dano moral foi de R\$2.500,00. A pergunta que se faz é se o valor compensa todo o transtorno do consumidor nas suas tentativas de demonstrar à Companhia Telefônica que foi cobrado indevidamente. No caso dos danos materiais, devolver o valor do prejuízo em dobro pode consistir em incentivo para melhorar a precaução no caso de valores altos, mas, para valores pequenos, talvez não seja o suficiente.

Vejamos outra ação decidida pelo TJDF. Trata-se de consumidor que adquiriu um veículo novo em maio de 2009, mas, um mês depois, notou alguns defeitos no veículo, tais como, alteração do para-lama, sinais de remoção e retoque de tinta e manchas de tonalidade mais escura que a cor do veículo. O cliente tentou resolver a questão na esfera administrativa, pedindo a devolução do valor referente ao carro, que ele havia pagado à vista (no montante de R\$ 40.500), contudo a concessionária negou-se a fazê-lo. O consumidor teve então de procurar o Poder Judiciário.

Em 21/09/2011, isto é, mais de dois anos depois, o litígio foi julgado na segunda instância do TJDF. Por meio do Acórdão nº 537715, o Desembargador decidiu que a concessionária deveria devolver o valor do carro e resolveu, além disso, estipular um dano moral de R\$3.000,00 a ser pago ao consumidor.

Em suma, a decisão do Tribunal impõe uma restituição perfeita, isto é, o valor exato do prejuízo material, mais um valor de dano moral. No entanto, este último, se quantificadas a tensão e o desgaste pelos quais passou esse consumidor, com certeza, ficou muito aquém do prejuízo extrapatrimonial. A inferência que se pode fazer desse caso é que a concessionária tem incentivos para desrespeitar o consumidor, até porque, diferentemente do autor dessa ação, a maior parte dos consumidores em situação semelhante provavelmente ficaria resignada com um

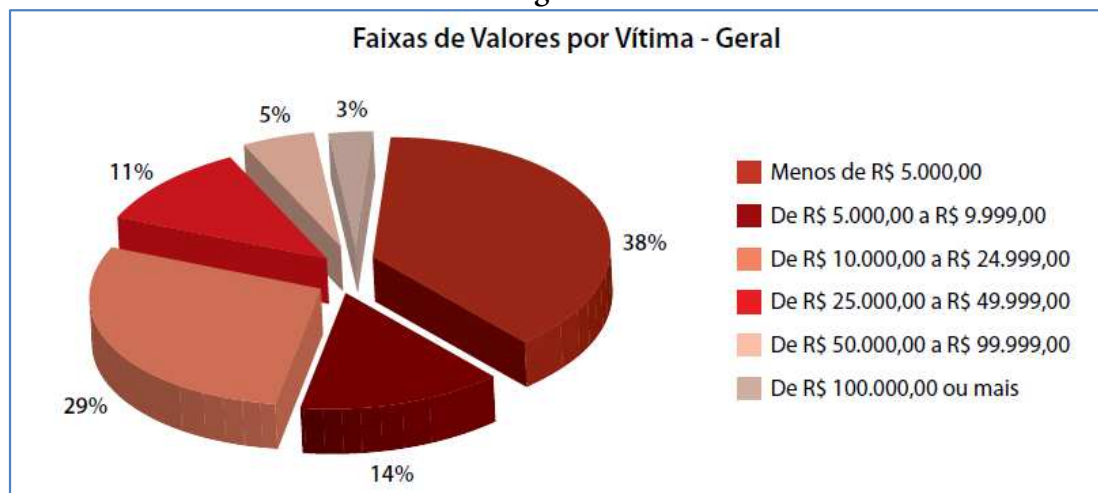
conserto e não levaria o caso à Justiça, pois os custos de um processo judicial também não são desprezíveis.

Quando se efetiva uma violação a consumidor, não se pode aceitar que ocorra somente uma indenização no valor dos danos materiais, isto é, no valor da diminuição do patrimônio do consumidor, há também que se indenizar pelo desconforto, pela preocupação, pela frustração de não ter suas expectativas atendidas. É claro que alguns danos extrapatrimoniais não podem ser substituídos por dinheiro, mas a compensação pecuniária serve para abrandar tais sentimentos negativos, bem como pode servir com instrumento para incentivar os produtores de bens e serviços a aumentarem o esforço no sentido de diminuir a frequência com que os consumidores sejam ofendidos nos seus direitos. O dano moral poderia fazer essa função. No entanto, conforme se explica a seguir, não é o que vem acontecendo.

Püschel et al. (2011) elaboraram pesquisa aprofundada sobre as indenizações pagas a título de dano moral no Brasil. Os autores concluem que os tribunais são bem moderados na concessão de danos morais, citando frequentemente o critério de “proibição do enriquecimento sem causa” para justificar as pequenas indenizações. Ainda segundo os autores, “a crítica que se pode fazer aos tribunais, diante dos resultados deste levantamento, é que os valores concedidos podem ser excessivamente baixos, especialmente para cumprir o objetivo punitivo da responsabilidade”. Apesar de a jurisprudência aceitar que a responsabilidade civil por danos morais tem como função dissuadir o autor de atos ilícitos, os valores baixos de condenação contradizem essa expectativa.

A figura a seguir dá uma noção bem razoável de como os valores concedidos a título de reparação por danos morais no Brasil não são altos. Para chegar a essa informação, Püschel et al. (2011) analisaram 1.044 acórdãos oriundos de cinco tribunais federais, cinco tribunais estaduais e cinco tribunais regionais do trabalho.

Figura I



Fonte: Püschel et al. (2011), p. 16

Os autores concluem que “a temida indústria de reparações milionárias não é uma realidade no Brasil, mesmo diante da situação atual de ausência de critérios legais para o cálculo do valor da reparação por danos morais” (Püschel et al., 2011).

Neste ponto, cabe ainda discutir a questão da indenização no Código Civil brasileiro. Em seu art. 944, *caput*, está estabelecido que: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Fica claro que também estão incluídos na extensão do dano, aqueles de origem moral. Isto é, o dano moral é

devido para impor uma reparação que alcance a satisfação do lesado. Mesmo que se admita que o instituto do dano moral seja utilizado como forma de punição, o correto é sua caracterização como indenizatório.

Por isso que, conforme explica Püshel (2007, p. 22):

[A]o aplicar critérios punitivos para calcular o valor da indenização por dano moral, doutrina e jurisprudência encontram-se diante de uma tarefa complicada, pois é difícil imaginar como evitar o enriquecimento sem causa quando se atribui à vítima um valor que não guarda relação com o dano sofrido e sim com a conduta do autor do ilícito.

Uma forma de superar esse problema é inserir uma punição que não será paga à vítima, mas ao Estado. Tal ideia se encaixa bem no conceito de multa civil, que permite ao juiz transcender o conceito de indenização meramente compensatória e utilizar a pena pecuniária como forma de realizar o princípio constitucional de proteção ao consumidor, uma vez que exige do fornecedor o desembolso de valor superior aos danos materiais e morais gerados, incentivando o investimento em precaução.

O texto do CDC aprovado originalmente no Congresso Nacional previa a condenação do fornecedor ao pagamento de multa civil nos casos de alta periculosidade do produto ou serviço, de práticas comerciais indevidas e de falha na informação nos casos de concessão de crédito ou financiamento. No entanto, os dispositivos foram vetados pelo Presidente da República, sob os argumentos de que já havia no Código mecanismos de reparação pelo dano causado ao consumidor. Mesmo assim, a multa civil já se encontra incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, pois está prevista como pena para os casos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 1992) e para os que infringirem a prioridade no atendimento ao idoso (Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741, de 2003).

Realizadas essas considerações, na seção seguinte, pretende-se desenvolver um modelo econômico que explique essa realidade.

5. Modelagem Econômica

Considera-se que o produtor é tomador de preço, de forma que o preço p é insensível ao nível de precaução adotado no processo de produção. Esta hipótese, de caráter simplificador, reflete a discutida assimetria de informação que existe entre o produtor, que fabrica o produto e, portanto, escolhe o nível de precaução no processo produtivo, e o consumidor, que observa apenas o produto final e seu preço, sem ter a informação sobre os cuidados tomados na sua produção.

O custo de produção c é função da quantidade produzida q e do nível de precaução x , sendo dada pela expressão (1) a seguir.

$$c(q,x) = c(q) + w.x \quad (1)$$

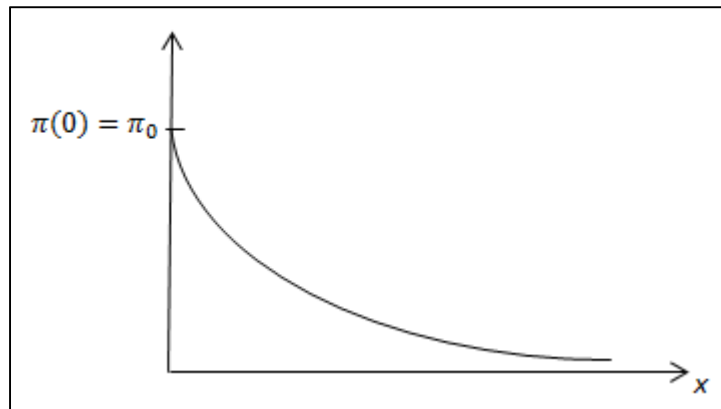
Conforme Cooter e Ulen (2010), w é o custo unitário da precaução e, conseqüentemente, $w.x$ equivale à quantia total gasta com precaução. A função $c(q)$ é suposta estritamente crescente e estritamente convexa. Assim, o lucro do produtor é dado por:

$$p.q - c(q,x) = p.q - c(q) - w.x \quad (2)$$

A probabilidade de acontecer um prejuízo em virtude de um defeito no bem produzido é $\pi(q, x)$, isto é, a probabilidade π responde ao nível de precaução adotado e à quantidade produzida. No entanto, para simplificar a análise, considera-se que π depende apenas do nível de precaução, sendo decrescente em x e convexa (conforme o Gráfico II). Adicionalmente, normalizamos em π_0 a maior probabilidade de acidente, que ocorre quando o nível de precaução é nulo, supomos que, no limite, quando o nível de precaução cresce infinitamente, o risco de prejuízo tende a zero.

$$\begin{aligned} \pi(q, x) &= \pi(x), \forall q \\ \lim_{x \rightarrow \infty} \pi(x) &= 0 \\ \pi(0) &= \pi_0 \end{aligned}$$

Gráfico II



Do lado do consumidor, considera-se que este tem demanda unitária, de forma que o número de consumidores equivale à quantidade produzida. O consumidor paga o preço p e desfruta de uma utilidade U quando o bem não possui defeito. Contudo, se o bem produzido possuir alguma avaria, o consumidor terá uma utilidade negativa $-A$. Assim, a utilidade esperada do consumidor é:

$$\begin{aligned} u(x) &= [1 - \pi(x)]U - \pi(x)A - p \\ u(x) &= U - p - \pi(x)(U + A) \end{aligned} \quad (3)$$

Note que o termo $\pi(x)(U + A)$ representa o custo de oportunidade esperado do produto defeituoso.

Feitas essas considerações básicas sobre o modelo, a ideia a partir desse momento é comparar o ótimo social para duas situações, a primeira em que o produtor não recebe qualquer tipo de pena por fabricar produtos defeituosos e a segunda situação na qual, de alguma forma (seja via administrativa ou judicial), o produtor será apenado por não ter sido cauteloso na produção de bens, vendendo assim produtos viciados.

Situação 1 – Sem punição para o produtor

Nesse caso, o fabricante escolherá x e q de forma a maximizar seu lucro.

Problema do produtor:

$$\max_{x,q} p \cdot q - c(q) - w \cdot x$$

Solução:

$$\begin{aligned} p &= c'(q) \\ x &= 0 \end{aligned}$$

Efeito sobre o consumidor:

$$u(x) = u(0) = U - p - \pi(0)(U + A) = U - p - \pi_0(U + A) \quad (4)$$

Observe que essa solução só será realmente um equilíbrio se:

$$\begin{aligned} U - p - \pi_0(U + A) &\geq 0 \\ U - \pi_0(U + A) &\geq p \end{aligned} \quad (5)$$

Se a condição acima não for válida, o consumidor simplesmente não comprará o produto, ou seja, o consumidor precisa de uma utilidade positiva para o mercado existir.

Note ainda que essa solução evidencia uma situação em que o produtor gera uma externalidade negativa sobre o consumidor, pois, ao produzir seu bem, ele impõe ao consumidor um custo esperado do defeito, que não está diretamente refletido no preço devido à assimetria de informação existente.

Para reduzir tal externalidade negativa, o produtor deveria investir em prevenção, mas ele não o faz porque a prevenção é um custo adicional e como não há punição que o incentive a se precaver, o nível de precaução escolhido é nulo e toda a externalidade negativa recairá sobre o consumidor. Cabe frisar a importância da hipótese feita anteriormente de que o produtor é tomador de preço e, portanto, o esforço em prevenção não afeta o valor do produto.

Na presença de externalidade negativa, a solução dada pela maximização do lucro do produtor pode não ser socialmente ótima. Para encontrar x e q que garantam eficiência na sociedade, deve-se maximizar a função de bem-estar social, que computa tanto o retorno do produtor como a utilidade de todos os consumidores. Assim, a função de bem-estar social é dada por:

$$\begin{aligned} FBS(x, q) &= p \cdot q - c(q) - w \cdot x + [U - p - \pi(x)(U + A)]q \\ FBS(x, q) &= [U \cdot q] - [c(q) + w \cdot x] - [\pi(x)(U + A)]q \end{aligned} \quad (6)$$

Observe que o primeiro termo da expressão (6) retrata o benefício social pelo fato de o mercado existir, o segundo termo reflete o custo de produção o terceiro componente da função de bem-estar social $FBS(x, q)$ é o custo social de uma mercadoria defeituosa.

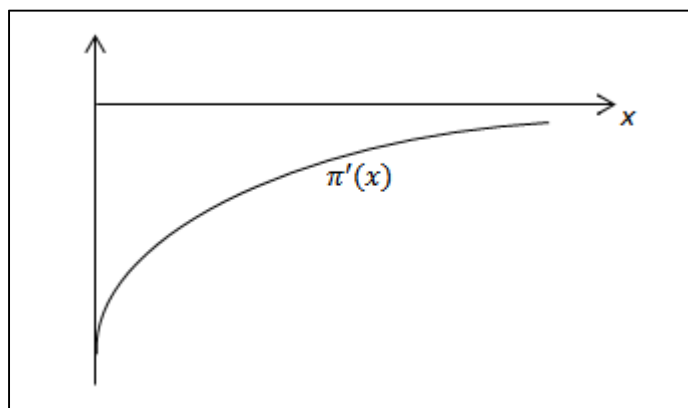
Considerando que FBS é côncava em (x, q) , as condições de primeira ordem são dadas por:

$$\frac{\partial FBS(x, q)}{\partial q}: \quad U - \pi(x)(U + A) - c'(q) = 0 \Rightarrow c'(q) = U - \pi(x)(U + A) \quad (7)$$

$$\frac{\partial FBS(x, q)}{\partial x}: \quad -w - (U + A)q \pi'(x) = 0 \Rightarrow q\pi'(x) = -\frac{w}{U + A} \quad (8)$$

Note que $\left(-\frac{w}{U+A}\right)$ é uma constante. Além disso, como a função $\pi(x)$ é convexa, $\pi'(x)$ é crescente e negativa (Gráfico III), isto é, quanto maior o valor absoluto de $\pi'(x)$, menor tem que ser q (conforme a expressão 8) e, portanto, menor é a receita do produtor. Em outras palavras, quanto menor for a precaução x , menor será a quantidade q produzida, de onde se infere que x será naturalmente maior que zero (essa conclusão também pode ser tirada com base na condição 7).

Gráfico III



Assim, quando se compara o nível de precaução x_{sp} encontrado no primeiro equilíbrio (sem punição e sem o cômputo da externalidade negativa) com o resultado x_{os} encontrado para o ótimo social, temos que:

$$x_{os} > x_{sp} = 0 \quad (9)$$

Além disso, sabe-se que $U \geq p$, caso contrário, não haverá interesse por parte do consumidor em comprar. Mais ainda, pela condição 3, para que a utilidade u do consumidor seja positiva, é necessário que $U - \pi(x)(U + A) \geq p$.

Mas então, por (7):

$$c'(q) = U - \pi(x)(U + A) \geq p$$

Logo

$$c'(q_{os}) \geq c'(q_{sp}) = p \implies q_{os} \geq q_{sp} \quad (10)$$

Portanto, num ambiente sem punição, produz-se uma quantidade inferior à produzida no ambiente socialmente ótimo e o nível de precaução também fica aquém do que seria o ideal. Isso se explica pelo fato de que o mercado traz ganhos para a sociedade, portanto, quando se aumenta a precaução, mais consumidores se beneficiarão com um produto mais seguro e, destarte, mais barato em termos esperados.

Situação 2 – Com punição para o produtor

Nesse tópico, pretende-se modelar a situação considerando uma indenização no valor do dobro do preço pago pelo bem avariado (esse percentual tem por base o art. 42 do CDC, conforme mencionado na seção 3).

O problema de maximização do produtor, com as condições de primeira ordem, é o seguinte:

$$\begin{aligned} \max_{x,q} p \cdot q - c(q) - w \cdot x - \pi(x) \cdot 2pq \\ \max_{x,q} [1 - 2\pi(x)] \cdot pq - c(q) - w \cdot x \end{aligned}$$

$$\frac{\partial FBS(x,q)}{\partial q};$$

$$p - c'(q) - 2\pi(x)p = 0 \Rightarrow c'(q) = [1 - 2\pi(x)]p \quad (11)$$

$$\frac{\partial FBS(x,q)}{\partial x};$$

$$-w - 2pq \pi'(x) = 0 \Rightarrow q \pi'(x) = -\frac{w}{2p} \quad (12)$$

A análise dos resultados nesse caso é muito parecida com a situação do ótimo social. Pela condição (12), sempre que diminuir o nível de precaução x , cairá também a produção q . De forma análoga, num ambiente com punição, o produtor adota uma quantidade de precaução $x_{cp} > 0$.

Além disso, pela expressão (11) e sabendo que $c'(q)$ é crescente, tem-se:

$$c'(q) = [1 - 2\pi(x)]p < p = c'(q_{sp}) \Rightarrow q_{cp} < q_{sp} \quad (13)$$

Isso significa que, na presença de punição, a quantidade produzida fica ainda mais distante do ótimo social:

$$q_{os} > q_{sp} > q_{cp}$$

Assim, a punição gera o efeito de aproximar o nível de precaução do ótimo social, o que é desejado, mas, em contrapartida, tem o efeito de reduzir ainda mais a quantidade total produzida pela firma. A explicação para este resultado provém do fato de que, quando se calcula o ótimo social, não se considera nenhum pagamento punitivo a nenhum dos agentes envolvidos. No entanto, quando o produtor paga multa, ele arca sozinho com os custos do defeito, o que torna o mercado menos atraente para ele, reduzindo sua produção.

Relativamente ao consumidor, sua utilidade, nesse caso, passa a ser dada por:

$$\begin{aligned} u(x) &= U - p - \pi(x)(U + A) + \pi(x) \cdot 2p \\ u(x) &= U - p - \pi(x)[(U + A) - 2p] \end{aligned} \quad (14)$$

Note que, em (14), o termo $\pi(x)[(U + A) - 2p]$ representa o custo esperado do defeito. Portanto:

1. Se $U + A > 2p$, então, o consumidor é apenas parcialmente recompensado pela sua perda;
2. Se $U + A = 2p$, então, o consumidor recebe exatamente o valor da perda ocorrida (não somente as perdas materiais, mas também as relativas a dano moral).
3. Se $U + A < 2p$, então, a recompensa supera a perda.

Na primeira opção, o consumidor está sendo desrespeitado em seus direitos. A segunda opção faz com que o consumidor retorne a sua situação inicial, reavendo o que perdeu. A terceira opção representa as indenizações altas, que acabam por gerar o mercado na advocacia conhecido por “indústria de reparações milionárias”, como acontece nos EUA.

Conforme discutido na seção 3, as evidências permitem inferir que o Brasil encontra-se na situação 1, isto é, os valores concedidos a título de indenização são excessivamente baixos, não atingindo uma finalidade punitiva para o fabricante.

Uma questão natural que surge deste estudo é, do ponto de vista social, que tipo de regra é mais apropriado, a inexistência de punição (ou, por continuidade, uma baixa punição) ou ainda uma punição elevada? Apesar de não estudado em detalhes no texto, o modelo sugere que, quanto maior for a punição, maior será a precaução e menor será a produção. No limite, uma punição muito elevada pode inclusive induzir um nível de precaução exageradamente alto, acima do nível ótimo social. Por outro lado, uma punição em níveis apropriados pode levar o nível de precaução próximo daquele ótimo do ponto de vista social. No entanto, esse resultado não é conseguido sem custo social. O custo vem da redução na quantidade total produzida, abaixo do nível ótimo social. Portanto, mesmo supondo que a punição não seja exagerada ao ponto de induzir um nível de precaução acima do ótimo social, o que é seguramente consistente com a realidade brasileira de baixa punição, ainda assim subsistirá um *trade-off* entre precaução e produção: quanto maior a precaução, menor a produção.

Uma consequência desta observação é que, por um lado, países que já apresentam elevado nível de produção, têm maior espaço para aumentar a punição, enquanto países que tem baixa produção, por outro lado, têm menor espaço para induzir maior precaução via aumento de punição. Não parece, pois, mera coincidência o fato de que o país em que mais se houve falar na “indústria das indenizações” seja também o país de maior PIB no mundo, os EUA. Tampouco parece ser ao acaso o fato de ser justamente quando os países crescem, como o Japão na segunda metade do século passado, que a sociedade se mobiliza para exigir do governo maior controle e punição de empresas que produzem externalidade negativa à sociedade. Com o crescimento recente do país, e a perspectiva de sustentabilidade desse crescimento, parece provável que o Brasil esteja chegando ao ponto em que uma maior punição será exigida pela sociedade, ainda que com custo para a produção agregada.

6. Conclusões e Considerações Finais

Com a recente comemoração dos vinte anos de vigência do CDC, percebe-se que os direitos do consumidor ganharam maturidade e, assim, justificam-se e recomendam-se análises críticas sobre esse período de aplicação da legislação, procurando enaltecer o que bem funcionou e sugerir aprimoramentos em questões falhas.

Este artigo pretende aprofundar especificamente o estudo da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e analisar os incentivos dados pela lei e pelo Poder Judiciário para compreender o impacto social e econômico das indenizações nas relações de consumo.

Com o modelo desenvolvido, percebe-se que a punição (com base no dobro do preço) induz o produtor a tomar decisões de precaução mais próximas àquelas que são ótimas socialmente, apesar de ter um efeito contrário relativamente à quantidade produzida. Para resolver o problema da diminuição da produção, pode-se pensar em algum tipo de subsídio, na forma de incentivos fiscais, por exemplo, para os setores que trabalham com uma precaução adequada. Ou seja, o fabricante deveria ser bonificado com valor comparável ao ganho social do mercado. Uma possível extensão desse artigo consiste na demonstração dessa afirmação.

Fica clara a importância da calibragem das leis e das decisões judiciais no sentido de estabelecer indenizações que não sejam insuficientes, mas que tampouco sejam exageradas.

De qualquer forma, é naturalmente válida qualquer forma fixa de punição para o produtor que vende bens viciados, uma vez que a solução de seu problema sem tal punição gerará sempre um resultado aquém do ótimo social, pois o fabricante não incorpora o efeito de sua produção sobre o consumidor.

A regra fixa de punição seria superada apenas pela situação em que fosse possível observar exatamente o valor ($U+A$), no qual se inserem também os danos morais. A indenização nesse valor recuperaria exatamente a perda do consumidor.

Em termos de políticas públicas, a recomendação é que haja maior efetividade nas punições imputadas ao produtor que não toma as devidas precauções. Essa maior efetividade se consegue com indenizações mais altas, bem como com uma maior celeridade na aplicação dessas penas.

Nesse sentido, na reforma do CDC em andamento, há sugestão de conferir às decisões dos Procons a eficácia de título executivo extrajudicial, pois, assim, teriam os atributos da exigibilidade, certeza e liquidez, dificultando o questionamento judicial pelo fornecedor quanto a circunstâncias de fato e de direito que ocasionaram a decisão. Em regra, hoje, as sanções administrativas pecuniárias dependem de prévia inscrição em dívida ativa para posterior execução, o que atrasa sobremaneira a punição.

Outra possibilidade é o instituto da multa civil, que também tramita no Congresso Nacional. Pode acontecer de os fornecedores terem incentivos para praticarem ações ou omissões prejudiciais ao consumidor, já que o valor global das indenizações estipuladas em ações de reparação pode ser menor do que o custo de prevenir o dano. Nesse caso, o juiz poderia transcender o conceito de indenização meramente compensatória e utilizar a pena pecuniária como forma de realizar o princípio constitucional de proteção ao consumidor, dando caráter punitivo, preventivo e educativo à sanção.

A principal contribuição deste estudo é explicitar a relação negativa entre o custo de precaução e a produção de bens, bem como demonstrar que uma situação em que os consumidores não são respeitados, não havendo punição efetiva para os produtores de mercadorias avariadas, é a que induz o menor nível de precaução possível das empresas. Essa contribuição se completa com o resultado encontrado segundo o qual uma maior punição do produtor, se, por um lado, o induz a uma maior precaução, também reduz sua produção, o que tem reflexos sobre o produto nacional. Espera-se que tais considerações sejam contempladas na implantação de políticas públicas de defesa do consumidor e nas decisões judiciais nos quais o foco do litígio sejam as relações de consumo.

7. Referências Bibliográficas

- Almeida, J. B. (2010). *Manual de Direito do Consumidor* (4ª ed.). São Paulo: Editora Saraiva.
- Amaral, L. O. (2011). *Teoria Geral do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Andrade, R. A. (2011). *Dano moral e sua valoração* (2ª ed.). São Paulo: Editora Atlas.
- Calabresi, G. (Mar. de 1961). Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *70 (4)*, pp. 499-553.
- Cooter, R. D., & Ulen, T. S. (2010). *Direito & Economia* (5ª ed.). Porto Alegre: Bookman.
- Denari, Z. (2011). Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: A. P. Grinover, K. Watanabe, & N. N. Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto* (10ª ed., Vol. I). Rio de Janeiro: Forense.
- Filomeno, J. G. (2011). Dos Direitos Básicos do Consumidor. In: A. P. Grinover, K. Watanabe, & N. N. Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto* (10ª ed., Vol. I). Rio de Janeiro: Forense.
- Gomes, M. K. (2001). *Responsabilidade Civil: Dano e Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey.
- Meneguim, F. B. (28 de 9 de 2011). *Como o Código de Defesa do Consumidor colabora para a eficiência da economia?* Acesso em 15 de 10 de 2012, disponível em Brasil, Economia e Governo: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/09/28/como-o-codigo-de-defesa-do-consumidor-colabora-para-a-eficiencia-da-economia/>
- Nunes Júnior, V. S., & Serrano, Y. A. (2011). *Código de Defesa do Consumidor Interpretado* (5ª ed.). São Paulo: Verbatim.
- Nunes, R. (2008). *Curso de Direito do Consumidor* (3ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- Püschel, F. P. (Jul/Dez de 2007). A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, 3(2), pp. 17-36.
- Püschel, F. P., Hirata, A., Corrêa, A. R., Salama, B. M., & Rodriguez, J. R. (2011). *A Quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, segurança e eficiência*. Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Brasília: SAL/MJ.
- Rocha, S. L. (2011). Responsabilidade civil do fornecedor pós-consumo. In: R. Lotufo, & F. R. Martins, *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas, desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva.
- Silva, D. P. (2008). *Vocabulário Jurídico Conciso*. Rio de Janeiro: Forense.