

ANOTAÇÕES SOBRE A ALEGADA EXISTÊNCIA DE UMA “INDÚSTRIA DO DANO MORAL” E OS EFEITOS DAS INDENIZAÇÕES CONSUMERISTAS NO AMBIENTE EMPRESARIAL.

NOTES ON THE ALLEGED EXISTENCE OF A "MORAL DAMAGE INDUSTRY" AND THE EFFECTS OF THE CONSUMERS COMPENSATIONS IN THE BUSINESS ENVIRONMENT

Marcelo de Souza Sampaio¹

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr²

RESUMO

Anotações sobre a alegada existência de uma “indústria do dano moral” e os efeitos das indenizações consumeristas no ambiente empresarial. Diante do desenvolvimento experimentado tanto pelos sujeitos de direito, quanto pelas figuras jurídicas na contemporaneidade, surgem novas demandas legislativas e hermenêuticas cujas aplicações devem seguir um viés funcionalizado a despeito de sua mera leitura literal. Neste contexto jurídico não se pode deixar de lado o instituto da responsabilidade civil, que irá operar nos pólos de função repressora expressa no artigo 186, e o preventiva-diretiva, expressa no artigo 187, ambos do Código Civil Brasileiro. Saliente-se este último como uma inovação legislativa, trazendo à baila a punição pelo cometimento do “abuso de direito”. É neste diálogo entre a Empresa e a sociedade que nascem os regramentos jurídicos para delimitar suas condutas necessárias para a manutenção da ordem social e da preservação do interesse coletivo, cujo escopo é alcançar de fato uma sociedade mais livre, justa e solidária. Destaca-se neste contexto a função pedagógica que busca não apenas reparar prejuízos, mas também desestimular o cometimento de novos danos. No tocante a tutela consumerista que fundamentalmente é preventiva no que diz respeito à proteção do consumidor, e cujas decisões acabam por manifestar seus efeitos no ambiente empresarial, contribui a lei para a

¹ Mestrando do programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito Processual. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Empresarial e Cidadania no século XXI, no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. E-mail: pachoctba1@gmail.com

² Doutora em Direito. Professora e atual coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania – UNICURITIBA. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Empresarial e Cidadania no século XXI, no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. E-mail: viviane@sellosknoerr.com.br

ideologia do desenvolvimento sustentável e coaduna sua Política Nacional de Consumo, a fim de não contrariar o ideário constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Responsabilidade Civil Consumerista, Indústria do Dano Moral, Efeitos das Indenizações Consumeristas, Função Pedagógica da Indenização.

ABSTRACT

Notes on the alleged existence of a “moral damage industry” and the effects of the consumers compensations in the business environment. Facing the development experienced by both the subjects of law, as the figures in contemporary legal arises new legislative demands and hermeneutical whose applications should follow a bias functionalized despite its literal reading. On this legal basis can not leave aside the institution of the civil liability, which will operate at the poles repressor function expressed in Article 186, and preventive-director, expressed in Article 187, both of Brazilian Civil Code. It should be noted this one as a legislative innovation, bringing up the punishment for committing the "abuse of rights." In this dialogue between the company and the society that comes to define their legal rules to delimit required to maintain social order and preserving the public interest, whose scope is in fact achieve a freer, justice and solidarity society. It is noteworthy in this context the pedagogical function that seeks not only to repair damage, but also discourage the commission of further damage. Regarding the protection consumerist which is essentially preventive in relation to consumer protection, and whose decisions end up to manifest their effects on the business environment, the law contributes to the ideology of sustainable development and is consistent, its National Consumer Policy, in order to not contradict the constitutional ideals.

KEYWORDS

Consumers Liability, Moral Damage Industry, Consumers Compensation Effects, Pedagogical Function of Indemnity.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE DESENVOLVIMENTO, RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA JURÍDICO CONSUMERISTA, FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E ANÁLISE

ECONÔMICA DO DIREITO. 3 ANOTAÇÕES SOBRE A ALEGADA EXISTÊNCIA DE UMA “INDÚSTRIA DO DANO MORAL” E OS EFEITOS DAS INDENIZAÇÕES CONSUMERISTAS NO AMBIENTE EMPRESARIAL. 3.1A QUESTÃO DA ALEGADA EXISTÊNCIA DE UMA “INDÚSTRIA DO DANO MORAL”. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A Contemporaneidade impõe novas demandas legislativas e hermenêuticas, tanto para os sujeitos de direito, quanto para as figuras jurídicas, que devem ser aplicadas com seu viés funcionalizado. E de tal sorte não escapa a figura jurídica da responsabilidade civil, que opera notadamente em dois polos de função: o repressor, expressado pelo artigo 186, e o preventivo-diretivo, expresso pelo artigo 187, ambos do Código Civil Brasileiro, consistindo, notadamente, este último, em uma virtuosa inovação legislativa, que trouxe à baila a punição pelo cometimento do “abuso de direito”.

É neste contexto jurídico que a Empresa interage com a sociedade, exercendo sua garantia constitucional à livre iniciativa, seu direito econômico a obter e reter o lucro, porém, todas as suas condutas são delimitadas pelos regramentos jurídicos que nascem da necessidade da manutenção da ordem social e da preservação do interesse coletivo, para que se possa, de fato, alcançar uma sociedade mais livre, justa e solidária.

No diálogo com as funções atuais da responsabilidade civil, destaca-se a função pedagógica das indenizações, que busca não apenas reparar os prejuízos, mas também enviar uma importante mensagem para a sociedade, desestimulando ao cometimento de novos danos.

É somando ao critério pedagógico o elemento preventivo (ao que denomina de “função profilática”), que a autora Ana Cecília Parodi, tratou da Análise Econômica do Direito, associada à Responsabilização Civil dos Fornecedores, para tentar responder a uma incômoda pergunta, que emerge da experiência jurisprudencial: existiria um fenômeno denominado pelos próprios tribunais como “indústria do dano moral”?

É com base nessa problematização, e atendendo às exigências da disciplina do programa de mestrado, que se estruturam estas breves anotações sobre o tema, desprovido de qualquer pretensão de esgotar o assunto.

Adotou-se, precipuamente, a metodologia da revisão bibliográfica.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A SOCIEDADE DE RISCO E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO AMBIENTE JURÍDICO CONTEMPORÂNEO.

O ambiente econômico contemporâneo, notadamente nos países capitalistas, é baseado em um sistema de produção em massa, tendo no Fornecedor x Consumidor o elo mais forte da relação econômica. E conforme José Geraldo Brito Filomeno (2007, p. 68-70), o Consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco. Contudo, ainda maior é o poder intrínseco do Consumidor, quem, se deixar de exercer seu “ato de consumo”, leva toda uma estruturação econômica globalizada ao colapso. Prevalece neste ambiente econômico, a chamada “sociedade de risco”:

O conceito de sociedade de risco se cruza diretamente com o de globalização: os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais, sem respeitar fronteiras de nenhum tipo. Os processos que passam a delinear-se a partir dessas transformações são ambíguos, coexistindo maior pobreza em massa, crescimento de nacionalismo, fundamentalismos religiosos, crises econômicas, possíveis guerras e catástrofes ecológicas e tecnológicas, e espaços no planeta onde há maior riqueza, tecnificação rápida e alta segurança no emprego. (GUIVANT, 2008)

O grande desafio deste mundo contemporâneo globalizado é conseguir conciliar desenvolvimento econômico com preservação ambiental em sentido amplo, compreendendo por “meio ambiente” os elementos de fauna e flora, mas também os elementos humanos e relacionais³(SILVA, 2003, p. 23).

O Direito não resta incólume às transformações sociais e o governo jurídico das relações privadas tem se visto alterado drasticamente desde a travessia do tempo moderno para o contemporâneo. Ensinam os teóricos da Constitucionalização do Direito Privado⁴, que todo o Direito tem passado por uma evolução, especialmente desde o advento da Revolução

³ Conforme José Afonso da Silva, o meio ambiente, na acepção contemporânea do vocábulo, vai além do tradicional “meio ambiente natural”, passando a englobar o meio ambiente cultural, laboral, negocial, dentre outros.

⁴ A esse respeito, é recomendada a leitura da obra de: TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Francesa, em 1789, e da primeira Revolução Industrial, que teve início na Inglaterra, na metade do Século XVIII, experimentando movimentos, também de cunho hermenêutico, como o da “repersonalização do Direito Civil”. Desde o advento do capitalismo moderno, o Direito servia – em um sentido realmente serviçal – à moeda, ao patrimônio econômico, deixando o sujeito de direitos para segundo plano. Prevalecia o ter sobre o ser (PARODI, 2009, p. 161). A propósito da Constitucionalização do Direito Civil, Pietro Perlingieri afirma, em sua celebre obra *Perfis de Direito Civil-Constitucional*, fala sobre as bases e contextualização do estudo dessa escola:

A unidade do fenômeno social e do fenômeno jurídico exige o estudo de cada instituto em seus aspectos ditos privatísticos e publicísticos. A própria distinção entre Direito Público e Direito Privado está em crise.

A Constituição Federal de 1988 nasceu justamente das lutas humanistas e consagrou os ideais de A Era dos Direitos. E a propósito, nesse ponto vale registrar os outros principais valores e princípios constitucionais:

PREÂMBULO: (...) para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...) Art. 1º A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: (...) II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; (...) Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada; III - função social da

propriedade; (...) V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Para compreender os novos rumos da responsabilidade civil no país é preciso entender os seus pressupostos, notadamente no que diz com a “repersonalização do Direito” e com sua reestruturação funcionalizada, à luz de Norberto Bobbio(2007), vejamos.

Repersonalização do Direito Civil significa que o indivíduo, sujeito de direitos, volta à cena, como principal foco das atenções dos operadores do Direito, que buscam atender àquilo que Ana Cecília Parodi (2009, p. 29) ensina ser o principal valor-fundante do Direito, o chamado “solidarismo constitucional”, o qual, sendo mais do que um regramento, é um verdadeiro espírito, que se compõe de outros valores como a transparência e a boa-fé objetiva. Ensina Carlyle Popp (2004), sobre o novo momento vivido pelo Direito Privado brasileiro, detalhando os princípios básicos que orientam a leitura e interpretação das normas privatísticas em geral:

Ao contrário do que pensavam alguns críticos, o Código Civil vigente é um instrumento importante para a oxigenação do sistema jurídico civil e, apesar de repetir o conteúdo de muitos dispositivos do Código Civil revogado, é um instrumento novo no ordenamento jurídico. Esta novidade, a despeito da ratificação das regras vigentes, é fruto de uma nova ideologia que se sustenta em seus princípios básicos, quais sejam: a) eticidade; b); sociabilidade e; c) operacionalidade. Eticidade, fruto do retorno da moral e da importância que se deu à boa-fé, em suas diferentes manifestações. Sociabilidade como obediência ao princípio do solidarismo constitucional descrito no art. 3º, inc. I da Carta Magna, origem das idéias de função social do contrato, da empresa e da propriedade. A operacionalidade principalmente pela preocupação com o futuro, utilizando-se uma técnica legiferante que privilegiasse o presente, sempre com vistas ao futuro. [...] Na verdade, a leitura que se deve fazer das regras inauguradas pelo Código Civil vigente é diversa. Não se pode interpretar o código vigente à luz do entendimento reinante na legislação revogada, sob pena de se olhar

para o pretérito, olvidando-se do futuro. Para tanto, é de extrema valia a conscientização de que o direito atual deve ser pensado, interpretado e efetivado com o auxílio dos postulados do chamado pós-modernismo jurídico [...] passando-se a privilegiar a confiança e a ética, com um renascimento da importância do ser humano. [...] reflete uma crise no Direito posto e como usualmente interpretado, convidando o interprete a uma releitura do ordenamento jurídico em face da nova realidade social, compelindo-o a uma alteração na forma de pensar o Direito.

Norberto Bobbio (2007), nos artigos que, consolidados, materializaram a obra “Da estrutura à função”, se opõe à doutrina preconizada por Kelsen, da Teoria Pura do Direito:

A doutrina kelseniana do culto à norma é posta em xeque pelas escolas defensoras da hermenêutica funcionalizada, contando com Norberto Bobbio como um de seus defensores mais ilustres. Da estrutura à função, não apenas as normas ganham novas cores, em prol de sua efetividade, mas também o Poder Judiciário se vê desafiado a uma participação comissiva, proativa, para a realização da plenitude constitucional, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, no chamamento do denominado ativismo judicial (BATISTA, PARODI, 2010).

Das principais contribuições de Norberto Bobbio (2007), advém a idéia do direito promocional, que estimula o “bom comportamento” dos cidadãos e sua conduta lítica, ética e moral, em contraposição às normas meramente repressivas. A diferença mora na ideologia dominante em cada uma das técnicas legiferantes. E também revisita ao Direito Público, uma vez que dialoga com a funcionalização das normas, do produto legiferado, estimulando aos legisladores e aos administradores que não atuem com vistas ao antigo regime estruturado das normas, da mera positividade de cláusulas duras de conduta (como seria próprio da clássica racionalidade publicista), mas que prospectem estimular aos cidadãos a se integrarem com a Administração, com o Estado e com a Nação, que produzam normas que despertem a cidadania e seu exercício nos indivíduos e nas empresas, não apenas para que se determinem pela limitação da conduta ordenada, mas para que escolham fazer o que é melhor para o

interesse público, incentivando a criação de uma consciência cidadã coletiva e implementando em menor tempo os objetivos constitucionais.

Tal escopo pode ser atingido pelo incentivo contido nas normas. Todo produto legiferado tem caráter cogente. A norma com natureza de sanção serve como freio social e reprime o cometimento de condutas ilícitas, impondo penalizações ao descumprimento da lei. Mas, na prática, muitas vezes apenas “recolhe as multas” ou mantém uma previsão de possibilidade de acionamento do Judiciário para impor eventual punição, uma vez que os cidadãos preferem, tantas vezes, arcar com as consequências de seus atos ilegais. Por outro lado, a natureza promocional da norma estimula uma mudança de consciência, porque incentiva a escolha de uma conduta que seja melhor para o interesse coletivo e para o bem comum, por meio de uma recompensa prevista em lei, a exemplo do IPTU e do ICMS ecológico, dentre outros.

A Contemporaneidade demanda o implemento dos novos paradigmas do Direito, que não podem se realizar em sua plena efetividade sem uma hermenêutica constitucionalizada e funcionalizada, à luz das arcaicas ideias estruturantes de Hans Kelsen e o próprio direito de propriedade é afetado por essas novas leituras interpretativas, conforme Eduardo Takemi Kataoka (2000, p. 492):

Hoje não há apenas uma, mas várias propriedades muito diversas entre si. Por exemplo, a propriedade fundiária urbana e rural, a propriedade acionária, a propriedade intelectual, a propriedade de bens de consumo etc. Cada uma destas propriedades têm uma disciplina jurídica própria, sendo unificadas apenas pela sua função social comum.

Estes novos paradigmas éticos influenciam as condutas das pessoas físicas e jurídicas e, via de consequência, ensejaram modificações estruturais no sistema da responsabilidade civil, que restou afetada pelas inovações promovidas pelo Código Civil, no ano de 2002. E não apenas em sua estrutura positivada, mas essencialmente em sua funcionalização.

Em resumo, não apenas visa a trazer reparação para as vítimas dos atos ilícitos, mas, com efeito, buscando PREVENIR a ocorrência dos danos, desde o ano de 2002, o sistema civilista codificado opera com o modo tradicional de punição do ato ilícito assim considerado como a violação lesiva de direitos, e também com o sistema de prevenção e repressão do abuso de direito, buscando manter balizas de segurança para que o exercício dos direitos individuais não fira ao interesse coletivo de manutenção de uma sociedade promotora de

direitos e de bem-estar. Estas tutelas constam dos artigos 186 e 187, do Código Civil Brasileiro. Vislumbram-se, então, as funções preventiva e pedagógica das indenizações, como um meio de promotor social das boas condutas, conforme ainda se verá no próximo tópico. Preleciona Carlos Eduardo Ruzyk (2002, p. 134):

A ideia de que o princípio da dignidade impõe ao Estado ações visando a evitar a produção de danos contra a pessoa permite vislumbrar um redesenho das possibilidades da responsabilidade civil por danos extra-patrimoniais, ressaltando-se sua dimensão **preventiva**. Se, por um lado, é certo que a responsabilidade civil somente tem lugar após a produção do dano, não se pode olvidar sua dimensão dialética, que permite sua utilização como **instrumento “pedagógico” de prevenção**. (g.n.)

Analizando os novos paradigmas da responsabilidade civil, Anderson Schreiber (2007, p. 79), em processo social e jurídico inverso ao que imperou durante muitas décadas e em muitos países, o qual consistia, até mesmo por preconceitos, em limitar a reparabilidade dos danos suportados pela vítima, afirma o autor que “a expansão do dano ressarcível” passou a ser “noticiada por toda parte”, atingindo a outros países, inclusive e, citando Guido Alpa e Mario Bessone, diz que “a função ressarcitória vem, por assim dizer, exaltada pelo incremento dos danos que é um corolário típico da sociedade moderna”.

Continua o autor (SCHREIBER, p. 80-91), explicando que houve uma expansão quantitativa (maior ocorrida aos tribunais, em busca das tutelas indenizatórias) e qualitativa (definida pela presença de novos interesses tuteláveis, em sua maior parte extracontratuais e de natureza existencial, mas não se limitando por eles) do dano ressarcível e destacando as novas dimensões transindividuais, difusas e coletivas dos danos, que afetam às massas de vítimas, conjuntos de pessoas que estiveram expostas ao mesmo fato lesivo e que suportaram, em razão disso, danos não necessariamente idênticos em proporções, mas que, estão interconectadas pelo fator “nexo causal”, o que de fato coaduna, em muito, com a repersonalização do direito, dantes abordada, pela compreensão social da dimensão do ser. E como exemplo de novos danos, cita, ilustrativamente e dentre outros, as proteções aos direitos patrimoniais genéticos.

De forma magistral e convocando ao pensamento crítico, o autor (SCHREIBER, p. 115-134) desafia os já estabelecidos paradigmas estabelecidos quanto aos interesses tutelados

na avaliação dos reflexos dos danos (e inclui, neste arcabouço, até mesmo a proporção da dor, da ofensa e o critério de utilidade pública e da eficiência econômica):

Ainda no afã de definir um critério para a seleção dos interesses merecedores da tutela ressarcitória, muitos tribunais têm se referido à exigência de não obstar de utilidade pública e de manter o controle dos efeitos econômicos da reparação de danos. De fato, as discussões mais recentes em torno da responsabilidade civil têm se caracterizado pela inserção, em um discurso antes denominado exclusivamente pela Justiça, de preocupações de ordem econômica. À ética da reparação tem se associado, com efeito, uma série de outros argumentos de natureza utilitarista, que, se antes não eram ignorados pelos juristas, vinham, ao menos, aditados ao debate subjacente à produção legislativa, não já à atuação das cortes. O gradual desenvolvimento, especialmente no *common law*, de um papel mais “holístico” do Poder Judiciário, atento às consequências de suas decisões também em um patamar social, que transcende a singularidade do caso concreto, acabou por servir de base para a consagração mundial da eficiência econômica como um dos objetivos a serem perseguidos pela responsabilidade civil, como mecanismo de repartição dos prejuízos normais à vida em sociedade (SCHREIBER, p. 126).

Acerca das inovações repercutidas sobre a ressignificação dos elementos da responsabilidade civil tais como “agente”, “vítima” e “danos”, e também tratando do diálogo entre as fontes (afirmando não existir revogação do Código de Defesa do Consumidor e que ambos os sistemas de responsabilidade civil coexistem), assevera Ana Cecília Parodi (2009, p. 39-41) sobre ambos os temas:

os novos paradigmas do Direito, em diálogo com o impacto socioeconômico da globalização e as mudanças políticas e sociais decorrentes, principalmente, do pós-Revolução Industrial e dos dois grandes conflitos mundiais, impõem nova leitura para a Responsabilidade Civil, na Contemporaneidade, alargando-se a interpretação de conceitos como “agente”, “vítima” e “dano”, passando a englobar direitos difusos e coletivos e novas espécies de lesões,

como as ambientais e mesmo o especializado trato consumerista. A reforma civilista de 2002 importa em nova visão para a Responsabilidade Civil, certamente não comportando mais um arcaico pensamento de que, nas relações *a priori* paritárias, o sistema de responsabilização seria reparatório e não preventivo. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor entrou em vigor no ano de 1990, dois anos após promulgação da Carta Magna e setenta e quatro anos após a edição do Código Civil de 1916, em plena vigência da Dogmática Clássica. Assim, os parâmetros civis codificados se mostravam insuficientes às relações de consumo, notadamente porque se trata de uma relação entre desiguais. A tutela reparatória consumerista é um mecanismo de intervenção estatal, delimitador e funcionalizadora livre iniciativa, propício a apaziguar as relações sociais de consumo, protegendo ao consumidor em sua vulnerabilidade frente ao fornecedor, condição pessoal que é regra pressuposta e não se confunde com a hipossuficiência, condição processual, verificável caso a caso.

Conclui-se que ambos os sistemas de responsabilização coadunam com os novos paradigmas e com o ideário funcionalizado do Direito.

3 ANOTAÇÕES SOBRE A ALEGADA EXISTÊNCIA DE UMA “INDÚSTRIA DO DANO MORAL” E OS EFEITOS DAS INDENIZAÇÕES CONSUMERISTAS NO AMBIENTE EMPRESARIAL.

Conforme Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 50-51):

A globalização é um fenômeno que tem economistas e profissionais do direito como alguns de seus principais atores, na medida em que é um processo caracterizado pela integração econômica internacional e que, diferentemente do processo de integração do século XIX, é cada vez mais regulamentado e dependente de contratos.

O Código de Defesa do Consumidor é firmado sobre as premissas balizares da Política Nacional de Consumo, que compreende, dentre outros, o reconhecimento da vulnerabilidade intrínseca do Consumidor; a responsabilização objetiva do Fornecedor como regra, baseada na teoria do risco da atividade; e define toda a tutela da responsabilização civil (incluindo os parâmetros indenizatórios) como um sistema fulcrado na prevenção dos danos e na efetiva reparação dos prejuízos, tomando-se por presumida a boa-fé dos consumidores; qualquer ato de má-fé precisa ser investigado caso-a-caso.

Contudo, a jurisprudência parece discordar da virtuosa política pública instituída pelo microsistema consumerista, ao negar a plena efetividade à reparação e à compensação dos danos de consumo, oferecendo por via reversa proteção aos fornecedores lesionantes, sob alegação de que o arbitramento de uma condenação em valores mais substanciais implementaria uma acorrida desenfreada aos processos judiciais, ensejando uma “indústria do dano moral” entre os consumidores.

O pensamento Bobbiano se implementa de forma plena no que diz com a tutela da responsabilização civil, que se materializa um de seus expoentes máximos, posto que, por suas múltiplas funções, tem o condão de se prestar a freio social inibitório de condutas ilícitas, além de incentivar a prática de boas condutas. E é no diálogo com a racionalidade da Análise Econômica do Direito que se explica, teoricamente, de que maneira a responsabilidade civil pode ser um virtuoso instrumento indutor de boas condutas, influenciando diretamente aos processos de tomada de decisão empresarial. Da mesma forma, se presta a justificar o pensamento econômico que influencia o Poder Judiciário a não usar de rigor punitivo para com os fornecedores lesionantes, em nome de um ativismo questionável. Desume-se, desde já, que a racionalidade da AED é neutra por essência, cabendo o juízo de valor ao seu operador.

Pietro Barcellona⁵, ao tratar da relação homem x propriedade, anota que as escolhas são feitas com base nos interesses econômicos das pessoas:

O indivíduo que se libera, libera, portanto, dos vínculos pessoais, políticos e sociais, mas a propriedade livre se constrói em uma objetividade separada do indivíduo e, em parte, **logo governa as**

⁵Apud necessário do texto de Souza, por falta de acesso à obra original “*Il declinio dello Stato*”. Compete esclarecer que a citação anterior operada diretamente de Barcellona foi extraída de sua célebre obra “*El individualismo propietario*”, disponível nos diversos acervos bibliotecários da cidade.

condutas segundo as leis do cálculo econômico(apud SOUZA, 2012, p. 72-73) (g.n.)

Os processos de tomada de decisão empresarial obedecem diversos padrões, que foram definidos pela antropologia, sociologia, psicologia, matemática, e, dentre outros, pela economia e pelo direito. Os frutuosos diálogos entre a Economia e o Direito foram sistematizados no ano de 1961, pelo pesquisador britânico Ronald Coase, com a obra fundamental “The Problem of Social Cost”, bem como “Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, este lançado por Guido Calabresi, fundando, assim, as bases do pensamento da chamada Escola de Yale e, concomitantemente, Richard Posner fundava a Escola de Chicago. Ambas as Escolas representam as principais linhas de estudo do movimento conhecido como *Law and Economics*.

No Brasil, seus principais teóricos são Armando Castelar Pinheiro, Jairo Saddi, Luciano Timm e Rachel Sztajn. Mas também encontra detratores, especialmente entre os juristas e pensadores de viés humanista, por julgarem que a Análise Econômica do Direito-AED estimule a perversidade das decisões baseadas unicamente na melhor potencial lucratividade. Encontram respaldo, tais pensadores, especialmente em um princípio da *Law and Economics* denominado “Ótimo de Pareto” que teoriza o principal motivador das escolhas das pessoas e dos empresários, do ponto de vista da eficiência econômica.

Como ensina Irineu Galeski Jr. (2008, p. 56), diversos autores oferecem um conceito para o **princípio do ótimo de pareto**, mas, em resumo, pode-se dizer que é a busca pela máxima eficiência na produção (utilização da máxima capacidade, ao menor custo) e nas trocas (transação pela maior margem de lucro (preço alto, custo baixo) e com o menor número de atravessadores, para não diluir o lucro).

O problema intrínseco de qualquer decisão – seja ela judicial, empresarial ou estritamente humana –, é que as mesmas não contabilizam, não internalizam os custos humanos, sociais e ambientais e, dessa forma, podem causar grave insustentabilidade para todos os pilares da Nação. Decisões motivadas unicamente pelo economicismo não cooperam para o desenvolvimento social, humano e nem mesmo financeiro, pois o caos ambiental e social encarecem, de maneira reflexa, o custo de vida por meio dos impostos, dentre outros (PARODI, 2009).

Neste ponto, vale ressaltar a opinião de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2002, p. 138-139), crítico das benesses da aplicação da AED como método de prevenção de riscos e

danos, e isto não com base em uma ineficiência necessária do método, mas na motivação de sua adoção, afirma, lembrando a funcionalização do instituto:

A responsabilidade civil, segundo a análise econômica do direito, deve ter uma função preventiva de danos – função esta que também é defendida no presente estudo, **com base, todavia, em outros princípios e valores**. A crítica reside, entretanto, na finalidade e no fundamento dessa prevenção: não se cogita, na análise econômica, a prevenção de danos à pessoa humana, com fundamento em sua dignidade, mas, sim, a prevenção da ocorrência de custos que prejudiquem a eficiência e, por conseguinte, a competitividade da economia. A responsabilidade civil se reduz a mero instrumento de eficiência econômica (g.n.).

A Análise Econômica do Direito trabalha, ainda, com um paradigma conhecido por **Teoria dos Jogos**, uma teoria matemática, que usualmente se aplica à Administração e à Economia, e que explica por meio de fórmulas tanto as probabilidades, quanto as razões das escolhas, inclusive do ponto de vista mais eficiente, ou seja, seguindo o critério da maior rentabilidade para o empresário, pelo menor custo financeiro (COOTLER&ULEN, 2010).

Explica a Teoria dos Jogos que um jogo pode ser de cooperação, quando todos os jogadores inicialmente conjugam esforços para obter o mesmo resultado; mas o jogo pode ser de competição, quando os jogadores buscam seus próprios interesses e, em regra, são interesses conflitantes (MARINHO, 2011). Este último é o cenário predominante no Judiciário, após a instalação das lides judiciais.

Também é do instrumental da Teoria dos Jogos que as partes, os jogadores, atuarão movidos pelo sistema de informações de que dispõem. Essas informações podem ser obtidas em diversas fontes e, aqui, cabe destacar duas em especial: a expectativa do comportamento do outro jogador, baseado notadamente na experiência passada das atuações dessa pessoa física ou jurídica.

E também, a jurisprudência, importante fonte de informações, porque regula como freio social inibitório a conduta dos agentes. Um jogador não ultrapassará determinados limites de conduta social se tiver claro que a jurisprudência tende a punir os seus atos. Contudo, se a jurisprudência for relutante, deixando margem para comportamentos sociais negativos, então isso servirá de estímulo para que os agentes atuem, por exemplo, de maneira socialmente irresponsável, atentando contra os ditames sustentáveis constitucionais e contra

os pilares da cidadania empresarial. (PARODI, 2009).

Ou seja, no cenário da responsabilidade civil, pelos dados de mercado que informem que o Consumidor é relutante em acionar o Judiciário, ou em nome da informação de que é tímida a retribuição ao ilícito, o Fornecedor pode se ver estimulado a praticar danos, atuando de forma irresponsável, deliberadamente lançando-se a lesionar.

3.1A QUESTÃO DA ALEGADA EXISTÊNCIA DE UMA “INDÚSTRIA DO DANO MORAL”

Questão de relevo se refere à coibição da chamada “indústria do dano moral”, onde, em suma, parcela significativa da magistratura brasileira acredita que o deferimento de um *quantum* compensatório (por condenação de dano moral consumerista) de maior expressão monetária, estimularia os consumidores a se aventurarem a mover lides motivados pelo enriquecimento ilícito.

A respeito da Análise Econômica do Direito aplicada à Responsabilidade Civil (*tort law*), e debatendo o sopesamento entre o princípio da eficiência e do bem-estar, Mark Geistfeld (2009, p. 236-237) afirma que é preciso, sim, analisar, no caso concreto, a natureza dos interesses que estão em jogo, mas unicamente um interesse pessoal contundente e bem distinto pode justificar o afastamento da aplicação da responsabilização civil⁶.

Conforme preleciona Ana Cecília Parodi (2009), ao tratar da Profilaxia da Responsabilização Civil Consumerista, com suporte em variados autores que corroboram seu pensamento afirma que se trata de uma forma de “ativismo judicial”⁷, mas ao arripio da proteção dos melhores princípios desenvolvimentistas sociais; em verdade atuariam os tribunais preocupadas exclusivamente com a proteção da livre iniciativa. A argumentação jurisprudencial implica em uma grave imputação de má-fé contra os consumidores, alegando-

⁶Extraí-se do texto do autor, em vernáculo: “*Tort Law traditionally has given ‘peculiar importance’ to the nature of individual interests. The interests need to be distinguished only if there is some reason for prioritizing among them, and tort law does so. Most importantly, tort law gives one’s interest in physical priority over the conflicting liberty of another.*”

⁷Conforme Luiz Roberto Barrozo (2009, p. 6): “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

se que os mesmos se exporiam, deliberadamente, aos danos de consumo, para se beneficiarem de altas indenizações. Argumento este deveras incongruente com a ideologia do ordenamento pátrio, a uma porque não há autolesão indenizável, e, porque a culpa exclusiva da vítima é expressamente reputada como excludente da responsabilidade civil. A esse respeito, é como afirma Evandro Gueiros Leite (2009):

O ativismo [judicial] não é, porém, um novo sistema fora da realidade do processo, como pareceu a M. Cappelletti, ao perguntar por que os tribunais não poderiam atuar como legisladores na criação e adaptação constante das suas próprias regras processuais técnicas, pois que com elas lidam diuturnamente. (g.n.)

Do ponto de vista da análise jurídica dos impactos econômicos provocados, compreende Parodi (2009, p. 75-144) que: i) não há que se falar de maneira absoluta em parâmetros para o enriquecimento sem causa em uma sociedade marcada pelas desigualdades sociais, como a brasileira; ii) a baixa retribuição judicial aos danos provocados pelas empresas enseja – desejando-se ou não – eficiência nos termos do ótimo de pareto à conduta empresarial de “pagar para lesionar” ao invés de se prevenir os danos, como deseja a lei consumerista, prejudicando a segurança jurídica das relações e o desenvolvimento sustentável da nação. Remetendo, novamente, à teoria dos jogos, Parodi afirma que, este ativismo faz com que a jurisprudência deixe a categoria de “informação” para atuar de maneira nefasta como um “jogador na surdina”, cooperando injustamente para desequilibrar as rodadas processuais em favor dos fornecedores quem, via de regra, detém melhores condições de obter informações jurídicas e de conhecer não apenas os seus direitos, mas também os andamentos da jurisprudência; o consumidor, por outro lado, presume-se juridicamente vulnerável e, de fato, pouco acesso tem a efetiva informação de qualidade acerca de suas garantias.

E visando a encerrar o presente trabalho de forma substancial, dados atualíssimos fornecidos há menos de um mês pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ)⁸, dão conta da inexistência desse alegado fenômeno:

⁸Dados informados Segundo Seminário de Direito, Estatística e Jurimetria, realizado na capital paulista. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-22/justica-ainda-primeiros-passos-elaboracao-dados-estatisticos>. Acesso em: 30 jun. 2012.

O estudo dos professores **Bruno Salama** e **Flávia Püschel**, por exemplo, ilustrou bem como a coleta de informações empíricas podem alterar alguns preconceitos. Suas conclusões, a partir da análise de 1.044 acórdãos, invalidam dois mitos: o de que existe uma indústria do dano moral no Brasil e de que falta uniformidade ao julgar casos do tipo. ‘Os valores das condenações, pelo mesmo nas hipóteses que observamos, não nos pareceram elevadas’, disse Salama, pouco após revelar que 38% das indenizações ficaram em menos de R\$ 5 mil e apenas 3% em mais R\$ 100 mil. ‘Quanto aos critérios de cálculo, vedação a enriquecimento sem causa e proporcionalidade com a extensão do dano são bastantes comuns. Isto sugere uma preocupação com a moderação das decisões e prova que a tese da altíssima insegurança jurídica não tem sustentação’.

Por todo o exposto, percebe-se clara a influência do Poder Judiciário sobre os processos decisórios empresariais, o qual possui o condão de atuar com a função profilática desejável, ou, por via reversa, operando desarranjo social e econômico, acabando por ferir a função constitucionalizada da reparação dos danos e da própria responsabilização civil, notadamente dos fornecedores, estimulando a reincidência na prática dos atos ilícitos e a implementação de uma “industrialização dos danos”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela consumerista é fundamentalmente preventiva no que diz com a proteção ao consumidor, contribuindo a lei para a ideologia do desenvolvimento sustentável e coaduna, sua Política Nacional de Consumo, para o ideário constitucional solidarista, promotor da sociedade livre, justa e solidária, preocupada com a efetiva reparação dos danos e com a prevenção de riscos.

O sistema de responsabilização civil consumerista é funcionalizado, conforme os melhores e mais atuais vetores jurídicos dessa figura, a saber, as funções pedagógica e profilática.

Contudo, para que qualquer teoria jurídica alcance efetividade, é preciso que os tribunais a encampe, colocando-a em prática. É grande o poder de influência econômica das decisões judiciais sobre os processos decisórios empresariais, sendo capaz, a jurisprudência, de

implementar rumos de desenvolvimento humano e social, pelo estímulo às condutas materializado em seu sistema de informação. Desta sorte, o poder judiciário é um dos principais agentes titulares do direito-dever de implementar e promover as funções pedagógica e profilática da responsabilização civil.

Por via reversa, se omissa o tribunal, estimulado estará o agente à prática de atos ilícitos, como se vê reforçado o mau comportamento dos fornecedores, no fenômeno identificado como “coibição da ‘indústria do dano moral’”, que leva os magistrados a negar uma compensação por dano moral consumerista em valores mais substanciais, e portanto não imputando os danos punitivos, à pecha de não estimular o consumidor a acorrer aos tribunais, como se não os mesmos procurassem por seus direitos movidos por má-fé e não por previsão de lei, contrariando, assim, o ideário constitucional e da Política Nacional de Consumo.

Contudo, os dados atualizados da Associação Brasileira de Jurimetria demonstram que tal fenomenologia não existe no Brasil. Resta, portanto, o questionamento acerca da dimensão que a efetividade do virtuoso sistema legislativo e doutrinário da responsabilização civil tem (ou não) atingido no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ). **Segundo Seminário de Direito, Estatística e Jurimetria, realizado na capital paulista**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-22/justica-ainda-primeiros-passos-elaboracao-dados-estatisticos>. Acesso em: 30 jun. 2012.

BATISTA, Neimar. PARODI, Ana Cecília. **O ativismo judicial como meio para efetivação da função social do processo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 85, 01/02/2011 [Internet]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8985. Acesso em 30 jun. 2012.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**, Manole, São Paulo: 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 25 nov. 2011.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. ARTMED: São Paulo. 5ª edição. 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. Editora Forense Universitária; 8ª Edição; ano 2007.

GALESKI Jr., Irineu; DALLAZEN, Dalton Luiz (orient). **A análise econômica do direito e a repetição do indébito tributário**. 2008. 231 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

GEISTFELD, Mark A. *Efficiency, fairness, and the economic analysis of tort law*. In: WHITE, Mark D. **Theoretical foundations of Law and Economics**. New York: Cambridge, 2009.

GUIVANT, Julia. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia**. Disponível em <www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar>. Acesso em: 01/08/2008.

KATAOKA, Eduardo Takemi. **Declínio do individualismo e propriedade**. In Problemas do Direito Civil-Constitucional, Coord Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, 2000.

LEITE, Evandro Gueiros Disponível em: **ativismo Judicial**. http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/ativismo_judicial.pdf?sequence=1.

Acesso em: 13 abr. 2012.

MARINHO, Raul. **Prática Na Teoria - Aplicações da Teoria Dos Jogos e da Evolução Aos Negócios**. Globo: Rio de Janeiro. 2ª ed. 2011.

PARODI, Ana Cecília de Paula Soares; POPP, Carlyle; BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto (co-orient.). **Função profilática da responsabilização civil consumerista e desenvolvimento sustentável**. 2009. 159 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**. São Paulo : IOB Thomson, 2005.

POPP, Carlyle. Considerações sobre a boa-fé objetiva no direito civil vigente: efetividade, relações empresariais e pós-modernidade. In: GEVAERD, Jair, Marta Marília Tonin. **Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2004.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso da atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira e outros (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, Euza Raquel. **Pietro Barcellona e o fundamento individualista da modernidade**.

POLYMATHEIA – REVISTA DE FILOSOFIA. Disponível em:

http://www.uece.br/polymatheia/dmdocuments/polymatheia_v5n7_barcellona_fundamento_in_dividualista_modernidade.pdf. Acesso em 6 jan 2012. (ISSN 1984-9575)

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.