

A DEFESA DO CONSUMIDOR E O PATERNALISMO JURÍDICO

Rodolpho Barreto Sampaio Júnior*

RESUMO

A despeito das críticas à defesa jurídica dos interesses do consumidor, observou-se o aumento das regras legais consumeristas e a sua conseqüente aceitação pela sociedade civil e pelos tribunais. Desse modo, afastados os riscos da supremacia de uma posição liberal, contrária à concessão de vantagens legais à categoria dos consumidores, apresenta-se o momento de se aperfeiçoar esse sistema protetivo. Considerada um exemplo do paternalismo jurídico, por submeter o consumidor a uma série de regras em nome de seu melhor interesse, ainda peca a defesa do consumidor pela flexibilização judicial da responsabilidade do consumidor pelos atos por ele espontaneamente, e de maneira informada, celebrados. Modelo de intervenção a ser combatido, o paternalismo pretoriano, caracterizado pela postura benevolente do magistrado na apreciação do caso concreto, rompe o binômio liberdade-responsabilidade, e em nada contribui para a harmonização do mercado de consumo. Por outro lado, o paternalismo por assimetria de informações, na esteira de uma série de pesquisas sobre o comportamento econômico, vem sendo apontado como um modelo adequado para se possibilitar ao consumidor a efetiva manifestação de seu consentimento informado. Ao insistir na redução das assimetrias informacionais, ao mesmo tempo em que se responsabiliza o consumidor pelos negócios celebrados, atinge-se o pretendido equilíbrio no mercado de consumo.

PALAVRAS CHAVES

CONSUMIDOR; PATERNALISMO JURÍDICO; PATERNALISMO PRETORIANO.

ABSTRACT

* Doutor em Direito Civil. Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado da Faculdade de Direito Milton Campos. Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

Despite critics of legal defense of consumer rights, we can observe an increase in the regulation of consumer rights and its consequent acceptance by society at large and courts of law. This way, removing the risk of prevailing a liberal position contrary to the concession of any legal advantages to consumers as a category, it is moment to improve this protection system. Considered an example of legal paternalism, for submitting the consumer to several rules in name of their best interests, this legislation still errs in making judicially flexible consumers' responsibility for the acts they, spontaneously and in a informed way, celebrated. Model of intervention to be combated, the praetorian paternalism, characterized by the judge's benevolent posture in the appreciation of the concrete case, breaks the binary liberty-responsibility and offers no contribution to the harmonization of consumer market. In the other hand, paternalism by asymmetrical information, in the sequence of a series of researches on economic behavior, is been appointed as adequate model to offer to the consumer the effective manifestation of their informed consent. Insisting in the reduction of asymmetrical information, at the same time making the consumers responsible for the deals they celebrated, we reach the intended equilibrium in consumer market.

KEYWORDS

CONSUMER; LEGAL PATERNALISM; JUDICIAL PATERNALISM

INTRODUÇÃO

Após dezesseis anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, atenua-se a resistência à proteção jurídica aos consumidores. A inicial recusa a dispensar-se um tratamento legal diferenciado a essa categoria vai sendo, paulatinamente, vencida, senão pela compreensão de que tal tutela efetivamente se faz necessária, pelo inexorável avanço das regras consumeristas. Assim, teoricamente consolidada a idéia da necessidade de se proceder à defesa jurídica do consumidor, abre-se espaço para o aprimoramento das regras e institutos do Direito do Consumidor, em busca de uma maior harmonização do mercado de consumo.

Neste contexto, acentua-se a importância do estudo do paternalismo jurídico como uma das formas de regulamentação estatal, a fim de evidenciar os excessos decorrentes de sua aplicação e, mais importante, os novos rumos que tem tomado em decorrência de pesquisas acerca do comportamento econômico dos consumidores.

Destarte, novos elementos permitem refinar a defesa do consumidor, compatibilizando-a com a segurança jurídica tão cara aos agentes econômicos. Ao assegurar-se ao consumidor a possibilidade de externar a sua vontade informada e consciente, ao mesmo tempo em que se lhe responsabiliza pelos negócios assim celebrados, atinge-se o pretendido equilíbrio no mercado de consumo.

Propõe-se, pois, com este trabalho, analisar o paternalismo jurídico e os seus novos rumos, propiciando subsídios que sirvam para o aperfeiçoamento do Direito do Consumidor.

1 O PATERNALISMO JURÍDICO

Apesar de sociólogos e cientistas políticos terem uma clara visão do paternalismo na cultura brasileira, discutindo as suas origens e apontando as suas consequências, esse aspecto não é verdadeiramente estudado pela doutrina jurídica pátria, sendo poucos os autores que a ele se referem como “uma característica que, ao lado do [formalismo] e do legalismo, definiria a nossa cultura jurídica”¹.

Ao comparar-se os poucos trabalhos nacionais com a copiosa doutrina norte-americana acerca desse tema, poder-se-ia mesmo concluir que é lá, nos Estados Unidos da América, que o paternalismo mais afetaria a interpretação e aplicação do Direito. Nenhum raciocínio, no entanto, estaria mais equivocado do que este. Com efeito, a análise da jurisprudência brasileira, em qualquer instância, apresenta evidências de que o paternalismo está tão arraigado à tradição jurídica que, talvez por isso, não suscite mais qualquer questionamento ou gere maiores polêmicas. Incorporado à cultura, e já esperado – ou quiçá, desejado – não encerra qualquer conotação negativa. Essa, possivelmente, a explicação para ter sido relegado ao oblívio.

¹ VILLELA, João Baptista. Reflexões sobre a obrigatoriedade das leis, *Revista dos Tribunais*, v. 463, p. 287-289, maio 1974.

1.1 Definição de paternalismo jurídico

A doutrina jurídica norte-americana entende o paternalismo jurídico como uma das formas possíveis de regulamentação estatal, ao lado da adoção legal de critérios redistributivos e da restrição de comportamentos visando a benefícios coletivos. Consistiria, o paternalismo jurídico, na edição de regras que objetivam a satisfação do melhor interesse do indivíduo, impondo-lhe ou cerceando-lhe certas condutas. A título exemplificativo, nos campos do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor pode-se encontrar um cipoal de normas que ora impedem, ora impõem, determinadas condutas, sempre tendo-se em vista o melhor interesse de seu destinatário – o trabalhador ou o consumidor².

Allan Farnsworth entende que

[...] uma regra legal é paternalista se, para o próprio bem do indivíduo, ela o proíbe de fazer algo tal como usar drogas ou requer que ele faça alguma coisa, como usar capacetes ao dirigir motos [e] talvez reflita um declínio na crença de que o indivíduo sabe e pode cuidar dos seus melhores interesses.³

De acordo com Collin Camerer, ele se justifica, historicamente, “com base no ceticismo na habilidade de certas pessoas decidirem em seu melhor interesse. No início do século XIX, essas categorias compreendiam, de acordo com o *leading case* Rogers v. Higgins (1868), idiotas, menores e mulheres casadas”⁴. O raciocínio aqui adotado é o mesmo que leva, nos direitos da família romano-germânica, à restrição da

² cf. ZAMIR, Eyal. The efficiency of paternalism. *Virginia law review*, v. 84, n. 2, p. 229-286, apr. 1998; KRONMAN, Anthony T. Paternalism and the law of contracts. *The Yale law journal*, v. 92, n. 5, p. 763-784, apr. 1983; POSNER, Eric A. Contract law in the welfare state: a defense of the unconscionability doctrine, usury laws, and related limitations on the freedom to contract. *Journal of legal studies*, v. 24, n. 2, p. 283-319, 1995.

³ FARNSWORTH, Allan. Promises and paternalism. *William and Mary law review*. v. 41, n. 2, p. 385-409, feb. 2000.

⁴ CAMERER, Colin. Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for “asymmetric paternalism”: preferences and rational choice: new perspectives and legal implications. *University of Pennsylvania law review*, v. 151, n. 3, p. 1.211-1.244, jan. 2003.

plena capacidade daqueles que ainda não possuem o discernimento necessário para a prática dos atos civis em geral.

Atualmente, porém, “o foco do paternalismo se deslocou das categorias de pessoas para determinadas situações. Em outras palavras, o paternalismo se fundamentaria na hipótese de que mesmo os mais sagazes, em determinadas situações, não tomariam a melhor decisão”⁵. As leis de usura, por exemplo, partem do pressuposto de que, independentemente de sua capacidade cognitiva e de seu nível de formação e informação, aqueles que se encontram em claudicante situação financeira poderiam comprometer-se em contratos que poderiam ter consequências devastadoras a longo prazo. Igualmente, os trabalhadores, os consumidores e os inquilinos, dentre outras categorias, são objeto de leis que, em seu melhor interesse, cerceiam a sua liberdade negocial.

Anthony Kronman, um dos principais defensores do paternalismo jurídico, justifica-o ao fundamento de que a ordem jurídica contém certos elementos inalienáveis, o que permitiria a proteção do “contratante pela limitação de seu poder, impedindo-o de fazer aquilo que o Direito julga contrário aos seus interesses”⁶.

Por outro lado, Walter Block, acerbo crítico do paternalismo, considera-o “ofensivo à dignidade da pessoa humana e um egrégio ataque à liberdade”⁷. A seu sentir, “o comprometimento da liberdade em qualquer nível é inadmissível, assim como a necessidade de se manter o cumprimento dos contratos, base da civilização”⁸. Esse mesmo autor chama a atenção para um dos mais importantes aspectos do paternalismo jurídico, ao indagar “de toda forma, quem seria o mais indicado para fazer a escolha? A própria pessoa, Kronman ou um burocrata?”⁹ Aliás, não está destituído de razão quando menciona que “os burocratas que irão tomar o papel principal na tomada de decisões em um processo paternalista também não estão isentos de um mal julgamento. Aliás, o que seria um bom julgamento?”¹⁰

⁵ CAMERER, 2003.

⁶ KRONMAN, 1983.

⁷ BLOCK, Walter. Alienability, inalienability, paternalism and the law: reply to Kronman. *American journal of criminal law*, v. 28, n. 3, p. 351-371, sept. 2001.

⁸ BLOCK, 2001.

⁹ BLOCK, 2001.

¹⁰ BLOCK, 2001.

Essa é, de fato, a questão crucial no que diz respeito ao paternalismo jurídico: pode-se atribuir à coletividade, através de instrumentos legais, o poder de substituir a escolha do indivíduo?

Sob a ótica liberal, a resposta é negativa, e a escolha tomada por indivíduos capazes é necessariamente válida, como afirmou John Stuart Mill:

Quem é capaz tem o direito absoluto de se auto-determinar. A procura do bem estar não é garantia suficiente para comprometer a liberdade do indivíduo. Ele não pode ser compelido a fazer ou não fazer algo porque isso seria melhor para ele, porque isso o faria mais feliz, porque na opinião de outros, fazer tal coisa seria sábio...

Essas são boas razões para tentar persuadi-lo, para com ele argumentar, mas não para compeli-lo a seguir certo comportamento ou para ameaçá-lo com os danos que lhe adviriam caso ele agisse de forma contrária.¹¹

Nessa mesma linha de raciocínio destaca-se, ainda, a dificuldade existente para se estabelecer os limites da intervenção, conforme apontou Milton Friedman:

[...] a atividade governamental assentada sobre práticas paternalistas é, por várias razões, a mais complicada para um liberal, porque envolve a aceitação do princípio de que alguns devem decidir por outros. [...] Não existe uma fórmula que possa nos dizer quando parar. Nós devemos confiar em nosso falível julgamento e tendo-o alcançado, em nossa habilidade de persuadir outros de que esse é o julgamento correto ou por eles ser persuadido a mudar nossas visões. [...] Devemos colocar nossa fé, assim, no consenso alcançado por homens imperfeitos, através de livre discussão, tentativa e erro.¹²

As teorias autonomistas, porém, como adverte Michael Trebilcock, seriam falhas ao não especificarem quais seriam as pré-condições de uma escolha realmente autônoma. Chegou-se mesmo a tentar uma definição apriorística, elaborando-se quadros que elencariam as situações que permitiriam concluir pela falta de autonomia no momento da manifestação da vontade. Em princípio, o agente deveria ser capaz e o seu ato volitivo deveria ser voluntário e informado, além de não estar sujeito a quaisquer modalidades de coerção ou manipulação e, naturalmente, isento de influências exógenas

¹¹ MILL, John Stuart. *On liberty*. London: Longman, Roberts & Green, 1869. Disponível em: <<http://www.bartleby.com/130>>. Acesso em: 14 fev. 2007.

¹² FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1962, p. 33-34.

temporárias ou circunstanciais, como fadiga, dor, impulsividade e nervosismo, dentre outras¹³.

Ocorre, entretanto, que a própria natureza humana impede o prévio estabelecimento de regras a todos aplicáveis, e a doutrina ainda não chegou a um consenso quanto a uma suposta teoria da ação voluntária. Por causa disto diferencia-se, atualmente, o paternalismo exacerbado (*hard paternalism*) do paternalismo moderado (*soft paternalism*). Neste, o que se objetiva é “impedir condutas danosas, mas apenas quando elas são substancialmente involuntárias ou quando é necessária uma intervenção temporária para decidir se elas foram ou não voluntárias”¹⁴. Já no paternalismo exacerbado, verifica-se a “intervenção legal para proteger adultos capazes e competentes das conseqüências danosas de suas próprias escolhas, mesmo que essas escolhas tenham sido tomadas voluntariamente”¹⁵.

Michael Trebilcock aponta, ainda, uma conseqüência negativa do paternalismo exacerbado:

Os problemas postos pelo paternalismo exacerbado são óbvios: uma vez que eu abandone como principal ponto de referência as preferências individuais, o perigo de imposições autoritárias de preferências alheias (moralismo legal) visando ao benefício coletivo ou o melhor interesse do indivíduo, é relativamente irrestrito. Mesmo no paternalismo moderado não é fácil para um terceiro descobrir a verdadeira preferência do indivíduo, uma vez que ele aceita que a conduta nem sempre revela acuradamente as presumíveis preferências de alguém.¹⁶

Retornando à idéia de Milton Friedman, não há, realmente, como escapar à conclusão de que inexiste qualquer garantia de que a escolha feita por um terceiro realmente refletirá o melhor interesse do indivíduo. Não que tal garantia justificasse o cerceamento da liberdade individual, mas a impossibilidade de prestá-la certamente contribui para que se contenha a expansão paternalista. Neste quadro, ganha força uma nova tendência, amparada em pesquisas sobre o comportamento econômico das

¹³ TREBILCOCK, Michael. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 148.

¹⁴ TREBILCOCK, 1997, p. 150.

¹⁵ TREBILCOCK, 1997, p. 150-151.

¹⁶ TREBILCOCK, 1997, p. 150.

pessoas, denominada *paternalismo por assimetria de informações (asymmetric paternalism)*.

Sabe-se que algumas pessoas, em certas situações, apresentam um déficit cognitivo, relacionado à insuficiência de informações acerca de determinado produto ou serviço. Então, de acordo com Collin Camerer, existiriam situações nas quais o Estado poderia intervir para assegurar ao indivíduo a possibilidade de tomar a decisão mais adequada, sem causar qualquer prejuízo para aquelas pessoas que, normalmente, já tomariam a decisão racional:

[...] seria aquela regulamentação que propicia, pela sua implementação, amplos benefícios para os indivíduos que cometem erros durante o processo decisório, ao passo que impõe pouco ou nenhum prejuízo para aqueles que já tomariam, racionalmente, as melhores decisões.¹⁷

Esse modelo de paternalismo se caracterizaria pelas seguintes modalidades interventivas: a) análise das cláusulas padrão, b) imposição do dever de informar, c) concessão de períodos de reflexão e arrependimento e d) estabelecimento de limites à escolha do agente.

1.1.1 Análise das cláusulas padrão

No que diz respeito às cláusulas padrão, pesquisas demonstram que as pessoas têm a tendência a manter o contrato tal como lhe foi apresentado, ainda que com a faculdade de alterar algumas de suas cláusulas a um custo consideravelmente baixo. Em face dessas pesquisas, pode-se verificar a importância das cláusulas padrão, a necessidade de sua criteriosa escolha e, possivelmente, a crença das pessoas de que a opção já feita por quem elabora o contrato representaria a melhor alternativa.

Em uma pesquisa realizada nos estados de Nova Jersey e Pensilvânia, envolvendo seguro de automóveis, observou-se que em Nova Jersey o contrato padrão oferece um seguro com limitações ao direito do segurado, que deverá pagar um *plus*

¹⁷ CAMERER, 2003.

para adquirir o seguro total. Na Pensilvânia, a situação é exatamente a oposta, pois o seguro total é o padrão, e se oferece um desconto para aqueles que optarem pelo seguro limitado. Apenas 20% dos motoristas de Nova Jersey escolheram adquirir o seguro total, enquanto aproximadamente 75% dos motoristas da Pensilvânia o mantiveram. A diferença de gasto despendido entre os dois estados era de aproximadamente 200 milhões de dólares americanos¹⁸.

Em outra pesquisa, foi analisada a cláusula que conferia aos empregados de certas empresas o direito de participar de um plano de aposentadoria privada. Inicialmente, o empregado deveria optar pela participação; todavia, nos últimos anos, alterou-se a opção padrão para a participação automática, a não ser que o empregado expressamente se manifestasse pela não participação. Demonstrou-se que a participação se tornou significativamente maior, o que, em tese, seria mais benéfico para os empregados. Entretanto, essa mesma pesquisa mostrou que a aplicação financeira constante da cláusula padrão era a menos rentável para os empregados, mas como ela já era apresentada como a opção padrão, significativa parcela dos participantes a adotaram, em detrimento de melhores planos de investimento que eles poderiam escolher¹⁹.

1.1.2 Imposição do dever de informar

As pesquisas sobre o comportamento econômico apontam que frequentemente as pessoas se comportam de uma maneira que os economistas assumem não ser a mais racional. Portanto, tem-se defendido que as empresas alterem os seus contratos, tornando-os claros, ou forneçam informações adicionais que aparentemente seriam irrelevantes. Tais exigências podem ajudar pessoas que agem de forma

¹⁸ JOHNSON, Eric et al. Framing, probability distortions and insurance decisions. *Journal of risk and uncertainty*, v. 7, n. 1, p. 35-51, aug. 1993.

¹⁹ CHOI, James J. et al. [For better or for worse: default effects and 401\(k\) savings behavior](#), *NBER Working Papers* 8651, National Bureau of Economic Research, Inc., Massachusetts, dec. 2001.

irrefletida a tomarem as melhores decisões, enquanto não teriam nenhum efeito nas pessoas que já agiriam de forma realmente racional²⁰.

1.1.3 Períodos de reflexão e arrependimento

As pesquisas também demonstram que decisões tomadas em momentos de transitória euforia poderiam ser evitadas se houvesse mais tempo para se refletir a respeito do ato praticado ou em vias de ser concluído. Por tal razão, a lei estabelece prazos para que o indivíduo possa amadurecer a sua pretensão, como se verifica no caso do divórcio, que somente pode ser obtido depois de transcorrido certo tempo do fim do relacionamento conjugal. Igualmente, a lei pode dispor que em certas hipóteses, como nas vendas de porta em porta, a pessoa teria tempo, após a prática do ato, para refletir a respeito e, se for de seu interesse, arrepender-se²¹.

1.1.4 Estabelecimento de limites à escolha do consumidor

Enfim, diante daquelas hipóteses em que as regras acima não são satisfatórias, a limitação à liberdade de escolha do consumidor poderia ser tomada em seu próprio proveito. Essa medida, no entanto, é considerada muito invasiva, e como limitar as escolhas fere, em princípio, a autonomia individual, recomenda-se bastante cautela com a adoção dessa regra.

Uma pesquisa feita em uma universidade norte-americana mostrou que os trabalhos apresentados por um grupo de alunos eram superiores aos apresentados por outro grupo. Os melhores trabalhos pertenciam aos alunos que tiveram um prazo previamente determinado para entregar relatórios parciais dos seus estudos, e os piores trabalhos estavam no grupo que teve marcada apenas a data final para a entrega. Neste

²⁰ Cf. CAMERER, 2003.

²¹ Cf. CAMERER, 2003.

caso, viu-se que os alunos com piores trabalhos os elaboraram às pressas, enquanto os demais o fizeram ao longo de todo o período marcado pelo professor. Concluiu-se, então, que apesar de a designação de datas para a entrega de relatórios parciais ser uma medida paternalista, ela era a mais benéfica para os alunos²².

Tendo em vista tais considerações, Collin Camerer conclui que seria justificável e aceitável o denominado paternalismo por assimetria de informações, que apenas visa ao auxílio das pessoas que não costumam agir racionalmente, para que evitem decisões de maior custo, ao passo que não causam nenhum prejuízo às pessoas que agiriam de forma racional²³.

2 O PATERNALISMO PRETORIANO

Como mencionado, o paternalismo jurídico reflete uma das formas de intervenção do Estado e se manifesta durante o processo legislativo, ocasião em que se estabelece uma série de restrições ou de imposições à conduta privada. Esse expediente, como também mencionado, não é ontologicamente positivo ou negativo. Essa valoração somente poderá ser feita na análise da situação concreta, mas não se questiona que quanto maior o espaço deixado para o indivíduo manifestar-se livremente, mais se prestigia a sua própria dignidade, especialmente porque a Filosofia do Direito reconhece a “autonomia [...] como necessidade primordial do homem ocidental contemporâneo”²⁴.

Há, porém, que se fazer uma ressalva no tocante ao paternalismo que se revela na jurisprudência, aqui designado pretoriano, que se refere à conduta do magistrado que, examinando o caso concreto, é tomado do mesmo *espírito de humanidade* que notabilizou o bom juiz Magnaud. Presume-se, para o bem da sociedade, que o processo legislativo, em suas mais variadas etapas, leva em consideração uma série de dados e estudos que não estão disponíveis para o magistrado no momento de prolatar a sua decisão.

²² Cf. CAMERER, 2003.

²³ Cf. CAMERER, 2003.

²⁴ GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 210.

Aproveitando as duas pesquisas realizadas nos Estados Unidos da América e que versam sobre as cláusulas padrão de contratos de seguro e de trabalho, deve-se presumir que o legislador, no momento em que disciplinou o novo padrão contratual, levou em consideração tais estudos, que subsidiaram a elaboração do texto legislativo final. Portanto, uma decisão que desconsidere a lei a propósito de proteger uma das partes é causa não apenas de insegurança na ordem jurídica como, ainda, é capaz de produzir reflexos tão nefastos que acabarão por prejudicar todo um determinado setor.

Não é de hoje que considerável parcela da doutrina norte-americana adverte para a necessidade de se proceder a uma análise econômica do Direito e, como salienta Richard A. Posner, não apenas das questões antitruste, fiscais ou corporativas, mas também das demais áreas do *common law*, tais como responsabilidade civil, contratos e propriedade²⁵. Ronald H. Coase²⁶ e Guido Calabresi²⁷ podem ser considerados os pais da nova *law and economics*, ao defenderem, sistematicamente, a abordagem econômica em áreas jurídicas que não estão diretamente relacionadas à regulação macroeconômica.

A propósito, Amanda Flávio de Oliveira salienta que o magistrado tem o dever de observar os reflexos de sua decisão na esfera econômica, porquanto esse julgamento pode influenciar uma série de fatores que facilitarão ou não novas contratações e a circulação da riqueza:

[...] o magistrado passa a preocupar-se com os efeitos externos de suas decisões, além dos efeitos no caso concreto. Pondera sobre a possibilidade de influir nas ações futuras dos agentes econômicos (consumidores e fornecedores, por exemplo), ao se adotar uma ou outra forma de interpretar a lei. Preocupa-se em fazer com que sua decisão possa, a partir dessa capacidade de influenciar condutas, permitir o acesso ao consumo, alçando o maior número de pessoas à condição de consumidores e controlando a concentração de riquezas, auxiliando no difícil processo de distribuição equânime delas.

Os julgadores passam, assim, a atentar para as conseqüências econômicas de suas decisões, percebendo o contexto global dos conflitos, não devendo se ater apenas ao que postulam as partes em litígio, mas verificando qual das soluções conduz à maximização da riqueza social.

Afirmam os professores Jacquemin e Schrans que não seria surpreendente afirmar que qualquer juiz é chamado, em certas circunstâncias, a se

²⁵ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1998, p. 25.

²⁶ COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of law & economics*, v. 3, n.1, p.1-44, oct. 1960.

²⁷ CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale law journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

comportar como um magistrado econômico. Mas isso não significa que todo juiz deve ser especializado em direito econômico. Segundo eles, tratar-se-ia, acima de tudo, de a) o juiz tomar consciência das implicações econômicas do caso que lhe é submetido; b) o juiz procurar se informar quanto a essas implicações e; c) tê-las em conta quando da tomada de decisão.

Nessa nova estrutura normativa regulamentadora do contrato, deve-se voltar a atenção para o contexto em que se insere o caso que se propõe para a análise e que transcende seus próprios limites. Cogitando do significado econômico de suas decisões em questões de consumo e dos fatos econômicos que conduziram à situação que ora se oferece para análise, o magistrado assume a condição de sujeito da atividade econômica e pode adquirir papel importante no processo de maximização de riqueza social que conduz ao desenvolvimento econômico nacional.²⁸

Em aberta crítica à Análise Econômica do Direito, Ronald Dworkin lembra que o justo é o foco da Ciência do Direito, e o lucro o foco da Economia, e que tal corrente deve ser analisada com bastante cautela:

[há] uma tese atualmente influente sobre como juízes devem decidir casos. Ela nega que os juízes devam sequer se preocupar com padrões morais, no sentido familiar. Suas decisões devem ser antes econômicas que morais: devem ter como objetivo antes tornar a comunidade, como um todo, mais rica, que, em algum sentido diferente, mais justa. Essa postura, muitas vezes chamada abordagem econômica do direito, colonizou uma grande parte da educação jurídica norte-americana e fez embaixadores na Grã-Bretanha e em outras partes. Está associada a posições políticas conservadoras e, às vezes, parece uma capa para a política renascente do interesse próprio, que ameaça ocupar o terreno abandonado pelo liberalismo.²⁹

A despeito da controvérsia que a escola da Análise Econômica do Direito suscita, mesmo naqueles países em que se originou, é certo que o magistrado não é neutro e, em seus julgamentos, tende a aproximar sua decisão de suas próprias convicções. Não importa, entretanto, se a sua visão tem conteúdo mais social do que econômico ou o contrário; há que se por peias em seu subjetivismo, e é justamente para isso que serve a lei, como lembrou Henri Lévy-Bruhl:

Esse problema [do subjetivismo judiciário] é eterno e nunca será resolvido, já vimos por quê. Ele resulta da contradição fatal entre os

²⁸ OLIVEIRA, Amanda Flávio. O juiz e o novo contrato. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o CC/2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 341.

²⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XII.

textos, por definição rígidos, e a fluidez da vida social. Será necessário, na esperança de obter uma justiça mais exata, suprimir os textos, pois é a isso que equivaleria a liberdade de interpretação deixada ao juiz? Seria, a meu ver, um remédio pior que a doença, pois o juiz, privado do freio que é para ele o texto legal, seria levado a estatuir segundo suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas, e o mesmo litígio correria o risco de encontrar uma solução diferente segundo se apresentasse o caso perante este ou aquele tribunal. Isso seria uma coisa detestável e de molde a abalar a confiança que, no conjunto, as pessoas ainda depositam na justiça. Além disso, tal solução, apesar das aparências, seria visivelmente antidemocrática, porque teria como resultado atribuir ao juiz, não teoricamente, mas de fato, o poder legislativo, já que a lei vale sobretudo por sua aplicação. Ora, é um princípio salutar que a lei seja elaborada pelo conjunto dos cidadãos, e não por um corpo profissional, quaisquer que sejam seu valor moral e sua competência técnica. De resto, a experiência de uma excessiva independência aos juízes em relação ao texto foi feita no passado e não deu bons resultados: gerava insegurança. Sob o antigo regime, o povo exclamava: “Deus nos livre da equidade dos Parlamentos!” e exigia uma justiça comum a todo o reino e fundada em bases sólidas. Sob a condição de moderar-lhe o rigor por uma larga liberdade de interpretação, é necessário que o juiz continue sendo o servidor da lei.³⁰

Posta a questão nesses termos, conclui-se que a imparcialidade do magistrado é mais uma das várias ficções do Direito. O seu ato decisório é, também, uma declaração política, que permite ao examinador identificar em qual lado do espectro ideológico aquele juiz se encontra. Não obstante, e mesmo que não perfilhe a corrente do *law and economics*, compete ao magistrado analisar o reflexo econômico de suas decisões e o impacto que elas poderão ter. Não que ele necessariamente vá se deixar levar por considerações meramente econômicas – pois o foco do Direito é a justiça, como já advertia Ronald Dworkin - mas é imperioso que ele tenha plena noção de que o seu julgamento poderá causar reflexos em determinado setor, e esses reflexos têm que ser pormenorizadamente analisados e o resultado conscientemente assumido. É também imperioso que ele se recorde que não mais pode ser considerado o escravo da lei e a ela inexoravelmente submetido, mas que continua sendo o servidor da lei.

No Brasil contemporâneo, o paternalismo jurídico se verifica como uma das modalidades de intervenção do Estado, fazendo-se presente em inúmeros textos legais. Contudo, também na jurisprudência, independentemente da instância ou da natureza do litígio, observa-se que há uma tendência em conferir excessiva proteção a certas categorias de pessoas, negando-lhes a possibilidade de agirem de acordo com a sua

³⁰ LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 29-30.

própria vontade e, em alguns casos, subtraindo-lhes *ex post factum* a capacidade de terem agido em determinadas situações, permitindo-lhes arrependem-se de seus atos sem terem que arcar com qualquer consequência. O binômio liberdade-responsabilidade fica, neste contexto, seriamente abalado. Confere-se ao indivíduo uma paradoxal dupla possibilidade de agir, concomitante e sucessivamente, e se lhe permite arrepender-se do caminho trilhado sem nenhum ônus.

Esse tipo de raciocínio, que caracteriza o que se denomina paternalismo pretoriano, ou seja, a conduta jurisprudencial de conferir proteção a certa pessoa por ocasião do julgamento da demanda com base na convicção pessoal do magistrado, põe por terra a lógica do sistema privado, que confere liberdade à pessoa para agir de acordo com a sua vontade, mas, concomitantemente, exige que ela responda por seus atos. Não se exige, portanto, qualquer responsabilidade do indivíduo, que fica livre para agir irrefletidamente. Esse raciocínio, é claro, não pondera as consequências dessa conduta perante a coletividade.

2.1 Ação de indenização n.º 1999.001.141054-2

O caso a seguir narrado ilustra exatamente essa situação, e demonstra como o magistrado não levou em consideração o aspecto econômico de seu julgado, cuja orientação paternalista é clara: a decisão de aplicar em investimentos de risco não representa o melhor interesse do indivíduo e, portanto, não pode ser tida como válida. A decisão tampouco considerou o seu reflexo no comportamento das partes, esquecendo-se que à liberdade individual há a responsabilidade equipolente, que foi desestimulada com o resultado da demanda.

Pleitearam os autores ressarcimento por danos morais e materiais decorrentes da perda de 95% do valor por eles aplicado no fundo *Derivativos Plus*. Para tanto, alegaram que foram vítimas de propaganda enganosa e de má-gestão, que o Fundo de Investimentos omitiu os riscos do negócio e que a ele caberia realizar a melhor aplicação no mercado e dimensionar os eventuais prejuízos que os investidores podiam sofrer. Das várias teses apresentadas na contestação, destaca-se a afirmação de que o *Derivativos Plus* esteve entre os cinco de melhor retorno do mercado, tendo

rendido 112% nos dois anos anteriores e que retorno tão elevado corresponde a riscos também elevados.

Da sentença destaca-se o seguinte excerto, no qual a magistrada entende inaceitável que um investidor perca o próprio capital investido, independentemente de seu nível de esclarecimento ou de formação. Em seu entender

[...] sem dúvida alguma os grandes lucros resultam de uma 'aposta' arriscada, porém a perda da aposta poderia significar apenas perda total de rendimentos ou um rendimento menor do que o esperado e não uma perda tão expressiva.[...] Os réus insurgem-se contra o pedido autoral alegando que os autores tinham conhecimento do risco que assumiram e que o fato ocorreu devido a alterações na política econômica. Creio que a questão não pode ser tratada de forma tão singela, em que pese os entendimentos em contrário. São três as questões suscitadas pelos autores: propaganda enganosa, má gestão e gestão fraudulenta. Eu não diria que houve propaganda enganosa, mas é inquestionável que os autores fizeram os investimentos acreditando que os Fundos administrados pelo Banco Marka e geridos por Marka Nikko apresentavam as condições de segurança e rentabilidade necessárias. Não resta dúvida de que os réus 'venderam uma boa imagem' com o fim de angariar investidores. Nesse sentido, podemos concluir que a propaganda veiculada foi decisiva para os autores no momento de escolher o Fundo de Investimento. O entendimento de que os autores são pessoas esclarecidas, com nível superior de formação, que procuraram um Banco de Investimento para fazer uma aplicação de risco não pode significar que eles sabiam da extensão do risco e, tampouco, pode servir de subsídio para isentar os réus de responsabilidade. O envio de extratos e de REPORT informando os altos rendimentos dos Fundos também não é suficiente para comprovar que os autores tinham ciência do risco que estavam assumindo. Retorno elevado não pode significar risco de perda total, mas apenas que a perda pode ser maior do que a que ocorre em aplicações mais conservadoras. O fato do prospecto conter uma seta indicativa de risco elevado não significa que os investidores soubessem que estavam sujeitos a perder todo ou quase todo o capital investido. Nem as setas nem o aviso constante do material enviado aos investidores, alertando que 'rentabilidades passadas não eram garantias de rentabilidades futuras compatíveis', podem ser considerados informativos do risco de perda total. Este aviso, ao meu sentir, apenas esclarece que a rentabilidade pode ser bem menor ou até mesmo não haver rentabilidade, jamais poderia significar perda do capital investido. Esse foi o entendimento dos autores. Risco elevado não pode significar risco total. Quem entregaria seu dinheiro a um administrador sabendo que ele poderia ocasionar a perda total de seu investimento? A alegação de que o regulamento do fundo previa a perda do capital investido não pode prevalecer, não só porque o regulamento não foi entregue aos investidores, mas também pelo fato do regulamento conter cláusula idêntica para todos os tipos de fundo, inclusive o DI 60, que é do tipo conservador. Como seria admissível que um fundo conservador pudesse ocasionar a perda total do capital?"³¹

³¹ RIO DE JANEIRO. Justiça Estadual (33ª Vara Cível). Ação de Indenização nº 1999.001.141054-2. Autor: Aldo Henrique Ramos e outros. Réu: Fundo de Investimentos Marka Nikko

Na esteira desse raciocínio, o pedido de dano material foi julgado procedente, determinando-se a recomposição do patrimônio dos autores. Os danos morais também foram deferidos no valor de R\$ 10.000,00 para cada um dos autores, pelo “sofrimento de quem vê todas as suas economias evaporarem nas mãos daquelas a quem confiaram a administração de seu capital”.

Não se pretende, aqui, entrar no mérito da questão, até mesmo porque outros elementos de convicção foram mencionados na sentença e não foram transcritos. Contudo, poucos casos exemplificam melhor o paternalismo pretoriano do que eximir aquele que investe no mercado financeiro de qualquer risco, especialmente quando se trata de investimentos agressivos como a aplicação em derivativos. É claro que um rendimento de 112% ao ano, inconcebível em quase todos os outros investimentos lícitos existentes mundo afora – e aí não vai qualquer exagero – acarreta riscos também elevados, inclusive o de se perder a totalidade do capital investido, como bem sabem aqueles que apostam um real no bingo da quermesse de sua paróquia e aqueles que também apostam apenas um real na loteria.

A situação descrita se enquadra na definição antes mencionada, pois à pessoa são apresentadas duas alternativas, das quais uma deverá ser escolhida: investir em um fundo agressivo, mas com a possibilidade de alta taxa de retorno, ou não o fazer. Voluntariamente feita a escolha, assegura-se ao investidor, contudo, o direito de, depois de ter perdido a aposta, voltar à situação fática existente no momento em que externou seu ato volitivo, garantindo-se-lhe a integralidade de seu patrimônio, acrescido de danos morais pelo sofrimento suportado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aceitando-se a definição de que o paternalismo jurídico consistiria na regulamentação estatal que, em nome do melhor interesse da pessoa, a ela impõe, ou

Asset Management S/C Ltda. e outros. Juíza: Lecília Ferreira Lemmert. Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2006. *Diário Oficial do Estado/RJ*, Rio de Janeiro, p. 229-232, 19 set. 2006.

nega, certas condutas, não há dúvidas de que o Código de Defesa do Consumidor poderia ser considerado um paradigmático modelo de um diploma paternalista.

Essa constatação não permite, por si só, que se atribua uma conotação pejorativa ao mencionado estatuto legal. Antes pelo contrário, porquanto, na linha das mencionadas pesquisas sobre o comportamento econômico das pessoas, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor, em inúmeras oportunidades, impõe ao fornecedor o dever de informar, possibilitando ao consumidor o acesso à informação adequada, clara, suficiente e necessária e, por conseguinte, permite-lhe manifestar o seu consentimento informado. Do mesmo modo, assegura ao consumidor o direito de refletir e se arrepender, quando se tratar de negócios celebrados fora do estabelecimento empresarial. Enfim, também estipula limites à liberdade do consumidor, ao prever prazos relativamente exíguos para que ele possa se arrepender do negócio ou, então, reclamar de eventual vício do produto ou serviço (e, então, efetivamente reivindicar os seus direitos). Fora da disciplina do Código de Defesa do Consumidor, mas também relacionado ao sistema protetivo do consumidor, observa-se que compete a inúmeras agências reguladoras a análise prévia dos instrumentos contratuais que, futuramente, serão apresentados aos consumidores.

De tudo isto, pode-se concluir que a proteção ao consumidor, no que diz respeito à assimetria de informações, está suficientemente delineada no arcabouço jurídico brasileiro. Ao prezar a transparência e a boa-fé nas relações de consumo, impõe-se ao fornecedor o dever de por termo ao desequilíbrio que caracteriza tais relações, ao menos no que diz respeito à vulnerabilidade técnica do consumidor. Com efeito, oportunizando-se ao consumidor o acesso a todas as informações necessárias à completa compreensão do negócio que será celebrado, e mesmo permitindo-lhe arrepender-se em certas ocasiões, obtém-se a sua real vontade. Todavia, convém lembrar que essa manifestação volitiva deverá vincular o consumidor ao negócio celebrado. A sua responsabilidade é o correspondente aos deveres impostos ao fornecedor. Há que se afastar o paternalismo pretoriano, e a consequente irresponsabilidade do consumidor que, a despeito de devidamente informado, e protegido, arrepende-se *ex post factum*, quando tal arrependimento já não era mais possível. Somente assim é que se atingirá um mercado de consumo maduro e realmente harmônico.

REFERÊNCIAS

- BLOCK, Walter. Alienability, inalienability, paternalism and the law: reply to Kronman. *American journal of criminal law*, v. 28, n. 3, p. 351-371, sept. 2001.
- CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *The Yale law journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.
- CAMERER, Colin. Regulation for conservatives: behavioral economics and the case for “asymmetric paternalism”: preferences and rational choice: new perspectives and legal implications. *University of Pennsylvania law review*, v. 151, n. 3, p. 1.211-1.244, jan. 2003.
- CHOI, James J. et al. [For better or for worse: default effects and 401\(k\) savings behavior](#), [NBER Working Papers 8651](#), National Bureau of Economic Research, Inc., Massachusetts, dec. 2001.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Journal of law & economics*, v. 3, n.1, p.1-44, oct. 1960.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FARNSWORTH, Allan. Promises and paternalism. *William and Mary law review*. v. 41, n. 2, p. 385-409, feb. 2000.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.
- GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- JOHNSON, Eric et al. Framing, probability distortions and insurance decisions. *Journal of risk and uncertainty*, v. 7, n. 1, p. 35-51, aug. 1993.
- KRONMAN, Anthony T. Paternalism and the law of contracts. *The Yale law journal*, v. 92, n. 5, p. 763-784, apr. 1983.
- LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- MILL, John Stuart. *On liberty*. London: Longman, Roberts & Green, 1869. Disponível em: <<http://www.bartleby.com/130>>. Acesso em: 14 fev. 2007.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio. O juiz e o novo contrato. In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor e o CC/2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POSNER, Eric A. Contract law in the welfare state: a defense of the unconscionability doctrine, usury laws, and related limitations on the freedom to contract. *Journal of legal studies*, v. 24, n. 2, p. 283-319, 1995.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 5. ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.

RIO DE JANEIRO. Justiça Estadual (33ª Vara Cível). Ação de Indenização nº 1999.001.141054-2. Autor: Aldo Henrique Ramos e outros. Réu: Fundo de Investimentos Marka Nikko Asset Management S/C Ltda. e outros. Juíza: Lecília Ferreira Lemmertz. Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2006. *Diário Oficial do Estado/RJ*, Rio de Janeiro, p. 229-232, 19 set. 2006.

TREBILCOCK, Michael. *The limits of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

VILLELA, João Baptista. Reflexões sobre a obrigatoriedade das leis, *Revista dos Tribunais*, v. 463, p. 287-289, maio 1974.

ZAMIR, Eyal. The efficiency of paternalism. *Virginia law review*, v. 84, n. 2, p. 229-286, apr. 1998.