

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

EDSON MITSUO TIUJO

**CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO E *SOFT LAW*:
a cooperação mútua como estratégia**

Curitiba (PR)

2021

EDSON MITSUO TIUJO

**CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO E *SOFT LAW*:
a cooperação mútua como estratégia**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito

Área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento

Linha de pesquisa: Estado, Economia e Desenvolvimento

Orientadora: Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro

Coorientador: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UFRJ)

Curitiba (PR)

2021

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Pamela Travassos de Freitas – CRB 9/1960

T623c
2021

Tiujo, Edson Mitsuo
Convenção coletiva de consumo e soft law : a cooperação mútua como estratégia / Edson Mitsuo Tiujo ; orientadora: Marcia Carla Pereira Ribeiro ; coorientador: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves. – 2021.
250 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021
Bibliografia: f. 233-250

1. Direito do consumidor. 2. Brasil. [Código de defesa do consumidor (1990)]. 3. Consumidores. 4. Defesa do consumidor - Legislação. 5. Dívidas – Renegociação. 6. Soft law. 7. Sociedade de consumo. I. Ribeiro, Marcia Carla Pereira. II. Alves, Alexandre Ferreira de Assumpção. III. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

Doris. 4. ed. – 342.5

TERMO DE APROVAÇÃO

EDSON MITSUO TIUJO

CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO E *SOFT LAW*:

a cooperação mútua como estratégia

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) como requisito parcial para obtenção do título de
Doutor em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro (PUCPR)

Coorientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UFRJ)

Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (PUCPR)

Prof. Dr. Eduardo Oliveira Agostinho (PUCPR)

Prof. Dr. Sandro Mansur Gibran (Unicuritiba)

Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo (Universidade de Lisboa)

Curitiba (PR), 25 de março de 2021.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos são, primordialmente, aos Professores Doutores Marcia Carla Pereira Ribeiro (orientadora) e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (coorientador). Grande sorte foi poder contar com a colaboração de dois competentes e comprometidos profissionais da educação.

À Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro agradeço, imensamente, pela orientação e paciência. Sem dúvida, suas precisas orientações me serviram para enxergar a pesquisa científica de um modo diferente: a necessidade da maturidade e a busca pela excelência. Suas contribuições, sem dúvida, me fazem encerrar o Programa de Doutorado numa condição melhor à do momento em que ingressei. Agradeço também pelo enorme aprendizado obtido em suas disciplinas sobre Análise Econômica do Direito (AED), as quais me serviram de grande inspiração. Tenho a certeza de que o curso não representa o fim, mas apenas o início de uma vida acadêmica, agora, dedicada a esse tema.

Ao Professor Doutor Alexandre Ferreira de Assumpção Alves agradeço, imensamente, pela dedicação e atenção disponibilizadas ao longo do trabalho. Suas contribuições foram relevantíssimas e, em especial, as metodológicas foram valiosíssimas para o desenvolvimento da pesquisa. Sem dúvida, facilitaram demais o raciocínio, tornando a pesquisa mais satisfatória e prazerosa. Agradeço-o ainda pelo compartilhamento de inúmeras fontes primárias que serviram para fundamentar o trabalho, enriquecendo grandemente o conteúdo da tese.

Agradeço, ainda, aos Professores do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), em especial, a Daniel Wunder Hachem, André Parmo Foloni e Luís Alexandre Carta Winter que foram relevantíssimos na sua missão de ensinar.

Agradeço também a minha irmã Liriam Kiyomi Tiujo Delgado pelo amparo e aconselhamento nos momentos mais críticos da pesquisa.

Por último, agradeço aos Professores Antonio Rafael Marchezan Ferreira e Ivan Aparecido Ruiz, ambos da Universidade Estadual de Maringá (UEM). O primeiro, coordenador do curso, pelo auxílio e compreensão no desempenho das atividades acadêmicas e, o segundo, pela amizade e incentivo constante.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente à Deus que me conduziu firmemente até este momento.

Jamais poderia esquecer de homenagear a pessoa que, durante os quatro anos do curso, compartilhou de todas as minhas angústias e ansiedades. Por isso, dedico esta tese a minha esposa Patrícia Marchi Marin Tiujo, com a consciência de que isso é algo muito singelo comparado à sua dedicação a mim. A concretização deste trabalho somente foi possível pelo seu amor incondicional e apoio constante. Tenho a consciência de que o seu papel foi fundamental para a conclusão desta etapa das nossas vidas.

Dedico ainda aos meus filhos Felipe Marin Tiujo e Daniel Marin Tiujo pelas alegrias proporcionadas diariamente. Sem dúvida, a força para continuar a caminhada veio da felicidade de tê-los em minha companhia.

Dedico, por último, aos meus pais Carlos Yokimitu Tiujo (*in memoriam*) e Maria Kayo Tiujo que proporcionaram o início de tudo, principalmente, pelo incentivo aos estudos.

LISTA DE SIGLAS

ABCDC-MS	Associação Brasileira da Cidadania e Defesa do Consumidor do Estado de Mato Grosso do Sul
ACT	Acordo Coletivo de Trabalho
AED	Análise Econômica do Direito
AEDDC	Análise Econômica do Direito de Defesa do Consumidor
AHES	Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe
AIR	Análise de Impacto Regulatório
ASS	Associação Sul-mato-grossense de Supermercados
B2C	Business to Consumer (empresa para consumidor)
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBAP	Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CC	Código Civil
CCC	Convenção Coletiva de Consumo
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFCI	Conselho Federal de Corretores de Imóveis
Ciefas	Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
Conar	Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária
Covid-19	Coronavirus disease 2019
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EC	Economia Comportamental
EI	Economia Institucional
FDDD	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
Fipe	Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas
LLE	Lei de Liberdade Econômica
MDCC-MG	Movimento de Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais
ME	Ministério da Economia
MP	Ministério Público
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
MPRJ	Ministério Público do Rio de Janeiro

MTE	Ministério do Trabalho e Emprego
NCT	Negociação Coletiva de Trabalho
NEI	Nova Economia Institucional
ONU	Organização das Nações Unidas
Procon	Departamento Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor
RE	Recurso Extraordinário
Sanepar	Companhia de Saneamento do Paraná
Sebrae	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
Sindauto-DF	Sindicato dos Centros de Formação de Condutores de Veículos Automotores do Distrito Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TST	Tribunal Superior do Trabalho

RESUMO

A Convenção Coletiva de Consumo (CCC), prevista no art. 107 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) permite que as associações de consumidores e de fornecedores regulem diversas questões relativas às relações de consumo. Ao longo da trajetória da defesa do consumidor, esse mecanismo de regulação não se revelou útil aos participantes do mercado de consumo. A tese estuda como as CCC's podem ser avivadas e resultar em arranjos institucionais úteis a serem incorporados, de forma relevante, ao ambiente institucional do mercado. O método de abordagem adotado na pesquisa é o hipotético-dedutivo. Para consecução do objetivo, recorreu-se às ferramentas da Análise Econômica do Direito (AED), em especial, as instituições, a eficiência, os custos de transação e a cooperação mútua. A pesquisa constatou que o desuso da CCC é um problema institucional. Mudanças institucionais no âmbito das políticas públicas de defesa do consumidor e da regulação econômica do mercado mostraram-se necessárias não apenas para estimular o seu uso, mas para definir conteúdos que sejam funcionais e alberguem os interesses comuns de ambos os grupos como uma forma de desregulação parcial do mercado de consumo. Para tanto, conclui-se que a cooperação pela reciprocidade significa que, consumidores e fornecedores, em conjunto, podem, em determinadas circunstâncias, direcionar suas próprias condutas, de forma a coordenar a solução que seja mais vantajosa e benéfica para os dois lados. A negociação coletiva, nesse sentido, permite resolver mais facilmente problemas comumente verificados no âmbito do mercado, que não podem ser percebidos numa relação individual, por exemplo, pequenas práticas que proporcionam grandes lucros e pequenos direitos que geram grandes prejuízos. Descobriu-se que, entabulada em bases cooperativas, a CCC prescinde de mecanismos de coerção para sua efetivação, já que as partes convenientes possuem uma predisposição a cumprir espontaneamente o que foi convencionado e que propicia a satisfação dos interesses comuns. Diante da flexibilidade do instrumento, do conteúdo convencionado e da ausência de mecanismos de coerção, propõe-se o debate sobre o enquadramento das CCC's na categoria *soft laws*. A natureza jurídica flexível das CCC's facilita a adesão dos agentes econômicos ao instrumento convencional, bem como a disseminação do consenso. A CCC, enfim, pode contribuir para o ambiente institucional do mercado, melhorando o seu desempenho, na medida em que deve permeá-lo de forma específica, incursionando nos espaços não atingidos pela regulação estatal.

Palavras-chave: Convenção Coletiva de Consumo. Norma flexível. Ambiente Institucional. Cooperação mútua.

ABSTRACT

The Consumer Collective Bargaining Agreement (CCC), provided for in article 107 of the Consumer Protection Code, allows consumer and supplier associations to regulate several issues concerning consumer relations. Throughout the history of consumer protection, this regulatory mechanism has not proved useful to participants in the consumer market. The thesis studies how CCCs may be revived and result in utile institutional arrangements to be incorporated, in a relevant way, into the institutional environment of the market. The method of approach adopted in the research is the hypothetical-deductive. To achieve the objective, the tools of the Economic Analysis of Law, in particular, institutions, efficiency, transaction costs, and mutual cooperation have been resorted to. The research found that the disuse of CCC is an institutional problem. Institutional changes in the scope of public policies for consumer protection and economic regulation of the market have proved to be necessary not only to stimulate its use, but to define contents that are functional and accommodate the common interests of both groups as a form of partial deregulation of the consumer market. To this end, it is concluded that cooperation by reciprocity means that consumers and suppliers together can, under certain circumstances, direct their own conduct in order to coordinate the solution that is most advantageous and beneficial to both sides. Collective bargaining, in this sense, makes it easier to solve problems commonly found in the market, which cannot be perceived in an individual relationship, for example, small practices that provide big profits and small rights that generate big losses. It was found that, established on a cooperative basis, the CCC does not require coercion mechanisms for its effectiveness, since the parts to the agreement have a predisposition to spontaneously comply with what was agreed upon and that provides the satisfaction of common interests. In view of the flexibility of the instrument, the agreed content and the absence of coercive mechanisms, the debate about the classification of the CCCs in the category of soft laws is proposed. The flexible legal nature of the CCCs facilitates the adhesion of the economic agents to the conventional instrument, the dissemination of consensus and, in a wider view, certain situations that could not be perceived in an individual relationship. The CCC may contribute to the institutional environment of the market, improving its performance, to the extent that it should permeate it in a specific way, by accessing in the spaces not reached by state regulation.

Keywords: Collective Bargaining Agreement. Flexible norm. Institutional environment. Mutual Cooperation.

RÉSUMÉ

La Convention Collective de Consommation (CCC), prévue à l'article 107 du Code de La Protection des Consommateurs (CDC), permet aux associations de fournisseurs et de consommateurs de régler diverses questions liées aux relations avec les consommateurs. Tout au long de la trajectoire de la protection des consommateurs, ce mécanisme de régulation ne s'est pas révélé utile pour les acteurs du marché de la consommation. La thèse étudie comment les CCCs peuvent être avivées et aboutir à des arrangements institutionnels utiles à s'incorporer, de manière pertinente, à l'environnement institutionnel du marché. La méthode d'approche adoptée dans la recherche est l'hypothético-déductive. Pour atteindre cet objectif, on a utilisé les outils de l'Analyse Économique du Droit, en particulier les institutions, l'efficacité, les coûts de transaction et la coopération mutuelle. Les recherches ont montré que la désuétude de la CCC est un problème institutionnel. Des changements institutionnels dans le champ d'application des politiques publiques de protection des consommateurs et de régulation économique du marché se sont avérés nécessaires non seulement pour stimuler leur utilisation, mais aussi pour définir des contenus qui soient fonctionnels et atteignent des intérêts communs des deux groupes comme un mode de déréglementation partielle du marché des consommateurs. À cette fin, on conclut que la coopération par réciprocité signifie que les consommateurs et les fournisseurs peuvent, dans certaines circonstances, orienter ensemble leur propre comportement afin de coordonner la solution la plus avantageuse et la plus bénéfique pour les deux parties. Il a été constaté que, établie sur une base coopérative, le CCC n'a pas besoin de mécanismes de coercition pour être efficace, puisque les parties ont une prédisposition à se conformer spontanément à ce qui a été convenu et qui assure la satisfaction des intérêts communs. Face à la flexibilité de l'instrument, du contenu convenu et de l'absence de mécanismes coercitifs, le débat sur la classification des CCCs dans la catégorie des *soft laws* est proposé. La nature juridique souple des CCCs facilite l'adhésion des agents économiques à l'instrument conventionnel, la diffusion du consensus et, dans une perspective plus ample, certaines situations qui ne pourraient être perçues dans une relation individuelle. Le CCC peut contribuer à l'environnement institutionnel du marché, en améliorant ses performances, dans la mesure où il devrait l'imprégner de manière spécifique, en accédant aux espaces non atteints par la régulation étatique.

Mots-clés: Convention Collective de Consommation. Norme flexible. Environnement institutionnel. Coopération mutuelle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 A CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO E A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS	21
2.1 CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO: IMPRESSÕES GERAIS	22
2.2 A RELAÇÃO DE CONSUMO E A RELAÇÃO DE TRABALHO: CARACTERÍSTICAS E DIFERENÇAS	33
2.2.1 A disparidade do consumidor e do empregado em face do fornecedor e do empregador como característica comum na relação de consumo e de trabalho	38
2.2.2 A subordinação e a exclusividade do empregado como elementos distintivos da relação de consumo e de trabalho	43
2.3 A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA: A FUNÇÃO DOS SUJEITOS COLETIVOS NO MERCADO DE CONSUMO E DE TRABALHO	44
2.3.1 A função política e social dos sindicatos de trabalhadores	46
2.3.2 A função econômica das associações de consumidores e de fornecedores	50
2.4 A DISTINÇÃO DAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO PELAS SUAS NATUREZAS JURÍDICAS	54
2.4.1 O caráter vinculativo e a natureza jurídica cogente da convenção coletiva de trabalho	51
2.4.2 O caráter associativo e a natureza jurídica flexível da convenção coletiva de consumo	59
3 A FINALIDADE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA E O OBJETIVO DA DEFESA DO CONSUMIDOR A PARTIR DA ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)	67
3.1 O MODELO SOCIAL ASSUMIDO PELAS INSTITUIÇÕES DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL	69
3.2 A FINALIDADE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA PARA O MERCADO DE CONSUMO: A HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR E DO FORNECEDOR E A COMPATIBILIZAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR COM O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO PELO LIVRE	

MERCADO	79
3.3 O OBJETIVO DA DEFESA DO CONSUMIDOR: A CORREÇÃO DAS FALHAS DE MERCADO	85
3.4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: RELEITURA E REINTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS BÁSICOS	91
3.4.1 O direito à educação e à informação diante da assimetria informacional do consumidor e a disfuncionalidade decorrente do seu excesso	92
3.4.2 O direito à proteção contra práticas comerciais e contratuais abusivas e o direito à livre iniciativa e concorrência	96
3.4.3 O direito à proteção da vida, saúde e segurança pela qualidade dos produtos e serviços e a efetiva reparação integral do consumidor e o problema do custo social e da titularidade do direito reparatório e indenizatório	98
3.4.4 O direito à facilitação da defesa dos interesses do consumidor e a assimetria informacional processual do fornecedor	106
4 A CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO COMO NORMA FLEXÍVEL (SOFT LAW DE CONSUMO) SOB A ÓTICA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL	113
4.1 A REGULAÇÃO ECONÔMICA, AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A DEFESA DO CONSUMIDOR	115
4.1.1 A regulação econômica e a desregulação em matéria de consumo	123
4.1.2 A autorregulação e a Convenção Coletiva de Consumo	130
4.2 A CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO COMO NORMA FLEXÍVEL (SOFT LAW)	136
4.2.1 O conceito de <i>soft law</i> (norma flexível) e a crítica da normatividade relativa ..	137
4.2.2 Os critérios de identificação da <i>soft law</i>	141
4.2.3 A norma flexível de consumo e a ausência de cumprimento forçado	143
4.2.4 A norma flexível diante da cogente e da total ausência de normas	146
4.3 A CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO E A NORMA FLEXÍVEL SOB A ÓTICA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL	149
4.3.1 Convenção Coletiva de Consumo, <i>soft law</i> e instituições	149
4.3.2 Principais correntes do Institucionalismo	154
4.3.3 A importância das instituições	157

4.3.4 As Convenções Coletivas de Consumo como instituições e seu funcionamento	162
4.3.5 Mudança institucional na defesa do consumidor	165
5 A COOPERAÇÃO MÚTUA COMO ESTRATÉGIA PARA ELABORAÇÃO DE CONVENÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO MAIS EFICIENTES E FUNCIONAIS	170
5.1 EM QUE CONSISTE A COOPERAÇÃO E A ESTRATÉGIA DA RECIPROCIDADE	171
5.2 A VIABILIDADE INICIAL, ROBUSTEZ E ESTABILIDADE DA COOPERAÇÃO MÚTUA EM CONVENÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO	182
5.3 AS RECOMENDAÇÕES DA TEORIA DA COOPERAÇÃO DE ROBERT AXELROD PARA A ELABORAÇÃO DAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO	195
5.3.1 Aumentar a importância do futuro em relação ao presente para garantir confiança, lealdade, fidelidade e cooperação dos agentes envolvidos	197
5.3.2 Proporcionar melhores recompensas para estimular os ganhos conjuntos aos agentes envolvidos	202
5.3.3 Ensinar os valores e práticas que irão promover o comportamento cooperativo dos agentes envolvidos	212
5.4 O CONTEÚDO DAS CLÁUSULAS CONVENCIONAIS DE CONSUMO	217
6 CONCLUSÃO	226
REFERÊNCIAS	233

1 INTRODUÇÃO

A Convenção Coletiva de Consumo (CCC) está prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde 1990, a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990 ou CDC). Projetado para autorregular as relações de consumo em seus diversos aspectos (preço, qualidade, quantidade, garantia e características de produtos e serviços, reclamação e composição dos conflitos de consumo), esse instrumento convencional não se revelou útil aos participantes do mercado de consumo.

Com uma regulamentação (art. 107 do CDC) simplória, a CCC não despertou o interesse dos teóricos da literatura jurídica e nem dos agentes econômicos, sendo inexistente na prática do mercado de consumo. Mesmo assim, acredita-se que a tese possa se mostrar relevante, na medida em que propõe uma nova visão a respeito desse instrumento regulatório privado. Por essa nova perspectiva, procura-se, em primeiro lugar, desvendar as razões pelas quais a CCC não logrou êxito no ambiente do mercado de consumo para, em seguida, indicar as proposições que possam estimular o seu uso da forma mais eficiente, beneficiando a todos os envolvidos.

A CCC, desta maneira, é examinada por uma abordagem ainda não enfrentada pela doutrina nacional, revelando, assim, o ineditismo da pesquisa. Tomando como fundamento a Análise Econômica do Direito (AED), a tese pretende verificar o funcionamento do instrumento convencional de consumo como uma nova fórmula para coordenar as relações consumeristas, sem, contudo, relegar as normas de ordem pública reconhecidas e editadas pela autoridade central em matéria de consumo.

Para tanto, algumas ferramentas da juseconomia, como instituições, eficiência, custos de transação e cooperação mútua, são utilizadas como fundamentos para justificar a importância da CCC como um instrumento autorregulatório e uma estrutura institucional inédita. Essas ferramentas juseconômicas se destacam de todo o instrumental teórico adotado até hoje para a análise do tema, muitas vezes orientado pelo modelo de justiça social da teoria dos direitos fundamentais sociais, em especial, do direito do trabalho e da filosofia do Direito.

Como instrumento regulatório privado, decorrente da autonomia da vontade coletiva das entidades civis de consumidores e das associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica, o tema se revela pertinente ao contexto atual da economia de mercado brasileira. Após décadas de políticas públicas e forte regulação estatal em matéria de consumo, o ordenamento jurídico e, em especial, o ambiente institucional do mercado, passaram a exigir

novos arranjos e novas fórmulas que possam contribuir para um melhor desempenho do mercado consumidor.

O tema da tese, desta maneira, encontra respaldo na recente Lei de Liberdade Econômica (LLE), editada em 2019 (Lei n. 13.874), que deu concretude ao art. 174 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). A pesquisa, na esteira da legislação, reafirma a autonomia da vontade, ainda que coletiva, dos agentes de mercado. Embora referida Lei tenha afastado expressamente sua incidência quanto ao direito do consumidor é inegável que, ao reafirmar a liberdade econômica dos empresários, fornecedores e demais exercentes de atividades econômicas, acaba por impactar diretamente nas relações de consumo, instigando a livre iniciativa e promovendo a concorrência. Acredita-se que a CCC possa harmonizar os interesses dos consumidores e fornecedores, compatibilizando a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico.

O tema da tese está em conformidade tanto com os objetivos da área de concentração em “Direito Econômico e Desenvolvimento”, como com as finalidades da linha de pesquisa em “Estado, Economia e Desenvolvimento” do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

Dentre outros objetivos, a área de concentração a que esta pesquisa está vinculada propõe o estudo do Direito como mecanismo de regulação da atividade econômica e das formas de organização jurídica estatais e particulares. O norte das pesquisas dessa área é o estudo do ambiente econômico público e privado, especialmente, o papel dos contratos e da intervenção estatal na promoção do desenvolvimento. Ao propor o estudo da CCC como mecanismo de coordenação e composição das relações de consumo, a problemática da pesquisa se alinha aos objetivos desta área de concentração.

Ademais, propiciando uma aproximação entre o Direito e Economia, o tema da tese, em conformidade com a área de concentração, adota uma percepção crítica dos modelos interventivos, das políticas públicas e da eficiência do aparato oferecido pelo sistema jurídico nacional e tradicional. Ainda, em observância aos propósitos da área de concentração, a tese tem a intenção de apresentar proposta que possa superar os problemas contemporâneos da vida econômica para promover o crescimento do mercado de consumo e, conseqüentemente, o desenvolvimento das atividades econômicas. O cerne da tese, em resumo, é contribuir para uma análise crítica da realidade contemporânea e, ao mesmo tempo, conseguir alternativas possíveis para a atividade econômica eficiente.

Da mesma forma, a tese se insere nas finalidades da linha de pesquisa em “Estado, Economia e Desenvolvimento”. Essa linha de pesquisa tem como propósito a investigação do

Direito regulador das atividades, tanto o concertado pelo mercado quanto pelo Estado, relacionando suas formas de organização e coordenação. Para consecução dos seus intentos, propõe a imbricação entre Direito e Economia, o que também foi assumido por esta tese. Essa metodologia, ao aplicar os ferramentais teóricos e empíricos econômicos, almeja soluções mais eficientes, na medida em que enseja uma visão mais elástica e menos individualista do problema, sendo, portanto, amplamente consentânea com o tema da tese.

O objetivo da pesquisa consiste em estudar como as convenções coletivas de consumo podem ser avidadas e resultar em arranjos institucionais que podem ser incorporados, de forma relevante, ao ambiente institucional do mercado de consumo.

A tese adotou como referenciais teóricos autores de diversas áreas, permitindo o exercício da interdisciplinaridade. Recorreu-se a pesquisadores consumeristas, civilistas (contratualistas e comercialistas), juseconomistas, constitucionalistas, administrativistas e internacionalistas que investigaram de forma aprofundada os assuntos abordados na pesquisa, especialmente o contrato coletivo no direito privado; a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica; a regulação econômica, a desregulação e a autorregulação; a *soft law* e a crítica da normatividade relativa; a importância das instituições e da mudança institucional para o desempenho econômico; e, a cooperação mútua como estratégia para as relações coletivas.

Apenas a título de justificativa, a tese, especialmente ao longo das seções 2 e 3, recorreu a inúmeros cursos e manuais sobre direito do consumidor e direito do trabalho. No entanto, é certo que, em razão do aprofundamento que se exige de uma pesquisa de doutoramento, os cursos e manuais não foram utilizados para embasar qualquer fundamento da pesquisa, mas apenas para exemplificar, em situações pontuais, as disfunções e distorções ocorridas na área da defesa do consumidor e do direito do trabalho. Esse exercício foi necessário e pertinente na medida em que a tese focou a análise crítica da realidade regulatória contemporânea.

Na primeira seção, Dorothee Susanne Rüdiger, com sua obra “O contrato coletivo no direito privado: contribuições do direito do trabalho para a teoria geral do contrato”, foi um dos principais marcos teóricos desta pesquisa. A autora chamou atenção para a distinção entre a CCC e a Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), fato este não percebido pelos demais pesquisadores do tema. A partir da sua análise foi possível precisar com maior exatidão os interesses de consumidores e trabalhadores e as funções dos grupos intermediários (sindicatos de trabalhadores e associações de consumidores e fornecedores), abrindo caminho para a compreensão dos instrumentos convencionais de consumo e de trabalho.

Na segunda seção, Fábio Ulhoa Coelho, com seu livro “O empresário e os direitos do consumidor” e Fabio Konder Comparato, com seus artigos “A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988” e “A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico”, foram bastante úteis na investigação da essência da defesa do consumidor. Em trabalhos elaborados antes do advento da CRFB de 1988, os autores permitiram compreender a interface entre a defesa do consumidor e o direito empresarial, ressaltando o fim a que se destina a proteção do consumidor. Talvez, numa visão mais ampla e menos afetada pelo valor social que impregnou a CRFB, esses autores possibilitaram enxergar o verdadeiro espírito da defesa do consumidor.

Nesse processo de investigação, ainda na segunda seção, recorreu-se a Bruno Vinicius da Rós Bodart, com seu artigo “Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidores”. Nessa pesquisa o autor procedeu a releitura e a reinterpretação dos direitos básicos do consumidor sob a ótica da análise econômica do direito de defesa do consumidor (AEDDC), o que possibilitou a identificação de normas de consumo disfuncionais e antieconômicas. Essa comprovação, por conseguinte, foi adotada como uma das premissas da tese, demonstrando que comumente existem falhas de mercado e, ainda, há espaços à regulação negociada ou autorregulação.

Uma vez constatada a viabilidade de novos arranjos institucionais para o ambiente institucional do mercado de consumo, principalmente diante da comprovação de falhas de governo, indispensável se fez fixar as noções sobre regulação econômica, desregulação e autorregulação. Para tanto, a tese se apoiou em André Saddy, com seu livro “Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas” e Vital Moreira, com sua obra “Auto-regulação profissional e administração pública”. Ainda na terceira seção, a par da sua função regulatória, constatou-se que certas características da CCC não são comuns às normas decorrentes da regulação estatal, notadamente a ausência de mecanismos de coerção (*hard enforcement*). Cogitou-se, assim, tratar-se de normas flexíveis. Com o intuito de se aprofundar nesse assunto, foi trazida a doutrina internacionalista de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, com sua obra “*Soft Law* e produção de provas na arbitragem internacional”, e de Salem Hikmat Nasser, com seu livro “Fontes e normas do direito internacional – um estudo sobre a *soft law*”.

Dado que a pesquisa caminhou para a conveniência de certa desregulação em matéria de consumo, tornou-se imperioso estudar a importância das instituições e da mudança institucional. Como mecanismo de orientação do comportamento dos indivíduos e das organizações, a CCC encontrou amparo na abordagem da Nova Economia Institucional (NEI),

que tem como um de seus principais expoentes, Douglass Cecil North. Dentre diversas outras produções desse autor, destacou-se o “Desempenho econômico através do tempo” e “Instituições, mudança institucional e desenvolvimento econômico”. A partir desses títulos, compreendeu-se como instituições e mudanças institucionais podem influenciar positivamente o desempenho econômico.

Levando-se em consideração que a CCC é modalidade alternativa de regulação econômica, torna-se apropriado que consumidores e fornecedores sejam estimulados a interagir. Sabe-se, no entanto, que essa interação nem sempre é fácil, haja vista que consumidores e fornecedores comumente perseguem interesses próprios no mercado de consumo. Diante disso, testou-se a viabilidade da cooperação mútua (reciprocidade) como estratégia para aproximação entre o grupo de consumidores e de fornecedores. Para tanto, baseou-se na obra “A evolução da cooperação”, de Robert Axelrod, para demonstrar que, mesmo diante de situações como essa, a cooperação mútua pode aflorar e servir de estratégia para a concertação de arranjos institucionais, sem o auxílio de uma autoridade central.

O método de abordagem adotado na pesquisa é o hipotético-dedutivo. Desta maneira, a pesquisa, a partir da propositura do problema, expôs hipóteses para serem investigadas e testadas. Por último, por meio de um processo de inferência dedutiva, envolvendo a pesquisa documental de fontes primárias e secundárias, chega-se às conclusões.

O problema da pesquisa consiste em compreender se a ferramenta da cooperação mútua aplicada à CCC pode auxiliar a desregulação econômica e proporcionar arranjos institucionais eficientes para as relações e, conseqüentemente, para o ambiente institucional do mercado de consumo.

As hipóteses da pesquisa são: a) a conformação constitucional e legal da CCT influenciou a compreensão acerca do funcionamento da CCC; b) a trajetória da defesa do consumidor no Brasil, de modo incoerente, se convergiu ao modelo de justiça social, havendo a necessidade de readequação da finalidade da ordem econômica e do objetivo da proteção ao consumidor; c) as associações de consumidores não se devem apresentar como órgãos realizadores de políticas públicas, mas sim como agentes de regulação econômica privada; d) a CCC, diante da sua conformação legal, se afigura como norma flexível, dissociando-se, assim, da natureza normativa atribuída à CCT; e, e) a ferramenta da cooperação mútua pode auxiliar consumidores e fornecedores à mudança de comportamentos em busca da ordem espontânea. Com base nessas hipóteses, a dedução que se chega é que, de fato, os grupos intermediários, na esfera de suas autonomias de vontades, podem concertar arranjos institucionais eficientes e funcionais que podem, por sua vez, agregar-se ao ambiente institucional do mercado de

consumo que, hoje, é composto exclusivamente pela regulação pública. As regras convencionais, ademais, podem promover mudanças institucionais significativas, tornando as transações mais fluidas e sanando situações disfuncionais e enviesadas provocadas por falhas de governo.

Duas hipóteses variáveis podem ser apresentadas em oposição às hipóteses propostas. A primeira, centra-se no fato de que legisladores e julgadores têm a consciência de que somente a lei ou a norma reguladora ou regulamentadora é capaz de garantir a proteção do consumidor, existindo, assim, um descrédito em relação à norma privada, especialmente, quanto à sua efetividade, abrangência e cumprimento. A segunda, diz respeito a heterogeneidade dos consumidores, diferentemente da homogeneidade dos trabalhadores, o que impediria ou atenuaria a atuação da autonomia da vontade coletiva no âmbito das negociações coletivas de consumo.

Em relação aos procedimentos técnicos, a pesquisa adotou as seguintes técnicas: a) pesquisa documental de fontes primárias consistente na análise das convenções coletivas de consumo já celebradas no Brasil e o conteúdo de outros negócios jurídicos envolvendo questões consumeristas, como os termos de ajustamento de condutas (TAC's); e, b) pesquisa bibliográfica de fontes secundárias, como livros, nacionais e estrangeiros, e artigos de revistas, além de dados empíricos apresentados por entidades oficiais.

A tese está dividida em quatro seções. A primeira seção destina-se a estabelecer um estudo comparativo entre a CCC e a CCT, justificando a necessidade, ou não, do tratamento jurídico diferenciado desses instrumentos convencionais. Para tanto, analisa-se as relações de consumo e de trabalho, focando as figuras do consumidor e do empregado. Por esse exame, busca-se desvendar suas características, suas diferenças e principalmente os interesses dos seus participantes. Investiga, ainda, a noção de autonomia privada coletiva para a defesa do consumidor e para o direito do trabalho, revelando as funções das associações de defesa do consumidor e dos sindicatos de categoria profissional. A partir desse estudo comparativo, aprofunda-se na averiguação da natureza jurídica dos instrumentos convencionais de consumo e de trabalho, reputando-os como cogentes ou flexíveis.

A segunda seção dedica-se a comprovar a trajetória social assumida pelas instituições de defesa do consumidor no Brasil, principalmente, após o advento da CRFB de 1988. Em consequência disso, percebe-se que, em determinados casos, as normas de defesa do consumidor se mostraram distorcidas e antieconômicas, o que não é condizente com o mercado de consumo e nem com o exercício da atividade econômica num sistema capitalista. Com base nessa premissa, aprofunda-se na investigação da finalidade da ordem econômica para o

mercado de consumo e revisita-se o objetivo da defesa do consumidor, tendo em mente que essa readequação deverá impactar a escolha da política pública e o tipo de regulação econômica. Por último, propõe-se a releitura e a reinterpretação dos direitos básicos do consumidor (art. 6º do CDC), à luz da premissa dedutiva, ou seja, a harmonização dos interesses e a compatibilização dos princípios da ordem econômica.

A seção 3 oferece as noções de regulação econômica, desregulação e autorregulação. Tendo em vista os objetivos da área de concentração e da linha de pesquisa a que esta tese está vinculada, esse estudo é importante para o apontamento das críticas ao modelo interventivo e a localização de modalidades regulatórias alternativas que possam tornar o mercado de consumo mais eficiente. Em seguida, aborda-se as normas flexíveis (*soft laws*), perquirindo seus critérios de identificação e suas vantagens em relação à norma cogente (*hard law*) e à total ausência de normas (*no law*). A partir dessas investigações, contextualiza-se a CCC como norma flexível e se debate sobre a importância das instituições e da mudança institucional para o melhor desempenho do mercado de consumo.

A seção 4, por último, dedica-se ao estudo da cooperação e sua principal estratégia, a reciprocidade. Nesta seção, examina-se a probabilidade inicial da cooperação mútua nas convenções coletivas de consumo. Pretende-se com isso averiguar se a ferramenta da cooperação mútua pode incentivar consumidores e fornecedores na busca de uma ordem espontânea para o mercado de consumo. Sendo viável a estratégia, verifica-se quais recomendações são necessárias para que se possa adquirir robustez e estabilidade, fixando-se como estratégia dominante. Por fim, a partir da estratégia da cooperação pela reciprocidade, busca-se propor alguns conteúdos que podem ser dispostos numa CCC.

2 A CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO E A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

Esta seção destina-se a apresentar impressões gerais acerca da CCC, com o fim de melhor definir os contornos sobre a utilidade desse instrumento de regulação privada ou negociada. Entendeu-se pertinente fazer esse aprofundamento, levando-se em consideração, principalmente, a escassez da literatura jurídica sobre o tema, a simplicidade da sua regulamentação legal e a sua quase inexistência na prática do mercado de consumo.

Buscando atender ao objetivo proposto, imprescindivelmente, foi necessário recorrer-se à comparação entre as áreas do direito do trabalho e do direito de defesa do consumidor¹. Nesse intuito, comparou-se consumidores e trabalhadores, relação de consumo e de trabalho e, principalmente, CCC e CCT. Desta forma, o cotejo entre os instrumentos convencionais – de consumo e de trabalho – deve ser constante não somente ao longo desta seção, mas também de toda pesquisa.

A partir dessas percepções, verificar-se-á se, além da semelhança semântica, os instrumentos convencionais – de consumo e de trabalho – também se equiparam em termos substanciais, notadamente, quanto às suas finalidades e funcionalidades. Por certo, essa semelhança, ou não, entre as convenções coletivas – de consumo e de trabalho – impactará no tipo de orientação a ser conferida à sua interpretação e à implementação de suas políticas públicas.

Com isso, pretende-se descortinar as razões que levaram a doutrina a rechaçar a CCC e os agentes econômicos não a utilizar como mecanismo de regulação privada. Ao desvendar essas razões, provavelmente, nas próximas seções seja possível propor estruturas de incentivos capazes de estimular sua utilização e propiciar a elaboração de arranjos institucionais importantes e eficientes para o mercado de consumo.

A seção está dividida em quatro partes. A primeira, destina-se a expor as impressões gerais a respeito da CCC. Em razão da escassez da doutrina, da simplicidade da regulamentação

¹ A expressão direito do consumidor acabou se consagrando como denominação da disciplina que adquiriu autonomia recentemente e foi incluída nas faculdades de Direito de todo país. Entretanto, não se concorda com referida expressão, na medida em que o objeto da disciplina não é, única e exclusivamente, a pessoa do consumidor, mas sim a sua proteção perante o mercado de consumo. Ao lado da pessoa do consumidor, também, é assegurada a livre iniciativa e concorrência e a propriedade privada. Por tais motivos, para designar a disciplina em comentário, prefere-se as expressões direito de defesa do consumidor ou direito do consumo. Em posição contrária estão Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9) e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 670, ago./1991, p. 50).

e da quase inexistência de instrumentos convencionais de consumo que sirvam de parâmetros para análise, esta seção buscou dar contornos à CCC, delimitando melhor seu conceito, fonte, função e finalidade.

A segunda seção objetiva comparar as relações de consumo e de trabalho, revelando seus elementos subjetivos e objetivos. Dentre esses elementos, o enfoque será nas figuras do consumidor e do trabalhador. Partindo de matrizes constitucionais distintas e intercambiando propriedades de troca diferentes, por certo, não se tem como identificar consumidores e trabalhadores. Conseqüentemente, é natural que devam receber tratamentos jurídicos diferenciados a depender dos modelos ideológicos que orientam as respectivas políticas públicas.

A terceira seção se encarrega de desvendar as funções desempenhadas pelos grupos intermediários envolvidos com as relações de consumo, assim compreendendo as entidades de defesa dos consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica. Definir adequadamente suas funções, retratará a missão dessas entidades privadas e permitirá uma estrutura de incentivos mais consentânea à harmonização do interesse do consumidor, na busca do melhor preço e da melhor qualidade dos produtos e serviços, com os do fornecedor, nas garantias de redução dos custos e da preservação e viabilidade da sua atividade.

Por último, a quarta seção ficará com a incumbência de desvendar a natureza jurídica da CCC: vinculativa e cogente ou associativa e flexível. Ao descortinar essa questão, acredita-se que a CCC poderá, de vez, adquirir sua autonomia científica, desatrelando-se das regras e princípios atinentes à CCT. Essa revelação impactará, ademais, no tipo de arranjo institucional que resultará da negociação coletiva de consumo, no modo dos agentes (consumidores e fornecedores) se relacionarem e, conseqüentemente, na adesão e adaptação às regras convencionais.

2.1 CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO: IMPRESSÕES GERAIS

O CDC (Lei n. 8.078/199), em seu art. 107 e parágrafos², reconheceu e deu validade ao instrumento da CCC, à semelhança, ainda que apenas semântica e procedimental, da CCT.

² Art. 107 (CDC). As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. § 1º. A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos. § 2º. A convenção somente obrigará os filiados às

A CCC, no dizer da própria lei, afigura-se como um tipo de regulação privada³ que tem como objeto o regramento das condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição dos conflitos de consumo. Ainda, conforme o CDC, a CCC acontece exclusivamente no âmbito da autonomia privada coletiva, podendo ser firmada, portanto, somente entre entidades civis de consumidores e associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica. Afasta-se, assim, qualquer forma de ingerência ou intervenção do Poder Público no concerto desse arranjo institucional⁴.

Antes da celebração da CCC, porém, é necessário que consumidores e fornecedores se constituam em associações para a formação dos sujeitos coletivos ou grupos intermediários⁵. Amparados na garantia constitucional da liberdade associativa (art. 5º, XVII da CRFB), o CDC atribuiu somente a eles a legitimidade para a negociação e elaboração da CCC. Incoerentemente, no entanto, o CDC não estabeleceu os requisitos para a atuação das associações, notadamente, as de consumidores. Enumerou, contudo, requisitos das associações para a atuação em ações coletivas, os quais também podem ser aplicados para a celebração da CCC, como: estar constituída há pelo menos um ano e incluir entre seus fins institucionais (missão) a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC (art. 82, IV do CDC).

Procedimentalmente, a CCC é um contrato⁶. Não exatamente um contrato com as suas

entidades signatárias. § 3º. Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.

³ Tecnicamente a expressão “regulação privada” pode conflitar com outras expressões, como a autorregulação e a *soft law*, as quais serão mais bem explicadas ao longo da pesquisa, notadamente, na seção 4.

⁴ Apenas a título de informação, é oportuno destacar que, no âmbito dos procedimentos do inquérito civil e da ação civil pública, a lei (Lei n. 7.347/1985, art. 5º, § 6º) garante aos fornecedores o direito a firmar composição, na via administrativa, por meio dos termos de ajustamento de conduta. Ocorre que, tais instrumentos não permitem qualquer espaço de negociação e essa, talvez, seja a grande diferença e vantagem das convenções coletivas de consumo. Rodolfo de Camargo Mancuso explica que isso se deve ao fato de que esses instrumentos administrativos, ditos de solução de conflitos, lidam com a consequência (os danos provocados) e não com a causa. Servem somente como negócio jurídico bilateral em que os fornecedores assumem apenas obrigações, seja para reparar os danos ou para cessar com a prática de determinadas condutas ilícitas (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 98).

⁵ A noção de grupo intermediário é importante para explicar a autonomia privada coletiva. São assim designados, porque sua autonomia se coloca como intermediária entre a autonomia privada e individual e a autonomia pública. O Estado, assim, confere e reconhece poder a esses grupos para que possam autorregular seus próprios interesses (RÜDIGER, Dorothee Susanne. Contratos coletivos, contratos de direito civil e proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 5, jan.-mar./1993, p. 138).

⁶ A presente tese não se preocupará em distinguir convenção de contrato. Ao se referir à convenção, quer se referir também à contrato, pelo menos na sua formação. É evidente que toda distinção dogmática tem uma consequência, porém, particularmente na situação em comentário, essa diferença terminológica é amenizada, uma vez que o regime jurídico é o mesmo para ambos os instrumentos. Nesse sentido, comunga-se da opinião de Dorothee Susanne Rüdiger para quem não faz sentido a classificação entre gênero “convenção” e espécie “contrato”, notadamente, porque “o contrato seria a única espécie do gênero “convenção”, e isso contraria até a lógica formal, que exige a existência de várias espécies para que haja classificação” (RÜDIGER, Dorothee Susanne. **O contrato coletivo no direito privado – contribuições do direito do trabalho para a teoria geral do contrato**. São Paulo: LTr, 1999, p. 109).

finalidades econômicas típicas⁷, mas com o escopo de compor conflitos de interesses, não individuais, mas coletivos. Não se pode negar que a fonte originária da CCC é a autonomia de vontade dos sujeitos coletivos. Nesse tipo de contrato, explica José Lopes de Oliveira, “o vínculo *juris* é criação da vontade do grupo e não da vontade isolada dos indivíduos que a compõem”⁸. Ao celebrar uma convenção coletiva, complementa Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁹, procura-se encontrar o que há de comum nos interesses dos envolvidos na mesma categoria para redigirem, coletivamente, as cláusulas contratuais. Essa vontade comum do grupo, esclarece Ícaro de Souza Duarte¹⁰, não se confunde com a vontade individual de cada membro ou com a vontade geral da sociedade. Desse modo, utilizando-se da ideia de Darcy Bessone de Oliveira Andrade¹¹, é possível e normal que no contrato coletivo haja situações em que a vontade de um consumidor seja diferente daquela expressa pela coletividade (associação) que o representa.

A vontade dos sujeitos coletivos, por sua vez, é exercida no âmbito da autonomia privada coletiva. A autonomia da vontade coletiva, como explica Dorothee Susanne Rüdiger¹², forma a base da autonomia privada coletiva. Essa autonomia parte do pressuposto de que, “a vontade seja exercida de uma forma coletiva na sociedade pluralista, pautada pelo poder dos grupos de se darem suas próprias normas”¹³. O pluralismo a que se refere a autora nesse excerto, significa “o reconhecimento às partes sociais de um direito de tutela dos próprios interesses conflitantes, compostos, não por um ato de autoridade, mas sim, como encontro de interesses e das vontades das partes coletivas”¹⁴.

A autonomia privada coletiva não significa uma competição da organização social

⁷ Como explica Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, o contrato, como instituição social que é, tem as seguintes funções econômicas: reger a voluntária e regular circulação de riquezas; facilitar a coordenação das relações interindividuais e permitir a distribuição dos riscos (decorrentes do poder de barganha). Em seguida, complementa o autor, sem contratos (ausência de regras), a transferência da propriedade privada entre vivos facilitaria aos mais fortes se apoderarem dos bens dos mais fracos. Sem a garantia da propriedade, as pessoas não teriam interesse em produzir novas riquezas. Sem contratos, a riqueza, os bens, não circulariam entre os que valorizam menos para os que valorizam mais (criação de riquezas) (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Dulclerc. **Teoria Geral do Contrato: Fundamento da Teoria Geral do Contrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 73-4).

⁸ OLIVEIRA, José Lopes de. **Contratos**. 2. ed. Recife: Livro Técnica, 1979, p. 44.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. Tomo XLVIII. Campinas: Bookseller, 2007, p. 25.

¹⁰ DUARTE, Ícaro de Souza. A posição hierárquica da Convenção Coletiva de Trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, Porto Alegre, ano VII, n. 39, nov./dez.-2010, p. 62.

¹¹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

¹² RÜDIGER, 1999, p. 89.

¹³ RÜDIGER, Dorothee Susanne. A teoria da autonomia privada coletiva: do direito sindical ao direito dos grupos intermediários. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 727, mai./1996, p. 18.

¹⁴ *Ibid.*, p. 19.

contra o Estado¹⁵. Apenas que, o interesse coletivo dos sujeitos do contrato coletivo ganha, agora, valoração político-econômica, deixando o Estado de ser o único ente que garante estabilidade e certeza às relações sociais¹⁶. Ao reconhecer a autonomia privada coletiva, o Estado permite o deslocamento do centro de tomada de decisões do Poder Público para a esfera privada¹⁷. No mais, o Estado convalida aquilo que foi negociado e regulado pelos sujeitos coletivos para ser aplicadas às relações individuais de consumo. Para tanto, é preciso desvincular das associações privadas a noção de outrora dos sindicatos como instrumentos do Poder Público. Essa crítica, aliás, já era esboçada por Orlando Gomes¹⁸ relativamente aos sindicatos de categoria profissional, fruto da concepção totalitária de Estado; uma ideia fascista, originada na Itália, no período corporativista. Acrescenta que, na sua origem, os sindicatos eram reconhecidos, fiscalizados e controlados pela autoridade administrativa, representavam todos os trabalhadores da categoria profissional e eram dotados de poder normativo para celebrar convenções obrigatórias para todos, sindicalizados ou não¹⁹⁻²⁰.

Por outro lado, no que se refere às convenções coletivas de consumo, sua formação se equipara a um contrato²¹. Quanto a isso, parece não existir maiores discussões acerca delas. O seu resultado, no entanto, é que se afigura uma das questões mais tormentosas a ser desvendada. Uma vez negociadas e firmadas, as convenções coletivas de consumo podem caracterizar-se, segundo diversos posicionamentos da doutrina, como um contrato atípico, uma norma de direito objetivo imposta (*hard law*) ou, ainda, uma norma flexível negociável (*soft law*). A conclusão desta tese sobre esse assunto, contudo, será revelada na seção seguinte. Por enquanto, é suficiente saber que a CCC decorre da autonomia da vontade dos sujeitos coletivos.

Substancialmente, o *caput* do art. 107 do CDC já predispõe sobre o conteúdo da CCC.

¹⁵ RÜDIGER, 1999, p. 96.

¹⁶ *Ibid.*, p. 97.

¹⁷ *Ibid.*, p. 102.

¹⁸ GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 302-3.

¹⁹ Sobre a origem dos sindicatos, Enzo Roppo tece as mesmas considerações. Para o autor, o regime fascista previu a eficácia *erga omnes* dos contratos coletivos. Paradoxalmente, eliminou a liberdade e o pluralismo sindical para adotar a unicidade sindical. Isso demonstra uma forte interferência do Poder Público. Por fim, conclui que a função do sindicato e da contratação coletiva ficou, por isso, distorcida (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 323).

²⁰ A concepção de sindicato, explica Orlando Gomes, ancorou no Brasil durante a segunda ditadura de Vargas, formalizando-se na Consolidação das Leis do Trabalho, tendo atravessado incólume o período democrático de 1946 a 1964 e permanecido vigente até, praticamente, os tempos atuais (GOMES, op. cit., p. 302-3). A Reforma Trabalhista, promovida no ano de 2017, por meio da Lei n. 13.467, dá sinais de mudança nessa concepção.

²¹ Na próxima seção, a natureza jurídica da CCC será discutida com mais profundidade. No entanto, parece ser cada vez mais correta a afirmação de Francesco Carnelutti, citado por Darcy Bessone de Oliveira Andrade, para quem o contrato coletivo é um híbrido, que tem corpo de contrato e alma de lei (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro**. Padova: Cedam, 1936, p. 116-7 *apud* ANDRADE, 1997, p. 56).

Pela sua leitura, percebe-se que as convenções coletivas de consumo podem servir a duas finalidades: preventiva e resolutive. Pela primeira finalidade, os sujeitos coletivos buscam a antecipação de eventuais conflitos que podem ocorrer nas relações de consumo, individual ou coletivamente consideradas, regulando previamente sua solução e possibilitando o estabelecimento de condições para sua composição²². As convenções coletivas de consumo, portanto, devem direcionar as condutas praticadas no mercado de consumo, possibilitando a convivência mais harmoniosa entre consumidores e fornecedores. Por isso, podem e devem ter o objeto mais amplo e específico que o dispositivo legal²³.

Ainda, em relação à finalidade preventiva, a doutrina discute se o conteúdo previsto no *caput* do art. 107 do CDC seria exemplificativo²⁴ ou taxativo²⁵⁻²⁶. Debate-se, também, se a CCC poderia, ou não, dispor em prejuízo do consumidor²⁷, convencendo situações que o colocassem em condições piores do que estabelece a Lei n. 8.078/1990. Pensa-se, no entanto, que essas questões não são pertinentes à CCC. São, em verdade, resquícios de análises do direito do trabalho transportadas para o direito do consumo. Pela hipótese da pesquisa e levando-se em consideração a finalidade que se pretende ver reconhecida às convenções coletivas de consumo, o seu conteúdo deve ser de tal forma a promover a liberdade e o desenvolvimento econômicos e, ao mesmo tempo, garantir a defesa do consumidor no mercado de consumo. O legislador do CDC, desse modo, não vislumbrou a CCC como instrumento de concessão de direitos, como sustentam os doutrinadores consumeristas, entre eles, Luiz Antônio Rizzato Nunes²⁸ e Dennis Verbicaro²⁹, mas sim de harmonização e compatibilização dos interesses dos envolvidos na relação (art. 4º, III do CDC).

Evidente que, como norma de ordem pública (art. 1º do CDC), a elaboração da CCC

²² GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 911.

²³ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 692-3.

²⁴ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Convenção Coletiva de Consumo: interesses difusos, coletivos e casos práticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 100.

²⁵ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 845.

²⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1833.

²⁷ SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Convenções Coletivas de Consumo e a relevância da participação da sociedade civil organizada na prevenção e no combate às práticas mercadológicas abusivas. **XVI Revista do CEPEJ**, Salvador, n. 16, 2017, p. 315.

²⁸ RIZZATTO NUNES, op. cit., p. 845.

²⁹ VERBICARO, Dennis. A convenção coletiva de consumo como instrumento catalisador do debate político qualificado na relação de consumo. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 111, mai.-jun./2017, p. 123.

deve observar as garantias asseguradas pelo CDC, de modo a evitar cláusulas que impeçam a sua eficácia ou aplicação³⁰. Não se trata, pois, de melhorar ou piorar a condição do consumidor, mas sim de protegê-lo contra as falhas de mercado³¹, especialmente, a assimetria informacional. Para tanto, não se pode gerar custos sociais que dificultem, ou até mesmo, inviabilizem as atividades econômicas, como vem ocorrendo no Brasil, segundo a percepção de Luciano Benetti Timm³². Diante dessa ótica, é certo que, alguns dos conteúdos legalmente previstos para a CCC são questionáveis, como aponta Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer³³. Para o autor, existe uma inconstitucionalidade parcial no dispositivo legal, ao permitir o acordo sobre o preço e a quantidade de produtos ou serviços ofertados. Segundo sua doutrina, esses aspectos são variáveis concorrenciais e a possibilidade de efetivar um acordo quanto ao preço a ser praticado ou a quantidade a ser ofertada, implicará limitação da concorrência. O debate, nesse sentido, é válido, na medida em que se discute a higidez do mercado de consumo, ao mesmo tempo em que se busca a proteção do consumidor coletivamente considerado. Sobre o conteúdo da CCC, a pesquisa voltará ao debate na seção 5.

Exemplificativamente, Roberto Senise Lisboa³⁴ enumera alguns conteúdos que podem ser dispostos em convenções coletivas de consumo, como: orientar à maior segurança e melhor qualidade dos produtos distribuídos no mercado de consumo; apontar o atendimento mais satisfatório às necessidades do consumidor; indicar a inserção de métodos de informação mais eficazes, notadamente em relação aos preços dos produtos e serviços; e, estabelecer diferentes formas de garantias dos produtos e serviços. Dennis Verbicaro³⁵ cita outras disposições, as quais se reputam pertinentes, como: definir canais alternativos de atendimento ao consumidor; propagar a importância da educação do consumidor; e, balizar o comportamento das empresas aos padrões mínimos de qualidade, quantidade e eficiência dos produtos e serviços colocados no mercado.

³⁰ GRINOVER, BENJAMIN, FINK, FILOMENO, WATANABE, NERY JUNIOR, DENARI, 2001, p. 912.

³¹ Segundo Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Júnior, as falhas de mercado são uma premissa da Análise Econômica do Direito (AED). As falhas de mercado impedem que as relações econômicas possam alcançar a melhor eficiência apenas pela transação entre os agentes. Podem ser enumeradas como falhas de mercado, entre outros: a assimetria de informações, a existência do poder econômico, os bens públicos e as externalidades (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 107 e seguintes).

³² TIMM, Luciano Benetti. A matriz da análise econômica do direito para além do “eficientismo”. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Márcio Felix. **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109.

³³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

³⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 438.

³⁵ VERBICARO, 2017, p. 130-1.

Pela finalidade resolutiva, os sujeitos coletivos podem pôr fim a conflitos envolvendo uma coletividade de consumidores, notadamente, decorrentes de grandes tragédias ou de questões repetitivas. Nesses casos, as convenções coletivas de consumo funcionariam como mecanismos de transação coletiva³⁶. Por exemplo, os acidentes aéreos das companhias Tam e Gol, ocorridos em São Paulo e no Mato Grosso, nos anos de 2006 e 2007, e a queda do Edifício Palace II, no Rio de Janeiro, ocorrido em 1998, são casos que poderiam ter sido solucionados por convenções coletivas. Da mesma forma, questões repetitivas que envolvem o consumo de produtos em massa ou o uso de serviços em massa, como os de telefonia e os bancários, também poderiam ser convencionados. Como sugestão, cita-se a CCC sobre determinadas cláusulas gerais de contratação³⁷. Por exemplo, determinadas práticas bancárias, como a retenção de rendas (salários, vencimentos e proventos) do correntista para pagamento de empréstimos bancários. Enfim, a finalidade resolutiva da CCC, entre outras hipóteses possíveis, poderia evitar que demandas em massa chegassem ao Poder Judiciário, especialmente, aos juizados especiais³⁸. Sobre a eficiência das finalidades preventiva e resolutiva da CCC e a institucionalização das regras convencionadas serão dedicadas as seções 3 e 4.

Diante dessa exposição inicial, para bem compreender o funcionamento e a finalidade desse instrumento de prevenção e resolução de conflitos de consumo, é preciso reconhecer, como expõe Leslie Shériida Ferraz³⁹, que, na sociedade contemporânea, os conflitos de consumo são conflitos metaindividuais⁴⁰. Como tais, extrapolam a clássica noção de interesses pessoais, atingindo grupos e, por vezes, toda a coletividade. É imperioso admitir, outrossim, que o direito

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 45.

³⁷ Cláusulas gerais de contratação são um conjunto de regras ou normas, como regulamentos internos, estatutos, normas de serviços etc., disciplinadas unilateralmente pelos fornecedores, a fim de que, com base nelas, sejam realizados os contratos e operações comerciais, industriais ou de prestação de serviços (RÜDIGER, 1999, p. 59).

³⁸ Em pesquisa desenvolvida pela professora Leslie Shériida Ferraz concluiu-se que muitas demandas de consumo são indevidamente propostas nos juizados especiais. Para a autora, determinadas demandas, cujo objeto diga respeito a direitos difusos ou coletivos, deveriam ser rejeitadas dos juizados especiais. Contudo, ao contrário do que ora se propõe, tomaram-se medidas pontuais para facilitar o processamento das referidas demandas, totalmente, inadequadas à estrutura simplificada das pequenas cortes. Dentre essas medidas, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) chegou a dispensar a apresentação de contestação pela empresa de telefonia, admitindo a apresentação de uma contestação padrão em seu *website*. Por fim, sustenta a autora que esse formato de justiça é perverso, pois ao resolver as demandas de forma individual, desorganiza os conflitos e evita a sua agregação, o que, por consequência, frustra a tentativa de responsabilização coletiva e a reparação de todos os indivíduos lesados (FERRAZ, Leslie Shériida. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. **Revista CNJ**, Brasília, v. 1, n. 1, 2015, p. 58).

³⁹ *Ibid.*, p. 58.

⁴⁰ Conflitos metaindividuais ou transindividuais, de forma sintetizada, são aqueles que ultrapassam a noção de interesses pessoais, atingindo grupos ou até mesmo toda a coletividade (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 117).

de defesa do consumidor, antes de ser um interesse individual, é um interesse coletivo⁴¹⁻⁴² relacionado ao mercado.

Não se quer com isso ignorar e deixar desamparados os consumidores prejudicados por danos diretos e individuais. Todavia, como destaca Norbert Reich⁴³, para se aprofundar nos aspectos da proteção do consumidor, é necessário deixar de lado problemas quanto à legislação de segurança e saúde do consumidor, haja vista que essas questões devem ser discutidas no âmbito da sua relação com a responsabilidade pelo produto ou serviço. Isso significa que, uma conduta empresarial de produção e distribuição de bens ou prestação de serviços não se confunde com outra de responsabilidade civil por danos causados pelo produto ou serviço (acidente de consumo).

Continuando o raciocínio, explica Luciano Benetti Timm⁴⁴, o mercado é um espaço público de interação social e coletivo tendente a situações de equilíbrio. Acrescenta, ainda, que o mercado não está separado da sociedade, mas ao contrário, é parte integrante dela. Para Elizabeth Maria Mercier Querido Farina⁴⁵, é uma coleção de compradores e vendedores que se relacionam, resultando na possibilidade de troca. Essa interação entre os agentes econômicos, ademais, é de complementação e não repulsão. Isto é, se, de um lado, o fornecedor precisa do consumidor para vender e enriquecer, de outro, o consumidor precisa do fornecedor para adquirir suas necessidades com qualidade e segurança⁴⁶.

Ao priorizar a higidez e a ética do mercado, ou seja, o ambiente social e coletivo, pensa-se que, o consumidor individual sempre será e estará protegido. Ao inverter essa ordem, priorizando a proteção indistinta do consumidor em detrimento do espaço coletivo do mercado, abre-se um caminho ao desarranjo institucional⁴⁷ e à desarmonia nas relações de consumo, na medida em que se relega o equilíbrio das diretrizes constitucionais de proteção ao cidadão e de liberdade econômica.

O Brasil, após a promulgação da CRFB de 1988 e a edição do CDC, acredita-se, sofreu esse desconcerto institucional, notadamente, em razão da política pública de defesa do

⁴¹ MACIEL JÚNIOR, 1996, p. 51.

⁴² GOMES, Orlando. Os direitos dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 77, jan.-mar./2011, p. 23.

⁴³ REICH, Norbert. Algumas proposições para a filosofia da proteção do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 728, jun./1996, p. 11.

⁴⁴ TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 876, out./2008, p. 23.

⁴⁵ FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Prefácio. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (organização). **Direito & Economia – análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. XI.

⁴⁶ ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

⁴⁷ TIMM, op. cit., p. 12.

consumidor que adotou. A próxima seção destina-se a comprovar esse fato, apresentando diversos exemplos de instituições formais – leis e decisões judiciais – que resultaram em normas disfuncionais e antieconômicas.

Mais uma vez, valendo-se das proposições de Luciano Benetti Timm⁴⁸, esse modelo de política não é capacitado para alcançar o seu objetivo de bem-estar na sociedade. O bem-estar social que deve existir na estrutura de mercado precisa levar em consideração a coletividade e não o indivíduo⁴⁹. Não se nega que, o modelo protetivo possa beneficiar alguns indivíduos, mas poderá prejudicar proporcionalmente tantos outros⁵⁰. A intensificação da proteção de uma só das partes, sustentam os autores juseconomistas⁵¹⁻⁵²⁻⁵³, traz em seu bojo um aumento total de custos ao mercado. Estes custos terminam repassados aos sujeitos atuantes do lado “de fora” da demanda, os quais pagarão um preço mais alto.

Assim, não é desejável ao mercado de consumo, nem a conduta empresarial abusiva que se aproveita das assimetrias informacionais, nem os comportamentos oportunistas dos consumidores amparados por normas disfuncionais e antieconômicas. Mas é desejável às partes que a competição entre os fornecedores seja acirrada. A preservação do mercado, portanto, em tese, interessa tanto a consumidores como a fornecedores. Desta forma, as restrições auto-impostas um ao outro são os objetivos que os sujeitos coletivos devem pretender alcançar por meio da celebração da CCC.

Pelas pesquisas realizadas até o momento, constatou-se que a doutrina de direito do consumo, ao estudar o tema da CCC, inevitavelmente, acaba por relacioná-la à CCT. Expressões de ligação entre os instrumentos são comuns, como “à semelhança”⁵⁴, “à experiência anterior”⁵⁵, “a inspiração”⁵⁶, “a congênere”⁵⁷, entre outros. Nenhum livro ou artigo que se dispôs a enfrentar o tema da CCC deixou de compará-la à CCT. Pensa-se, no entanto, que essa comparação é desnecessária e dispensável, especialmente, quando se pretende transpor o modelo da CCT para a CCC. A presente pesquisa, também, realizará esse cotejo entre os instrumentos, não com o intuito de apontar as coincidências e semelhanças, mas principalmente

⁴⁸ TIMM, 2008, p. 27.

⁴⁹ Ibid., p. 22.

⁵⁰ Ibid., p. 27.

⁵¹ TIMM, loc. cit.

⁵² CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer Seller Relationships. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 43, n. 2, jan./1991, p. 32.

⁵³ NUNES, Luiz Antonio. *Empresa & Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Artpress, 1991, p. 2.

⁵⁴ MACIEL JÚNIOR, 1996, p. 92.

⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 45.

⁵⁶ RIZZATTO NUNES, 2009, p. 844.

⁵⁷ VERBICARO, 2017, p. 124.

as distinções. Pretende-se com isso demonstrar que o formato da CCT não se aplica à CCC. Substancialmente, os instrumentos coletivos de trabalho e de consumo são totalmente distintos, principalmente, em relação às suas funções e finalidades.

Até o presente momento, a única e específica obra localizada, na doutrina brasileira, sobre a CCC, é de autoria de Vicente de Paula Maciel Junior. O autor, coincidentemente, atua como magistrado do trabalho, o que possivelmente influenciou sua pesquisa. Para ter ideia, uma afirmação do seu livro deixa bem clara a noção que a doutrina nacional possui a respeito da CCC. Conforme o autor, o CDC não definiu o que seja a CCC, pois já se pressupôs os conhecimentos obtidos no campo do direito do trabalho⁵⁸. Por certo, não se pode concordar com a referida opinião.

Apesar de insistirem na semelhança entre os instrumentos coletivos e na sua importância como espaço de deliberação política⁵⁹, os doutrinadores consumeristas, paradoxalmente, não se mostraram inspirados em defender a utilização das convenções coletivas nas relações de consumo. Os cursos e manuais de direito do consumidor, de modo unânime, preocuparam-se com o desenvolvimento da tutela individual do consumidor. Não por acaso, a CCC não repetiu o mesmo êxito que a CCT teve e, talvez, ainda tenha, sobre as relações de emprego.

Para ter ideia, ao longo de mais de 30 anos de vigência do CDC, a pesquisa constatou a celebração de apenas três convenções coletivas de consumo⁶⁰. A primeira delas foi celebrada em 1992, entre o Conselho Federal de Corretores de Imóveis (CFCI) e entidades de defesa do

⁵⁸ MACIEL JÚNIOR, 1996, p. 66.

⁵⁹ VERBICARO, 2017, p. 121.

⁶⁰ No mesmo período, podem ser citados outros instrumentos convencionais de consumo que foram celebrados, mas que, formalmente, não podem ser reconhecidos como tais, diante da existência de vícios, ora formais (por ilegitimidade dos celebrantes), ora substanciais (por conteúdo ilícito). Por exemplo, em 2017, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) celebrou uma convenção coletiva de consumo com o Sindicato dos Centros de Formação de Condutores de Veículos Automotores do Distrito Federal (Sindauto-DF). A convenção tinha como objeto o compromisso dos centros de formação em não exigir “aulas extras” em caso de remarcação de exame de direção posterior à prévia reprovação no mesmo exame. Como se nota, essa convenção padece do vício de legitimidade, já que o Ministério Público (MP), como ente público, não tem legitimidade para a celebração de convenções coletivas de consumo. Em outro exemplo citado por Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, em 2003, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) julgou sobre a validade da convenção coletiva de consumo celebrada entre o Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (Ciefas) e a Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe (AHES). O processo discutiu a caracterização de infração à ordem econômica pela adoção entre os convenientes de tabela de preço para a remuneração dos serviços de assistência hospitalar. O referido órgão decidiu pela invalidade da convenção, diante da sua ilicitude, pois não visou à proteção do consumidor e da concorrência, mas sim da classe médica (prestadores de serviços). Para tanto, adotou-se como base o voto do conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho para quem “a imposição de tabelas de preços por entidades representativas do setor de saúde em face da indução de conduta comercial uniforme é prejudicial à concorrência por eliminar os mecanismos normais de formação de preços no mercado”, o que se caracteriza como conduta anticoncorrencial de acordo com as regras da oferta e da procura (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Convenção Coletiva de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 56, out.-dez./2005, p. 347).

consumidor, cujo objeto era a exclusão da cobrança da chamada taxa de contrato dos pretendentes à locação de imóveis residenciais⁶¹. A segunda convenção que se tem notícia foi celebrada em 1993, entre o Movimento de Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais (MDCC-MG) e a rede de supermercados denominada de “Mineirão”, tendo como conteúdo a estabilização dos preços dos itens essenciais que compunham a cesta básica, por determinado período, em virtude de transição da moeda⁶². Por último, outra convenção de consumo que se tem conhecimento, foi a celebrada entre a Associação Sul-mato-grossense de Supermercados (ASS) e a Associação Brasileira da Cidadania e Defesa do Consumidor do Estado de Mato Grosso do Sul (ABCDC-MS), em 2008⁶³. Referida CCC, talvez, seja a que mais se aproxima do modelo proposto por esta tese. Destaca-se não apenas pela defesa do consumidor, mas também pela proteção do fornecedor contra condutas oportunistas. Dentre as principais diretrizes dessa norma convencional, cita-se a padronização da oferta de preços, o aperfeiçoamento das informações em embalagens e os parâmetros para ofertas promocionais. Peca, no entanto, por repetir muitas regras legais sobre oferta de produtos.

Segundo pesquisa realizada pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe), o número de negócios coletivos trabalhistas celebrados no ano de 2017 era de 13142. Destes, 11462 eram acordos coletivos e 1680 eram convenções coletivas. Após a reforma trabalhista implementada no Brasil, no final do ano de 2017, a partir do primeiro semestre do ano de 2018, houve significativa queda na celebração desses negócios coletivos. Mesmo assim, foram celebrados 8483 negócios coletivos do trabalho, sendo 7563 acordos coletivos e 920 convenções coletivas⁶⁴.

Não há dados exatos sobre a quantidade de convenções coletivas de trabalho que já foram celebradas no Brasil. Contudo, levando-se em consideração que as convenções coletivas já são reconhecidas legalmente desde 1932, por meio do Decreto n. 21.761 e, constitucionalmente, desde a Constituição de 1934 (art. 121, “j”), é possível constatar que esse número não é pequeno. Ademais, considerando-se que, segundo a legislação trabalhista, os negócios coletivos têm prazo de vigência de, no máximo, 2 (dois) anos [art. 614, § 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)], havendo necessidade de renovação periódica, o

⁶¹ A referida convenção encontra-se registrada sob n. 158.578, junto ao Cartório de Títulos e Documentos – 2º Ofício de Brasília (DF).

⁶² A referida convenção foi registrada sob n. 436.860, junto ao Cartório de Títulos e Documentos – 2º Ofício de Belo Horizonte (MG).

⁶³ Diante da insuficiência de informações não foi possível a localização do registro da referida convenção.

⁶⁴ Número de acordos e convenções coletivas tem queda de 45% após reforma trabalhista. **Extra**, 2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/numero-de-acordos-em-convencoes-coletivas-tem-queda-de-45-apos-reforma-trabalhista-22968277.html>. Acesso em: 22/09/2019.

número de convenções aumenta mais ainda.

Enfim, reconhecer que a CCC não tem e jamais poderia ter o formato e a substância da CCT permite justificar o motivo pelo qual esse instrumento não vingou no ambiente institucional do mercado de consumo. Partindo dessa mesma premissa, a pesquisa pretende comprovar que o tratamento diferenciado da CCC pode promover arranjos institucionais mais eficientes e econômicos. Nas seções seguintes, a pesquisa buscará comprovar a distinção entre as relações de trabalho e de consumo e, conseqüentemente, os impactos que essa diferença provoca no uso dos instrumentos convencionais.

2.2 A RELAÇÃO DE CONSUMO E A RELAÇÃO DE TRABALHO: CARACTERÍSTICAS E DIFERENÇAS

Estruturalmente, as relações de consumo e de trabalho são bastante semelhantes. Ambas são compostas por elementos subjetivos (consumidor, fornecedor, empregado e empregador) e objetivos (produtos, serviços e mão de obra). Configuradas por uma relação linear, cada um dos sujeitos com interesses opostos se posiciona em um dos polos, tendo como objeto uma propriedade de troca. Na relação de consumo, consumidores e fornecedores intercambiam produtos e serviços e seu valor de uso. Na relação de trabalho, por outro lado, empregados e empregadores negociam mão de obra e o seu salário.

Substancialmente, no entanto, seus elementos se divergem, não havendo qualquer coincidência entre as relações. Nem dos elementos subjetivos e nem dos objetivos. Isso significa que o empregador não se confunde com o fornecedor e nem o empregado se confunde com o consumidor. Tecer essas distinções faz parte do objetivo da pesquisa e mostra-se necessária ao desenvolvimento da tese, especialmente para comprovar que, a par da semelhança semântica e estrutural, os instrumentos convencionais ora cotejados não prestam, de modo algum, às mesmas funções e finalidades.

No polo invulnerável das relações de consumo e de trabalho encontram-se as figuras do fornecedor (art. 3º do CDC⁶⁵) e do empregador (art. 2º da CLT⁶⁶). Cada um desses sujeitos se apresenta de modos distintos nas suas respectivas relações. O fornecedor se caracteriza pela atividade econômica que desenvolve, podendo ser de produção, montagem, criação,

⁶⁵ Art. 3º (CDC). Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

⁶⁶ Art. 2º (CLT). Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. O empregador, por conseguinte, se particulariza por dirigir a prestação do serviço, assumindo os riscos e assalariando o empregado. Desse modo, um fornecedor pode desempenhar suas atividades sem a necessidade de um empregado, não sendo, assim, um empregador. Da mesma forma, um empregador não necessariamente produzirá produtos ou prestará serviços a um consumidor, não sendo, assim, um fornecedor.

Ademais, nem sempre o empregador e o fornecedor se apresentarão nos seus respectivos mercados como empresários no seu sentido técnico [arts. 966 do Código Civil⁶⁷ (CC)], embora o sejam na grande maioria dos casos⁶⁸. A empresariedade, portanto, não é característica comum a ambos os sujeitos. Fornecedor e empregador, aliás, podem se apresentar como pessoa física, sociedade cooperativa (art. 1.093 e seguintes do CC⁶⁹) ou, ainda, sociedade simples (art. 982 e seguintes do CC⁷⁰).

Apesar de todas essas peculiaridades, a presente tese não se preocupará em se aprofundar nesses sujeitos da relação de consumo e de trabalho. Acredita-se que essa distinção, especificamente em relação à função desempenhada por cada um deles, não trará maiores consequências para o resultado da análise. Mesmo porque, ambos se encontram em posição de prevalência, mesmo que informacional, em face do polo oposto.

Em polo oposto ao do fornecedor e do empregador, estão o consumidor e o trabalhador. Embora se possa cogitar tratar-se das mesmas pessoas, como defendem alguns doutrinadores⁷¹, é certo que, diante das diferentes propriedades intercambiadas, consumidores e trabalhadores também são colocados em situações distintas dentro das suas respectivas relações. Essas distintas posições, por consequência, refletem em interesses diversos e, logicamente, em diferentes fins almejados. Enquanto o consumidor exige proteção contra as falhas de mercado, principalmente, a assimetria de informações, o trabalhador luta contra o poder de decisão irrestrito do empregador no ambiente de trabalho, buscando melhores salários

⁶⁷ Art. 966 (CC). Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

⁶⁸ Ao longo do trabalho, pode-se, por vezes, reputar-se à figura do empresário para se referir ao fornecedor e ao empregador. Essa menção se deve ao fato de ser comum que assim se apresentem nos seus respectivos mercados.

⁶⁹ Art. 1.093 (CC). A sociedade cooperativa rege-se-á pelo disposto no presente Capítulo, ressalvada a legislação especial.

⁷⁰ Art. 982 (CC). Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

⁷¹ Com base em Zygmunt Bauman, Joseane Suzart Lopes da Silva sustenta que “o trabalhador teria sido substituído pelo consumidor”. Em seguida, acrescenta que “é esse trabalhador, cujos direitos foram reconhecidos, que se torna o consumidor esperado pelo capitalismo e que não pode cruzar os braços” (BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, n.p. *apud* SILVA, 2017, p. 313).

e condições para exercer suas atividades.

Com fundamento em Norbert Reich, Dorothee Susanne Rüdiger afirma que “a distinção entre a relação de consumo e a relação de trabalho é exposta levando-se em consideração o tipo de propriedade intercambiada”⁷². Na relação de trabalho, a troca das propriedades é feita entre um meio de existência física do empregado (força de trabalho) e o capital do empregador (meio de produção). Trocam-se, assim, qualidades de propriedades desiguais e estabelecem-se, por consequência, relações jurídicas desiguais⁷³. Já, na relação de consumo, são transacionados valores de troca e valores de uso⁷⁴. Isso quer dizer que, os consumidores comumente agem pela maximização do seu próprio bem-estar (necessidades e utilidades)⁷⁵⁻⁷⁶, de modo que o processo de aquisição dos produtos e serviços obedece à lógica dos contratos em geral, ou seja, o bem (produto ou serviço) é transferido do que atribui menor valor, para aquele que atribui maior valor⁷⁷, respeitando a sua capacidade de compra⁷⁸.

Não obstante, o consumidor pode ser afetado nas suas escolhas por assimetrias de informação⁷⁹, por desejos⁸⁰ ou, ainda, por heurísticas e vieses⁸¹ que afetam o seu

⁷² REICH, Norbert. Markt und Recht. Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland. 1. Aufl. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1977, n.p. *apud* RÜDIGER, 1999, p. 43.

⁷³ *Ibid.*, p. 78.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 43.

⁷⁵ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TIUJO, Edson Mitsuo. Harmonização e compatibilização da defesa do consumidor com a livre iniciativa: releitura dos direitos básicos do consumidor a partir da análise econômica do direito. In: Conpedi / UFG / PPGDP, ano 28, Goiânia. **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo**. Goiânia: Conpedi, 2019, p. 7.

⁷⁶ ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (organizador). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 35.

⁷⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; NEVES, Rubia Carneiro Neves. Direitos autorais e música: tecnologia, direito e regulação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, dez./2017, p. 519.

⁷⁸ ARAÚJO JÚNIOR, SHIKIDA, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁹ Para a AED, a assimetria informacional é uma falha de mercado. Significa que, a ausência de paridade das partes acerca das informações no momento de se firmar um contrato impede a transação mais eficiente, porque quem vende sabe das vicissitudes de seu bem em detrimento de quem compra, que adquire a coisa, baseando-se em sua aparência. A assimetria informacional é mais visível nas relações de consumo, quando é da essência da negociação que haja profissionalidade, de um lado, e a ausência de conhecimento de outro. Desta forma, como a informação nunca é perfeita no mercado e o consumidor não conhece a qualidade do produto que irá comprar no momento de tomar a decisão, admite-se que ele não receba a qualidade que esperava e correrá o risco de sofrer danos ao utilizar o produto (RIBEIRO, GALESKI JUNIOR, 2015, p. 227; 111).

⁸⁰ Para Dorothee Susanne Rüdiger, o consumidor é sujeito às leis do desejo. Comporta-se no mercado de consumo de forma afetiva. Afeto e vontade se excluem. Isso porque, o comportamento voluntário é refletido, consciente. Assim, no mercado, o consumidor vira presa fácil do marketing. O direito, no entanto, considera os atos afetivos como atos da vontade capaz. O direito não leva em conta os elementos passionais. A isso soma-se o fato de que a maioria dos contratos de consumo são contratos de adesão. Desta forma, as forças internas do desejo juntam-se às forças externas não somente jurídicas, mas também morais, pois o condicionamento publicitário do consumidor faz com que o consumo seja considerado um dever social” (RÜDIGER, 1999, p. 80).

⁸¹ Heurísticas e vieses são regras gerais de influência do comportamento que afetam o psicológico e o inconsciente do ser humano (SANTOLIM, Cesar. “Behavioral Law and Economics” e a Teoria dos Contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate. **Novas Tendências do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 170). As heurísticas e vieses tornam-se invencíveis, mesmo diante de ostensiva informação

comportamento. De toda sorte, é certo que, no atual contexto socioeconômico, o poder aquisitivo dos consumidores é necessário para sua participação no mercado de consumo. Diferentemente do empregado, que ingressa no mercado de trabalho para auferir renda do empregador, o consumidor com renda participa do mercado de consumo para adquirir produtos e serviços do fornecedor. Em outras palavras, o trabalhador ingressa no mercado de trabalho para ter possibilidade de acesso aos bens e serviços, ao passo que o consumidor, ao participar do mercado de consumo, almeja bens e serviços com qualidade e segurança.

Como se nota, as relações de consumo e de trabalho são estruturalmente semelhantes, mas substancialmente diferentes. Para a presente pesquisa, é importante perceber essas diferenças, principalmente, quanto à posição do consumidor e do fornecedor nas suas respectivas relações. Entende-se que, essas diferenças refletirão na definição da política pública e na escolha do tipo de tutela a ser dispensada ao trabalhador e ao consumidor.

Assim, é compreensível que a posição do trabalhador em face do empregador acarrete um direito do trabalho orientado a uma justiça social e distributiva. Modelos orientados por outros valores e princípios podem até denotar a influência do crescimento e do desenvolvimento econômicos do país no tipo de proteção a ser conferida ao trabalhador, como acontece no direito laboral dos Estados Unidos e do Japão⁸². Mas comumente não o é. No Brasil, por exemplo, o enquadramento do direito do trabalho como direito fundamental social (art. 6º da CRFB) se associou à imagem da dívida que a sociedade tem para com os seguimentos menores que a integram e à adequada distribuição de rendas entre os membros da sociedade⁸³, sendo uma opção do Poder Constituinte originário.

e educação (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 156). A economia comportamental enumera os seguintes postulados sobre o assunto: a) as decisões estão sujeitas a uma série de distorções do julgamento (vieses) e atalhos mentais muitas vezes simplórios, que diante de problemas complexos apresentam respostas singelas e irrefletidas, nem sempre corretas (heurísticas); b) diante de um quadro de incertezas, ou de informações incompletas, as pessoas apresentam uma série de reações que não podem ser consideradas racionais; c) as decisões dependem, dentre outros fatores, da forma como as questões são apresentadas (*framing*) e de sua disposição para assumir riscos (*risk aversion*), especialmente, num ambiente de incertezas; e, d) as decisões são moldadas por uma série de fatores que bloqueiam a opção ótima (DOMINGUES, Victor Hugo. Vieses e Heurísticas. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. **Análise Econômica do Direito**. Curitiba: CRV, 2016, p. 51-2).

⁸² Amauri Mascaro Nascimento explica que os Estados Unidos e o Japão adotaram o modelo negociado para regular o direito laboral. Esse modelo funda-se na concepção autotutelar do direito do trabalho que tem como pressuposto a omissão do Estado, que é abstencionista nas relações de trabalho. Há poucas leis e a ideia do código do trabalho é ignorada. A interferência do Estado nos contratos de trabalho é mínima. O sistema, enfim, se desenvolve com acentuada espontaneidade, independentemente de leis. O princípio que o rege é a autonomia de vontade dos particulares. O direito coletivo do trabalho também é bastante valorizado. As empresas têm um poder discricionário maior sobre o seu pessoal e as divergências trabalhistas que nelas ocorrem são, via de regra, solucionadas internamente. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50-1).

⁸³ Ibid., p. 40.

A necessidade de elaboração de um direito de defesa do consumidor, por outro lado, depende sim dos níveis mais elevados de crescimento e desenvolvimento econômicos do país⁸⁴. Uma política de defesa do consumidor, desta maneira, faria mais sentido em países que já atingiram esse nível de crescimento e desenvolvimento, ou seja, que já alcançaram a produção em série, consumida em massa e influenciada por publicidade intensa, que nem sempre corresponde às necessidades básicas, mas são criadas artificialmente⁸⁵.

Nos países em desenvolvimento e nos antigos países socialistas que estão em um estágio de transição para economias de mercado, explica Norbert Reich⁸⁶, a filosofia de proteção do consumidor vai apenas até um certo limite, pois o ponto central é garantir o acesso de todos ao consumo e, por enquanto, ainda não a proteção do consumidor. Esse pensamento é, igualmente, corroborado por Fábio Ulhoa Coelho⁸⁷. Para o autor, o direito do consumo deve estar sintonizado com a realidade econômica do país. Em países da periferia do sistema capitalista, continua o autor, “antes de garantir um mercado de consumo de boa qualidade, faz-se necessário garantir-se o próprio consumo”⁸⁸. Quer isto dizer que, discutir a extensão da responsabilidade do fornecedor por risco de desenvolvimento em países que, sequer, garantiram à sua população o acesso aos bens de consumo (produtos e serviços) é precipitado e aproveitará apenas o interesse de uma minoria consumidora de produtos com alta tecnologia (*high technology*)⁸⁹.

Em sentido inverso, mas querendo afirmar a mesma premissa, concorda-se com Dorothee Susanne Rüdiger⁹⁰ quando sustenta que, se o conflito social central de um país é, ainda, o conflito trabalhista, com suas versões sindicais e políticas tradicionais, a razão está no estágio de desenvolvimento dessa sociedade e não no “atraso” de consciência dos trabalhadores.

Em vista disso, a posição jurídica de cada um – consumidor e trabalhador – dentro das

⁸⁴ A tese não se preocupará em precisar tecnicamente o que seja crescimento econômico e desenvolvimento econômico. Sabe-se que as expressões denotam sentidos diversos, como explicou Armando Castelar Pinheiro, no seu artigo intitulado “A (i)rracionalidade hermenêutica das instituições”. Em breves palavras, o crescimento econômico para uma sociedade “significa a produção de uma maior quantidade e qualidade de bens e serviços para atender às ilimitadas necessidades humanas. Quanto maior a quantidade, eficiência, inovação e qualificação dos fatores de produção, maiores serão as possibilidades de produção de bens e serviços”. O desenvolvimento, por sua vez, é algo mais amplo. O desenvolvimento “inclui não apenas o crescimento, como também questões mais distributivas, a questão ambiental e a própria dimensão institucional” (PINHEIRO, Armando Castelar. A (i)rracionalidade hermenêutica das instituições. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, jul./set.-2011, p. 25).

⁸⁵ BULGARELLI, Waldirio. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de “lege ferenda”. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 49, jan.-mar./1983, p. 41.

⁸⁶ REICH, 1996, p. 308.

⁸⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 34.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 33.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 34.

⁹⁰ RÜDIGER, 1999, p. 50.

suas respectivas relações, de fato, deve envidar políticas públicas diferentes para cada situação. Enquanto a relação de emprego mantém seus contornos sociais, a relação de consumo deve ser vista preponderantemente sob a abordagem econômica. Pensa-se que esses realmente sejam as óticas que devem direcionar cada uma das relações. Direcionar de modo diferente, como ocorreu no Brasil, acabará por provocar consequências não desejáveis que impactarão contra o próprio consumidor, como decorrência natural da economia de mercado. Ao referir-se a expressão “natural”, não se quer exprimir que o mercado seja um ambiente desprovido de estrutura, em que organizações e instituições surgem de construções voluntaristas dos agentes econômicos⁹¹. Ao contrário, quer significar que o mercado possui um funcionamento próprio e peculiar⁹². Para tanto, pressupõe um ambiente institucional (sistema normativo) que lhe seja condizente e apto para promover a prosperidade e a promoção dos interesses humanos, sob pena de lhes provocar impactos que não são eficientes.

A seção 3 incumbir-se-á de comprovar a trajetória da defesa do consumidor no Brasil, demonstrando que o modelo social assumido pelas políticas públicas que implementaram esse direito fundamental e princípio da ordem econômica, possivelmente, não foi suficientemente apto e condizente para lhe garantir a prosperidade que realmente poderia atingir. A investigação da verdadeira finalidade e objetivo da defesa do consumidor, talvez, possa contribuir para que a defesa do consumidor encontre a melhor trajetória para o seu crescimento e desenvolvimento.

2.2.1 A disparidade do consumidor e do empregado em face do fornecedor e do empregador como característica comum na relação de consumo e de trabalho

Como já se expôs preambularmente nesta seção, as relações de trabalho e de consumo são relações de troca, compostas, de um lado, pelo consumidor e pelo empregado e, de outro, pelo fornecedor e pelo empregador, tendo como objetos propriedades de troca. O fornecedor e o empregador, quando empreendem atividade econômica, se posicionam de modo muito semelhante nas suas respectivas relações, dada a similitude dos interesses. O consumidor e o trabalhador ainda que possam estar representados na mesma pessoa, possuem, em tese,

⁹¹ SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27.

⁹² A característica espontânea do mercado é defendida por Luciano Benetti Timm. Para o autor, “o mercado é parte integrante da sociedade. O mercado, como fato social, pode ser regulado por normas jurídicas (com maior ou menor eficácia social e econômica). Se o mercado não existisse, ele não poderia ser objeto de relações jurídicas. Isso significa que, o mercado não é algo criado artificialmente pelo ordenamento legal, como entendem alguns estudiosos, que não reconhecem a característica espontânea das forças do mercado” (TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 98).

interesses não coincidentes, logo, hão de posicionar-se de maneira distinta perante o fornecedor e o empregador. Por conseguinte, como objetos das relações tem-se, de um lado, a mão de obra e o salário e, de outro, os produtos e serviços e o seu valor de uso.

A distinção entre os interesses de consumidores e trabalhadores é uma premissa dedutiva da pesquisa, entendida a partir do atual contexto socioeconômico. Nem sempre, contudo, foi assim. As questões trabalhistas e de consumo, pode-se dizer, tiveram uma raiz comum. No início, consumidores e empregados eram colocados na mesma categoria, diante da homogeneidade dos seus interesses. Consumidores e empregados combatiam o mesmo poder privado. Conforme explica Dorothee Susanne Rüdiger⁹³, por volta do século XVIII, na França, o movimento operário se identificou com o movimento de resistência contra a introdução do sistema de mercado na distribuição de bens. A resistência operária, nesse ponto, se expressou na “revolta dos famintos” contra o preço do pão e nas reivindicações do preço justo. Essas revoltas, esclarece a autora, foram reconhecidas como os primeiros movimentos consumeristas⁹⁴.

Adiante, complementa Dorothee Susanne Rüdiger⁹⁵, o sistema de mercado sofreu forte resistência, porque não permitia mais preços fixos das cestas básicas, o que antes era possível com fundamento na “economia moral” da sociedade feudal. Com a introdução do sistema de mercado, os preços passaram a se sujeitar à lei da oferta e da procura. Nesse cenário, o movimento operário para reivindicação salarial e outras questões trabalhistas ainda era muito fraco. O movimento operário era um conjunto de ações coletivas para defender o poder de compra dos assalariados, sendo equiparado, portanto, ao movimento de consumidores⁹⁶.

O movimento muda de foco a partir do século XIX, notadamente, como efeito da Revolução Industrial e o surgimento da sociedade de massa. Para Dorothee Susanne Rüdiger⁹⁷, a industrialização maciça, a concentração da mão de obra em unidades de produção, a conseqüente organização dos trabalhadores em sindicatos e, depois, em partidos políticos operários, fez com que a questão do trabalho fosse posta como conflito fundamental da sociedade capitalista. As reivindicações operárias, a partir de então, se concentravam não apenas em melhores salários, mas também em melhores condições de trabalho. As exigências do preço justo, por consequência, eram colocadas em segundo plano.

Concomitantemente, o mercado transformou a sociedade de consumo, que passou a

⁹³ RÜDIGER, 1999, p. 46.

⁹⁴ RÜDIGER, loc. cit.

⁹⁵ RÜDIGER, loc. cit.

⁹⁶ RÜDIGER, loc. cit.

⁹⁷ Ibid., p. 47.

ser caracterizada pela produção e distribuição de bens e pela prestação de serviços em massa. A sociedade de consumo, explica novamente Dorothee Susanne Rüdiger⁹⁸, democratizou o acesso aos produtos e serviços, diminuiu sua durabilidade, restringiu sua reparabilidade e passou a lançar uma gama de novidades que não correspondiam apenas às necessidades elementares, mas também a supérfluos.

A sociedade de massa nos centros urbanos aliada à produção e distribuição dos bens e serviços de forma massificada provocou o consumo em massa. O resultado disso foi a segmentação da sociedade e, conseqüentemente, das relações de consumo. Os consumidores passaram a se tornar heterogêneos. Como elucida Dorothee Susanne Rüdiger⁹⁹, as exigências dos consumidores passaram a ser diferentes quanto ao consumo de bens vitais (alimentação, higiene e habitação) ou de bens de luxo (eletrônicos e automóveis). Originaram-se, desta forma, duas classes de consumidores: de um lado, os operários que representavam as classes de baixa renda, preocupados com o preço dos bens vitais e, de outro, os consumidores das classes sociais mais abastadas que preferiam a qualidade e a sofisticação dos produtos e serviços¹⁰⁰.

Diante da heterogeneidade das necessidades dos consumidores, os conflitos também se dissociaram. Os consumidores pertencentes às classes de baixa renda, principalmente, os operários, continuavam a reivindicar maior acesso aos bens de consumo. Com o aumento do poder aquisitivo, eles também passariam a almejar o padrão de vida dos consumidores mais abastados. Por outro lado, os consumidores com maior acesso aos produtos e serviços passaram a direcionar suas reclamações a outras questões, como a qualidade e segurança dos produtos e serviços e as assimetrias informacionais. Essas questões, por sua vez, foram causadas principalmente pelo desenvolvimento tecnológico, pela padronização da produção dos bens intercambiados e pela uniformização dos contratos, por meio das cláusulas gerais de contratação e dos contratos de adesão.

A padronização dos contratos também é um fenômeno que se verificou nas relações de trabalho. Os contratos de adesão, aliás, são denominadores comuns das relações de consumo e de trabalho. Mas, enquanto nestas relações, o problema enveredou à dominação do empregador sobre o empregado no ambiente de trabalho, nas relações de consumo, passou a acarretar assimetrias informacionais, especialmente, pelos modos de produção e distribuição de bens e serviços cada vez mais específicos e sofisticados e de acordo com o formato de negócio empreendido por cada fornecedor. Em ambos os casos, como se nota, constatou-se uma

⁹⁸ RÜDIGER, 1999, p. 48.

⁹⁹ RÜDIGER, loc. cit.

¹⁰⁰ RÜDIGER, loc. cit.

disparidade entre as partes envolvidas, caracterizada pela inferioridade dos consumidores e trabalhadores.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁰¹, Norbert Reich¹⁰² e Haroldo Malheiros Dulclerc Verçosa¹⁰³ reputam como consequência dessa disparidade, a diferença de poder negocial. De fato, parece ser indiscutível que consumidores e trabalhadores, ao se relacionarem com os fornecedores e empregadores, se viram em uma posição de inferioridade. A esse traço comum, as doutrinas laboralista e consumerista chamaram de vulnerabilidade do consumidor e do trabalhador.

Ocorre que, dada a heterogeneidade dos interesses, é certo que a vulnerabilidade dos consumidores e dos trabalhadores não possuem a mesma conotação. Na relação de trabalho, a vulnerabilidade do empregado decorre da sua subordinação em face da dominação do empregador oriunda da natureza do contrato de trabalho (arts. 2º e 3º da CLT), além de outras questões fáticas, como a necessidade e a limitação da oferta de empregos. Os efeitos da relação de subordinação e direção serão explanados na próxima seção. Já, na relação de consumo, a vulnerabilidade do consumidor decorre da sua carência de informações no mercado de consumo, situação essa designada pela AED de assimetria informacional, a qual engloba não apenas a carência de informação, mas outras causas, como os desejos e as heurísticas e vieses.

Dado o caráter econômico das relações de consumo é conveniente analisar a vulnerabilidade do consumidor sob a ótica da AED. Em pesquisa realizada por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Edson Mitsuo Tiujo¹⁰⁴, concluiu-se que tanto economistas quanto juristas concordam que o consumidor se encontra em situação de inferioridade frente ao fornecedor. No entanto, enquanto os juristas denominam esse fato de vulnerabilidade, os economistas o chamam de racionalidade limitada. Essa limitação da racionalidade, na esfera econômica, decorre da assimetria de informações, ao passo que a vulnerabilidade, na esfera jurídica, decorre do reconhecimento da presunção de inferioridade econômica ou fática¹⁰⁵, técnica¹⁰⁶, jurídica¹⁰⁷

¹⁰¹ COELHO, 1994, p. 40.

¹⁰² REICH, 1996, p. 312.

¹⁰³ VERÇOSA, 2014, p. 81.

¹⁰⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TIUJO, Edson Mitsuo. A educação formal para o consumo é garantia para uma presença refletida do consumidor no mercado de consumo? Uma análise com base na *behavioral law and economics* (economia comportamental). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, ago./2018, p. 610.

¹⁰⁵ Para Sergio Cavaliere Filho, “a vulnerabilidade fática decorre da discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos agentes econômicos e a condição de hipossuficiente dos consumidores” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 50-1).

¹⁰⁶ Ainda com base em Sergio Cavaliere Filho, a vulnerabilidade técnica decorre do fato de o consumidor não possuir conhecimentos específicos sobre o processo produtivo e nem sobre os atributos específicos de determinados produtos ou serviços pela falta ou inexatidão das informações que lhe são prestadas (Ibid., p. 51).

¹⁰⁷ A vulnerabilidade jurídica “resulta da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos, inclusive no que se refere a quem recorrer ou reclamar; a falta de assistência jurídica, em juízo ou fora dela; a dificuldade

e informacional¹⁰⁸ do consumidor. Vulnerabilidade e assimetria informacional são, portanto, dois conceitos muito aproximados. Em verdade, a perspectiva da racionalidade limitada (elemento econômico) é mais um fundamento para a compreensão da vulnerabilidade (elemento jurídico)¹⁰⁹.

Com base nos estudos juseconômicos de Maria Paula Costa Bertran Muñoz¹¹⁰, a vulnerabilidade do consumidor é o reflexo jurídico da assimetria de informações. Quer isto dizer que os agentes possuem uma racionalidade, que é limitada pelo fato da incompletude do conhecimento, bem como das competências cognitivas de receber, armazenar, recuperar e processar as informações¹¹¹. Em simples palavras, reconhecer a assimetria de informações em determinados mercados específicos é reconhecer o fato de que uma das partes sabe muito mais sobre as reais qualidades do que está negociando do que a outra¹¹², acarretando situações indesejadas e obstaculizando relações econômicas mais eficientes¹¹³.

A assimetria informacional, portanto, é uma falha de mercado¹¹⁴⁻¹¹⁵. Como tal, impede de manter o poder negocial das partes e, conseqüentemente, a coordenação da relação contratual¹¹⁶. Isso significa que, quanto maior o nível de assimetria informacional entre as partes, mais as transações de mercado podem ser prejudicadas. Em consequência disso, com o tempo, maiores serão os custos de transação, mesmo aqueles envolvendo os consumidores, e menos fluido será o mercado de consumo.

Nas relações de consumo, sua visibilidade é mais evidente, especialmente, quando é da essência da negociação que haja profissionalismo de um lado e limitações de conhecimento de outro. Os consumidores, portanto, ficam sujeitos ao arbítrio do fornecedor, que se vale de

de acesso à justiça; a impossibilidade de aguardar a demorada e longa tramitação de um processo judicial que, por deturpação de princípios processuais legítimos, culmina por conferir privilegiada situação aos réus, mormente os chamados litigantes habituais” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 52).

¹⁰⁸ Para Cláudia Lima Marques, Antonio Hernan de Vasconcelos e Benjamin e Leonardo Roscoe Bessa, a vulnerabilidade informacional representa o déficit de informação do consumidor. Pode ser enquadrada como uma modalidade de vulnerabilidade técnica, mas pelo fato de a informação ser disponibilizada maciçamente na sociedade atual, criou-se um novo tipo de inferioridade (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 112).

¹⁰⁹ RIBEIRO, TIUJO, 2018, p. 610.

¹¹⁰ MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 86, mar.-abr./2013, p. 52.

¹¹¹ WILLIAMSON, Oliver. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 377.

¹¹² MUÑOZ, op. cit., p. 52.

¹¹³ RIBEIRO, GALESKI JUNIOR, 2015, p. 110-11.

¹¹⁴ Ibid., p. 109.

¹¹⁵ VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. In: SCHAPIRO, Mário Gomes. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91.

¹¹⁶ VERÇOSA, 2014, p. 81.

seu domínio no mercado e da aceleração das relações econômicas para lhe impor um contrato padronizado e de adesão¹¹⁷. As transações no mercado de consumo, assim, não ocorrerão mais somente com base no preço, havendo necessidade de outros mecanismos e variáveis¹¹⁸. Isso porque, explicam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior¹¹⁹, como a informação nunca é perfeita no mercado e o consumidor não conhece a qualidade do produto que irá comprar no momento de tomar a decisão, admite-se que ele não receba a qualidade que esperava e correrá o risco de sofrer danos ao utilizar o produto.

Enfim, a disparidade dos consumidores e dos trabalhadores frente aos fornecedores e empregadores é uma característica comum a ambas as relações. Contudo, essa disparidade decorre de fatores diversos; para os consumidores, advém da assimetria informacional, e para os trabalhadores, da subordinação econômica. Isso acaba por refletir diferentes interesses que acarretam diferentes funções para os sujeitos coletivos que os representam. Consequentemente, com missões específicas para cada associação, é certo que os instrumentos convencionais passam a ter finalidades diversas, de acordo com cada ambiente institucional.

2.2.2 A subordinação e a exclusividade do empregado como elementos distintivos da relação de consumo e de trabalho

Após estudar a inferioridade do consumidor por sua assimetria informacional, passa-se agora à verificação da vulnerabilidade do trabalhador. A vulnerabilidade do trabalhador, no entanto, parece ser mais fácil e simples de ser explicada, pois decorre expressamente do próprio contrato de trabalho. De acordo com os arts. 2º e 3º da CLT, o empregado é aquele que está sob a dependência do empregador, ao passo que o empregador é aquele que dirige a prestação de serviços e o assalariado. Como se nota, há na relação de trabalho uma relação de subordinação e poder de direção. O trabalhador, desse modo, se posiciona na relação de emprego em situação de dependência frente ao empregador, que detém o poder de direção.

A relação de trabalho, como se verifica, é marcada pelos elementos da subordinação (sujeição às ordens do empregador) e da exclusividade¹²⁰, os quais não se verificam nas relações

¹¹⁷ RIBEIRO, GALESKI JUNIOR, 2015, p. 228.

¹¹⁸ VIEGAS, MACEDO, 2010, p. 91.

¹¹⁹ RIBEIRO, GALESKI JUNIOR, op. cit., p. 111.

¹²⁰ De fato, a exclusividade não é um requisito essencial do contrato de trabalho, pois o empregado pode estar envolvido em mais de um contrato de trabalho e cumular empregos, desde que sejam compatíveis entre si nas jornadas de trabalho. Contudo, na prática, a execução de mais de um serviço durante a jornada de trabalho, salvo em situações excepcionais, é muito difícil, de modo que o empregado acaba por se tornar um prestador exclusivo

de consumo. Esses elementos colocam o trabalhador, na relação de emprego, na posição de titular de um crédito alimentar, ao passo que a ausência deles na relação de consumo, colocam o consumidor apenas como titular de um crédito quirografário. O empregado, leciona Enzo Roppo¹²¹, liga-se ao contrato de trabalho por razão de subsistência física. Sujeita-se, ademais, ao inteiro dispor do empregador, que determina o conteúdo do contrato de trabalho em conformidade com os seus próprios interesses. O trabalhador, em suma, não tem condições de se opor ou alterar as condições que lhe são impostas¹²², o que acaba por acarretar a desigualdade de poder contratual.

Essa percepção é de extrema importância para separar as relações de trabalho e de consumo e, conseqüentemente, o modelo ideológico das políticas que devem reger cada uma dessas relações. A começar pelo tratamento dispensado pela CRFB. Enquanto a defesa do consumidor adquiriu *status* de direito fundamental individual e coletivo (art. 5º, XXXII da CRFB), o direito do trabalho assumiu a condição de direito fundamental social (art. 7º da CRFB). Essa diferença de matriz constitucional impacta diretamente os ambientes institucionais das relações de consumo e de trabalho, influenciando, por consequência, a atuação dos sujeitos coletivos, como se verá a partir da próxima seção.

2.3 A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA: A FUNÇÃO DOS SUJEITOS COLETIVOS NO MERCADO DE CONSUMO E DE TRABALHO

Como já se expôs, as convenções coletivas são celebradas no âmbito da autonomia privada coletiva, que se traduz num espaço de deliberação entre os sujeitos coletivos privados, assim compreendidas as associações de consumidores, empregados, fornecedores e empregadores, além dos sindicatos de categorias profissional e econômica. Estes, na negociação e celebração das convenções, devem atender aos anseios da coletividade de consumidores e trabalhadores, e não de apenas uma pessoa isoladamente considerada. O Estado, ao reconhecer a autonomia privada coletiva, convalida o que foi negociado e regulado pelos sujeitos coletivos para, posteriormente, fazer incidir tais regras nas relações individuais de consumo e de trabalho. O Estado, desta forma, deixa de ser o único ente que garante estabilidade e certeza às relações sociais¹²³.

do empregador. A exclusividade, nesse sentido, diminui o poder de barganha do empregado, que acaba por se sujeitar às condições do empregador.

¹²¹ ROPPO, 1988, p. 319.

¹²² ROPPO, loc. cit.

¹²³ RÜDIGER, 1999, p. 97.

O art. 107 do CDC assegura às associações de consumidores a legitimidade para formalização das convenções coletivas de consumo. O art. 611 da CLT, por sua vez, garante tal legitimidade aos sindicatos de categorias profissionais, fortalecidos, ainda mais, pela garantia constitucional da obrigatoriedade de participação de tais entes nas negociações coletivas (art. 8º, VI da CRFB).

Acertadamente, o CDC excluiu a legitimidade dos sindicatos de categoria profissional para celebrar convenções coletivas de consumo. A certeza dessa regra está, justamente, na situação contrária, quando o mesmo CDC, no próprio dispositivo do art. 107, conferiu expressamente a legitimidade sindical apenas aos de categoria econômica. Portanto, um mesmo sindicato de categoria econômica poderia, em tese, celebrar tanto uma CCT como uma CCC. O mesmo já não seria possível em relação aos sindicatos de categoria profissional¹²⁴.

O dispositivo legal acertou, pois embora oriundos de uma origem comum, os interesses e finalidades de consumidores e trabalhadores são distintos e, talvez, até conflitantes. Mais uma vez, valendo-se dos estudos de Dorothee Susanne Rüdiger¹²⁵, a autora afirma que não é possível relacionar as associações de consumidores e trabalhadores para fortalecer os movimentos e levar a ações comuns, especialmente, de negociação coletiva. Com base em pesquisas realizadas na França, a autora constatou certo conflito entre o sindicalismo¹²⁶ e o consumerismo¹²⁷. Percebeu que enquanto para os trabalhadores é vital a questão da distribuição da mais-valia (lucro), em forma de salário, além do pleno emprego, para os consumidores interessa a orientação eficiente da produção (maior qualidade e menor preço), muitas vezes

¹²⁴ Apenas a título de conhecimento, Arnaldo Leonel Ramos Junior se posiciona de modo diferente. O relato do autor é importante para acirrar a discussão, mas não pode ser admitido pelos motivos que são expostos nesta seção, principalmente diante da distinção entre empregado e consumidor e relação de trabalho e relação de consumo. Para o autor, “se a representação na atividade econômica [sindicato de categoria econômica] é aberta para todo tipo de negociação, a atividade profissional representada pelo sindicato dos empregados, também deve ser ampla, inclusive para tratar das questões de consumo, afinal, o trabalhador é um consumidor”. Ademais, o autor fundamenta o seu entendimento na falta de cultura associativista em matéria de consumo, diferentemente do que ocorre em matéria trabalhista. Os sindicatos de empregados, por sua vez, possuem a história, a organização e a capacidade de mobilização suficiente para dar vida aos instrumentos convencionais de consumo (RAMOS JUNIOR, Arnaldo Leonel. A legitimidade do sindicato de categoria profissional para celebrar convenção coletiva de consumo. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, v. 166, nov.-dez./2015).

¹²⁵ RÜDIGER, 1999, p. 120.

¹²⁶ Amauri Mascaro Nascimento explica que o sindicalismo é um movimento que nasceu como reação dos trabalhadores, fundado, de um lado, na solidariedade e defesa dos interesses dos trabalhadores e, de outro, na revolta contra o modo de produção capitalista. Como movimento político, representou ainda, uma forma de enfrentar os efeitos, na ordem social, do liberalismo político, econômico e jurídico, inspirado nos princípios da Revolução Francesa (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 65).

¹²⁷ Reescrevendo Dorothee Susanne Rüdiger, o consumerismo é o movimento que busca direitos e poderes numa sociedade de consumo de massa. O consumerismo fundamenta, assim, os entes coletivos das relações de consumo. O consumerismo considera o consumo como um fenômeno coletivo. Esses grupos de pressão lutam não apenas contra a exploração da vida cotidiana, mas também pela sua cidadania (RÜDIGER, op. cit., p. 116).

prejudicial ao salário e ao pleno emprego¹²⁸.

De fato, a impressão é coerente. Enquanto os trabalhadores reivindicam melhores salários e condições de trabalho, um dos critérios de escolha dos consumidores para aquisição de produtos e serviços é o preço. Partindo-se da compreensão de Richard Craswell¹²⁹, Luciano Benetti Timm¹³⁰ e Bruno Vinícius da Rós Bodart¹³¹, de que os vendedores (fornecedores) sempre acabam repassando seus custos mais elevados para os consumidores na forma de preços mais altos, é possível constatar que realmente há um conflito de interesses entre consumidores e trabalhadores. Significa dizer que, na medida em que os salários dos empregados se elevam, a tendência é que os fornecedores repassem tais custos aos consumidores.

Evidentemente que a percepção expressa na tese se refere à trajetória do direito do trabalho vivenciada até o presente momento. O advento da Reforma Trabalhista, promovida em 2017, por meio da Lei n. 13.467, teve o nítido intuito de promover uma mudança institucional, especialmente, nas relações trabalhistas. É certo, contudo, que até o momento desta pesquisa, essas mudanças não se mostraram perceptíveis de forma relevante.

2.3.1 A função política e social dos sindicatos de trabalhadores

Surpreendentemente, a atuação dos sindicatos dos trabalhadores ainda é alvo de muitas discussões na doutrina, especialmente, após a CRFB de 1988. Em verdade, a função dos sindicatos de categoria profissional depende e está diretamente relacionada à sua missão institucional, mas seus fins ainda geram muitas polêmicas.

José Carlos Arouca¹³² enxerga duas funções discutíveis para os sindicatos de trabalhadores: a econômica e a política. A primeira traça como função do sindicato moderno agir como parceiro do capital, buscando a conciliação por meio de negociações coletivas que se encerram com um tratado de paz, instrumentalizado pelo acordo coletivo de trabalho (ACT) ou pela CCT. A segunda defende a função de resistência dos sindicatos, que buscam a ascensão social da classe trabalhadora, por meio de reivindicações e negociações permanentes, abrindo seu espaço de luta para a ação política.

¹²⁸ RÜDIGER, 1999, p. 120.

¹²⁹ CRASWELL, 1991, p. 31-2.

¹³⁰ TIMM, 2008, p. 12.

¹³¹ BODART, Bruno Vinicius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidores. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, jan.-jun./2017, p. 117.

¹³² AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 256.

Oportunamente, esclareça-se que, ao afirmar a função política dos sindicatos, não se quer referir-se ao desempenho de atividades políticas por essas entidades. Mesmo porque, como leciona Maurício Godinho Delgado¹³³, não é recomendável a vinculação de sindicatos a partidos políticos e sua subordinação a linhas político-partidárias pelo desgaste que isso poderia trazer à própria organização sindical. Desse modo, ao referir-se à função política dos sindicatos quer se concernir à sua missão de defender políticas públicas em prol dos trabalhadores.

Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda¹³⁴, a função política dos sindicatos de trabalhadores está ligada à sua origem. Produto do Estado totalitário (fascista), vivenciado na Itália entre os períodos de 1930-34 e 1937-45¹³⁵, os sindicatos eram órgãos auxiliares do Estado¹³⁶. Por essa ocasião, defendia-se que as regras oriundas dos instrumentos convencionais eram normas primárias e públicas e serviam entre as leis, pois os sindicatos recebiam delegação da atividade legislativa do Estado¹³⁷. Nesse contexto, complementa Dorothee Susanne Rüdiger¹³⁸, não havia que se falar em liberdade sindical e, muito menos, em autonomia privada coletiva.

Com a mudança desse modelo, muitos doutrinadores¹³⁹ já não enxergam mais um caráter estritamente político nos sindicatos de trabalhadores. Orlando Gomes¹⁴⁰ há décadas já se referiu à privatização do fenômeno sindical. No atual contexto socioeconômico, defendem esses doutrinadores que os sindicatos dos trabalhadores assumiram uma função econômica. De fato, salvo pouquíssimas exceções, o que está em disputa, hoje, nos conflitos coletivos trabalhistas são os interesses econômicos de empregados e empregadores. Os conflitos trabalhistas não se vislumbram mais como uma luta de classes. A flexibilização promovida nos últimos anos, no direito do trabalho, vem promovendo mudanças institucionais nessa área. Por vezes, as negociações coletivas têm sido entabuladas para solucionar problemas decorrentes de crises econômicas, podendo, assim, envolverem situações que acabam, inevitavelmente, por modificar as condições de trabalho do empregado.

¹³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 1342.

¹³⁴ PONTES DE MIRANDA, 2007, p. 35.

¹³⁵ Essa tese não é amplamente aceita. Para Henrique Macedo Hinz equivocam-se os que alegam que o modelo sindical brasileiro seria fundado na Carta Del Lavoro da Itália fascista, ou, ainda, uma cópia dela, mesmo porque, os autores do referido modelo sindical tinham ideologias fundadas nos ideais da Igreja Católica, jamais nos modelos totalitários de direita (HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4).

¹³⁶ GOMES, 1983, p. 302.

¹³⁷ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 35.

¹³⁸ RÜDIGER, Dorothee Susanne. Autonomia privada coletiva e crise paradigmática no direito do trabalho. **Verba Juris**, João Pessoa, ano 5, n. 5, jan./dez. 2006, p. 473.

¹³⁹ GOMES, op. cit., p. 297.

¹⁴⁰ GOMES, loc. cit.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁴¹, a propósito, realiza diagnóstico do panorama atual. Para o autor, os sindicatos se colocam atualmente em uma posição defensiva e não mais reivindicatória de melhores condições de trabalho. Dado o desemprego estrutural, decorrente do avanço tecnológico, os sindicatos de trabalhadores centram suas forças principalmente na manutenção dos postos de trabalho. Nesta perspectiva, a própria CRFB assegura, em situações excepcionais, a possibilidade de afastamento do princípio da norma mínima¹⁴²⁻¹⁴³, por meio de negociações coletivas, para, por exemplo, reduzir salários (art. 7º, VI da CRFB), reduzir as jornadas de trabalho (art. 7º, XIII da CRFB) ou, ainda, negociar as suspensões de contratos a fim de evitar despedidas coletivas (art. 8º, VI da CRFB).

A fim de explicar a tendência da função econômica dos sindicatos de trabalhadores, complementa Dorothee Susanne Rüdiger¹⁴⁴, que a coletividade de interesses tem um caráter estritamente privado. Atualmente, esses grupos intermediários estão afastados uns dos outros e separados da esfera pública. Não existe um bem comum a ser tutelado e os interesses grupais são privados e não públicos. Disso decorre que os conflitos políticos foram excluídos da noção de conflito coletivo do trabalho.

Não obstante, particularmente no Brasil, acredita-se que os sindicatos dos empregados não deixaram de ter uma função política, notadamente, diante do reconhecimento constitucional do direito do trabalhador como um direito fundamental social (art. 7º e seguintes da CRFB). As reivindicações das categorias profissionais, como expressa Enzo Roppo¹⁴⁵, fundam-se, hoje, não apenas em salários mais elevados, mas igualmente em melhores condições (salubre e inofensivo) de trabalho. Isso demonstra que a missão dos sindicatos de trabalhadores, ainda, é atuar com foco em questões de justiça social e distributiva, não apenas buscando o bem-estar

¹⁴¹ NASCIMENTO, 2009, p. 101.

¹⁴² O princípio é citado por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e significa que o contrato individual ou coletivo somente pode alterar a lei se for mais favorável ao empregado (PONTES DE MIRANDA, 2007, p. 36).

¹⁴³ A partir desse princípio, o direito do trabalho criou um conjunto de regras de proteção ao trabalhador, que garantem um núcleo de direitos mínimos que não podem ser violados. Essas regras estão representadas pelos seguintes princípios: a) o princípio da norma mais favorável, segundo o qual havendo, para um determinado caso, a possibilidade de aplicação de mais de uma norma, deve-se fazer incidir casuisticamente a norma mais favorável ao trabalhador, mesmo que a aplicação dessa em detrimento da outra, menos favorável, contrarie os critérios ordinários de hierarquia das normas jurídicas; b) princípio da interpretação mais favorável, segundo o qual havendo consistente dúvida quanto a interpretação de uma determinada lei, com duas ou mais alternativas possíveis e razoáveis de interpretação de uma norma trabalhista, caberá ao intérprete a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador; c) princípio da condição mais benéfica, segundo o qual havendo uma condição de trabalho já adquirida pelo trabalhador na relação de emprego, esta não poderá ser modificada para pior; e, d) regra da irrenunciabilidade ou inegociabilidade de direitos, segundo o qual os direitos trabalhistas são, em regra, indisponíveis, não podendo o trabalhador, ainda que o faça com autonomia de vontade, renunciar ou transigir os seus direitos, sob pena de nulidade do ato (MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 69-71).

¹⁴⁴ RÜDIGER, 1999, p. 104.

¹⁴⁵ ROPPO, 1988, p. 321.

da coletividade em termos de felicidade e qualidade de vida, mas também de envidar a ascensão social da classe operária.

Os sindicatos de categoria profissional, portanto, possuem em seu cerne a defesa dos interesses profissionais de seus associados. Essa é a missão dos sindicatos, assegurada constitucional (art. 8º, III da CRFB) e legalmente (art. 511 da CLT). Desse modo, é inerente ao movimento sindical, argumenta Dorothee Susanne Rüdiger¹⁴⁶, representar-se como um contrapoder ao poder econômico do capital. As atribuições dos sindicatos são uma conquista do seu próprio movimento e seu exercício é necessário para a defesa dos interesses dos trabalhadores. Diante disso, sustenta a autora, os instrumentos convencionais trabalhistas não se destinam a criar obrigações sinalagmáticas, mas propositalmente desequilibradas em favor dos assalariados¹⁴⁷. Se isso realmente ocorrer, então, o resultado da pressão das forças sociais surtiu efeito.

Demais disso, no Brasil, o fato é que a função dos sindicatos, desde longa data, se institucionalizou como uma função política. A Constituição Social, a estrutura sindical brasileira e as regras de direito sindical e coletivo do trabalho proporcionaram uma estrutura de incentivos propícia ao exercício de uma função política, que se mantém até hoje.

A começar pelo art. 8º, VI da CRFB, que garante a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas. Desta forma, é impossível a elaboração de ACT ou CCT que não contem com a legitimação dos sindicatos dos empregados. A regra constitucional é, no mínimo, limitadora da liberdade contratual e da autonomia privada coletiva.

Por conseguinte, embora o *caput* do art. 8º da CRFB assegure a liberdade sindical dos trabalhadores, o inciso II do mesmo dispositivo constitucional estabelece, de forma totalmente contraditória, a unicidade sindical. A regra constitucional é confirmada também pelo art. 516 da CLT. A liberdade sindical é a possibilidade de fundação, na mesma base territorial, de tantos sindicatos quantos forem os grupos pretendentes. A unicidade sindical, por sua vez, limita a criação de uma entidade sindical por categoria para uma mesma base territorial, que corresponde a um município, em qualquer grau, o que inclui as federações e confederações representativas de categorias profissional ou econômica. Há, portanto, uma contradição no direito sindical brasileiro, pois ao mesmo tempo em que garante a liberdade sindical, de um lado, estabelece, de outro, uma circunscrição para os sindicatos. A liberdade sindical, portanto, não pode conviver simultaneamente com a unicidade sindical. Enfim, Dorothee Susanne

¹⁴⁶ RÜDIGER, 1999, p. 113.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 135.

Rüdiger¹⁴⁸, Sergio Pinto Martins¹⁴⁹ e Orlando Gomes¹⁵⁰ esboçam severas críticas, no sentido de que a unidade sindical é resquício da organização corporativa que ainda se encontra na CRFB por ação dos representantes dos próprios sindicatos.

Por último, os documentos coletivos (ACT e CCT) possuem efeito *erga omnes*, sujeitando-se a eles todos os empregados da categoria profissional. Essa regra, explica Amauri Mascaro Nascimento¹⁵¹, também é expressão de um direito coletivo corporativista, no qual as categorias econômicas e profissionais ganharam dimensão maior no ordenamento jurídico, inseridas em uma concepção publicística das relações coletivas.

Essa conformação sindical brasileira denota, inequivocamente, resquícios de um período anterior, em que os sindicatos exerciam realmente uma função política; e isso se repetiu no transcurso do tempo. Nesse sentido, afirma Valentin Carrion¹⁵², os sindicatos refletem os conceitos políticos e democráticos vigentes em determinada sociedade. No mais, complementa o autor, ainda que entidades de direito privado os sindicatos estão funcionalmente atrelados à política oficial do Estado.

Desse modo, concorda-se com Eduardo Gabriel Saad¹⁵³, para quem a alteração da função política dos sindicatos profissionais somente será possível mediante a alteração da missão dessas entidades. Por esse motivo, é inviável a transposição desse modelo coletivo trabalhista para o formato da defesa coletiva do consumidor. Manter equivocadamente o mesmo formato, acredita-se, é a razão que justificou a não utilização da CCC nas relações de consumo.

2.3.2 A função econômica das associações de consumidores e de fornecedores

Embora reconhecidos como coletividades de vulneráveis, consumidores e trabalhadores possuem interesses distintos e, por vezes, antagônicos. Enquanto trabalhadores almejam melhores salários e condições de trabalho, os consumidores buscam produtos e serviços com qualidade e segurança. De acordo com os interesses específicos de cada coletividade, os sindicatos de trabalhadores e as associações de consumidores deverão atuar em distintas missões no âmbito de suas funções institucionais. O reconhecimento como grupos

¹⁴⁸ RÜDIGER, 1999, p. 114.

¹⁴⁹ MARTINS, 2011, p. 734.

¹⁵⁰ GOMES, 1983, p. 302.

¹⁵¹ NASCIMENTO, 2011, p. 302.

¹⁵² CARRION, Valentin. **CLT: Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas: legislação complementar: jurisprudência**. 40. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 518.

¹⁵³ SAAD, 1999, p. 692.

vulneráveis, portanto, não significa que as reivindicações sejam as mesmas. A função institucional dos sindicatos de categoria profissional, como foi visto na seção anterior, é política, no sentido de almejar a emancipação do trabalhador, por meio de sua ascensão social. Diferentemente é a função das entidades privadas de consumidores, a qual se passa a expor.

Como já se constatou nesta pesquisa, o aperfeiçoamento da defesa do consumidor aumenta à medida em que ocorre o crescimento e o desenvolvimento econômicos do país. Países que se encontram em conflitos sociais do trabalho revelam que ainda não garantiram suficientemente o acesso das pessoas aos bens de consumo. Notadamente, por isso, a defesa do consumidor não se mostrou necessária, a fim de garantir a qualidade e a segurança de bens de consumo. A constatação é plausível, na medida em que somente participa do mercado de consumo aquele que tem poder aquisitivo para comprar produtos e serviços. Desta forma, a conclusão é que se torna prescindível garantir a qualidade dos produtos e serviços, se a população do país sequer conseguiu, de forma generalizada, ter acesso aos referidos bens.

Nesse contexto, é certo que a função das associações de consumidores, diferentemente dos sindicatos de empregados, deve ser econômica. Não estão os sujeitos coletivos de consumo preocupados em assegurar a justiça social ou distributiva. Por esse motivo, discorda-se da afirmação de Dennis Verbicaro, no sentido de que a CCC seria um “canal de participação política e pressão social junto aos agentes econômicos do mercado, por meio das associações representativas”¹⁵⁴. Não por acaso, o CDC excluiu expressamente a legitimidade dos sindicatos de categoria profissional para celebrar convenções coletivas de consumo, admitindo-se apenas os sindicatos de categoria econômica (art. 107 do CDC).

É certo, contudo, que a insistência da doutrina do direito do consumo em plagiar a função dos sindicatos profissionais e a finalidade da CCT dificultaram o desenvolvimento de um direito coletivo do consumo. Aliada a essa questão, tem-se a atuação dos órgãos estatais de defesa do consumidor que se enveredou à proteção dos consumidores de forma desmedida. A seção seguinte pretende demonstrar a atuação enviesada do Ministério Público (MP) e dos Procons, bem como dos juizados especializados na defesa do consumidor. A premissa dedutiva da pesquisa, por conseguinte, é que a atuação não tem obedecido aos ditames constitucionais e legais.

Todavia, crava-se, as associações de consumidores não podem ter missão política, no sentido de proteger ortodoxamente os consumidores, assim como os sindicatos de categoria profissional fizeram e fazem em relação aos trabalhadores. O receio de que as associações

¹⁵⁴ VERBICARO, 2017, p. 123.

consumeristas possam assumir tal função, certamente, desencorajaram e continuarão a desencorajar os fornecedores, notadamente os que atuam em caráter profissional (empresários), à participação em qualquer negociação coletiva.

Por esse motivo, pensa-se que a função dos sujeitos coletivos, inclusive das entidades de consumidores, somente pode ser econômica, da mesma forma como a finalidade da CCC também o é.

De início, de se registrar que a CRFB de 1988 assegurou ampla proteção ao consumidor, tutelando sua “defesa” como direito fundamental individual e coletivo (art. 5º, XXXII da CRFB). Ao mesmo tempo, enumerou a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica (art. 170, V da CRFB). Neste enfoque, estabeleceu ainda que a defesa do consumidor deve ser realizada ao lado de outros princípios econômicos, como a propriedade privada (art. 170, II da CRFB) e a liberdade concorrencial (art. 170, IV da CRFB), que apesar de aparentemente conflitantes são perfeitamente complementares.

Como direito fundamental individual e coletivo e princípio da ordem econômica, as associações de defesa do consumidor não se dedicam a vindicar qualquer prestação de direito material, como é admissível em relação aos direitos dos trabalhadores, qualificados como direitos fundamentais sociais¹⁵⁵. Nesse sentido, a caracterização de um direito como fundamental individual (e coletivo) ou fundamental social faz toda a diferença, principalmente, quanto à postulação de políticas sociais e distributivas.

Em sintonia fina com os princípios constitucionais econômicos, o CDC, em seu art. 4º, III também previu esse equilíbrio ao enumerar como princípio da política nacional das relações de consumo, a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo” e a “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico”.

Reconhecer, contudo, a necessidade de harmonização e compatibilização dos interesses em relações caracterizadas por disparidades como é a de consumo não é um

¹⁵⁵ O que se verifica no Brasil é a transposição da estrutura das normas de direitos fundamentais para as normas de direito privado como um todo, o que provoca uma distorção nas relações privadas, notadamente, nas de consumo. A teoria dos Direitos Fundamentais, que tem como um dos seus expoentes o português Jorge Reis Novais, aponta que as normas de direitos fundamentais têm como principais características a multifuncionalidade e a dupla dimensão. Isso significa que as normas de direitos fundamentais têm diversas funções, como a de proteção, organização, procedimento e prestação (normativa e material), competindo ao Estado o dever de cumprir com todas elas. Por conseguinte, a dupla dimensão significa que tais normas possuem, de um lado, a dimensão objetiva que corresponde aos deveres do Estado e, de outro, a dimensão subjetiva que representa os direitos dos cidadãos (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 58). Como se percebe, nessa estrutura de normas, os deveres e os direitos possuem apenas um sentido, ou seja, os cidadãos apenas com direitos e o Estado apenas com deveres.

experimento fácil. Incutir na vontade coletiva a consideração e reciprocidade em relação ao empresariado (produtor e distribuidor), afigura-se o principal desafio do procedimento da negociação coletiva de consumo. No Brasil, talvez isso seja ainda mais exacerbado, pelo fato de não se ter atingido o nível de crescimento econômico suficiente para a institucionalização das regras de consumo. Institucionalizar essa política de consumo, portanto, depende do crescimento e desenvolvimento econômicos e da geração de riqueza para as pessoas de um modo geral, pois somente assim ninguém se importaria tanto com o enriquecimento alheio. É o que atesta Luigi Zingales, ao afirmar que “ficar para trás é ruim, mas se isso ocorre num momento em que os padrões absolutos se elevam rapidamente, pode ser tolerável”¹⁵⁶, em outras palavras, ninguém se importaria em se tornar menos rico em termos relativos.

De toda sorte, é necessário que entidades civis de consumidores e associações de fornecedores ajam em conjunto para cumprir a contento com a política nacional de defesa do consumidor. Pensa-se, assim, que a CCC pode afigurar um importante mecanismo para atingir esse desiderato. Concorde-se, desta forma, com Dennis Verbicaro¹⁵⁷, para quem a CCC tem um importante objetivo para o mercado de consumo, qual seja, o de influir no comportamento dos agentes econômicos. Pelo lado do consumidor, eliminando comportamentos oportunistas e pelo lado do fornecedor, aprimorando o comportamento empresarial.

Para Fábio Ulhoa Coelho, as convenções coletivas de consumo podem revelar para o empresário um “valioso instrumento de cálculo empresarial”¹⁵⁸. Para o consumidor, por outro lado, a garantia de uma postura ética do fornecedor empresário. Nesse sentido, a defesa do consumidor deve fazer uma interface com o direito empresarial. Cumpre aos sujeitos coletivos agirem cooperativamente para que cada um possa alcançar seus próprios interesses. Ao empresário, sua renda, e ao consumidor, seu bem-estar. A seção 5 desta tese dedicar-se-á a essa investigação.

Por último, a hipótese da pesquisa é que, partindo-se do reconhecimento da função econômica dos sujeitos coletivos de consumo, as convenções coletivas de consumo podem configurar um importante arranjo institucional para o mercado de consumo. Parafraseando Luciano Benetti Timm¹⁵⁹, como regra que é, as convenções coletivas de consumo devem estabelecer um sistema de incentivos para o comportamento dos agentes econômicos no mercado, tendo um papel relevante na definição das estratégias de ação de cada um.

¹⁵⁶ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave para a prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicações, 2015, p. 21.

¹⁵⁷ VERBICARO, 2017, p. 123.

¹⁵⁸ COELHO, 1994, p. 176.

¹⁵⁹ TIMM, 2012, p. 100.

2.4 A DISTINÇÃO DAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO PELAS SUAS NATUREZAS JURÍDICAS

A partir de 1990, com o advento da Lei n. 8.078 (CDC), consagrou-se a possibilidade de se admitir convenções coletivas nas relações de consumo. A hipótese, porém, surtiu pouco êxito devido justamente à tentativa de se implementar à relação coletiva de consumo as mesmas regras e princípios da relação coletiva de trabalho, atribuindo-se ao instrumento convencional de consumo a mesma natureza jurídica da CCT.

Sobre a formação das convenções coletivas já se teve oportunidade de explicar anteriormente. Interessante discussão, agora, está associada ao produto oriundo dos instrumentos convencionais. Uma vez negociada e firmada, as convenções coletivas podem assumir a forma de um contrato atípico, uma norma de direito objetivo (*hard law*) ou, ainda, uma norma flexível (*soft law*).

Definir a natureza jurídica das convenções coletivas é tarefa das mais relevantes, uma vez que revela o modo como o instrumento convencional deverá ser elaborado e aplicado em sua respectiva área. Nesse sentido, reitera-se o exposto nas seções anteriores. As convenções coletivas de trabalho e de consumo, a par da semelhança semântica e procedimental, são instrumentos substancialmente distintos. Propor a diferença entre os instrumentos, especialmente no que se refere à natureza jurídica, revelará o verdadeiro viés ideológico que perpassa em cada área de atuação e, particularmente em relação à CCC, pode auxiliar no resgate do seu uso e sua utilidade para o mercado de consumo.

As doutrinas do direito do trabalho e da defesa do consumidor polarizam a discussão da natureza jurídica dos instrumentos coletivos em contratual ou normativa, com a pretensão de elucidar se a convenção coletiva seria um contrato ou uma norma jurídica de direito objetivo, idêntica à lei estatal.

A percepção que se tem ao analisar a discussão da doutrina a respeito dessas duas naturezas jurídicas, é que, dependendo da concepção adotada, a convenção coletiva poderia se enquadrar como um instrumento público, fruto da função política dos sujeitos coletivos ou como um instrumento privado, resultante da negociação entre esses mesmos sujeitos coletivos. Como instrumento político, a convenção coletiva geraria uma vinculação maior por parte dos seus filiados ou signatários, dado o seu cumprimento coercitivo. Ou seja, tendo a convenção coletiva a natureza jurídica normativa sua força vinculante seria maior perante seus

destinatários e seu cumprimento dar-se-ia por temor às penalidades decorrentes de seu descumprimento. É o que ocorre, por exemplo, em relação às convenções coletivas de trabalho.

Uma vez que a presente tese propõe uma natureza *sui generis* à CCC, que não seja nem contratual (instrumento privado) e nem normativa (instrumento público), mas de norma flexível (*soft law*), entende-se que o debate firmado na doutrina sobre a natureza jurídica da CCT – polarização das naturezas jurídicas – não se aplica aos instrumentos convencionais de consumo. Isso porque, seja de natureza contratual, seja de natureza normativa, ambas são caracterizadas por seu efeito vinculante. Ambas evidenciam regras de cunho obrigatório¹⁶⁰. Sua obrigatoriedade decorreria, assim, da sanção administrativa, no caso de uma natureza jurídica normativa, ou da cláusula penal, no caso de uma natureza jurídica contratual.

Em outras palavras, tanto a natureza contratual como a normativa se enquadram dentro de uma categoria maior que é a natureza cogente. A CCT, portanto, seria de natureza cogente, havendo, por conseguinte, a discussão se seria um contrato normativo ou uma norma de direito objetivo. Por outro lado, a proposta da tese é que a CCC se enquadraria em outra categoria de norma, que não é cogente, mas flexível (*soft law*). Essa questão, no entanto, será debatida na seção 2.4.2.

2.4.1 O caráter vinculativo e a natureza jurídica cogente da convenção coletiva de trabalho

A doutrina juslaboralista, encabeçada por Amauri Mascaro Nascimento¹⁶¹, sustenta que a natureza jurídica da CCT depende do contexto jurídico-político em que está inserida. No Brasil, desde a década de 1940, vivenciou-se um período de publicização dos sindicatos e do interesse coletivo trabalhista, ensejando a natureza normativa desses instrumentos convencionais¹⁶².

Essa trajetória, com o passar do tempo, foi se institucionalizando no ordenamento jurídico brasileiro. Ao longo de todas essas décadas – a partir de 1940 –, o direito do trabalho sempre assumiu esse caráter público e social. Assim continuou sendo, seja na conformação

¹⁶⁰ Segundo a Teoria do Direito mais reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro são quatro as modalidades de fontes do Direito: a legal, a consuetudinária, a jurisdicional e a negocial. O ordenamento brasileiro, nesse sentido, é o macromodelo, composto por diversas espécies de fontes formais ou microestruturas jurídicas, das quais o livre jogo das iniciativas dos particulares é uma espécie. O contrato tem força de lei entre as partes. A autonomia da vontade é fonte geradora de regras de direito. Portanto, a fonte negocial é um dos canais mais relevantes da revelação do direito (NASCIMENTO, 2011, p. 291).

¹⁶¹ Ibid., p. 292.

¹⁶² NASCIMENTO, loc. cit.

constitucional e legal como um direito fundamental social, seja na estrutura sindical brasileira marcada pela unicidade sindical, seja, enfim, em relação às regras de direito coletivo do trabalho com o efeito *erga omnes* dos instrumentos convencionais coletivos.

A normatividade é característica marcante das convenções coletivas de trabalho. Por exemplo, defendem a sua natureza jurídica normativa Amauri Mascaro Nascimento¹⁶³, Octávio Bueno Magano¹⁶⁴, Maurício Godinho Delgado¹⁶⁵, Ícaro de Souza Duarte¹⁶⁶, José Lopes de Oliveira¹⁶⁷, Zilah Maria Callado Fadul¹⁶⁸ e Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa¹⁶⁹. Por outro lado, sustentam a sua natureza contratual, mas com função, efeito ou aparência normativa, Enzo Roppo¹⁷⁰, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda¹⁷¹, Sergio Pinto Martins¹⁷², Arnaldo Rizzardo¹⁷³, Dorothee Susanne Rüdiger¹⁷⁴ e Luciano Martinez¹⁷⁵.

Em posições isoladas estão Orlando Gomes¹⁷⁶ e José Carlos Arouca¹⁷⁷. O primeiro defende a natureza exclusivamente contratual da CCT. Para ele, a autonomia privada somente se exerce por meio de negócios jurídicos. Em vista disso, assume a posição antinormativista por entender que, de um negócio jurídico privado não se pode originar direito objetivo¹⁷⁸. O segundo defende uma natureza *sui generis*. Para ele, a CCT tem natureza social, sendo entendida como instituto especial da coletividade organizada dos trabalhadores destinada a dar significado ao valor social do trabalho¹⁷⁹.

A percepção que se tem é que a doutrina juslaboralista insiste em afirmar a natureza normativa da CCT. Isso ocorre devido à necessidade de justificação do modelo social que

¹⁶³ NASCIMENTO, 2011, p. 293.

¹⁶⁴ MAGANO, Octávio Bueno. Convenção Coletiva de Trabalho. *In*: MAGANO, Octávio Bueno (coordenador). **Curso de Direito do Trabalho em homenagem a Mozart Victor Russomano**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 497.

¹⁶⁵ DELGADO, 2008, p. 1394.

¹⁶⁶ DUARTE, 2010, p. 66.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, 1979, p. 44.

¹⁶⁸ FADUL, Zilah Maria Callado. Normatividade da convenção coletiva de trabalho. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 35, ano 10, jan.-mar./1985.

¹⁶⁹ VERÇOSA, 2014, p. 159.

¹⁷⁰ ROPPO, 1988, p. 322.

¹⁷¹ PONTES DE MIRANDA, 2007, p. 33.

¹⁷² O autor defende a teoria mista da convenção coletiva de trabalho. Assim, a convenção coletiva de trabalho seria contratual, quando de sua elaboração, pois há um acordo de vontades entre os pactuantes, mas também seus efeitos são normativos, valendo para toda a categoria, tanto para os sócios como para os não sócios do sindicato (MARTINS, 2011, p. 843).

¹⁷³ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 74.

¹⁷⁴ RÜDIGER, 1999, p. 62-3.

¹⁷⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 779.

¹⁷⁶ GOMES, 1983, p. 297-9.

¹⁷⁷ AROUCA, 2009, p. 304.

¹⁷⁸ GOMES, op. cit., p. 299.

¹⁷⁹ AROUCA, op. cit., p. 304.

permeia o direito do trabalho. Acreditam eles¹⁸⁰ que os preceitos constitucionais realmente preveem a possibilidade de criação de normas jurídicas em sentido estrito pelos grupos sociais intermediários. Para tanto, basta examinar o conceito atribuído pela doutrina do direito do trabalho à CCT. Segundo Maurício Godinho Delgado¹⁸¹,

As convenções coletivas, embora de origem privada, criam regras jurídicas (normas autônomas), isto é, preceitos gerais, abstratos e impessoais, dirigidos a normatizar situações *ad futurum*. Correspondem, conseqüentemente, à noção de lei em sentido material, traduzindo ato-regra ou comando abstrato. São, desse modo, do ponto de vista substantivo (ou seja, de seu conteúdo), diplomas desveladores de inquestionáveis regras jurídicas.

Apesar de já superada a tese da publicização do direito sindical, o conceito exposto, ainda que fruto de moderna doutrina, continua nitidamente arraigado ao período corporativista. Nesse período, os sindicatos eram entes públicos e a atuação sindical nas convenções coletivas de trabalho era fundada na delegação da função legiferante do Estado aos entes coletivos.

Embora não se concorde com o conceito exposto, uma vez que desvirtua totalmente a noção de norma jurídica em sentido estrito, não se pode negar que essa percepção decorre da estrutura de incentivos que se institucionalizou no direito sindical brasileiro. A manutenção dessa estrutura corroborou com a criação, ainda hoje, de instrumentos negociais e convencionais de forte pressão social que buscam atender as reivindicações sindicais.

Mais uma vez, não se pode deixar de mencionar a matriz constitucional do direito do trabalhador (art. 7º e seguintes da CRFB). O seu enquadramento como direito fundamental social coloca os trabalhadores, que se fazem representar pelos sindicatos, em posição de vindicar inúmeros deveres, como o respeito, a proteção e as prestações normativa e fática¹⁸². Esses deveres, conforme a Teoria dos Direitos Fundamentais, podem ser exigidos não apenas do Estado, mas também contra os particulares¹⁸³, como é o caso dos fornecedores e empregadores.

Essa conformação constitucional, que recepcionou o direito sindical subjacente, foi

¹⁸⁰ DUARTE, 2010, p. 76.

¹⁸¹ DELGADO, 2008, p. 1378.

¹⁸² Para a Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, esses deveres decorrem da chamada multifuncionalidade dos direitos fundamentais sociais. Representam, assim, as várias obrigações que o Estado tem a cumprir. Os vários papéis que têm a desempenhar para que o seu cidadão possa viver dignamente. Significa dizer que os direitos fundamentais não podem ser associados a uma função única, mas sim a variados deveres – notadamente, de respeito, proteção e prestação –, os quais são imprescindíveis para a plena implementação e concretização da vida digna do cidadão (HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, jul./dez. 2013, p. 628).

¹⁸³ *Ibid.*, p. 639.

responsável pela cogência das convenções coletivas de trabalho e a percepção de sua natureza normativa. Sem o intuito de julgar o procedimento de formação e aplicação dos instrumentos convencionais de trabalho, certo é que essa estrutura de incentivos contribuiu à impressão de que tais pactos coletivos são verdadeiros instrumentos de opressão e imposição.

Abaixo, citam-se algumas características do procedimento convencional do trabalho que, segundo a doutrina de direito laboral reforçam a natureza jurídica normativa das convenções coletivas de trabalho.

Em primeiro lugar, o art. 616 da CLT contempla o chamado princípio do dever negocial¹⁸⁴. Por esse princípio, os empregadores são obrigados à participação em negociação coletiva. Isso significa que os sujeitos coletivos são compelidos legalmente a sentar-se à mesa de discussões e negociar as condições de trabalho dos empregados de determinada categoria profissional. Os empregadores que se opuserem à negociação serão convocados compulsoriamente pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)¹⁸⁵ (art. 616, § 1º da CLT). Acaso a negociação coletiva restar frustrada, os sujeitos coletivos devem, em conjunto, propor o dissídio coletivo, o qual resultará necessariamente numa sentença normativa, que substituirá o instrumento convencional. Ainda, como forma de pressionar o grupo de empregadores a atender as reivindicações laborais, os empregados podem, legalmente, instaurar a greve.

Para Ícaro de Souza Duarte¹⁸⁶, a iminência do ajuizamento de dissídio coletivo ou da deflagração da greve reafirma, ainda mais, o caráter cogente e normativo da CCT, na medida em que enfraquece a autonomia da vontade das partes negociantes.

Em segundo lugar, o art. 613, VIII da CLT exige, obrigatoriamente, a previsão de penalidades aos descumpridores da norma convencional laboral. A multa convencional por descumprimento é devida ao trabalhador ofendido em seus direitos trabalhistas. Para Valentin Carrion¹⁸⁷, as penalidades convencionais assemelham-se às multas administrativas para a fiscalização do trabalho. Conforme decidido na Súmula n. 384, II do Tribunal Superior do Trabalho (TST)¹⁸⁸, a multa convencional pode incidir até mesmo no caso de descumprimento de obrigação prevista em lei. Essa disposição jurisprudencial, praticamente, equipara a CCT à

¹⁸⁴ CAMPANER, Ozório César. **Conflitos coletivos de trabalho e formas de solução**. São Paulo: LTr, 2011, p. 71.

¹⁸⁵ O governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro transformou o Ministério do Trabalho e Emprego em parte integrante do Ministério da Economia (ME), por força do art. 57 da Lei n. 13.844/2019.

¹⁸⁶ DUARTE, 2010, p. 77-8.

¹⁸⁷ CARRION, 2015, p. 575.

¹⁸⁸ Súmula n. 384, II (TST). É aplicável multa prevista em instrumento normativo (sentença normativa, convenção ou acordo coletivo) em caso de descumprimento de obrigação prevista em lei, mesmo que a norma coletiva seja mera repetição de texto legal.

lei estatal.

Em terceiro lugar, por determinação do art. 614 da CLT, a CCT, para que tenha validade e eficácia, deverá ser registrada no MTE. Com a decisão homologatória, seja administrativa ou judicial (sentença em dissídio coletivo), os efeitos se estendem a todos os indivíduos pertencentes à categoria abrangida pelo sindicato, ou mesmo não incluída nele. Para Arnaldo Rizzardo, esse requisito confere à CCT um caráter público, administrativo¹⁸⁹, equiparável, portanto, à norma jurídica em sentido estrito.

Em quarto lugar, a CCT tem efeito *erga omnes*¹⁹⁰⁻¹⁹¹. Isso significa que a CCT irradiará seus efeitos a todos os trabalhadores enquadráveis na mesma categoria profissional, sejam eles filiados ou não. Essa característica afirma, ainda mais, a natureza jurídica normativa da CCT, uma vez que lhe atribui o caráter de generalidade. Ademais, essa regra supera o princípio contratual da relatividade, segundo o qual os contratos geram efeitos apenas em relação aos seus participantes. Nesse sentido, Octávio Bueno Magano¹⁹² explica que a normatividade inerente à CCT provém do poder transferido ao sindicato pelos indivíduos que se inserem na organização. Continua o autor explicando que, como os interesses dos associados são comuns aos dos não-associados, há a tendência de que a CCT se aplique a todos os indivíduos integrantes de um grupo homogêneo¹⁹³.

Sem o intuito de discutir a estrutura de incentivos que informa a CCT, o fato é que esse formato de contratação coletiva não pode ser transposto para a estrutura das convenções coletivas de consumo, diante das justificativas que serão apresentadas na próxima seção.

2.4.2 O caráter associativo e a natureza jurídica flexível da convenção coletiva de consumo

Da mesma forma como no direito do trabalho, a doutrina de direito do consumo também polariza a discussão acerca da natureza jurídica da CCC em contratual e normativa. Entre os que defendem a natureza contratual estão Fábio Ulhoa Coelho¹⁹⁴, Roberto Senise Lisboa¹⁹⁵, Daniel Roberto Fink¹⁹⁶, Cláudia Lima Marques¹⁹⁷, Roberto Augusto Castellanos

¹⁸⁹ RIZZARDO, 2001, p. 73.

¹⁹⁰ MARTINS, 2011, p. 854.

¹⁹¹ AROUCA, 2009, p. 316.

¹⁹² MAGANO, 1985, p. 497.

¹⁹³ MAGANO, loc. cit.

¹⁹⁴ COELHO, 1994, p. 176.

¹⁹⁵ LISBOA, 2012, p. 108.

¹⁹⁶ GRINOVER, BENJAMIN, FINK, FILOMENO, WATANABE, NERY JUNIOR, DENARI, 2001, p. 912.

¹⁹⁷ MARQUES, BENJAMIN, 2013, p. 1834.

Pfeiffer¹⁹⁸ e Luiz Otávio de Oliveira Amaral¹⁹⁹. Por outro lado, entre os que defendem a natureza normativa estão Eduardo Gabriel Saad²⁰⁰, Vicente de Paula Maciel Júnior²⁰¹, Dorothee Susanne Rüdiger²⁰², Paulo Luiz Netto Lôbo²⁰³, Dennis Verbicaro²⁰⁴ e Joseane Suzart Lopes da Silva²⁰⁵.

Como já se antecipou acima, a discussão sobre a natureza contratual ou normativa da CCC perde em importância, na medida em que ambas se enquadram na categoria cogente, o que não se coaduna com as convenções coletivas de consumo. Ambas as naturezas se caracterizam pelo poder de vinculação decorrente de coerção. Ademais, em ambas se consagram regras obrigatórias. Sua obrigatoriedade decorreria, assim, da sanção administrativa, no caso de uma natureza jurídica normativa, ou da cláusula penal, no caso de uma natureza jurídica contratual. Nesse último caso, obviamente, dependendo dos mecanismos de vinculação que se empregam na elaboração do pacto coletivo.

A presente tese diverge dos entendimentos acima citados, afastando-se da polarização. Embora não se concorde com nenhum dos posicionamentos pesquisados, o entendimento exposto por José Geraldo Brito Filomeno²⁰⁶, talvez, seja o mais consentâneo com os fundamentos que serão empossados nesta seção. Para o autor, a CCC é atividade de iniciativa empresarial e associativa / empresarial, denotando, assim, um afastamento da natureza contratualista ou normativista.

A estrutura de incentivos a respeito das convenções coletivas de consumo denota, de fato, tratar-se de normas flexíveis. Adotar a natureza jurídica contratual ou normativa, assim como estabelece a doutrina de direito do trabalho, possivelmente é o que justifica a frustração no uso das convenções coletivas de consumo. Isso porque, por todas as diferenças expostas ao longo da pesquisa, plagiar o formato da CCT para a CCC, acredita-se, é inviabilizar totalmente o seu uso. Por outro lado, admitir a natureza jurídica de norma flexível, talvez, sirva para avivá-la e resgatá-la da obscuridade.

A CRFB não reconheceu, direta e expressamente, as convenções coletivas de consumo, assim como fez em relação às convenções coletivas de trabalho. O vínculo

¹⁹⁸ PFEIFFER, 2005, p. 351.

¹⁹⁹ AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. O código, a política e o sistema nacional de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 6, abr.-jun./1993, p. 73.

²⁰⁰ SAAD, 1999, p. 691.

²⁰¹ MACIEL JÚNIOR, 1996, p. 93.

²⁰² RUDIGER, 1993, p. 134.

²⁰³ LÔBO, 1991, p. 44-5.

²⁰⁴ VERBICARO, 2017, p. 123-4.

²⁰⁵ SILVA, 2017, p. 311.

²⁰⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 204.

associativo dos consumidores, por isso, decorre da mais ampla liberdade associativa (art. 5º, XVII da CRFB), não havendo qualquer restrição ou limitação territorial. Por isso, destaca José Geraldo Brito Filomeno²⁰⁷, a CCC tem efeitos apenas *inter partes* e não *erga omnes*, como ocorre com a CCT.

A propósito, Fábio Ulhoa Coelho²⁰⁸ e Eduardo Gabriel Saad²⁰⁹ questionam, inclusive, a constitucionalidade do art. 107, § 3º do CDC²¹⁰, em face do princípio constitucional da liberdade de associação. Para Eduardo Gabriel Saad²¹¹, o dispositivo legal é inconstitucional, na medida em que impõe ao fornecedor a obrigação de cumprir a norma convencional, mesmo contra a sua vontade, manifestada posteriormente pela sua desfiliação. A respeito desse princípio constitucional, Fábio Ulhoa Coelho explica que, “a liberdade de associação compreende também o direito de se desassociar, porque ninguém pode ser compelido a continuar associado”²¹². Desta forma, continua o autor, “ninguém pode ser alcançado pelos efeitos próprios da associação a partir do momento em que decidir desligar-se da entidade geradora de tais efeitos”²¹³.

A CCC pressupõe normas estatais preestabelecidas. Se assim o é, ela própria não poderia ter caráter normativo. Não se trata, pois, de liberalizar o mercado de consumo. As garantias constitucionais e legais dos consumidores são necessárias e pertinentes. A partir dessas normas estatais, contudo, as partes coletivas podem dispor sobre regras específicas, possibilitando o seu direcionamento para o lado mais eficiente do mercado de consumo, sem, no entanto, infringir as garantias estabelecidas pelas normas estatais.

Do que foi exposto até o momento tem-se que: a) o fornecedor não é obrigado a se manter vinculado à sua associação, podendo desassociar-se a qualquer tempo, além de desvincular-se do instrumento convencional (CCC) que anteriormente aderira; e, b) a CCC pressupõe a regulação pública, cujas diretrizes devem ser observadas pelas partes convenientes. Logo, sua natureza jurídica somente poderia ser de norma flexível.

Como norma flexível, a CCC tem vantagens inegáveis, como o fortalecimento das organizações sociais, a proximidade com a prática e com os interesses reais dos envolvidos²¹⁴.

²⁰⁷ FILOMENO, 2015, p. 217.

²⁰⁸ COELHO, 1994, p. 176.

²⁰⁹ SAAD, 1999, p. 694.

²¹⁰ Art. 107, § 3º (CDC). Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.

²¹¹ SAAD, op. cit., p. 694.

²¹² COELHO, op. cit., p. 176.

²¹³ COELHO, loc. cit.

²¹⁴ RUDIGER, 1993, p. 148.

Isso significa a maior facilidade na sua alteração e adaptação ao caso concreto. Nesse sentido, concorda-se com Dennis Verbicaro²¹⁵, ao afirmar que a CCC tem a vantagem de ser uma ferramenta de vinculação jurídica, com grande poder de barganha, difundida por uma ampla divulgação, podendo ser aperfeiçoada no futuro, em razão da sua natureza dinâmica. Ademais, para o autor, dada a natureza provisória do debate político-econômico, a fragilidade do entendimento humano e a constante evolução do mercado de consumo, a CCC permite, constantemente, nova leitura do conflito e novas soluções²¹⁶.

Nesse caso, continua Dennis Verbicaro²¹⁷, as partes coletivas (grupos de fornecedores e consumidores) ficarão “mais suscetíveis a aceitar o instrumento se acreditarem que terão a chance de rever ou modificá-lo no futuro”. Para tanto, é preciso oportunizar aos sujeitos coletivos a chance de continuar atuando na construção dos argumentos do debate, mesmo que tais argumentos sejam apenas considerados nas revisões ou incorporados em acordos futuros²¹⁸.

A necessidade de atualização e adaptação constantes da CCC está, inclusive, prevista como política nacional das relações de consumo, por meio do art. 4º, VIII do CDC, que exige um estudo constante das modificações do mercado de consumo. Por enquanto, pouco destaque tem sido dado à referida política pública. No entanto, Luiz Otávio de Oliveira Amaral²¹⁹ entende que tais estudos devem configurar tarefa das entidades de consumidores, fortes e independentes. Esses estudos devem adotar a ótica mercadológica do consumidor, o que envolve não apenas a demanda, mas também os seus direitos. Tais estudos, que poderão ser incorporados posteriormente como normas convencionais, certamente possuem maior tendência à fluidez nas relações e eficiência no mercado de consumo.

Outra questão que deve ser ressaltada em relação às convenções coletivas de consumo, na condição de normas flexíveis, é a absoluta ausência de cumprimento forçado ou coercitivo (*hard enforcement*). Nesse sentido, merece cuidadosa discussão o veto presidencial ao art. 108 do CDC²²⁰. O dispositivo vetado, conforme esclarece Eduardo Gabriel Saad²²¹, possibilitava a aplicação de dupla penalidade ao agente econômico infrator da norma convencional: privada (cláusula penal) e pública (sanção administrativa). Ao admitir sanção dessa natureza (administrativa), a penalidade prevista no referido dispositivo legal se assemelhava, e muito,

²¹⁵ VERBICARO, 2017, p. 129.

²¹⁶ VERBICARO, loc. cit.

²¹⁷ VERBICARO, loc. cit.

²¹⁸ VERBICARO, loc. cit.

²¹⁹ AMARAL, 2010, p. 79-80.

²²⁰ Art. 108 (CDC). Podem as partes signatárias da convenção fixar sanções em caso de seu descumprimento, inclusive para fins de imposição de penalidade administrativa pela autoridade competente (vetado).

²²¹ SAAD, 1999, p. 694-5.

com a penalidade prevista para o descumprimento das convenções coletivas de trabalho.

Ainda com fundamento em Eduardo Gabriel Saad²²², o veto presidencial foi correto. Para o autor, a atividade administrativa deve estar subordinada estritamente à lei²²³. À medida que se impõe penalidade administrativa por descumprimento de convenções celebradas entre sujeitos privados, sustenta o autor, haverá afronta ao princípio da legalidade e ao postulado da segurança jurídica, elementos essenciais ao Estado de Direito.

Discorda-se, portanto, de todos os doutrinadores consumeristas^{224 - 225 - 226} que defendem a previsão de penalidades para a plena eficácia das convenções coletivas de consumo. Para Cláudia Lima Marques²²⁷, mesmo diante do veto presidencial ao art. 108 do CDC, dada a natureza contratual da CCC na formação, existe recomendação para o estabelecimento de sanções em decorrência do descumprimento das obrigações ajustadas. No mesmo sentido, Daniel Roberto Fink²²⁸ assevera que a eleição de sanções obedece ao princípio da vontade das partes, que, nesse caso, podem se impor regras coativas para a obediência do pactuado.

Dennis Verbicaro²²⁹ vai ainda mais longe. O autor defende a articulação junto aos demais órgãos de defesa do consumidor para a criação de Fundos Estaduais, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Com isso, entende que seria possível converter as obrigações específicas do fornecedor em pecúnia ou, ainda, canalizar os valores obtidos com as multas convencionais impostas em prioridades dos consumidores atingidos pelas práticas abusivas²³⁰.

Ao contrário do que pensa a maioria da doutrina consumerista, a presente pesquisa pretende a desvinculação de qualquer cumprimento forçado ou coercitivo (*hard enforcement*) às convenções coletivas de consumo. Essa ausência de mecanismos rígidos de vinculação e obrigatoriedade, seja para o caso de descumprimento da norma convencional ou mesmo para a desassociação / desfiliação posterior de quaisquer das partes, acredita-se, não fragiliza e nem gera descrédito à CCC. Isso porque, como norma flexível que é, a norma convencional deve

²²² SAAD, 1999, p. 694.

²²³ As razões do veto vão justamente nesse sentido, ou seja, de se admitir a ilegalidade da sanção administrativa. Assim, veja-se a Mensagem n. 664, de 11 de setembro de 1990, da Presidência da República: “A atividade administrativa deve estar subordinada estritamente à Lei (C.F. art. 37). A imposição de penalidade administrativa por descumprimento de convenções celebradas entre entidades privadas afronta o princípio da legalidade e o postulado da segurança jurídica, elementos essenciais ao Estado de Direito”.

²²⁴ MARQUES, BENJAMIN, 2013, p. 1833.

²²⁵ GRINOVER, BENJAMIN, FINK, FILOMENO, WATANABE, NERY JUNIOR, DENARI, 2001, p. 913.

²²⁶ VERBICARO, 2017, p. 131.

²²⁷ MARQUES, BENJAMIN, op. cit., p. 1833.

²²⁸ GRINOVER, BENJAMIN, FINK, FILOMENO, WATANABE, NERY JUNIOR, DENARI, op. cit., p. 913.

²²⁹ VERBICARO, op. cit., p. 131.

²³⁰ VERBICARO, loc. cit.

servir de orientação aos agentes. Deste modo, se eventualmente houver demanda judicial pela parte prejudicada, o Poder Judiciário não obrigará o infrator a cumpri-la, mas utilizará a norma convencional como orientação no julgamento da causa.

Alternativamente às penalidades específicas, mais conveniente seria desenvolver a institucionalização das suas regras. Quer isto dizer que as normas convencionais podem apresentar-se mais eficientemente a depender da institucionalização das suas cláusulas do que da sua coercitividade.

Defende-se, desta maneira, que a CCC não precisa contar com mecanismos de cumprimento forçado ou coercitivo (*hard enforcement*) para sua utilização. À semelhança – não identidade – do que ocorre com o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), que não prevê penas pecuniárias, mas tão somente medidas sancionatórias associativas²³¹, as convenções coletivas de consumo também podem trabalhar o aspecto da reputação. Esse debate, no entanto, será exposto nas seções 3 e 4 desta tese.

O veto presidencial ao art. 108 do CDC atacou precipuamente a possibilidade da sanção administrativa por descumprimento de instrumento convencional estritamente particular. Segundo a mensagem do veto, essa previsão legal violaria o princípio da legalidade e da segurança jurídica. Ao vetar esse dispositivo legal, acarretou-se por excluir juntamente a previsibilidade da sanção penal privada. Desta forma, a própria lei retirou da CCC o seu cumprimento forçado ou coercitivo (*hard enforcement*), o que modificou substancialmente a sua natureza jurídica. A CCC, portanto, não tem natureza impositiva ou vinculativa – contratual ou normativa –, devendo-se lhe conferir o caráter de norma flexível.

Contrariamente à CCT, a Lei de Defesa do Consumidor não prevê nenhum mecanismo de celebração ou execução forçada, como a obrigação de negociação, a deflagração da greve, a proposição de dissídio coletivo, a previsão de multas convencionais ou, ainda, a ação de obrigação de fazer e não fazer. Isso, no entanto, não é necessariamente um ponto negativo. Entretanto, a já mencionada tentativa de comparação da CCC com a CCT acarreta por dificultar o interesse dos agentes econômicos na celebração de instrumentos convencionais de consumo. Com isso, os agentes econômicos do consumo, na forma procedimental da CCT, não vão querer e nem ter interesse na celebração da CCC.

Enfim, a CCC deve ser encarada como uma nova possibilidade de inovar arranjos

²³¹ O CBAP prevê, em seu Regimento (arts. 15 e seguintes), quatro medidas sancionatórias aos seus associados: a) a advertência; b) a alteração da peça publicitária; c) a sustação da veiculação da peça publicitária; e, d) a divulgação pública da reprovação pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CNAP).

institucionais ou, como afirma Ives Gandra da Silva Martins²³², uma nova fórmula jurídica. A propósito, o autor, ao comentar sobre a Lei n. 6.279/1979 (Lei Ferrari), sustenta que no mercado competitivo e universalizado, “as fórmulas jurídicas vão nascendo à medida das necessidades para permitir o livre fluir da economia, sem barreiras de um lado, e sem permitir abusos de outro, num comportamento em que a ética empresarial ganha cada vez mais espaço”²³³.

A CCC, portanto, além de um instrumento de autocomposição, serve também como instrumento regulatório privado. A CCC deve servir à formulação de arranjos institucionais eficientes, com o intuito de melhorar e dar maior fluidez ao mercado de consumo. Não se trata, pois, de evitar ou diminuir a judicialização de questões atinentes às relações de consumo, como defendem Joseane Suzart Lopes da Silva²³⁴ e Dennis Verbicaro²³⁵. De fato, isso pode ser uma hipótese plausível e economicamente pode ser viável. Realmente, a CCC como mecanismo de prevenção e resolução de conflitos pode contribuir para a redução das demandas perante o judiciário e, conseqüentemente, reduzir os custos estatais nesse sentido. Entretanto, acredita-se que a judicialização envolve outras questões, que devem ser debatidas em separado, como os comportamentos oportunistas dos consumidores decorrentes das instituições jurídicas do país.

Diante do exposto, a natureza jurídica flexível parece ser, de fato, a mais adequada a qualificar as convenções coletivas de consumo. Conforme pesquisa realizada por Dorothee Susanne Rüdiger²³⁶, na França, aparentemente tem prevalecido a autodisciplina, como norma flexível. Explica a autora que a atitude das organizações de fornecedores francesas tem sido de autodisciplina, que consiste numa medida facultativa para estabelecer regras de conduta ética profissional. A autodisciplina é espontânea e não obriga nenhum fornecedor a adotar esta ou aquela conduta. Ou seja, o mercado é livre e as normas que os fornecedores aplicam voluntariamente têm constituído a única medida de proteção existente²³⁷.

A quarta seção desta tese dará continuidade ao estudo sobre a natureza jurídica da CCC e encarregar-se-á de pesquisar a importância da CCC como norma flexível para o mercado de consumo. Para tanto, recorre-se-á à vertente da Nova Economia Institucional (NEI) para dar a devida sustentação à proposição. Antes disso, a seção subsequente será dedicada à investigação do modelo assumido pelas instituições de defesa do consumidor no Brasil e, conseqüentemente,

²³² MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inteligência da Lei n. 6.279/79 (Lei Ferrari) quando há convenção da categoria, mas não há convenção de marca. **Revista Magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor**, São Paulo, n. 47, p. 5-21, out.-dez./2012, p. 5.

²³³ MARTINS, loc. cit.

²³⁴ SILVA, 2017, p. 301.

²³⁵ VERBICARO, 2017, p. 121; 127.

²³⁶ RÜDIGER, 1999, p. 122.

²³⁷ RÜDIGER, loc. cit.

ao redirecionamento da finalidade da ordem constitucional econômica e do objetivo da defesa do consumidor. Com isso, acredita-se que será possível estimular os agentes econômicos, por meio dos grupos intermediários ou sujeitos coletivos, a regular, de forma negociada²³⁸, as relações e o mercado de consumo.

²³⁸ A expressão é de Norbert Reich para se referir à redescoberta de padrões de negociação e de barganha na regulação e no uso de formas de implementação e garantias baseadas em *soft law* (REICH, Norbert. A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação da regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Econômica Europeia. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coordenador). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 45).

3 A FINALIDADE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA E O OBJETIVO DA DEFESA DO CONSUMIDOR A PARTIR DA ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A seção anterior se encarregou de estabelecer a comparação entre a CCC e a CCT. Ao realizar esse confronto, desvendou-se que, a par da semelhança semântica e estrutural, as convenções apresentaram mais pontos de divergência do que de convergência. Essa constatação, no entanto, não foi percebida por doutrinadores, legisladores e julgadores que, por várias vezes, equipararam consumidor e trabalhador, relação de consumo e relação de emprego e CCC e CCT.

Engessados pela amplitude da competência legislativa em matéria de consumo²³⁹, que revelou um intervencionismo estatal exacerbado, os sujeitos coletivos de consumo não tiveram espaço para o exercício da autonomia privada coletiva. A presente seção, por sua vez, parte da premissa de que, ao se proporcionar uma estrutura de incentivos que permita a interação entre os agentes e, conseqüentemente, o maior exercício da autonomia privada coletiva, será possível aferir a eficiência da CCC para corrigir falhas de mercado e melhorar a coordenação no ambiente de consumo.

Mudanças institucionais, contudo, fazem-se necessárias. A começar por eliminar o enviesamento das instituições de defesa do consumidor, que sob o argumento da vulnerabilidade e fraqueza deste, orientaram-se, por várias vezes, a uma proteção paternalista e solidarista²⁴⁰. A mudança também passa por readequar, na prática, a finalidade da ordem econômica constitucional e o objetivo da defesa do consumidor. Neste aspecto, esqueceram-se os consumeristas ortodoxos²⁴¹ que a defesa do consumidor tem por escopo a harmonização da

²³⁹ A CRFB estabeleceu a máxima amplitude de competência legislativa possível, permitindo que os três níveis estatais, da União aos Estados (art. 24, V e VIII da Constituição da República e art. 55 do Código de Defesa do Consumidor) e, também, aos Municípios e Distrito Federal (art. 30, I e II da Constituição da República), possam editar normas de defesa do consumidor.

²⁴⁰ A expressão é de Luciano Benetti Timm para explicar a funcionalização ou socialização ou publicização do direito privado (TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 55, jul.-set./2005, p. 150).

²⁴¹ Desenvolveu-se, no Brasil, um tipo de direito do consumidor puro. Baseado no princípio da vulnerabilidade do consumidor como norma de ordem pública e no combate ao poder econômico como missão, a doutrina consumerista cultivou a ideia da implementação de direitos como dogma. A presente pesquisa, no entanto, almeja promover reflexões heterodoxas na defesa do consumidor, por meio de elementos econômicos. As dificuldades são grandes, pois como afirma Rachel Sztajn, “nem sempre é fácil adotar medidas que, do ponto de vista econômico são as melhores (ou piores) como critérios de justiça” (SZTAJN, Rachel. Reflexões heterodoxas: o direito de propriedade. **Revista de direito recuperacional e de empresa**. São Paulo, v. 2, out.-dez./2016, p. 7). De toda forma, entende-se que somente por uma reflexão heterodoxa é que se poderá compreender melhor o funcionamento do mercado e garantir aos consumidores a proteção mais eficiente.

relação de consumo e a compatibilização do mercado de consumo, devendo ter como missão, portanto, a eliminação das falhas de mercado. Por último, por ser um direito alojado nas liberdades fundamentais do cidadão (art. 5º, XXXII da CRFB) – e não nos fundamentais sociais como é o direito do trabalhador –, a política de defesa do consumidor pode ser analisada e elaborada, primordialmente, por meio da abordagem da AED²⁴². Trata-se, deste modo, de uma questão de coerência. Se “a Economia é a ciência que descreve de maneira adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado”²⁴³, como afirma Luciano Benetti Timm, então, é inteligível que os direitos afetos às liberdades pessoais são mais bem projetados a partir de um método juseconômico.

Esse modo de analisar a defesa do consumidor será discutido nesta seção em quatro partes. A primeira, destina-se a comprovar a trajetória enviesada assumida pelas instituições de defesa do consumidor no Brasil e revelar as razões que levaram legisladores e julgadores a adotar essa postura na sua proteção. Ao mesmo tempo, quer se demonstrar que a premissa escolhida pelos legisladores e julgadores não foi a mais consentânea para o mercado de consumo, o que certamente acabou por resultar, repetidas vezes, em normas distorcidas²⁴⁴ e disfuncionais²⁴⁵. Essa constatação, por sua vez, justificará as proposições que se pretende fazer nas próximas seções.

A segunda seção visa a fundamentar, a partir da leitura da Constituição econômica (art. 170, IV e V da CRFB) e da política nacional de defesa do consumidor (art. 4º, III do CDC), a real finalidade da ordem constitucional econômica. Com base nessa finalidade, busca-se redirecionar a trajetória da defesa do consumidor no Brasil. Nem absolutamente a proteção do consumidor, nem ortodoxamente o livre mercado. Em vista disso, almeja-se conferir concretude

²⁴² Ivo Teixeira Gico Junior descreve a análise econômica como um método de investigação aplicado ao problema, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas (litigar ou fazer acordo; celebrar ou não um contrato; poluir ou não poluir). A abordagem econômica, continua o autor, serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não. A AED (campo do conhecimento / metodologia) emprega os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos (e das ciências afins) para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas, principalmente, em relação às suas consequências. A AED, enfim, é um movimento que se filia ao consequencialismo. Ou seja, o direito deve ser elaborado, aplicado e alterado de acordo com suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Introdução à análise econômica do direito*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 19-21).

²⁴³ TIMM, 2008, p. 86.

²⁴⁴ A expressão é de Pésio Arida. Para o autor, “normas editadas com o objetivo de impor valores terminam muitas vezes por distorcer o equilíbrio de mercado”. Por conseguinte, o “pressuposto é que o equilíbrio de mercado, na ausência de norma, tenha as propriedades do ótimo de Pareto” (ARIDA, Pésio. *A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma*. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, mai./2005, p. 14).

²⁴⁵ A expressão é de Bruno Vinicius da Rós Bodart. Para o autor, regras disfuncionais são elaboradas sem análise empírica e sem raciocínio econômico (BODART, 2017, p. 115).

a harmonização entre os interesses do consumidor e do fornecedor e a compatibilização entre a defesa do consumidor e o desenvolvimento econômico, principalmente a partir do livre mercado.

Em seguida, partindo-se do que se reputa como a finalidade da ordem constitucional econômica, a terceira seção examina o objetivo da defesa do consumidor. A escolha do objetivo a ser adotado é importante, na medida em que implicará o tipo de política pública a ser enviada pelo Estado.

A quarta seção ressalta a importância e a coerência da abordagem da AED na defesa do consumidor. Apesar da resistência por parte da doutrina²⁴⁶, essa metodologia é indiscutivelmente a que se mostra mais consentânea com a defesa do consumidor²⁴⁷ numa visão mais elástica e menos individualista. Com fundamento nas vertentes do eficientismo²⁴⁸ e do institucionalismo²⁴⁹, a análise demonstra que, com uma estrutura de incentivos propícia à preservação do espaço público do mercado, um maior número de fornecedores poderá ser beneficiado com o lucro e um maior número de consumidores com o bem-estar.

A última seção propõe ainda a releitura e reinterpretção dos direitos básicos do consumidor (art. 6º do CDC) à luz da premissa dedutiva, ou seja, a harmonização dos interesses e a compatibilização dos princípios da ordem econômica. Dessa maneira, pretende-se incluir no estudo desses direitos o raciocínio econômico e, pontualmente, determinadas análises empíricas que comprovarão a disfuncionalidade e antieconomicidade de certas instituições consumeristas. Aspira-se, com isso, auxiliar os grupos de consumidores e fornecedores a agir em cooperação e a concertar convenções coletivas de consumo que sejam mais eficientes para as relações e o mercado de consumo.

3.1 O MODELO SOCIAL ASSUMIDO PELAS INSTITUIÇÕES DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL

De imediato, é oportuno destacar que o intuito da tese e desta seção em específico não

²⁴⁶ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão: uma abordagem a partir da economia comportamental. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, jan.-mar./2012, p. 13.

²⁴⁷ SCOTON, Luis Eduardo Brito. Análise econômica do direito do consumidor: o Código de Defesa do Consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 5, 2011, p. 39.

²⁴⁸ A expressão é de Luciano Benetti Timm para se referir a vertente da eficiência econômica como elemento da AED, encabeçada por Richard Posner (TIMM, 2008, p. 90).

²⁴⁹ A expressão é de Luciano Benetti Timm para se referir a abordagem da Nova Economia Institucional (NEI), encabeçada por Douglas Cecil North e Oliver Williamsom (TIMM, loc. cit.).

é aprofundar cientificamente na discussão sobre o modelo ideológico ²⁵⁰ da ordem constitucional brasileira. Essa breve exposição, no entanto, é relevante para comprovar o modelo social assumido pelas instituições de defesa do consumidor no Brasil.

Atualmente, a discussão ideológica de uma Constituição diminuiu em importância. São cada vez menores as Constituições modernas que trazem em seu bojo um modelo ideológico puro. Conforme constatou Washington Albino Peluso de Souza²⁵¹, a partir do século XX²⁵² não se configuram mais ideologias autônomas, atreladas às do capitalismo liberal ou às do socialismo marxista, despertando movimentos de pacificação ideológica dentro dos regimes pluralistas das chamadas economias desenvolvidas. Sucedeu-se, então, ao esvaziamento das antinomias socialismo x capitalismo e esquerda x direita, para fazer aflorar um movimento de “desideologização da ideologia”²⁵³.

Diante disso, continua Washington Peluso Albino de Souza²⁵⁴, a Constituição de 1988 não adotou ortodoxamente um modelo em específico, mas sim o chamado modelo neoliberal ou neocapitalista ou neossocialista, em que o prefixo “neo” “é utilizado para designar o sentido mesclado dos princípios ideológicos adotados e que, embora opostos em termos “puros”, ali se encontram reunidos”²⁵⁵⁻²⁵⁶. O modelo ideológico neoliberal adotado pela Constituição de 1988, portanto, exalta, de um lado, a ideia básica da dignidade da pessoa humana e, de outro, “a pedra

²⁵⁰ Por ideologia, Washington Albino Peluso de Souza entende ser um sistema de ideias suscetíveis de determinar, em uma certa direção, o comportamento humano, passando a suporte da ação política (SOUZA, Washington Albino Peluso. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 77). Por ideologia constitucionalmente adotada, o mesmo autor, afirma ser o conjunto de princípios ideológicos que a elaboração constituinte institucionalizou e, por este procedimento, tornou válidos no período de sua vigência (SOUZA, Washington Albino Peluso. Conflitos ideológicos na Constituição Econômica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 74/75, jan.-jul./1992, p. 18). O viés ideológico de uma Constituição, portanto, define a orientação que o Poder Constituinte do Estado conferiu aos seus programas políticos.

²⁵¹ SOUZA, op. cit., p. 77.

²⁵² A mesma dedução extraiu Sergio Couri. Para o autor, a partir do século XX, houve uma dialética contínua entre liberalismo e societalismo, que culminou no surgimento de um novo liberalismo. Assim, se, de um lado, o socialismo, voltado prioritariamente para a igualdade e a justiça e, por isso, negligente quanto ao papel político, econômico e social do auto-interesse, não conseguia construir sistemas econômicos produtivamente eficientes, de outro lado, o liberalismo ressuscitava alguns fantasmas, como a penúria, a misérias das massas, a concentração de renda e a falência dos serviços sociais (COURI, Sergio. **Liberalismo e societalismo**. Brasília: Editora UNB, 2001, p. 15).

²⁵³ SOUZA, op. cit., p. 78.

²⁵⁴ SOUZA, op. cit., p. 25.

²⁵⁵ SOUZA, loc. cit.

²⁵⁶ No mesmo sentido, expressa-se Fabio Ulhoa Coelho: “No direito brasileiro em vigor, a constituição econômica tem perfil irrefutavelmente neo liberal. Significa isso que se baseia nos princípios tradicionais do liberalismo econômico – a propriedade privada, a liberdade de iniciativa e a de competição – temperados com a afirmação de certas conquistas sociais consolidadas principalmente na última metade do século – a função social da propriedade, a defesa do consumidor, busca do pleno emprego etc. Ademais, entre outros elementos basilares da constituição econômica, prevê-se a repressão ao abuso do poder econômico, que visa à dominação dos mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º)” (COELHO, Fabio Ulhoa. Caracterização de infração contra a ordem econômica. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, ano 20, v. 75, jan.-mar./1996, p. 85).

angular do mecanismo de preços, ou seja, o mercado que, funcionando livremente – sua estrutura de governança –, é o único meio de se obter a utilização ótima dos fatores de produção e de se conduzir à satisfação máxima das necessidades humanas”²⁵⁷.

Sem o intuito de estabelecer discussões mais aprofundadas e nem um rigorismo científico sobre esse assunto, o fato é que a CRFB de 1988, para os seus núcleos social e econômico, assegurou diversos direitos (fundamentais individuais e coletivos e fundamentais sociais) aos cidadãos e tantos outros valores (liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça) à sociedade²⁵⁸, alguns deles, inclusive, aparentemente contraditórios, como são o da liberdade e o da igualdade. Para cada núcleo duro, em particular, o Poder Constituinte conferiu um viés específico – liberal ou social –, em que lhe atribuiu um valor ínsito – liberdade ou igualdade.

Em relação ao núcleo social da Constituição, o valor adotado parece ser de mais fácil compreensão. Clèmerson Merlin Clève²⁵⁹ expressa que, existe na Constituição de 1988 uma reserva de justiça das posições sociais, cujo núcleo duro – direitos fundamentais sociais (art. 6º da CRFB²⁶⁰) – aponta para o valor igualdade. Esse valor é que deve orientar o Estado não somente na elaboração das suas políticas públicas, mas em suas ações afirmativas. Essa percepção é mais fácil, pois a implementação de políticas distributivas e redistributivas, ou seja, que valoram a igualdade, exigem prestações positivas do Estado, no sentido de intentar corrigir ou amenizar desigualdades sociais.

Em contrapartida, saber qual o valor adotado para a ordem constitucional econômica é tarefa mais difícil. O sistema econômico também pode ser influenciado por um modelo liberal ou social, a depender do grau de intervenção estatal na economia de mercado. Segundo Luciano Benetti Timm²⁶¹, a regulação da ordem econômica capitalista pode aparecer de duas formas na Constituição de um país: por meio de um modelo liberal, em que o mercado é capaz de autorregular-se ou, por meio de um modelo social, em que é preciso interferir-se na

²⁵⁷ SOUZA, 1992, p. 25.

²⁵⁸ Esses direitos e valores já foram expostos no Preâmbulo da CRFB: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte 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 e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

²⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Doutrinas Essenciais e Direito Constitucional**, São Paulo, v. 8, ago./2015, p. 673.

²⁶⁰ Art. 6º (CRFB). São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁶¹ TIMM, 2008, p. 97-8.

espontaneidade do mercado.

A adoção do capitalismo como sistema econômico, por meio do reconhecimento das garantias constitucionais da propriedade privada e da livre iniciativa e concorrência, parece não ter deixado dúvidas de que o valor a ser assegurado pela ordem constitucional econômica e, em particular, ao mercado de consumo, deve ser a liberdade. Em termos de funcionalidade de cada um desses modelos, Rachel Sztajn²⁶² explica que, na vertente liberal, a livre iniciativa e a livre concorrência são vistas como favorecedoras das eficiências alocativa e produtiva, condições essas necessárias para a geração de riqueza²⁶³. A vertente social, prossegue a autora, impõe limites à essas liberdades para privilegiar outros valores²⁶⁴ e consequentemente deixar em segundo plano a geração de riqueza.

A propósito, o estabelecimento da defesa do consumidor como direito fundamental individual e coletivo (art. 5º, XXXII da CRFB) e princípio da ordem econômica (art. 170, V da CRFB) não implica e não deveria implicar restrição à liberdade econômica de mercado. Ao contrário, assevera João Bosco Coelho Pasin, reflete uma moderna tendência da própria “defesa da livre economia de mercado, a partir da proteção de seus elementos microeconômicos”²⁶⁵.

Justifica-se, assim, a interferência do Estado para preservação e sustentação do próprio capitalismo, como explica Amanda Flavio de Oliveira²⁶⁶. A proposição é bastante coerente, como complementa Carolina Souza Cordeiro, pois o “consumidor protegido, sente-se motivado a comprar mais, e isso mobiliza a economia”²⁶⁷. Essa tensão, no entanto, se estabelece entre o capitalismo e o liberalismo²⁶⁸, não havendo que se falar, por isso, na adoção de um modelo social para o mercado de consumo²⁶⁹.

²⁶² SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11.

²⁶³ Para complementar a doutrina citada, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Clarice Helena de Miranda Coimbra, Francisco Serrano Martins, Luiz Cláudio Carvalho de Almeida, Luiza Queiroz Sanz e Sara Simonato Tosato afirmam que, um mercado equilibrado favorece condições à geração de empregos, aumento da arrecadação de tributos e contribuições e do fluxo de capitais (ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; COIMBRA, Clarice Helena de Miranda; MARTINS, Francisco Serrano; ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de; SANZ, Luiza Queiroz; TOSATO, Sara Simonato. O empresário e os direitos do consumidor: as práticas comerciais e a proteção contratual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 395, jan.-fev./2008, p. 4).

²⁶⁴ SZTAJN, op. cit., p. 11.

²⁶⁵ PASIN, João Bosco Coelho. Da ordem econômica e financeira. *In*: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2008, p. 636.

²⁶⁶ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Desenvolvimento econômico, capitalismo e direito do consumidor no Brasil: afastando o argumento de “paternalismo jurídico”. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 108, nov.-dez./2016, p. 250.

²⁶⁷ CORDEIRO, Carolina Souza. Direito do consumidor e economia. *In*: RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **O jurista que calculava**. Curitiba: CRV, 2013, p. 103.

²⁶⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 250.

²⁶⁹ A presente pesquisa não enfrentará os princípios econômicos dispostos nos incisos VI (redução das desigualdades sociais e regionais) e VIII (busca do pleno emprego). De antemão, contudo, registre-se que esses

Some-se a essa reflexão, o já mencionado fato de que as políticas de defesa do consumidor assumiram ao longo do tempo uma trajetória social marcada pelo exacerbado intervencionismo estatal nas relações e no mercado de consumo e por um solidarismo resultante da confusão entre as matrizes constitucionais dos trabalhadores e dos consumidores.

Como já se estudou na seção anterior, em todo o mundo, as reivindicações à proteção ao trabalhador é anterior aos movimentos de defesa do consumidor e isso, como sustentou Dorothee Susanne Rüdiger²⁷⁰, está relacionado ao estágio de crescimento econômico e desenvolvimento de cada país. Particularmente, no Brasil, as primeiras exigências trabalhistas ocorreram a partir de 1919, com movimentos de operários imigrantes. As primeiras regulações e regulamentações laborais ocorrem em 1930, com a política trabalhista de Getúlio Vargas, que resultou na edição da CLT, em 1943²⁷¹. Os primeiros movimentos consumeristas no Brasil, por seu turno, ocorreram a partir da segunda metade da década de 1980, principalmente, por meio da criação de associações de consumidores, após a implantação do Plano Cruzado e a problemática econômica por ele gerada²⁷². O direito do consumo como instituição jurídica somente passou a ser de efetivo interesse para a doutrina jurídica a partir do advento da CRFB de 1988 e, depois, com o advento da Lei n. 8.078/1990 (CDC).

A precedência da proteção aos trabalhadores, por certo, acabou por influenciar o desenvolvimento do direito de defesa do consumidor, sobretudo diante da semelhança das posições jurídicas de inferioridade dos consumidores e trabalhadores nas suas respectivas relações. Ocorre que, essa disparidade de consumidores e trabalhadores em face de fornecedores e empregadores decorrem de fatores diversos. Enquanto trabalhadores são subordinados economicamente aos empregadores, os consumidores sujeitam-se a assimetria informacional, uma falha de mercado.

Desta forma, toda a doutrina social, fundada no valor igualdade, passou a impregnar também a doutrina e as instituições de defesa do consumidor. O modelo social do Direito, diga-se de passagem, tem por bandeira o solidarismo orgânico, assim entendido por Luciano Benetti Timm²⁷³, como aquele que promove a ética social ou cooperativa, a justiça comutativa e distributiva, a igualdade material e a democratização econômica e social. Esse ideário, continua o autor, tem por finalidade promover a diminuição dos conflitos sociais por intermédio da

princípios devem ser corroborados com outra matriz constitucional, qual seja, a dos direitos fundamentais sociais, notadamente, do trabalhador (art. 6º da CRFB).

²⁷⁰ RÜDIGER, 1999, p. 50.

²⁷¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 56-7.

²⁷² CAVALIERI FILHO, 2014, p. 7.

²⁷³ TIMM, 2005, p. 150.

distribuição dos riscos das atividades empresariais capitalistas e das vantagens econômicas por elas geradas no seio da sociedade e a proteção da parte mais fraca nas relações sociais²⁷⁴. O ideário solidarista exprime, enfim, o intuito de conferir à defesa do consumidor a função / missão de realizar justiça distributiva e redistributiva dos benefícios do capitalismo para com os menos favorecidos, protegendo, por meio da lei, as partes mais fracas²⁷⁵, no caso, os consumidores.

A prova dessa orientação solidarista na defesa do consumidor foi constatado por autores como Fabio Konder Comparato²⁷⁶, Amanda Flávio de Oliveira e Felipe Moreira dos Santos Ferreira²⁷⁷. Para Fábio Konder Comparato²⁷⁸, esse enviesamento pode ser comprovado pela presença marcante, no ordenamento jurídico, de disposições de ordem pública. Com isso, continua o autor, o Estado deixou de ser simples árbitro do respeito às regras do jogo econômico²⁷⁹ e o Direito Econômico se tornou sinônimo de economia dirigida²⁸⁰. Amanda Flavio de Oliveira e Felipe Moreira dos Santos Ferreira, por sua vez, afirmam que “o Brasil filia-se àquelas jurisdições que preveem um tratamento mais social do consumidor”²⁸¹, em outras palavras, quer dizer que, no Brasil, “a disciplina jurídica do consumidor opta por uma abordagem social da relação jurídica”²⁸².

Apenas a título de informação, esse modelo solidarista presente no mercado de consumo, tornou-se marcante em diversos cursos e manuais de Direito do Consumidor. Flávia do Canto²⁸³, a propósito, afirma que, o direito do consumidor como direito social garante ao consumidor um mínimo existencial em relação ao poder de consumo no mercado, em respeito à proteção da pessoa humana. Desta forma, o consumidor, além dos direitos à vida, à saúde e à segurança, deve ter também condições sociais de aquisição de produtos e serviços.

Outros autores, por sua vez, caminharam no mesmo sentido. Cláudia Lima Marques²⁸⁴,

²⁷⁴ TIMM, 2005, p. 150.

²⁷⁵ Ibid., p. 151.

²⁷⁶ COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 457.

²⁷⁷ OLIVEIRA, FERREIRA, 2012, p. 24.

²⁷⁸ COMPARATO, op. cit., p. 457.

²⁷⁹ COMPARATO, loc. cit.

²⁸⁰ Ibid., p. 462.

²⁸¹ OLIVEIRA, FERREIRA, op. cit., p. 24.

²⁸² OLIVEIRA, FERREIRA, loc. cit.

²⁸³ CANTO, Flávia do. A intervenção do Estado como garantia da efetividade da defesa do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; REICHEL, Luis Alberto (coordenadores). **Diálogos entre o direito do consumidor e o novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 163.

²⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 33-4; 42.

por exemplo, cita a máxima do *favor debilis*²⁸⁵ como um dos fundamentos da defesa do consumidor. Sergio Cavalieri Filho²⁸⁶ qualifica as normas consumeristas como “norma-objetivo” de eficácia plena, absoluta, inquestionável e indiscutível. Flavio Tartuce²⁸⁷ comenta que a defesa do consumidor visa à pacificação social, tendo fundamento na fraternidade, igualdade e liberdade. Luis Antonio Rizzatto Nunes²⁸⁸ exalta a dignidade humana como valor da defesa do consumidor. Fabrício Bolzan²⁸⁹, por sua vez, argumenta sobre a inderrogabilidade dos direitos do consumidor conquistados e o reconhecimento judicial de ofício dos direitos consumeristas. Ezequiel Moraes, Fábio Henrique Podestá e Marcos Marins Carazai²⁹⁰ justificam a desigualdade econômica, social, cultural, formativa e informativa do consumidor e insiste na realização da justiça distributiva. Por último, Leonardo de Medeiros Garcia²⁹¹ defende a constitucionalização do direito privado e sua transformação num direito privado solidário.

Importante é ressaltar novamente que trabalhadores e consumidores receberam tratamento constitucional diferenciado. Enquanto o consumidor teve sua defesa tutelada como direito fundamental individual e coletivo (art. 5º, XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, V), o trabalho (e o trabalhador) foi elevado a *status* de direito fundamental social (arts. 6º a 11). A diferença das matrizes constitucionais, provavelmente fundadas em valores peculiares para cada um dos sujeitos, deve conduzir a políticas públicas da mesma forma diferentes. Diante disso, a diferença dos tratamentos constitucionais se compreende diante da distinção dos interesses de trabalhadores e consumidores²⁹² nos seus respectivos ambientes. Deste modo, se o valor que informa a defesa do consumidor é diferente do que informa o trabalho (e o

²⁸⁵ A autora explica: “a superação da ideia – comum no direito civil do século XIX – de que basta a igualdade formal para que todos sejam iguais na sociedade, é o reconhecimento (presunção de vulnerabilidade – veja art. 4º, I, do CDC) de que alguns são mais fortes ou detêm posição jurídica mais forte (em alemão *Machtposition*), detêm mais informações, são *experts* ou profissionais, transferem mais facilmente seus riscos e custos profissionais para os outros, reconhecimento de que os “outros” geralmente são leigos, não detêm informações sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado, não conhecem as técnicas da contratação de massa ou os materiais que compõem os produtos ou a maneira de usar os serviços, são, pois, mais vulneráveis e vítimas fáceis de abusos. É a vulnerabilidade que aqui chamaremos de vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica (ou econômica), vulnerabilidade fática (ou monopolística) e vulnerabilidade informacional” (MARQUES, BENJAMIN, BESSA, 2014, p. 42-3).

²⁸⁶ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 24.

²⁸⁷ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. São Paulo: Método, 2013, p. 9-10.

²⁸⁸ RIZZATTO NUNES, Luis Antonio. **Curso de direito do consumidor**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66; 176.

²⁸⁹ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

²⁹⁰ MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. **Código de Defesa do Consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26; 31; 33.

²⁹¹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor comentado artigo por artigo**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 17.

²⁹² A diferença de interesses dos trabalhadores e consumidores foi tratada na seção 2.1.

trabalhador), por certo, não se justifica o ideário solidarista nas relações e no mercado de consumo.

O caráter jusfundamental da defesa do consumidor já era debatido por Fábio Konder Comparato²⁹³, por ocasião da edição do CDC. Para o autor, a defesa do consumidor não o investiu de um feixe de direitos subjetivos (proteção, organização, procedimento e prestação, normativa e material²⁹⁴), como preconiza a teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, não lhe sendo permitido vindicar judicialmente qualquer pretensão contra o Estado ou contra o particular.

Embora não se concorde totalmente com a opinião do autor, de fato, é de se discutir se o consumidor, na condição de objeto de proteção, poderia, por exemplo, vindicar do Estado ou do particular alguma prestação de caráter material. A propósito, explica Fábio Konder Comparato²⁹⁵, quando se fala em vulnerabilidade tem-se a falsa percepção de que o consumidor é a pessoa pobre. Mas essa percepção é falsa, pois a tutela do consumidor independe da sua riqueza ou pobreza relativa²⁹⁶. O consumidor, independentemente da sua condição econômica e financeira, deve ser protegido contra as falhas de mercado.

Aliás, se se partir da premissa de que consumidores de média e alta renda são os que mais adquirem no mercado de consumo, pois além dos bens básicos, também têm acesso aos bens de luxo e supérfluos, a dedução que se faz é que as normas de defesa do consumidor seriam mais vindicadas por eles do que por consumidores de baixa renda. Essa constatação é bastante plausível, pois somente participa do mercado de consumo quem tem poder aquisitivo para adquirir produtos e serviços. Não se trata, pois, de um ambiente em que o cidadão possa exigir do Estado quaisquer políticas sociais ou distributivas. Por essa razão, acredita-se que o reconhecimento da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica já seria suficiente a lhe garantir a devida proteção, notadamente contra a atuação dos fornecedores, o que será mais bem explicado na próxima seção.

Diferentemente é o que ocorre com o trabalhador que, tutelado como sujeito de direito fundamental social, pode vindicar direitos não apenas do Estado, mas também dos entes privados (empresários empregadores) que ficam vinculados às políticas públicas prestacionais

²⁹³ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano XXIX, n. 80, out.-dez./1990, p. 69.

²⁹⁴ Segundo Robert Alexy, essas são as funções que se extraem das normas de direitos fundamentais, daí porque se caracterizam pela chamada multifuncionalidade (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 450-511).

²⁹⁵ COMPARATO, op. cit., p. 90.

²⁹⁶ COMPARATO, loc. cit.

e assistenciais²⁹⁷.

O efeito do enviesamento social da defesa do consumidor foi refletido numa política de incisiva ação governamental, reproduzida no inciso II do art. 4º do CDC. Por meio dessa política, priorizou-se não apenas a intensa regulação por parte do Poder Legislativo (alínea “a”), mas também a presença da administração pública no mercado de consumo, por meio da criação de agências reguladoras (alínea “c”) e a fiscalização das relações de consumo, por meio da criação de órgãos públicos de normalização e qualidade (alínea “d”). Em contrapartida, deu-se pouco espaço à participação privada, sendo quase inexistente, por exemplo, a autorregulação por meio de convenções coletivas de consumo²⁹⁸.

A ação governamental por iniciativa direta do Poder Legislativo foi reforçada, ainda mais, pela máxima amplitude de competência legislativa estabelecida pela CRFB de 1988, permitindo que os três níveis estatais de governo, da União aos Estados e Distrito Federal (art. 24, V e VIII da CRFB e art. 55 do CDC) e até os Municípios (art. 30, I e II da CRFB), possam elaborar normas de defesa do consumidor. Essa conformação política, por sua vez, incutiu nos legisladores a mentalidade paternalista de que somente a lei ou a norma reguladora ou regulamentadora é capaz de garantir a devida proteção ao consumidor e assegurar seu cumprimento forçado (*enforcement*) pelos fornecedores.

Ainda sobre a postura dos poderes públicos, alerta Rachel Sztajn²⁹⁹, ela acaba por provocar uma confusão semântica entre direito à proteção do consumidor e direitos ao consumidor³⁰⁰. No dizer de Bruno Vinícius da Rós Bodart, enfeixa-se uma política que parte “da premissa de que qualquer favorecimento ao consumidor é desejável, independentemente,

²⁹⁷ Marcos Alberto Sant’anna Bitelli lembra que os grandes empresários têm assumido funções assistenciais para com os seus funcionários, formando fundos de previdência, planos de aposentadoria, fomentando a formação de seus associados, albergando, assim, algumas das funções que originariamente seriam do Estado (BITELLI, Marcos Alberto Sant’anna. Da função social para a responsabilidade da empresa. *In*: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 238).

²⁹⁸ A autodisciplina das relações de consumo está prevista no próprio CDC, por meio do incentivo à criação e desenvolvimento de associações de consumidores (art. 4º, II, “b”), bem como da possibilidade de regulação, por meio de instrumento flexível, das condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição de conflitos de consumo (art. 107).

²⁹⁹ Segundo a explicação de Rachel Sztajn, “não se deve supor que mercados livres servem para que a distribuição da riqueza seja justa ou socialmente adequada”. Ao contrário, continua a comercialista, “essa visão, talvez, resulte de confusão, inadmissível, entre a disciplina jurídica dos mercados e políticas sociais, confundindo a circulação de bens em mercados com a distribuição de riqueza na sociedade” (SZTAJN, 2010, p. 23).

³⁰⁰ No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato afirma que a defesa do consumidor não é exatamente um direito. Explica que “não é apenas o fato de que, aí, não se fala expressamente em “direitos”: o emprego desse termo não significa necessariamente que a norma criou autênticos direitos subjetivos. O que importa, na verdade, é saber se se está ou não diante de situações subjetivas em que alguém possa, efetivamente, exigir algo de outrem, ou seja, tenha uma pretensão, exercitável por meio de ação judicial ou procedimento administrativo” (COMPARATO, 1990, p. 69).

do quanto custe ao empresariado”³⁰¹. Assim, esse modo de propor e interpretar a defesa do consumidor pode provocar consequências não desejáveis que impactam contra o próprio consumidor, como decorrência natural da economia de mercado.

Com apoio de Ronald Coase³⁰², os efeitos desse modelo podem compreender a geração de custos sociais, como o fechamento das empresas e a privação dos consumidores de acesso aos bens, além da elevação dos custos privados, com o aumento dos preços. Não é essa, portanto, a real finalidade que se deve empregar aos princípios constitucionais e às políticas de proteção ao consumidor.

Assim sendo, é correta a percepção de José Eduardo Faria³⁰³, ao mencionar que, apesar da CRFB consagrar a estrutura capitalista de produção e distribuição de bens e serviços, o Brasil tendeu a um tipo de auto-organização anticapitalista. De fato, essa aversão ao liberalismo econômico e ao auto-interesse burguês a que o mercado está associado ficou marcante no ambiente institucional do mercado de consumo. Para Luciano Benetti Timm³⁰⁴, existe um preconceito em relação ao espaço público do mercado e uma crítica a autorregulação do funcionamento do mercado, que o qualificam como “uma arena de disputa entre fortes e fracos, nos quais os primeiros sempre – ou quase sempre – são favorecidos já que são os detentores do capital”³⁰⁵.

Com base nos pressupostos da Nova Economia Institucional (NEI), especialmente nos estudos de Douglass Cecil North, o desenvolvimento e o desempenho econômicos estão relacionados diretamente ao aperfeiçoamento e à qualidade das instituições³⁰⁶. Instituições – incluindo os sistemas legal e judicial – que não sustentem o bom funcionamento do mercado de consumo, notadamente por subverter a sua orientação peculiar, geram, além das situações disfuncionais e distorcidas, também a estagnação econômica e o empobrecimento da nação³⁰⁷. Em relação ao ambiente institucional do mercado de consumo, isso significa que o papel das instituições consiste em permitir maior fluidez às relações de consumo, mediante a redução dos custos de transação³⁰⁸, proporcionando, por consequência, maior geração de riqueza,

³⁰¹ BODART, 2017, p. 116.

³⁰² COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. 2. ed. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 95.

³⁰³ FARIA, José Eduardo. **O Brasil Pós-Constituinte**. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 21.

³⁰⁴ TIMM, 2008, p. 83.

³⁰⁵ TIMM, loc. cit.

³⁰⁶ NORTH, Douglass Cecil. Desempenho econômico através do tempo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, set.-dez./2010, p. 17.

³⁰⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 23, jan.-mar./2004, p. 365.

³⁰⁸ A isso se dá o nome de eficiência das trocas econômicas (TIMM, op. cit., p. 88).

respeitadas obviamente as limitações que justificam a proteção dos consumidores.

Para atingir o aperfeiçoamento e a qualidade das instituições de defesa do consumidor, permitindo a eficiência das trocas econômicas, é preciso rever a finalidade da ordem constitucional econômica e revisar o objetivo da defesa do consumidor. Para tanto, adota-se como premissa dedutiva que a ordem econômica não está centrada num princípio maior (por exemplo, a defesa do consumidor) em detrimento de outro menor (por exemplo, a livre concorrência), mas sim em propósitos ou fundamentos comuns, dentre os quais exsurtem o da livre iniciativa e o da concorrência. Por ademais, o objetivo da defesa do consumidor não é a busca da igualdade, por meio da ética social ou do paternalismo, mas o alcance da maior liberdade, por meio da exclusão ou atenuação das assimetrias informacionais. É o que se passa a expor nas próximas seções.

3.2 A FINALIDADE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA PARA O MERCADO DE CONSUMO: A HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR E DO FORNECEDOR E A COMPATIBILIZAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR COM O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO PELO LIVRE MERCADO

Com base nos fundamentos expostos na seção anterior, a conclusão possível é no sentido de que a defesa do consumidor seguiu uma trajetória diversa da originariamente proposta pelo Poder Constituinte originário nos arts. 5º, XXXII e 170, V da CRFB, e pela consequente política inserida no art. 4º, III do CDC. Poucos se recordam, por exemplo, que a Constituição brasileira e a Lei n. 8.078/1990 preconizaram a harmonia e a inter-relação entre fornecedores – predominantemente os empresários – e consumidores³⁰⁹.

Ainda com supedâneo no que foi visto na seção anterior, os consumidores, desde a entrada em vigência do CDC, vêm sendo beneficiados com políticas públicas e decisões judiciais³¹⁰ que seguiram um padrão histórico enviesado por um modelo social. Essa postura,

³⁰⁹ ALVES, COIMBRA, MARTINS, ALMEIDA, SANZ, TOSATO, 2008, p. 4.

³¹⁰ Em estudo sobre as consequências das instituições, Armando Castelar Pinheiro comprovou empiricamente a consciência dos magistrados em cumprir um papel social. Figurativamente, afirma estar os juizes acometidos pela síndrome de Robin Hood. Explica que, no Poder Judiciário ainda há uma agenda social grande na cabeça dos juizes que se veem como responsáveis por alguma ação social, muito mais do que como responsáveis por aplicar a lei que o Congresso produz. Para comprovar sua tese, realizou uma pesquisa em que relacionou as opções judiciais pelo cumprimento obrigatório do contrato e pela realização de política social. Segundo a pesquisa, constatou que “cerca de 80% dos entrevistados responderam que a justiça social era um compromisso mais importante do que o contrato” e que o juiz “não pode ser um mero aplicador das leis, mas ser sensível aos problemas sociais”. A minoria dos juizes, portanto, tinha a opinião de que o compromisso com a aplicação da lei deveria preponderar. Disso resulta que, juizes e membros do MP mostraram-se como os grupos que mais acreditavam no seu papel como parte de uma ação destinada a promover justiça social (PINHEIRO, 2011, p. 28).

embora não seja totalmente ineficiente por um determinado período³¹¹, como sustenta Bruno Vinícius da Rós Bodart³¹², causa externalidades negativas, como a concentração de mercados, a proteção insuficiente dos consumidores de menor poder aquisitivo e, não raras às vezes, as disfunções e distorções no mercado de consumo.

A partir deste contexto, o cenário que se formou no mercado de consumo brasileiro é de instituições consumeristas com excesso de estabilidade em prol dos direitos dos consumidores e com demasiada dificuldade na mudança institucional, sob o fundamento da impossibilidade de retrocesso nos direitos do consumidor³¹³⁻³¹⁴. Não obstante, mudanças pontuais, incluindo certo nível de desregulação³¹⁵ e maior ênfase à mediação e autonomia negocial, são sempre bem-vindas, evitando-se, como sustenta Rachel Sztajn³¹⁶, embutir perdas de oportunidades e consequente estagnação da economia.

Repete-se aqui, o comentário de João Batista Almeida³¹⁷, ao afirmar que, se, de um lado, os fornecedores precisam dos consumidores para venderem e se enriquecerem, de outro,

Esse modo de pensar dos juízes, complementam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Luis Alberto Hungaro, os conduzem, por várias vezes, a desconsiderar a repercussão econômica de suas decisões e as possíveis influências de tais decisões em relação ao comportamento dos agentes econômicos. Ademais, a estrutura normativa brasileira contribui para essa postura de parte da magistratura, “uma vez que tanto a Constituição Federal quanto as normas infraconstitucionais são repletas de diretrizes que visam à efetivação dos direitos sociais, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da função social dos institutos privados e da diminuição das desigualdades sociais” (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; HUNGARO, Luis Alberto. *Ativismo do Poder Judiciário na concessão de medicamentos x concretização das políticas públicas constitucionais. Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 45, jul.-dez./2014, p. 101).

³¹¹ A presente tese parte da premissa de que a defesa do consumidor deve ter como objetivo a correção das falhas de mercado, o que, inclusive, será debatido na próxima seção. Diante disso, o Estado deve promover a defesa do consumidor para amenizar a assimetria informacional, uma falha de mercado. Direitos criados, ainda que enviesados a um modelo social, podem ser eficientes, enquanto servirem ao objetivo da defesa do consumidor. No entanto, a partir do momento em que a assimetria informacional desaparece ou diminui, o que deve ocorrer naturalmente com o crescimento e o desenvolvimento econômicos, o direito correspondente assegurado deveria paulatinamente ser alterado ou eliminado. Trata-se, enfim, de uma área que deve evoluir com o tempo. Nesse sentido, afirma Washington Albino Peluso de Souza: “Na medida em que o consumidor incorpore a consciência de seus direitos, as legislações marcharão no sentido de passarem de “tutela” para “igualdade” (SOUZA, Washington Albino Peluso. *Considerações a respeito do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. Doutrinas essenciais de direito do consumidor*, São Paulo, v. 1, abr./2011, p. 490). Entretanto, com fundamento na proibição do retrocesso dos direitos decorrentes de normas de ordem pública, os consumeristas ortodoxos, uma vez adquirido o direito, não se vislumbram mais perdê-lo.

³¹² BODART, 2017, p. 115.

³¹³ TARTUCE, Flávio; SILVA, Bruno Casagrande e. A aplicação das Convenções Internacionais de Varsóvia e Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor: uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal em face do princípio da proibição do retrocesso. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 115, jan.-fev./2018, p. 45.

³¹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e; MARQUES, Cláudia Lima. Extrato do relatório-geral da comissão de juristas do Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 92, mar.-abr./2014, p. 311.

³¹⁵ Por desregulação quer-se entender a regulação por outras formas e meios e não a ausência de regulação. A seção 4 desta tese se encarregará de esclarecer melhor as expressões “regulação”, “desregulação” e “autorregulação”.

³¹⁶ SZTAJN, 2010, p. 239.

³¹⁷ ALMEIDA, 2009, p. 35.

os consumidores dependem dos fornecedores para adquirirem suas necessidades com qualidade e segurança³¹⁸. Não se trata, pois de discutir quem são os “reis” do mercado, se os fornecedores que se impõem sobre os desejos dos consumidores com suas técnicas de *marketing*³¹⁹, como apontam os consumeristas ortodoxos, ou se os consumidores que têm o poder de escolher de qual fornecedor comprar³²⁰, como indicam os liberais extremados.

Em verdade, o que se deve almejar, segundo os princípios da ordem constitucional econômica, é propiciar o máximo de desenvolvimento da atividade econômica pelos fornecedores com o máximo de respeito à proteção dos consumidores. A inobservância desse equilíbrio, certamente, provocará distorções e disfunções no ambiente do mercado de consumo e limitará, sobretudo, o crescimento e o melhor desempenho da economia.

A palavra é justamente o reequilíbrio, porquanto é oportuno recordar que originariamente a Constituição de 1988 já coordenara, ao mesmo tempo e sem qualquer ordem de hierarquia, a política de defesa do consumidor, concomitantemente, à defesa da liberdade econômica. Em sintonia fina com os princípios constitucionais econômicos, o CDC, em seu art. 4º, III, também já previra esse equilíbrio ao enumerar como princípio da política nacional das relações de consumo, a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo” e a “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico”.

Por essa razão, todos os participantes do ambiente de consumo devem considerá-los reciprocamente, possibilitando espriar efeitos em todos os sentidos: ao mercado de consumo, com a redução dos custos de transação e maior fluidez às relações de consumo; aos fornecedores, com a eliminação de comportamentos oportunistas por parte dos consumidores; e, a esses, com o maior bem-estar por meio do maior acesso aos bens de consumo com qualidade. Essa constatação sobre o reequilíbrio da ordem econômica constitucional, portanto, deve ser a tônica para viabilizar a celebração das convenções coletivas de consumo.

Para além da readequação da finalidade da ordem econômica, a harmonização dos interesses e a compatibilização das diretrizes econômicas implicam em acrescer ao estudo das instituições que informam o mercado de consumo uma análise juseconômica, que será tratada com mais profundidade na seção 3.4. Com isso, pretende-se alcançar arranjos institucionais mais eficientes, melhorando as condições não apenas dos consumidores como também dos

³¹⁸ No mesmo sentido, Ludwig Von Mises afirmava que “na economia de mercado, todos prestam serviços aos seus concidadãos ao prestarem serviços a si mesmos” (VON MISES, Ludwig. **As seis lições**. Tradução de Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: José Olympio: Instituto Liberal, 1985, p. 22).

³¹⁹ BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2014, p. 48.

³²⁰ VON MISES, op. cit., p. 19.

fornecedores.

Coube a Richard Craswell³²¹ realizar uma das mais conhecidas análises econômicas da defesa do consumidor. Como explica o autor, a política pró-consumidores, como análise de eficiência, não deverá provocar exatamente consequências nocivas a eles. Em certos casos, a regulação poderá ser até benéfica ou vantajosa a um consumidor individualmente considerado, mas certamente afetará o preço dos produtos e serviços no mercado de consumo, pois os fornecedores acabarão repassando seus custos mais elevados na forma de preços mais altos³²². Embora essa situação não venha causar prejuízo imediato e integral ao consumidor isolado, indiscutivelmente reduzirá o bem-estar dos demais consumidores a médio e longo prazo, inclusive, aos de baixa renda, pela redução do poder aquisitivo.

A esse procedimento empresarial, segundo o qual “o exercente de atividade econômica mensura o custo da produção ou circulação dos bens ou serviços a que se dedica”³²³ e os transfere aos consumidores, Fábio Ulhôa Coelho deu o nome de cálculo empresarial³²⁴. Ao resultado desse procedimento empresarial, quando provocado por instituições formais de defesa do consumidor enviesadas socialmente, Luis Eduardo Brito Scoton³²⁵ deu o nome de causalidade reversa, haja vista que o legislador, em muitas situações, apesar de agir bem intencionado, acaba criando entraves ao desenvolvimento econômico e social, resultando efeitos diversos do inicialmente pretendido. Desta forma, uma inovação legislativa, como se deu com o advento do CDC, que possa impactar em eventual perda do faturamento ou mesmo prejuízo em função do aumento da responsabilidade pelo fornecimento de produtos ou serviços no mercado, certamente não será suportada exclusivamente pelo empresário-fornecedor, mas revertida aos consumidores³²⁶. Logo, os agentes econômicos, sempre que possível, vão se adaptar e se aperfeiçoar às condições adversas que lhes forem impostas pelas instituições formais do mercado de consumo³²⁷. Essa adaptação e aperfeiçoamento, como assevera Ludwig Von Mises³²⁸, faz parte da atuação dos fornecedores e do mundo empresarial e não há nada de ilícito nisso, mas sim exercício da livre iniciativa e concorrência, com o fim de ganhar dinheiro.

Waldírio Bulgarelli³²⁹ resume bem a eficiência adaptativa dos empresários-

³²¹ CRASWELL, 1991, p. 32.

³²² CRASWELL, loc. cit.

³²³ COELHO, 1994, p. 36.

³²⁴ COELHO, loc. cit.

³²⁵ SCOTON, 2011, p. 38.

³²⁶ COELHO, op. cit., p. 30.

³²⁷ PINHEIRO, 2004, p. 384.

³²⁸ VON MISES, 1985, p. 34.

³²⁹ BULGARELLI, 1983, p. 43.

fornecedores, ao perceber que os avanços no campo da defesa do consumidor, a par de protegê-lo, acaba por reverter essa aspiração em favor dos próprios exercentes das atividades econômicas. Isso porque, ao exigir o aumento e a melhoria dos padrões de qualidade e segurança dos produtos e serviços, contribui-se também para o aumento dos preços. Evidentemente, isso não é uma crítica à legislação de proteção ao consumidor, mas uma constatação de que qualquer ação imposta ao fornecedor, por meio de políticas públicas, acarreta uma reação ao mercado de consumo e, comumente, ao consumidor. Essa constatação, por consequência, corrobora a premissa de que a defesa do consumidor deve ser consentânea ao grau de crescimento econômico de cada sociedade.

Sobre uma ação governamental pró-consumidor, Cláudia Viegas e Bernardo Macedo³³⁰ argumentam que, à medida que a quantidade ofertada (excedente do fornecedor) diminui por conta de uma hipotética política pública, consequentemente o excedente do consumidor também diminui, pois menos pessoas encontrarão o produto ou o serviço no mercado. Disso decorre que a perda de bem-estar dos produtores é transferida para os consumidores³³¹, o que também não é desejável.

Isto posto, é imperioso proteger o consumidor no mercado de consumo. Mas é igualmente forçoso permitir o desenvolvimento econômico do país, possibilitando que os fornecedores possam livremente desenvolver suas atividades e seus negócios. A livre iniciativa para a busca do desenvolvimento econômico e tecnológico confere ao fornecedor-empresário “o direito a formatos de atuação mais otimizadamente consentâneos com o respectivo objeto social ou ramo de negócio”³³². Pressupõe, ainda, “inventividade para o desenho de formatos de negócios superlativamente atraentes”³³³, sendo essa prerrogativa conteúdo do princípio da livre concorrência, igualmente corolário da liberdade de mercado³³⁴. É sob esses princípios que o agente econômico intenta produzir mais e melhor³³⁵. Nestes termos, pondera Bruno Vinícius da Rós Bodart³³⁶, não há razões para que os fornecedores mereçam menor preocupação do legislador que os consumidores. No mais, arremata o autor, “uma postura que compreende o

³³⁰ VIEGAS, MACEDO, 2010, p. 87-8.

³³¹ Ibid., p. 88.

³³² BRITTO, Carlos Ayres. O fornecimento de bebidas, lanches e qualquer outra espécie de comestível para consumo em salas de cinema. **Parecer**. Brasília, 20/01/2018, p. 14.

³³³ BRITTO, loc. cit.

³³⁴ Ibid., p. 13.

³³⁵ Ibid., p. 14.

³³⁶ BODART, 2017, p. 117.

fornecedor como um vilão, certamente falha em perceber como a sociedade é composta e quais arranjos são necessários para o desenvolvimento conjunto de cada um dos que a compõem”³³⁷.

A CCC pode ser o mecanismo para possibilitar essa maior liberdade de atuação – iniciativa e concorrência – aos fornecedores, sempre de forma concertada com os consumidores. A seção 5 destina-se a realizar essa investigação, notadamente pelo recurso à ferramenta da cooperação, cuja principal estratégia é a reciprocidade.

Prosseguindo na análise, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Clarice Helena de Miranda Coimbra, Francisco Serrano Martins, Luiz Cláudio Carvalho de Almeida, Luiza Queiroz Sanz e Sara Simonato Tosato³³⁸ atentam para o fato de que não sobeja mais o pensamento tradicional de que o consumidor era apenas um meio do empresário auferir lucro rápido e, muitas vezes, das formas mais inescrupulosas e fraudulentas, tudo em observância às “práticas do mercado” e da liberdade de iniciativa. Os tempos mudaram. Atualmente, prolongam os autores, a clientela do empresário é um dos atributos da empresa e por esta razão deve ser cativada e respeitada³³⁹. Desta forma, antes de qualquer imposição legal ou judicial, conveniente seria que os próprios fornecedores pudessem, espontaneamente ou até mesmo por meio de negociações coletivas – CCC –, conferir proteção, qualidade e segurança aos consumidores, como são os direitos de garantia e arrependimento. Esse entendimento é compartilhado por diversos autores. Fabio Konder Comparato, por exemplo, sustenta que “o empresário produtor devia ser considerado o único juiz da qualidade dos produtos vendidos, sem qualquer interferência, legal ou governamental”³⁴⁰. Luiz Antonio Nunes, por sua vez, assegura que “vale muito mais um mercado competitivo, onde o consumidor contrariado muda de fornecedor, do que a aplicação de uma lei penal. Não existe maior pena ao empresário do que o consumidor não adquirir o seu produto ou serviço”³⁴¹.

Nesse sentido, mais uma vez, debate-se sobre a importância das instituições. O cálculo empresarial, como afirma Fábio Ulhôa Coelho, “embora seja uma regra do mercado, ainda não é uma instituição social”³⁴². Não se encontra ainda incorporada à cultura de consumo brasileira a consciência de que a instituição legal de direitos poderá acarretar “o repasse a cada consumidor, através da fixação do preço, de cota-parte do aumento dos custos da produção e

³³⁷ BODART, 2017, p. 116.

³³⁸ ALVES, COIMBRA, MARTINS, ALMEIDA, SANZ, TOSATO, 2008, p. 4.

³³⁹ ALVES, COIMBRA, MARTINS, ALMEIDA, SANZ, TOSATO, loc. cit.

³⁴⁰ COMPARATO, 1990, p. 67.

³⁴¹ NUNES, 1991, p. 2.

³⁴² COELHO, 1994, p. 31.

circulação de bens ou serviços”³⁴³. Outrossim, harmonizar os interesses e compatibilizar os postulados econômicos significa inculcar na mentalidade dos atores o fato de que o lucro não é pecado. Os empresários trabalharão para lucrar e isso é a essência do capitalismo. Assim, assevera Fábio Ulhôa Coelho, se o empreendedor “não vislumbrar atraente lucratividade na exploração de uma empresa, o particular simplesmente dará às suas energias e aos seus recursos monetários outra destinação”³⁴⁴.

Contudo, é preciso reconhecer que a institucionalização desse pensamento e o reequilíbrio dos princípios da ordem econômica dependem do crescimento econômico e da geração de riqueza para as pessoas de um modo geral, pois somente assim ninguém se importaria tanto com o enriquecimento alheio. É o que atesta Luigi Zingales, ao afirmar que, “ficar para trás é ruim, mas se isso ocorre num momento em que os padrões absolutos se elevam rapidamente, pode ser tolerável”³⁴⁵. Em outras palavras, ninguém se importaria em se tornar menos rico em termos relativos. Desta forma, realmente, estava com razão Fábio Konder Comparato, ao afirmar que, no Brasil, a inovação legislativa foi invertida, ou seja, a garantia da qualidade dos produtos e serviços veio antes do acesso ao próprio consumo³⁴⁶ e isso contribuiu consideravelmente ao enviesamento da defesa do consumidor.

3.3 O OBJETIVO DA DEFESA DO CONSUMIDOR: A CORREÇÃO DAS FALHAS DE MERCADO

Estabelecido que a finalidade da ordem constitucional econômica é conduzir o mercado de consumo à harmonização entre fornecedores e consumidores, bem como à compatibilização entre a defesa do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico, impende, nesta seção, definir qual o objetivo da defesa do consumidor. Descortinar esse objetivo será da maior importância para cumprir da forma mais eficiente possível a finalidade acima apontada.

Luis Eduardo Brito Scoton³⁴⁷⁻³⁴⁸, ao estudar as novas análises teóricas que incidem sobre a defesa do consumidor, chega à constatação de que a proteção ao consumidor pode ser

³⁴³ COELHO, loc. cit.

³⁴⁴ COELHO, 1994, p. 36.

³⁴⁵ ZINGALES, 2015, p. 21.

³⁴⁶ COMPARATO, 1990, p. 66-7.

³⁴⁷ SCOTON, 2011, p. 40-1.

³⁴⁸ Esse mesmo estudo sobre as razões para o surgimento das leis de defesa do consumidor também é desenvolvido por Marcelo Gomes Sodré (SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor: um estudo sobre a origem das leis principiológicas de defesa do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29).

feita por meio de três formas: a) pela criação de políticas contra as falhas de mercado, b) para o avanço ético-social, e c) para a proteção paternalista do consumidor. De forma sucinta, esses objetivos indicam em que momento o Estado deveria intervir nas relações e no mercado de consumo³⁴⁹. Visando ao primeiro objetivo, o Estado deveria intervir nas transações privadas quando existirem falhas de mercado, e quando os benefícios desta intervenção legal excederem os custos, fomentando, assim, mercados eficientes para o consumo de bens e serviços³⁵⁰. Mirando ao segundo objetivo, a intervenção estatal deveria se basear em teorias da justiça, como a justiça distributiva, os valores sociais, a autonomia individual, a dignidade e o respeito³⁵¹. Por último, fixando a proteção paternalista como objetivo, o Estado monitoraria a vontade do consumidor, impedindo-o de contratar em qualquer situação de disparidade com o fornecedor³⁵².

Antes de enfrentar o assunto a que esta seção se propõe, é apropriado concentrar-se novamente na relação de consumo. Na seção 2.1.1 já se discorreu sobre a disparidade entre fornecedores e consumidores. Juseconomistas e consumeristas concordam que, no mercado de consumo, o consumidor se encontra em situação de inferioridade frente ao fornecedor. Todavia, divergem em relação à causa dessa disparidade. Compreender que essa disparidade decorre de fatores diferentes para essas duas linhas de pensamento, no entanto, faz toda a diferença para a definição do objetivo da defesa do consumidor. Desta maneira, ao estudar a origem dessa disparidade será possível entender melhor o propósito da proteção ao consumidor.

Para os consumeristas, a disparidade entre os integrantes da relação de consumo resulta da vulnerabilidade do consumidor. Essa característica, que é intrínseca ao consumidor, indica a sua inferioridade em vários aspectos diante do fornecedor, como econômica ou fática, técnica, jurídica e informacional. Ao reconhecer a vulnerabilidade como um princípio (art. 4º, I do CDC), os consumeristas reconheceram também que a inferioridade do consumidor no mercado de consumo é presumida e, mais, de forma absoluta³⁵³⁻³⁵⁴. Em vista disso, entendem que todo

³⁴⁹ O foco da tese é trabalhar o desenvolvimento e a qualidade das instituições de defesa do consumidor. Não se pretende, assim, defender a desregulação da defesa do consumidor (*no law*) para exaltar a liberdade econômica como concebida pelos liberais radicais. Deste modo, compartilha-se da doutrina de Amanda Flávio de Oliveira para quem é “inconcebível o capitalismo sem alguma intervenção. É que, inclusive do ponto de vista de sua essência, o capitalismo somente será legítimo como uma opção de autocontenção do Estado, expressa no ordenamento jurídico nacional” (OLIVEIRA, 2016, p. 250).

³⁵⁰ SCOTON, 2011, p. 41.

³⁵¹ SCOTON, loc. cit.

³⁵² SCOTON, loc. cit.

³⁵³ TARTUCE, NEVES, 2013, p. 32.

³⁵⁴ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 49.

consumidor é sempre vulnerável e essa característica é inerente à própria condição de destinatário final do produto ou serviço³⁵⁵.

Partindo dessa presunção absoluta e desse grau elevadíssimo de inferioridade, ficou fácil compreender por que os autores consumeristas se enveredaram para a ética social. Atribuindo-se tamanha desproporção entre as partes, o princípio da vulnerabilidade, influenciado pelas normas jusfundamentais sociais da Constituição de 1988, somente poderia ter sido edificado com base no valor da igualdade e suas variáveis, como a equidade e a isonomia. A vulnerabilidade, portanto, buscou colocar em situação de igualdade consumidores e fornecedores e isso foi tratado de forma expressa nos cursos e manuais sobre o tema³⁵⁶⁻³⁵⁷⁻³⁵⁸.

Por todos os argumentos já mencionados nas seções anteriores, a adoção da ética social como objetivo da defesa do consumidor é uma incoerência. O valor da igualdade não é consentâneo com a ordem constitucional econômica e, conseqüentemente, com a economia de mercado. Ainda que se repute essa opção ao contexto socioeconômico da época em que a Constituição foi promulgada e o CDC foi editado, mesmo assim não se pode admitir esse objetivo. Isso porque, se naquela época a preocupação estatal era tão somente o acesso aos bens e serviços básicos, ainda não fazia sentido institucionalizar a defesa do consumidor, sendo, talvez, mais eficiente o estímulo estatal às autorregulações negociadas, como as convenções coletivas de consumo. Como já se estudou, a proteção ao consumidor somente faz sentido num contexto de crescimento econômico, de fortalecimento do mercado de consumo. Essa proposição é plausível e corroborada pela Organização das Nações Unidas (ONU)³⁵⁹ e por vários autores³⁶⁰⁻³⁶¹⁻³⁶², na medida em que as exigências por qualidade e segurança dos

³⁵⁵ TARTUCE, NEVES, op. cit., p. 32-3.

³⁵⁶ RIZZATTO NUNES, 2013, p. 73.

³⁵⁷ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 54.

³⁵⁸ BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2014, p. 43.

³⁵⁹ Em 1978, a Organização das Nações Unidas (ONU) já revelara essa constatação. Ao tratar sobre os padrões dos produtos e serviços, constatou-se que “muitas das atividades de proteção ao consumidor realizadas nos países desenvolvidos e em desenvolvimento são direcionadas para o estabelecimento de padrões de segurança, qualidade e outras características de bens e serviços. Enquanto nos países industrializados essa atividade já está espalhada por uma ampla gama de produtos e serviços, nos países em desenvolvimento, qualquer atividade que existe está relacionada principalmente a alimentos e medicamentos”. Adiante, ao relatar sobre as garantias pós-compra, verificou-se que “a prioridade atribuída à satisfação de necessidades básicas, como alimentos, medicamentos e roupas nos países em desenvolvimento, ofusca a preocupação com a satisfação do consumidor, à medida que evoluiu nos países desenvolvidos” (ORGANISATION DES NATIONS UNIES. Publications. **Protection du consommateur: études des arrangements institutionnels et des dispositions juridiques.** E/1978/81/2e. Session/22).

³⁶⁰ GRINOVER, BENJAMIN, FINK, FILOMENO, WATANABE, NERY JUNIOR, DENARI, 2001, p. 7.

³⁶¹ COMPARATO, 1990, p. 67.

³⁶² BULGARELLI, 1983, p. 4.

produtos e serviços ocorrem naturalmente na proporção da geração de riqueza e do aumento do poder aquisitivo dos consumidores.

De outra banda, para os juristas, a disparidade das partes na relação de consumo reputa-se à racionalidade limitada dos consumidores e a consequente assimetria informacional gerada. Nesse sentido, é certo que o objetivo da defesa do consumidor consiste em corrigir as falhas de mercado. Por falhas de mercado, entendem-se os fatores que impedem que as relações econômicas possam alcançar a melhor eficiência apenas pela transação entre os agentes³⁶³. Ou seja, que afastam o mercado do nível ótimo³⁶⁴, da competição perfeita que maximiza o bem-estar dos consumidores³⁶⁵. Além da assimetria informacional, existem outras falhas de mercado, como o poder econômico, as externalidades, os custos de transação, o monopólio, os bens públicos e os recursos comuns. A tese, no entanto, centralizou-se apenas na assimetria informacional por se referir a falha de mercado mais comumente presente nas relações e no mercado de consumo. Outra falha de mercado que pode afetar o consumidor, ainda que indiretamente, é o poder econômico. No entanto, concorda-se com Neil W. Averitt³⁶⁶, para quem o poder econômico não é objeto da defesa do consumidor, mas sim do direito antitruste.

Apenas a título de conhecimento, para Neil W. Averitt³⁶⁷, o poder de escolha do consumidor existe diante de duas condições fundamentais: primeiro, deve haver uma gama de opções para o consumidor, possibilitada pela competição; e segundo, os consumidores devem poder escolher livremente dentre estas opções. Essas duas condições, por sua vez, limitam a área de atuação de cada uma dessas matérias. As normas antitrustes “visam a assegurar que o mercado permaneça competitivo e que uma considerável gama de opções, livre de práticas como a fixação de preços ou fusões anticompetitivas, esteja à disposição dos consumidores”³⁶⁸. A violação das normas antitruste consiste, assim, em falhas de mercado externa. Por outro lado, as normas de defesa do consumidor “visam a assegurar que consumidores possam efetivamente escolher dentre aquelas opções sem ter suas faculdades críticas prejudicadas por violações

³⁶³ RIBEIRO, GALESKI JUNIOR, 2015, p. 107.

³⁶⁴ TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 187.

³⁶⁵ AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45, jan.-mar./2003, p. 32.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 26.

³⁶⁷ AVERITT, LANDE, loc. cit.

³⁶⁸ AVERITT, LANDE, loc. cit.

como a fraude ou a retenção de informação material”³⁶⁹. A infração as normas de defesa do consumidor, por consequência, implicam em falhas de mercado interna.

Retornando ao assunto da assimetria informacional, Cláudia Viegas³⁷⁰ ensina que essa disparidade ocorre quando uma das partes detém mais informações (quantitativa ou qualitativa) do que a outra. Assim, numa transação, os agentes possuem níveis de informação diferentes, não somente em relação ao bem transacionado, mas também ao acesso à informação. Isso significa que, em determinados mercados específicos, uma das partes sabe muito mais sobre as reais qualidades do objeto da negociação do que a outra³⁷¹, acarretando situações indesejadas e obstaculizando relações econômicas mais eficientes³⁷².

A assimetria informacional, como falha de mercado que é, macula o mercado de consumo como um todo, vindo a afetar não somente o consumidor, mas também o fornecedor, por meio do risco moral³⁷³ e da seleção adversa³⁷⁴. O foco da tese, no entanto, é a defesa do consumidor e, nesse sentido, a assimetria informacional provoca a excessiva desconfiança³⁷⁵ ou a completa ignorância dos consumidores sobre a qualidade e as características dos produtos e serviços. No primeiro caso, pode acabar por inviabilizar a realização da aquisição do bem de consumo e, no segundo caso, pode acarretar danos ou prejuízos ao consumidor por vícios e defeitos dos produtos e serviços.

Agir para corrigir as falhas de mercado. Esse, portanto, é o objetivo que o Estado deve perseguir para promover a defesa do consumidor e que os juseconomistas compartilham³⁷⁶. Uma vez que a presente tese aborda a defesa do consumidor sob a ótica da AED, esse objetivo faz sentido e passa a ser adotado para o caminhar da pesquisa.

A percepção – liberdade econômica do consumidor – é salutar para excluir a proteção paternalista como objetivo da defesa do consumidor. Assim como a ética social, o paternalismo

³⁶⁹ Ibid., p. 26.

³⁷⁰ VIEGAS, MACEDO, 2010, p. 91.

³⁷¹ MUÑOZ, 2013, p. 52.

³⁷² RIBEIRO, GALESKI JUNIOR, 2015, p. 110-11.

³⁷³ O risco moral diz respeito a conduta futura do contratante, havendo a possibilidade de comportamento oportunista ou não cooperativo. Por exemplo, o mercado de seguros. Nessa situação, como o segurado estará garantido por indenização em caso de acidente, ele passa a adotar um comportamento “mais imprudente”, ou seja, que agrave o risco de ocorrência do evento sinistro (PFEIFFER, 2015, p. 112).

³⁷⁴ A seleção adversa consiste na circunstância da insuficiente informação provocar um tratamento uniforme das situações díspares, o que pode afastar os clientes com melhor perfil. Por exemplo, o mercado de crédito. Nesse caso, o credor (o banco) não possui condições de obter as informações suficientes sobre seus potenciais clientes e, por isso, não tem capacidade de discernir entre bons e maus pagadores. A consequência disso é que será estabelecida uma taxa média de juros mais elevada, como forma de compensar o risco do não pagamento, ao invés de se praticar taxas diferenciadas de acordo com o perfil individual de cada tomador de empréstimo (Ibid., p. 112-3).

³⁷⁵ VIEGAS, MACEDO, 2010, p. 91.

³⁷⁶ ARIDA, 2005, p. 14.

é próprio dos adeptos da vertente social. Há autores que têm a impressão de que o governo, como uma autoridade paternal, pode controlar o que as pessoas consomem e, por consequência, impedir que eventualmente elas se prejudiquem. Essa consciência, entretanto, é falsa³⁷⁷. O paternalismo interfere sobre a autonomia de vontade e a supremacia do consumidor e, por esse motivo, restringe a sua liberdade de agir, o que também não é consentâneo com a ordem constitucional econômica implantada no Brasil.

O objetivo da defesa do consumidor, desse modo, não deve sugerir a sua vontade, mas sim esclarecê-la. Mas nem sempre isso será possível. A assimetria informacional jamais pode ser eliminada por completo. Não obstante, surpreende Ludwig Von Mises³⁷⁸ ao dizer que o consumidor tem o direito de ser tolo. Explica o autor, “assiste-lhe o direito de cometer erros: ninguém pode impedir de cometê-los, embora, obviamente, deva pagar por eles”³⁷⁹. Em seguida, complementa o autor, “muitas vezes os consumidores compram ou consomem artigos que não deviam comprar ou consumir”³⁸⁰. A afirmação, talvez, possa soar agressiva ou impertinente, mas é compreensível quando tratada na prática. Num mercado de consumo composto por consumidores heterogêneos, como é o atual, não é conveniente aceitar uma política paternalista, pois nem todos tenderão aos mesmos desejos e opiniões.

A proteção do consumidor contra as falhas de mercado – assimetria informacional – parece ser a principal incumbência do Estado e o objetivo mais consentâneo para atingir a finalidade da ordem econômica (exposta na seção anterior). Ou seja, o exercício com plenitude das livres iniciativa e concorrência pelos fornecedores, mediante a observância do respeito à liberdade de escolha mais consciente e reflexiva do consumidor. Agindo assim, sustenta Luciano Benetti Timm³⁸¹, haverá maior probabilidade de que o Estado garanta a eficiência das trocas econômicas, isto é, a maior fluidez com o mais baixo custo das transações.

Assumir a ética social ou o paternalismo como objetivo da defesa do consumidor é influir, indevida e negativamente, no funcionamento do mercado, comprometendo não apenas a subsistência do capitalismo, como afirma Amanda Flávio de Oliveira³⁸², mas também a própria sociedade. Isso porque, o mercado além de uma instituição social afigura-se, hoje, como uma necessidade social. A sociedade contemporânea, assegura Luciano Benetti Timm³⁸³, não

³⁷⁷ VON MISES, 1985, p. 20.

³⁷⁸ VON MISES, 1985, p. 20.

³⁷⁹ VON MISES, loc. cit.

³⁸⁰ VON MISES, loc. cit.

³⁸¹ TIMM, 2008, p. 88.

³⁸² OLIVEIRA, 2016, p. 250.

³⁸³ TIMM, op. cit., p. 85.

consegue se estabelecer sem as práticas de mercado. O mercado é necessário para atingir níveis adequados de vida. Enfim, é “a instituição que, com melhor eficiência econômica, viabiliza as trocas em uma sociedade complexa, oportunizando a melhor resposta ao dilema de necessidades ilimitadas com recursos escassos”³⁸⁴.

3.4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: RELEITURA E REINTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS BÁSICOS

Esta seção iniciou objetivando demonstrar que a defesa do consumidor no Brasil enveredou-se para um modelo social, que não é consentâneo com a Constituição econômica brasileira. A partir dessa demonstração, procurou-se redefinir a finalidade da ordem econômica de acordo com os princípios da economia de mercado aqui implantada. Propondo-se uma ordem econômica que gere a harmonia dos interesses das partes e compatibilize os seus princípios, depreendeu-se, por último, que o objetivo da defesa do consumidor consiste em corrigir falhas de mercado, no caso, a assimetria informacional.

Partindo da abordagem de Direito e Economia, espera-se demonstrar as disfunções e distorções provocadas pelas instituições de defesa do consumidor elaboradas com base em uma estrutura de incentivos enviesada por um modelo social. Na mesma ocasião, almeja-se destacar a importância da AED para a releitura e reinterpretação dos direitos básicos do consumidor. Por essa abordagem, esclarece Luciano Benetti Timm³⁸⁵, o sistema jurídico cumpre maior função social, já que se trata de um modelo regulatório em que o Direito respeita, protege e reforça o mercado, enfim, admite que o mercado é um fato e uma necessidade social e permite que ele se desenvolva beneficiando toda a coletividade que nele interage.

Entretanto, a releitura e a reinterpretação que se pretende propor nesta seção não é de fácil aceitação, pois como relata Amanda Flávio de Oliveira, existe uma forte resistência de alguns estudiosos em aceitar uma abordagem econômica do Direito nesses casos, “por compreendê-la inadequada a uma disciplina jurídica do consumidor sustentada em bases sociais”³⁸⁶, como ocorreu na trajetória brasileira.

A análise econômica do direito de defesa do consumidor (AEDDC), outrossim, não significa a racionalização de direitos, como incorretamente pensam os consumeristas ortodoxos. Não se trata, pois de um retrocesso de direitos conquistados. A AEDDC, enfim,

³⁸⁴ TIMM, loc. cit.

³⁸⁵ TIMM, 2008, p. 90.

³⁸⁶ OLIVEIRA, FERREIRA, 2012, p. 13.

consiste na interpretação das regras de defesa do consumidor, levando-se em consideração postulados econômicos, principalmente do eficientismo e do institucionalismo.

É preciso, contudo, admitir com Rachel Sztajn³⁸⁷ que algumas medidas, do ponto de vista econômico, nem sempre são as melhores como critérios de justiça. Desta forma, a AEDDC não pode ser levada pelo auto-interesse de quem analisa, pois na medida em que todos são consumidores e participam da relação de consumo, é evidente que o mercado de consumo sempre será visto sob a ótica pró-consumidor.

3.4.1 O direito à educação e à informação diante da assimetria informacional do consumidor e a disfuncionalidade decorrente do seu excesso

Os incisos II e III do art. 6º do CDC enumeram dois dos mais emblemáticos direitos básicos do consumidor: a educação e a informação. O direito à informação, conforme a dicção do próprio dispositivo legal, consiste em transmitir ao consumidor informações sobre o produto ou o serviço, notadamente, no que se refere às suas características, quantidade, qualidade, composição, preço, garantia, prazo de validade, origem e os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. O direito à educação, por sua vez, explica Sergio Cavalieri Filho³⁸⁸, consiste em aumentar o consumidor de um poder de reflexão e de formulação de um juízo crítico acerca do consumo de bens e serviços. Com isso, pretende-se minimizar os efeitos da racionalidade limitada do consumidor e sua disparidade com o fornecedor em virtude da exclusividade que ele detém sobre o processo produtivo.

Antes de prosseguir com a análise, de se destacar que a estrutura de incentivos adotada pelo legislador ordinário para cumprir com a política de defesa do consumidor constituiu, para além da atribuição de direitos ao consumidor, em imposição de deveres ao fornecedor e ao próprio Estado. Cláudia Lima Marques, nesse sentido, explica que “o método escolhido pelo legislador do CDC para alcançar as finalidades protetivas foi o da imposição de novos deveres legais”³⁸⁹. Deste modo, a cada direito indisponível criado em favor dos consumidores, ao mesmo tempo, deu-se origem a obrigações impostas aos fornecedores e deveres de prestações normativas impostas ao ente público.

Em vista desta estrutura de incentivos, como decorrência do direito básico à

³⁸⁷ SZTAJN, 2016, p. 7.

³⁸⁸ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 101.

³⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor – antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, jul.-set./1992, p. 183.

informação, impôs-se ao fornecedor a obrigação de ofertar ao consumidor de forma adequada (art. 6º, III do CDC), necessária (art. 8º do CDC) e ostensiva (art. 9º do CDC). Por outro lado, como consequência do direito à educação, atribuiu-se ao fornecedor e ao ente público a obrigação de educar o consumidor numa verdadeira proteção paternalista. Por exemplo, sustentam os consumeristas³⁹⁰ o dever dos fornecedores em educar os consumidores a se prevenirem contra o superendividamento.

Sobre o dever de educação, Sergio Cavalieri Filho³⁹¹ ensina que a educação para o consumo envolve dois aspectos: o formal e o informal. A educação formal se desenvolve por meio de políticas de inserção de temas relacionados ao direito do consumo e do consumidor nos currículos escolares, desde o ensino fundamental, em escolas públicas e privadas, até o ensino universitário, em disciplina com autonomia científica e pedagógica. Deste modo, pensam os consumeristas em constituir importante ferramenta na construção da cidadania e na formação de indivíduos conscientes. A educação informal, por sua vez, se desenvolve por meio das mídias de comunicação social e / ou institucional, direcionadas ao público geral ou específico, com o intuito de prestar informações, orientações e / ou esclarecimentos aos consumidores.

Como se nota, a consecução do direito à informação e à educação impõe ao fornecedor e ao próprio Estado uma complexidade de deveres e obrigações. Ocorre que, o excesso de medicamento administrado para tentar corrigir a anomalia da assimetria informacional do consumidor – ou vulnerabilidade técnica e informacional para os consumeristas – causou efeitos colaterais não desejáveis. A concretude exacerbada desses direitos, em determinados casos, resultou em regras disfuncionais, sem qualquer melhoria na situação dos consumidores. Para explicar as distorções provocadas pelo desdobramento desses direitos, embasa-se, especialmente, na vertente da econômica comportamental (*behavioral law and economics*), a qual se apresenta como uma pertinente abordagem para verificar a eficiência desses direitos / deveres.

³⁹⁰ Para Antonio Carlos Efig, Gabriele Polewka e Olenka Woolcoot Oyague, em muitas ocasiões, os consumidores são verdadeiras vítimas da concessão irresponsável de crédito por profissionais inescrupulosos. A falta de educação ou de informações adequadas aos consumidores sobre os impactos das dívidas no seu orçamento também os tornam suscetíveis ao superendividamento. Sustentam, por isso, a necessidade de estabelecer deveres aos fornecedores de crédito (EFING, Antonio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OLENKA, Oyague Woolcoot. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população: emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate. **Novas tendências do direito do consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 327.

³⁹¹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 101-2.

Em estudo realizado sobre o dever de informação, Bruno Vinícius da Rós Bodart³⁹² chegou à conclusão de que a overdose informativa é, em várias situações, irrelevante e impertinente. O consumidor não gastará seu tempo lendo as diversas informações transmitidas pelo fornecedor, por qualquer via que seja (manual de instrução, sítios eletrônicos ou *QR Code*). Muitas das informações impostas pelas políticas públicas são de utilidade questionável e não acrescentam absolutamente nada para a tomada de decisão do consumidor. Ao contrário, ao informar o consumidor sobre determinada configuração ou qualidade do produto ou serviço pode-se induzi-lo a erro. Isso porque, com base nos postulados da economia comportamental³⁹³, ao chamar a atenção para um determinado dado, é natural que ele se afaste de outras informações tão ou mais relevantes³⁹⁴.

Um exemplo pertinente diz respeito à Lei n. 11.105/2005, que obriga fornecedores a informar nos rótulos o conteúdo de alimentos transgênicos por meio do símbolo “T”. Esse tipo de informação, além de gerar aumento de custos, naturalmente repassados ao consumidor, tende a um efeito reverso. O consumidor, ao se deparar com esse símbolo, recebe um alerta e tende a relacionar a informação a algum tipo de risco ou dano à sua saúde e vida. No entanto, na medida do desenvolvimento tecnológico, pesquisas comprovam que o temido risco de dano à vida e à saúde já não existe mais³⁹⁵, prescindindo, assim, a permanência da informação³⁹⁶.

Tudo isso, ademais, ocorre num contexto de pouca instrução dos consumidores, seja por analfabetismo ou baixo nível de alfabetismo, seja pela baixa renda dos consumidores que não possuem aparelhos celulares habilitados ao uso de tecnologia³⁹⁷, por exemplo, para consultar informações via *QR Code*. Essa condição de muitos dos consumidores brasileiros tende a tornar ainda mais disfuncional o direito / dever à informação.

Outro exemplo bastante apropriado advém da Resolução n. 218/2012 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), que obriga as transportadoras aéreas a divulgarem, no momento da venda da passagem, os percentuais de atrasos e cancelamentos dos voos domésticos e internacionais que comercializam no Brasil. A exigência da referida informação

³⁹² BODART, 2017, p. 118-9.

³⁹³ A isso se dá o nome de heurística de disponibilidade. Essa manifestação neurocognitiva explica que os agentes tendem a adotar as informações que lhes vêm mais instantaneamente à mente, seja porque são recentes, seja porque são marcantes. Assim, os agentes avaliam e tomam suas decisões de acordo com eventos que são hiperestimados ou subestimados de acordo com o momento ou a importância em que ocorreram (RIBEIRO, TIUJO, 2018, p. 608).

³⁹⁴ BODART, 2017, p. 121.

³⁹⁵ Ibid., p. 119-20.

³⁹⁶ O Projeto de Lei n. 34/2015, já aprovado na Câmara dos Deputados e na Comissão do Meio Ambiente do Senado Federal, pretende eliminar o símbolo “T” dos rótulos de produtos transgênicos.

³⁹⁷ BODART, op. cit., p. 118.

é totalmente inócua e não trará qualquer benefício ao consumidor, apenas aumento de custos desnecessários. Por exemplo, nas localidades onde não haja concorrência, diante da ausência de opções de voos, o consumidor possivelmente não deixará de adquirir os serviços. Por outro lado, havendo concorrência, as próprias transportadoras terão o interesse em prestar o serviço com a melhor qualidade e segurança possível, pois o empresário prestador, independentemente de interferência legal ou governamental, é o único juiz da qualidade dos serviços vendidos³⁹⁸. Nesta situação, a obrigatoriedade da mera informação sobre atrasos e cancelamentos, sem a informação da causa atrelada, é incoerente, uma vez que tais fatos podem estar relacionados a casos fortuitos e de força maior, não atribuíveis ao prestador. Em vista disso, haverá a imposição de deveres contraditórios com o próprio CDC, na medida em que as prestadoras de transporte aéreo estarão constrangidas de atrasar e cancelar seus voos, ao mesmo tempo em que deverão garantir a segurança à vida e saúde dos consumidores.

Por outro lado, para cumprir com o direito à educação, diversas políticas públicas são propostas em todos os âmbitos estatais com o intuito de incluir nos currículos básicos escolares disciplinas afetas a esse assunto. Sem querer prestar um desserviço à educação, os estudos de economia comportamental revelam que a simples educação passiva, teórica e abstrata não encontra equivalência nas poderosas forças psicológicas³⁹⁹. Nesse sentido, de se destacar que as manifestações neurocognitivas – heurísticas e vieses⁴⁰⁰ – são regras gerais de influência⁴⁰¹ do comportamento que afetam o psicológico e o inconsciente do ser humano. Ao agirem desta forma, as heurísticas e vieses se tornam invencíveis, mesmo diante de ostensiva informação e educação⁴⁰².

É preciso, pois reconhecer que o mercado é dinâmico. Os fornecedores sempre irão maximizar seus lucros, buscando mecanismos (e armadilhas) diversos para chamar a atenção do consumidor. Os consumidores, por outro lado, sempre irão maximizar seu bem-estar, no

³⁹⁸ COMPARATO, 1990, p. 67.

³⁹⁹ LIMA, Bruna Giacomini; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. *Homo economicus: os (des)encontros da sociedade de consumo superendividada*. In: FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; CARVALHO, Diógenes Faria de; SANTOS, Nivaldo dos. **Sociedade de Consumo: pesquisas em direito do consumidor**. Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2015, p. 64.

⁴⁰⁰ Heurísticas e vieses são pensamentos que vêm à mente rapidamente e sem muita reflexão. São decisões tomadas, no dito popular, de “bate-pronto”. Trata-se, enfim, de simplificação no processo decisório do agente, que podem levá-lo a decisões adequadas, mas por vezes, imperfeitas. Apesar disso, não se pode condená-las totalmente no dia-a-dia das relações de mercado – especialmente as relações de consumo –, haja vista que o mercado é dinâmico e necessita de decisões rápidas, mesmo diante de situações com grande quantidade de dados e variáveis (KAHNEMAN, 2012, p. 156).

⁴⁰¹ SANTOLIM, 2015, p. 170.

⁴⁰² KAHNEMAN, op. cit., p. 156.

sentido de satisfazer as suas diversas necessidades e comodismos, destinando seus rendimentos para o consumismo, o que, aliás, faz parte da economia capitalista.

Diante do exposto, acompanha-se Cesar Santolim⁴⁰³, no sentido de que a melhor forma de aprendizagem para o consumidor é a partir dos erros cometidos no passado. Trata-se do conhecimento obtido pela experiência. Neste particular, a educação para o consumo deve partir e contar com a participação da família, a qual tem o primordial dever de educar as suas crianças e jovens, em corresponsabilidade com a sociedade e o Estado, como preconiza o art. 227 da CRFB. Ainda que nem todas as famílias tenham familiaridade com as heurísticas e vieses do mercado de consumo, concluem Marcia Carla Pereira Ribeiro e Edson Mitsuo Tiujo⁴⁰⁴, é pela educação transmitida pela família que o futuro consumidor toma conhecimento dos erros sistemáticos cometidos em compras desnecessárias, dos problemas patrimoniais decorrentes do endividamento e do superendividamento, do tamanho do poder aquisitivo da família, das prioridades familiares na aquisição de produtos e na contratação de serviços, da conscientização acerca do desperdício de alimentos e, especialmente, do equilíbrio entre receitas e despesas.

3.4.2 O direito à proteção contra práticas comerciais e contratuais abusivas e o direito à livre iniciativa e concorrência

O CDC, em seu art. 6º, V enumerou como direito básico do consumidor a proteção contratual e comercial. Posteriormente, de forma esparsa, o próprio CDC especificou diversas situações ao longo do texto legislativo ordinário que se mostraram totalmente disfuncionais e antieconômicas. Por isso, são situações que merecem uma releitura, notadamente com base nas premissas dedutivas apontadas nesta seção sobre a finalidade da ordem constitucional econômica, o objetivo da defesa do consumidor e, sobretudo, a metodologia da AED.

Como exemplo, no art. 52, § 1º, a Lei de Consumo prevê, a título de multa penal, juros moratórios de 2%. Esse percentual demasiadamente ínfimo, pode gerar comportamentos oportunistas e propiciar uma estrutura de incentivo ao inadimplemento, causando um efeito contrário à função do próprio instituto da cláusula penal. Outro exemplo, é o art. 52, § 2º que prevê ao consumidor o direito à quitação antecipada do seu débito, com abatimento de acréscimos contratuais, podendo-se cogitar, nesse caso, de violação ao princípio *pacta sunt servanda*.

⁴⁰³ SANTOLIM, op. cit., p. 178.

⁴⁰⁴ RIBEIRO, TIUJO, 2018, p. 612.

Por conseguinte, no inciso IV do art. 6º, o CDC enumerou como direitos básicos do consumidor a proteção contra práticas comerciais e contratuais abusivas, por meio da possibilidade de modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais e da flexibilização de contratos que se tornem excessivamente onerosos. Os referidos direitos foram, posteriormente, tratados de forma mais aprofundada nos arts. 39 e 51 do próprio CDC, onde se enumerou uma série de 27 situações consideradas abusivas. Em comum, todas as situações que, de alguma forma, sejam desfavoráveis ao consumidor ainda que isoladamente considerado, são estigmatizadas como abusivas e, portanto, proibidas.

Evidentemente, é desnecessário enfrentar as 27 situações de abusividade tratadas pelo CDC. Chama-se atenção, no entanto, para duas questões que acarretam a disfuncionalidade e a incoerência das suas disposições.

Em primeiro lugar, por um simples passar de olhos nos incisos dos artigos, é de fácil inferência verificar a quantidade de expressões vagas⁴⁰⁵ adotadas pelo legislador ordinário. Essa técnica legislativa, por meio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, típica de modelos sociais⁴⁰⁶, é extremamente prejudicial ao ambiente do mercado de consumo. O uso de expressões vagas gera insegurança para os negócios⁴⁰⁷ e impacta, negativamente, na fluidez das transações. Essa técnica legislativa aliada às decisões judiciais enviesadas por uma interpretação pró-consumidor (art. 47 do CDC⁴⁰⁸) acarretam comportamentos oportunistas, conduzindo parcela de consumidores mais abastados a demandar em juízo, a fim de obter revisões em seus contratos firmados com fornecedores. O efeito disso é a transferência desses custos ao mercado de consumo, afetando principalmente outra parcela desprovida de consumidores, especialmente, mediante a elevação das taxas de juros e a diminuição no volume de crédito.

Em segundo lugar, muitas das situações consideradas abusivas, assim foram estabelecidas, sem um raciocínio econômico e sem a observância das premissas dedutivas expostas nesta seção. Essa política enviesada, conduziu-se a casos de total incoerência na proteção do consumidor. Um bom exemplo diz respeito às garantias legais (art. 26). O CDC, ao prever a obrigatoriedade da garantia legal, além de promover o repasse desse custo aos consumidores, deixando de observar o cálculo empresarial, acabou por estabelecer uma

⁴⁰⁵ Por exemplo: justa causa (art. 39, I e X); usos e costumes (art. 39, II); fraqueza (art. 39, IV); vantagem manifestamente excessiva (art. 39, V); obrigações iníquas e abusivas, desvantagem exagerada, boa-fé e equidade (art. 51, IV).

⁴⁰⁶ TIMM, 2008, p. 19.

⁴⁰⁷ BODART, 2017, p. 126.

⁴⁰⁸ Art. 47 (CDC). As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

situação que ele mesmo veda, qual seja, a venda casada do produto ou serviço⁴⁰⁹ embutida com a garantia⁴¹⁰, cuja previsão se encontra no art. 39, I, do CDC.

Por conseguinte, várias situações previstas nos arts. 39 e 51 taxaram de abusivas práticas comerciais e cláusulas contratuais que, sob a perspectiva da liberdade econômica, não o seriam. Citam-se como exemplos a venda casada e a venda de produtos com limites quantitativos (art. 39, I), a recusa de atendimento aos consumidores na medida das disponibilidades de estoque (art. 39, II) e a recusa a venda de bens ou prestação de serviços a quem se disponha a adquirir mediante pronto pagamento (art. 39, IX). Tais situações nem sempre se afiguram abusivas, principalmente em um livre mercado.

A estratégia da venda casada, por exemplo, pode, por um lado, prejudicar unicamente o próprio fornecedor, com a perda de clientes e de receitas. Se, por outro lado, houver consumo em larga escala é porque os consumidores gostaram do seu formato de negócio⁴¹¹. A venda exclusiva de itens por determinado estabelecimento, por exemplo o cinema com os itens de *bombonière*, beneficiam consumidores de baixa renda pelo “subsídio cruzado” daqueles de melhores condições⁴¹², cuja prática também é conhecida como “preços estrategicamente compostos”⁴¹³. São, portanto, as receitas decorrentes das vendas acessórias que permitem ao fornecedor cobrar ingressos mais baratos.

O que é necessário raciocinar é que, para além de abusivas, tais práticas estão na esfera de liberdade econômica do fornecedor. A preocupação é exclusivamente do empresário que suportará os prejuízos da rejeição dos consumidores ao seu formato de negócio. Portanto, políticas públicas que pretendam interferir nessas práticas podem ocasionar um efeito reverso, cuja consequência, além de não propiciar nenhuma melhora na situação do consumidor, compromete o desenvolvimento econômico e a geração de riquezas.

3.4.3 O direito à proteção da vida, saúde e segurança pela qualidade dos produtos e serviços e a efetiva reparação integral do consumidor e o problema do custo social e da titularidade do direito reparatório e indenizatório

⁴⁰⁹ Por venda casada entende-se a prática comercial de condicionar o fornecimento de produto ou de serviço a outro produto ou serviço (art. 39, I do CDC).

⁴¹⁰ Pelo CDC, o fornecedor tem a obrigatoriedade de assegurar a garantia do produto contra vícios e defeitos pelo período de 30 dias para produtos não duráveis (art. 26, I do CDC) e 90 dias para produtos duráveis (art. 26, II do CDC).

⁴¹¹ BODART, 2017, p. 134.

⁴¹² Ibid., p. 135.

⁴¹³ BRITTO, 2018, p. 18.

O inciso I do art. 6º do CDC assegurou, como direito básico do consumidor, a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. A partir desse direito, o Poder Público elaborou diversas políticas no sentido de fixar padrões mínimos de configuração e qualidade dos produtos e serviços. Bruno Vinícius da Rós Bodart⁴¹⁴ explica que a imposição dessas características é questionável do ponto de vista juseconômico⁴¹⁵, haja vista que estabelecem barreiras de entrada ao mercado, impedindo que parcela dos consumidores tenham acesso aos bens de consumo por causa dos preços mais elevados, bem como dos fornecedores que não possuem estrutura para atender aos novos requisitos, provocando distorções na concorrência.

De toda forma, mesmo diante das exigências de aperfeiçoamento no fornecimento dos produtos e na prestação dos serviços, acidentes de consumo e más execuções contratuais continuam e sempre continuarão a ocorrer. Em face disso, o inciso VI do art. 6º do CDC assegurou, também como direito básico do consumidor, a sua reparação efetiva e integral em vista dos danos sofridos. Como consequência desse direito, o legislador consumerista abandonou os diversificados regimes⁴¹⁶, modelos⁴¹⁷ e espécies⁴¹⁸ de responsabilidade civil, para adotar um modelo único que se concentra apenas no vício (arts. 18 a 25) e no fato (arts. 12 a 17) do produto ou do serviço.

A responsabilidade de consumo, nos termos em que foi planejado pelo CDC, tem natureza objetiva e, portanto, prescinde de qualquer discussão sobre a culpa⁴¹⁹, salvo em relação aos profissionais liberais que respondem subjetivamente nos termos do art. 14, § 4º do CDC. O fornecedor assume uma responsabilidade ilimitada pelo defeito do produto ou do serviço⁴²⁰, inclusive, em relação a pessoas com quem não manteve qualquer relação sinalagmática, ou seja, de prestação e contraprestação, como no caso dos consumidores por equiparação (arts. 17 e 29). É o que se verifica, por exemplo, em relação aos convidados de um casamento que sofrem

⁴¹⁴ BODART, op. cit., p. 123.

⁴¹⁵ Como já se mencionou na seção n. 3.2, com amparo em Fábio Konder Comparato e Luiz Antonio Nunes, uma análise juseconômica defende que uma melhor qualidade dos produtos e serviços seja implementada espontaneamente pelos fornecedores, por meio da inventividade e do desenvolvimento econômico, e não pela imposição da legislação consumerista.

⁴¹⁶ O Código Civil adotou dois regimes jurídicos distintos de responsabilidade civil: a extracontratual ou aquilina decorrente de ato ilícito (art. 186 e seguintes); e a contratual decorrente da violação ou descumprimento do contrato (art. 389 e seguintes).

⁴¹⁷ Por conseguinte, a Lei Civil optou, simultaneamente, por dois modelos distintos de responsabilidade civil: a subjetiva, fundada no ato ilícito culposo (art. 186) e no abuso de direito (art. 187); e a objetiva, fundada no risco (art. 927, parágrafo único) e no fato do produto (art. 931).

⁴¹⁸ São duas espécies de responsabilidade civil: a direta ou por ato próprio (art. 186); e a indireta ou por ato de outrem (art. 932), pelo fato da coisa (art. 936) ou do animal (art. 937).

⁴¹⁹ O CDC adotou o superamento do princípio da culpabilidade (COELHO, 1994, p. 63).

⁴²⁰ O CDC adotou o superamento do princípio da relatividade (Ibid., p. 67).

intoxicação alimentar pelo fornecimento de alimentos estragados pela prestadora de serviços de eventos festivos contratada pelo anfitrião da festa. Nesse caso, os convidados do evento, vítimas dele, embora não tenham tido relação contratual com o fornecedor de alimentos, podem, com base na legislação de consumo (art. 17), equiparar-se a consumidores. Essas opções legislativas, segundo os estudos de Cláudia Lima Marques, “concentra-se não somente na atividade de risco do fornecedor, mas principalmente na existência do defeito e do nexo causal entre o defeito e o dano”⁴²¹.

Em decorrência da responsabilidade objetiva e ilimitada, o CDC impôs ao fornecedor o dever de reparação efetiva do consumidor. Trata-se, na visão dos consumeristas, da aplicação dos princípios da indenização integral aliado ao da socialização dos custos da reparação⁴²². Sem querer adotar como fundamento, mas assumindo-o pelo seu caráter dogmático, o art. 944 do Código Civil (CC), de forma sucinta, porém exaustiva, explica o significado do princípio da reparação integral, enunciando que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Isso significa que o fornecedor, ao ser responsabilizado pelo fato do produto ou do serviço, deverá proceder ao ressarcimento de todos os danos suportados pelo consumidor, o que envolve além dos materiais (danos emergentes e lucros cessantes), também os imateriais (dano moral).

Ao assegurar esses direitos básicos, o CDC, em seus capítulos posteriores, limitou a atividade econômica dos fornecedores, estabelecendo expressamente na lei, a vedação a estipulação contratual de cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a obrigação de indenizar (art. 25). Não bastasse isso, o CDC ainda reforçou como abusiva e, portanto, nula, qualquer cláusula contratual com esse conteúdo (art. 51, I), salvo, excepcionalmente, a situação que envolva a relação de consumo entre fornecedor e consumidor pessoa jurídica.

Como se nota, o CDC adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor e ilimitada em relação à reparação e indenização de danos sofridos pelo consumidor em detrimento da responsabilidade subjetiva e contratual, sujeita à culpabilidade e relatividade. De toda sorte, sob uma análise juseconômica, nenhum dos modelos de responsabilidade conduz ao ótimo social⁴²³.

Conforme ensina Hugo Alejandro Acciarrri⁴²⁴, a adoção da responsabilidade objetiva não é totalmente eficiente pelos seguintes motivos: primeiro porque, em relação aos causadores de danos (fornecedores), elimina os incentivos para a adoção de precauções; e, segundo porque, em relação aos consumidores, elimina os incentivos para usar adequadamente os produtos

⁴²¹ MARQUES, 1992, p. 182.

⁴²² Ibid., p. 183.

⁴²³ ACCIARRI, Hugo Alejandro. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

⁴²⁴ ACCIARRI, loc. cit.

adquiridos. Isso ocorre, porque a responsabilização dos fornecedores sempre ocorrerá e os consumidores seriam indenizados em todos os casos.

A responsabilidade subjetiva, por sua vez, expõe Fernando Boarato Meneguim⁴²⁵, apresenta custos muito altos, pois faz surgir uma litigância individualizada entre fornecedor e consumidor, para um problema que atinge a todos. Por isso, da mesma forma como a responsabilidade objetiva, a responsabilidade subjetiva também não se mostra totalmente eficiente por duas razões: primeiro, porque parte do pressuposto que o juiz sabe verificar o ponto exato (ótimo social) entre a culpa e a falta de culpa, mas isso é errôneo. Mesmo que contem com mecanismos processuais (perícias, técnicos, testemunhas etc.) para tanto, as partes nem sempre conduzem o processo adequadamente e nem sempre têm acesso às informações privadas dos fornecedores⁴²⁶; e, segundo, porque a caracterização jurídica da culpa é difícil. A culpa, relata Hugo Alejandro Acciarri⁴²⁷, é julgada com base em critérios de regularidade social, ou seja, sobre a base de como regularmente se comportam outros sujeitos no campo que se está tratando. Ademais, pelo sistema subjetivo, sendo a culpa julgada à luz das precauções que usualmente adotam os empresários de certo ramo, nenhum deles teria incentivos para investir em pesquisa tendente a descobrir e aplicar medidas mais eficientes: bastariam reproduzir eternamente os padrões de seus competidores para não ser considerados culpáveis e não ser responsáveis pelos danos causados ao consumidor⁴²⁸.

Independentemente do modelo de responsabilidade adotada, objetiva ou subjetiva, é importante definir previamente os riscos ⁴²⁹. Ao definir previamente o modelo de responsabilidade, o legislador acaba por alocar antecipadamente os riscos e, conseqüentemente, garantir maior segurança às relações de consumo. Por outro lado, na ausência de um sistema de responsabilização, esclarece Hugo Alejandro Acciarri⁴³⁰, o causador do dano iria optar em não tomar nenhuma medida de prevenção e isso acarretaria uma solução socialmente ineficiente.

⁴²⁵ MENEGUIM, Fernando Boarato. Um modelo econômico para a responsabilidade civil na defesa do consumidor. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 3, n. 2, jul.-dez./2012, p. 195.

⁴²⁶ ACCIARRI, 2014, p. 57.

⁴²⁷ ACCIARRI, loc. cit.

⁴²⁸ ACCIARRI, loc. cit.

⁴²⁹ Apenas para registrar uma opinião inversa, cita-se Ronald Coase. Para o autor, segundo interpretações realizadas por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein, a definição prévia do dever de indenizar podem conduzir os proprietários a perder o interesse em negociar, ou até mesmo em aceitar a permuta oferecida, caso considerem que o valor das indenizações possa superar ou mesmo neutralizar as perdas (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Ronald Coase: o fim da caixa preta. In: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (organizadores). **Análise Econômica do Direito: principais autores e estudos de casos**. Curitiba: CRV, 2019, p. 361).

⁴³⁰ ACCIARRI, op. cit., p. 52-3.

O fato de o fornecedor ter maiores informações em relação ao consumidor justifica a adoção da responsabilidade objetiva, sendo, pois consentânea do ponto de vista da AED. Trata-se de uma forma mais adequada de promover a proteção. Ao prever a responsabilidade objetiva, argumenta Carolina Cordeiro de Souza, “o CDC protege o consumidor e estimula a precaução do fornecedor”⁴³¹. Isso porque, continua a autora, o fornecedor é mais “apto a medir os riscos e tomar as precauções adequadas para evitar prejuízos”⁴³². No mesmo sentido, Fernando Boarato Meneguim⁴³³ e Fábio Ulhoa Coelho⁴³⁴ lecionam que essa modalidade de responsabilidade irá criar incentivos para que os empresários invistam em qualidade num nível eficiente, pois promove-se concomitantemente a qualidade do produto, a segurança nas relações e previne gastos futuros que poderiam decorrer tanto da má prestação quanto da busca por reparação dos danos.

Proposta a resposta da responsabilidade de consumo sob a ótica juseconômica, a partir de agora, concentra-se na análise do direito à efetiva reparação em cima de duas discussões. A primeira diz respeito ao valor ilimitado das reparações e indenizações e o problema do custo social. A segunda cinge-se à titularidade individual e / ou coletiva do direito reparatório e indenizatório.

Como já se expôs, o CDC adotou o princípio da reparação e indenização integral do consumidor, vítima de vício ou defeito do produto e do serviço. Segundo as novas funções da reparação de danos, justifica-se a imposição de valores indenizatórios e reparatórios em patamares ilimitados, a fim de indenizar e compensar os danos sofridos pelo consumidor (função compensatória) e coibir novas condutas danosas por parte do fornecedor, servindo como meio educativo para futuros comportamentos empresariais (função de desestimulação)⁴³⁵.

A perspectiva econômica no regime da responsabilidade ilimitada e da reparação integral, no entanto, centraliza-se na questão do custo social, cujo teorema foi desenvolvido por Ronald Coase⁴³⁶. Segundo o economista, decisões judiciais oriundas da aplicação desse regime poderiam ser inadequadas por conduzirem a resultados que, embora desejáveis ao privado, talvez, não o sejam ao social. Hugo Alejandro Acciarri, reescrevendo Ronald Coase, afirma que

⁴³¹ CORDEIRO, 2013, p. 103.

⁴³² CORDEIRO, 2013, p. 103.

⁴³³ MENEGUIM, 2012, p. 191.

⁴³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. A análise econômica do direito. **Programa de pós-graduação em Direito PUC-SP**. São Paulo, n. 2, 1995, p. 164.

⁴³⁵ ANDRADE, Vitor Morais de. As condenações por dano moral e sua função de desestímulo: relação entre direito e economia. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade. **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 85.

⁴³⁶ COASE, 2017, p. 95.

“os danos que ocorrem em uma sociedade não compreendem apenas um problema distributivo privado (que o autor do dano deva transferir ou não uma quantia em dinheiro, a título de compensação, à vítima), mas que também afetem a riqueza total da comunidade”⁴³⁷. Em simples palavras, o mesmo autor, finaliza: “o dono perdeu, mas também, por agregação, a sociedade em geral”⁴³⁸.

A preocupação é relevante. Imagine-se a magnitude das consequências de um acidente aéreo, notadamente, em relação a eventuais valores indenizatórios em patamares ilimitados. Imagine-se, agora, estar privado do uso do transporte aéreo, seja pela ausência da prestação de serviços, seja pelo elevado preço das passagens aéreas. As consequências sociais, como se percebe, são elevadíssimas. É preciso levar em consideração, diante disso, a especificidade da atividade de transporte aéreo e a sua elevada potencialidade de dano. Se, antigamente, o risco era decorrente do pouco desenvolvimento, hoje, a alta tecnologia limita os acidentes a causas remotas e extraordinárias. A concorrência no mercado de transporte aéreo, por conseguinte, conduzem os empresários desse ramo ao grau máximo de excelência em segurança, podendo eventuais falhas na prestação de serviço representar o fim da atividade.

A responsabilidade ilimitada e a reparação integral preconizadas pela defesa do consumidor, portanto, devem ser analisadas diante dos custos sociais que podem provocar. Essa discussão deve-se separar evidentemente dos lucros que a atividade proporciona, decorrentes da liberdade econômica, e vincular-se aos impactos que indenizações em responsabilidades ilimitadas e integrais podem provocar na atividade.

Por não se tratar de objeto central da tese, a presente pesquisa não pretende apresentar uma resposta à essa questão. Todavia, a discussão é bastante provocativa e faz invocar uma reflexão sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em repercussão geral, a partir do caso paradigma extraído do Recurso Extraordinário (RE) n. 636.331⁴³⁹. De acordo com referida decisão, deu-se prevalência às Convenções Internacionais de Varsóvia e Montreal, para o fim de fixar o regime de responsabilidade civil de forma limitada (subjéctiva) e o dever de reparação de forma tarifada dos transportadores aéreos nas situações de acidentes aéreos e de prejuízos sofridos por passageiros, especialmente em relação ao extravio de bagagens.

A segunda questão que se discute diz respeito à titularidade do direito de reparação e indenização decorrentes de violações às normas de defesa do consumidor e aos acidentes de

⁴³⁷ ACCIARRI, 2014, p. 36.

⁴³⁸ Ibid., p. 21.

⁴³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 636.331/RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

consumo. Para tanto, é importante destacar, de imediato, o caráter público e coletivo do ambiente do mercado de consumo. Conforme lição de Luciano Benetti Timm, “o mercado é um espaço público que gera eficiência, ao ensejar a concentração de agentes interessados em um determinado bem ou serviço, facilitando as trocas”⁴⁴⁰. Sendo um espaço público, a proteção do mercado poderia, em tese, ser exercida por qualquer agente econômico (consumidor) que dele participe, desde que em benefício de todos. Por essa razão, não é justo que apenas um consumidor se beneficie do direito de reparação e indenização, quando a conduta eventualmente ilícita ou abusiva praticada pelo fornecedor tenha atingido a coletividade de consumidores.

Das relações de consumo, portanto, podem exsurgir conflitos individuais e conflitos de massa. No mais das vezes, pensa-se que, apenas os acidentes de consumo podem suscitar conflitos individuais, tendo em vista que práticas atentatórias às normas consumeristas e práticas abusivas tendem a instaurar conflitos de massa, uma vez que ofendem não somente o consumidor individualmente considerado, mas sobretudo a coletividade de consumidores.

Embora o CDC tenha definido especificamente os direitos metaindividuais, qualificando-os em difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, I, II e III), tais direitos, por vezes, se confundem com os de natureza individual. Essa ausência de definição do direito de proteção permite que qualquer indivíduo vindique direitos reparatórios e indenizatórios decorrentes de práticas infracionais e abusivas. Ademais, essa imprecisão permite que consumidores oportunistas, que valoram mais a litigância do que outros, sejam beneficiados exclusivamente em suas ações individuais.

A guisa de ilustração, em janeiro de 2016, a população de Maringá (PR) sofreu com a interrupção do abastecimento de água por uma semana, em virtude de chuvas excessivas que causaram o transbordamento do Rio Pirapó, atingindo a estação de tratamento de água da cidade. A interrupção dos serviços ensejou rapidamente o ajuizamento de mais de 20.000 ações de reparações de danos, que poderiam representar um prejuízo de mais de R\$ 1,5 bilhão aos cofres da Companhia de Saneamento do Paraná (Sanepar)⁴⁴¹. Os primeiros demandantes foram beneficiados com sentenças condenatórias, mas a parcela dos demandantes posteriores, bem como o restante da população – cerca de 400.000 habitantes – que não ajuizaram ação ficaram sem qualquer reparação por suspensão posterior dos processos.

⁴⁴⁰ TIMM, 2008, p. 85.

⁴⁴¹ Seção Cível do TJPR suspende processos contra a Copel e a Sanepar para evitar julgamentos contraditórios em milhares de ações indenizatórias. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/>. Acesso em: 30/01/2020.

Nesse exemplo, duas situações de ineficiência poderiam ser verificadas. Em primeiro lugar, o privilégio auferido pelos demandantes mais rápidos em detrimento de outros que não valoraram tanto a via judicial, mas que sofreram com os mesmos transtornos. Em segundo lugar, a possibilidade de aniquilamento do fornecedor em virtude do alto custo das reparações, na hipótese de se manter a possibilidade de cada consumidor individualmente considerado postular seu direito reparatório, ao invés de se definir a causa como uma questão de interesse metaindividual, com conseqüente reparação por danos morais coletivos.

Sem o intuito de discutir a funcionalidade de alguns direitos, fato é que a estrutura de incentivos das instituições de consumo permite que indivíduos se beneficiem de direitos reparatórios. Pode-se citar, por exemplo, as vendas de produtos com prazo de validade vencido, a demora demasiada em filas de bancos, as vendas casadas ou limitações quantitativas de produtos, a cobrança de taxas indevidas por telefônicas, a elevação injustificada de mensalidades escolares etc. Evidentemente que, em todos esses exemplos, o consumidor individual foi afetado. Mas antes dele, o próprio mercado de consumo foi lesado, conforme a política de defesa do consumidor adotada no Brasil. Se o interesse afetado, portanto, é difuso ou coletivo, a preferência por sua defesa seria, primariamente, dos organismos legitimados para tanto, como o MP ou as associações de consumidores.

Para bem definir o direito à defesa do consumidor no mercado de consumo é preciso reconhecer, como expõe Leslie Shérída Ferraz⁴⁴², que na sociedade contemporânea, os conflitos de consumo são conflitos metaindividuais. Como tais, extrapolam a clássica noção de interesses pessoais, atingindo grupos e, por vezes, toda a coletividade. É imperioso admitir, outrossim, que o direito de defesa do consumidor, antes de um interesse individual, é um interesse coletivo⁴⁴³⁻⁴⁴⁴. Ou seja, o direito de defesa do consumidor, antes de proteger o consumidor individualmente considerado, visa à proteção da coletividade de consumidores e, conseqüentemente, do próprio mercado.

A fim de evitar que um consumidor se beneficie sozinho do direito reparatório, concorda-se com a proposta de Vitor Morais de Andrade, para quem “as decisões judiciais devem identificar exatamente qual o valor está sendo destinado para compensar a dor moral sofrida pelo lesado, e qual valor servirá para desestimular o agente a cometer atos similares”⁴⁴⁵. Pretende-se, assim, que as sentenças condenatórias provenientes de ações consumeristas,

⁴⁴² FERRAZ, 2015, p. 58.

⁴⁴³ MACIEL JÚNIOR, 1996, p. 51.

⁴⁴⁴ GOMES, 2011, p. 23.

⁴⁴⁵ ANDRADE, 2006, p. 85.

especifiquem a percentagem que cumprirá a função pedagógica e a que compensará o lesado pelo abalo sofrido⁴⁴⁶. Levando-se em consideração as distintas funções da reparação por danos morais, a proposta do autor impede que o consumidor individual, em demanda própria, se beneficie da quota dos valores reparatórios que não lhe pertence, mas sim à coletividade de consumidores.

A proposta é inovadora, no sentido de possibilitar ao magistrado, na própria ação individual, proceder à separação entre o dano que afeta a esfera individual (compensação) e o que afeta a coletividade de consumidores (pedagógica). Trata-se, portanto, de uma situação diferente da prevista no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) que se refere especificamente às ações coletivas e admite o dano social e a reparação por danos coletivos, cujos valores deverão ser revertidos para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD), regulamentado pelo Decreto n. 1.306/1994. Não obstante, nada impede que os valores provenientes da reparação pedagógica, na proposta apresentada, sejam igualmente revertidos ao mesmo fundo.

Essa separação dos valores reparatórios deseja, além de proporcionar total clareza à sentença, também, dar o correto destino aos valores fruto da condenação, evitando o enriquecimento sem causa por parte do consumidor litigante⁴⁴⁷, em detrimento de outros não litigantes, mas que também foram igualmente lesados. Isso significa que, na reparação moral decorrente das relações de consumo vislumbram-se dois beneficiários: um, a própria vítima com a compensação do prejuízo moral; outro, a sociedade de forma difusa, por meio do desestímulo do ofensor e do caráter pedagógico da condenação⁴⁴⁸.

3.4.4 O direito à facilitação da defesa dos interesses do consumidor e a assimetria informacional processual do fornecedor

O CDC prevê uma série de benefícios e privilégios processuais ao consumidor, como a facilitação da sua defesa e dos seus interesses no processo judicial pela inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), o direito a assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, I), o foro privilegiado do consumidor (art. 101, I), a responsabilidade solidária dos fornecedores em caso de vício do produto e / ou do serviço (arts. 18 e 19), a vedação à denúncia da lide pelo fornecedor (art. 88), a desconsideração da personalidade jurídica por causa de insuficiência

⁴⁴⁶ ANDRADE, loc. cit.

⁴⁴⁷ ANDRADE, 2006, p. 85.

⁴⁴⁸ ANDRADE, loc. cit.

patrimonial (art. 28) e as questões atinentes à tutela coletiva do consumidor (arts. 81 e seguintes). Além desses benefícios previstos no próprio CDC, os consumidores contam ainda com órgãos judiciais especializados em defesa do consumidor – os juizados especiais cíveis –, os quais os isentam de condenações sucumbenciais (art. 55 da Lei n. 9.099/1995) em primeira instância, na hipótese de improcedência da demanda.

Essa conformação legislativa, composta pelo CDC e pela Lei dos juizados especiais, teve o intuito de estabelecer em favor do consumidor uma política de livre e irrestrito acesso à justiça, sem a observância de quaisquer parâmetros ou filtros. Por esse motivo, ao longo das mais de três décadas de vigência da Lei n. 8.078/1990, as instituições de direito processual do consumidor, possivelmente, são as que mais tenham resultado em situações disfuncionais e distorcidas. Esta seção destina-se a revelar algumas destas incoerências, principalmente, em relação ao direito probatório do consumidor e o problema do congestionamento judicial causado por tais políticas.

A primeira análise diz respeito ao instituto da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII). Mediante a demonstração dos requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência, pode o magistrado decretar a inversão da regra geral do ônus da prova, desincumbindo o consumidor do encargo de provar fato constitutivo do seu direito. A regra processual tem como principal finalidade equilibrar a relação de consumo, levando-se em consideração a presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor no mercado e a presunção relativa de hipossuficiência no processo judicial⁴⁴⁹.

Mauro Cappelletti⁴⁵⁰ aponta como um dos fundamentos fáticos desse direito, a presunção de que o fornecedor é um litigante habitual, ao passo que o consumidor seria um litigante ocasional. Tal fato qualificaria melhor os fornecedores nas disputas judiciais contra o consumidor. Isso significa que os fornecedores, por estarem em juízo com mais frequência, possuiriam conhecimento e experiência nas estratégias de defesa que deveriam adotar contra os consumidores e, ademais, suportariam melhor os custos de uma demorada e longa tramitação de um processo judicial⁴⁵¹.

Esse fundamento fático, no entanto, não pode ser uma presunção absoluta como se assume em grande número de decisões judiciais. Ainda que seja um litigante habitual, em determinadas situações, especialmente, as que envolvem diversidade de causas de pedir

⁴⁴⁹ GARCIA, 2016, p. 99.

⁴⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 312.

⁴⁵¹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 52.

próxima (fundamentos de fato), as vantagens dos fornecedores podem não ser tão expressivas assim. Esse fato, aliado à grande quantidade de demandas, pode revelar uma dificuldade e uma assimetria informacional por parte dos fornecedores. Não têm eles, muitas vezes, condições suficientes para se aprofundarem sobre a matéria fática que se debate no processo, causando-lhes uma assimetria informacional processual. Não raras às vezes, as peças contestatórias dos fornecedores são repetidas em seus argumentos e, muitas vezes, em desconformidade com a própria matéria fática discutida no processo. É o que ocorre, por exemplo, em relação às redes de supermercados que, em demandas judiciais consumeristas, enfrentam uma variedade de imputações de responsabilidade, como furtos em estacionamento, produtos com prazo de validade vencido, produtos imperfeitos e inadequados, acidentes no interior do estabelecimento, abordagens e revistas indevidas, cobranças indevidas etc.

Nesse contexto, as diversas decisões genéricas de inversão do ônus da prova, proferidas sem o estabelecimento de critérios mínimos, mas apenas pela configuração da relação de consumo, podem acarretar um prejuízo processual aos fornecedores. Isso ocorre, em especial, nas situações em que se decreta a inversão do ônus da prova de fato negativo, compelindo o fornecedor à realização de “prova diabólica”⁴⁵².

Para debater sobre o assunto, cita-se acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrighi⁴⁵³, em que se decretou a inversão do ônus da prova, a fim de incumbir o fornecedor, no caso, uma rede de supermercados, a provar que a consumidora não teria sido vítima de furto dentro do estabelecimento. A inversão do ônus da prova, nessa situação, revela-se profundamente discutível. Apesar de se referir a um possível vício do serviço – segurança –, o vício alegado não diz respeito à atividade principal do fornecedor – comércio varejista de produtos. Desta forma, por não se referir à atividade-fim do fornecedor, a própria inversão do ônus da prova torna-se inviável⁴⁵⁴. A questão se vislumbra

⁴⁵² Prova diabólica, segundo Fredie Didier Júnior, “é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil”. Prossegue o autor, “trata-se de expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração” (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 114).

⁴⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.050.554/RJ. Relator Ministro Nancy Andrighi. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

⁴⁵⁴ Em interpretação ao art. 6º, VI em consonância com os arts. 12, § 3º e 14, § 3º do CDC, a decretação da inversão do ônus da prova deve ocorrer, especificamente, em relação ao vício ou defeito do produto e do serviço, competindo ao fornecedor a prova da inexistência do vício ou defeito ou, de outro modo, a culpa exclusiva da vítima ou o fato de terceiro. Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho explana que o que a lei inverte “é a prova quanto ao defeito do produto ou do serviço, e não a prova da própria ocorrência do acidente de consumo, ônus esse do consumidor” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 116).

ainda mais tormentosa, quando não se exige do consumidor sequer a demonstração de qualquer indício acerca do fato.

Por uma análise juseconômica, decisões como essa podem acarretar dois tipos de efeitos. O primeiro, conforme enuncia Bruno Vinícius da Rós Bodart⁴⁵⁵, diz respeito ao repasse dos custos ao consumidor, por meio do encarecimento dos produtos e serviços para fazer frente às indenizações impostas. O segundo se refere aos comportamentos oportunistas estimulados a partir de estruturas de incentivo – decisões judiciais – como essas, levando consumidores a litigar levianamente, diante da ausência de qualquer custo⁴⁵⁶.

Aliás, a ausência de custos financeiros processuais, por meio da assistência judiciária gratuita⁴⁵⁷, é outro fator que pode acarretar consequências contrárias não intencionais. Em pesquisa sobre o assunto, Ivo Teixeira Gico Júnior chegou às seguintes conclusões sobre esse benefício: a) o consumidor sempre pleiteará a gratuidade da justiça, mesmo quando tiver a certeza que não é merecedor do benefício, pois não existe qualquer consequência para o indeferimento do requerimento⁴⁵⁸; b) a condição de gratuidade no cenário jurídico atual depende de simples auto-declaração do consumidor, sendo o custo do requerimento próximo de zero, acarretando o seu atendimento em qualquer caso⁴⁵⁹; e, c) o benefício alcançado com a gratuidade da justiça não é perceptível no ajuizamento da ação, mas tão somente em caso de sucumbência, preferindo o consumidor incorrer apenas nos custos de ajuizamento da ação, o que consequentemente estimula ações frívolas e temerárias⁴⁶⁰.

A percepção que se extrai dessa análise é que a presunção de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo não pode ser transposta irrefletidamente para a relação processual. É preciso assumir que o consumidor que aciona judicialmente o fornecedor tem racionalidade suficiente acerca dos seus direitos, não por acaso, comparece em juízo para

⁴⁵⁵ BODART, 2017, p. 115-6.

⁴⁵⁶ Paulatinamente, no entanto, mudanças institucionais vêm ocorrendo, notadamente as que quebram paradigmas tradicionais, como o dano extrapatrimonial presumido (*in re ipsa*) em determinadas situações e o dever do fornecedor de provar o contrário em toda e qualquer situação de prejuízo ao consumidor. Recentemente, promulgou-se a Lei n. 14.034/2020 que incorporou alterações nos contratos de transporte aéreo (Lei nº 7.565/86). Dentre outras modificações, chama-se atenção ao acréscimo do art. 251-A à referida lei, que eliminou a regra do dano moral *in re ipsa* em favor do consumidor, exigindo-lhe a demonstração do prejuízo.

⁴⁵⁷ Na lição de Ivo Teixeira Gico Júnior e Henrique Araque, o livre acesso ao judiciário foi alçado pela CRFB ao *status* de cláusula pétrea (art. 5º, XXXV) e confirmado pela política de defesa do consumidor (art. 5º, I do CDC). Para atender a essa garantia fundamental, o legislador criou duas maneiras de se litigar sem custas sucumbenciais ou despesas processuais: a) litigar nos juizados especiais (Lei n. 9.099/1995); ou, b) ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (Lei n. 1.060/1950) (GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 5, n. 1, jan.-jun./2014, p. 167).

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 173.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 175.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 177.

pleiteá-los. Assim, embora tenha, em tese, suportado danos ou prejuízos em decorrência de responsabilidades de consumo, os benefícios e privilégios processuais conferidos ao consumidor não podem ser ilimitados e ausentes de critérios⁴⁶¹, sob pena de incentivar comportamentos oportunistas e consequências não intencionais⁴⁶², agora, não somente contra o mercado de consumo, mas também contra o sistema judiciário.

Esses comportamentos oportunistas, certamente, acabam por acarretar outro problema ao Poder Judiciário, qual seja o congestionamento dos serviços judiciais. No Brasil, criou-se a falsa percepção de que o princípio de acesso à justiça consiste em facilitar o máximo possível o acesso dos cidadãos aos órgãos do Poder Judiciário, como se aí eles pudessem obter todas as saídas para a solução dos seus problemas. No entanto, as políticas de livre e irrestrito acesso à justiça, ao contrário do que se propõem, proporcionam a injustiça – e a ineficiência em termos econômicos –, na medida em que leva à super-exploração do sistema, provocando a substancial degradação dos serviços fornecidos. De fato, onde se privilegia a quantidade se prejudica a qualidade. O inverso, no entanto, não é verdadeiro. Ao se privilegiar a qualidade das decisões, a coletividade de consumidores poderá ser beneficiada.

Ivo Teixeira Gico Júnior⁴⁶³ explica o problema endêmico do congestionamento judicial, a partir da Teoria Econômica de Bens e Serviços. Tomando como base os atributos da rivalidade e não-rivalidade, excludabilidade e não-excludabilidade, o autor qualifica os bens e serviços em bem público (não-rivais e não-excludentes), recurso comum (rivais e não-excludentes), bem de clube (não-rivais e excludentes) e bem privado (rivais e excludentes). Portanto, a noção de público e privado, na teoria apresentada, não está relacionada

⁴⁶¹ Esse mesmo entendimento é corroborado por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Giovani Ribeiro Rodrigues Alves em artigo sobre os filtros monetários recursais. Enfrentam, portanto, o mesmo problema, porém em nível recursal. Para os autores, a sucessão de instâncias provoca inevitável sobrecarga de trabalho dos membros das cortes, o que, somado à escassez de tempo que provoca rivalidade em relação à análise de casos mais ou menos relevantes em termos de impactos sociais, conduz a uma situação de incerteza quanto à eficiência do modelo atual (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. A desconstituição do mito da implementação de filtros monetários como forma de aperfeiçoamento das atividades das cortes superiores. *In*: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coordenador). **O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil**. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 257).

⁴⁶² Decisões mais criteriosas também têm se verificado recentemente, o que demonstra uma paulatina mudança de mentalidade. Nesse sentido, cita-se decisão do tribunal mineiro, que rechaça a responsabilidade do fornecedor (posto de combustível), diante da existência de mais de uma causa, além da possível adulteração do combustível, para a danificação do motor do veículo do consumidor. Entendeu o tribunal mineiro que, havendo mais de uma hipótese plausível para o dano ao bem do consumidor, competia a ele o ônus de provar a conduta ilícita do fornecedor (posto de combustível) (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 10000191658293001. Relator Desembargador Sérgio André da Fonseca Xavier. Data da decisão: 10/03/2020. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 09/05/2020).

⁴⁶³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do direito e dos tribunais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 3, dez./2019, p. 28.

necessariamente à fonte que lhe deu origem, mas sim conforme se comportam os bens e serviços diante dos indivíduos.

Desta forma, o Judiciário será um bem de clube, se o magistrado conseguir analisar um segundo processo sem diminuir, substancialmente, o tempo de análise do primeiro. Por outro lado, será um bem privado, se a análise simultânea de dois ou mais processos resultar em complexidade excessiva ou se o número de processos for maior do que a capacidade instalada⁴⁶⁴. Ou seja, nas palavras do próprio autor,

o judiciário é um bem de clube se a capacidade instalada for superior à demanda percebida e, à medida que a demanda aumenta, ele passa a atuar mais como um bem privado, tornando-se rival e propenso a congestionamento, salvo se seu uso for racionado de alguma forma⁴⁶⁵.

Nestes termos, como os tribunais se comportam como bens privados, faz sentido que, ao permitir o acesso irrestrito aos serviços judiciários haverá “a formação natural de filas para racionar o suprimento do serviço”⁴⁶⁶, de maneira que, qualquer uso adicional acarretará impedimento ou diminuição da utilidade do serviço para os demais usuários⁴⁶⁷.

Nesse sentido, na medida em que aumentam as políticas de facilitação do acesso ao Judiciário – que se comporta como um bem privado –, a tendência é a alteração da sua natureza econômica, transformando-se em um recurso comum⁴⁶⁸, uma vez que se torna difícil a exclusão de usuários. A permanência dessa situação, tende a tornar o Judiciário cada vez mais vulnerável à super-exploração e propenso ao congestionamento. Essa consequência, ao invés de beneficiar a coletividade como se imagina, acaba por prejudicá-la por total ineficiência da prestação do serviço. A essa externalidade negativa, Ivo Teixeira Gico Júnior⁴⁶⁹ chamou de Tragédia do Judiciário, segundo o qual “o congestionamento resultante aumenta, substancialmente, tanto a quantidade de tempo necessária para resolver uma disputa, quanto a probabilidade de resultados de baixa qualidade ou simplesmente incorretos”⁴⁷⁰. A explicação para essa situação é fácil, na medida que “os magistrados ficam sobrecarregados com o crescente número de casos enquanto, simultaneamente, se exigem respostas cada vez mais rápidas”⁴⁷¹.

⁴⁶⁴ GICO JUNIOR, loc. cit.

⁴⁶⁵ GICO JUNIOR, 2019, p. 28.

⁴⁶⁶ GICO JUNIOR, loc. cit.

⁴⁶⁷ GICO JUNIOR, loc. cit.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 32.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 33.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 32.

⁴⁷¹ GICO JUNIOR, loc. cit.

Apenas em um exercício de abstração, Ivo Teixeira Gico Júnior⁴⁷² sustenta que a imediata solução para o congestionamento dos serviços judiciais seria a exclusão de alguns usuários do serviço. Para tanto, o autor propõe que a primeira alternativa seria a adoção do mecanismo de preço. Todavia, o acesso à justiça, como direito fundamental (art. 5º, XXXV da CRFB), é um bem meritório e estabelecer a concorrência entre os usuários seria, efetivamente, negar o acesso aos mais vulneráveis. Por tais razões, outros mecanismos – que não o de preço – são propostos pela doutrina para que os tribunais permaneçam se comportando como bem privado, por exemplo, a repercussão geral nos recursos, o estabelecimento de filtros monetários⁴⁷³ e, especialmente, a coletivização das demandas consumeristas.

O mecanismo de coletivização das demandas, diante da natureza de bem privado dos tribunais, seria um eficiente instrumento processual para solucionar o congestionamento judicial. Nesse sentido, explica Ivo Teixeira Gico Júnior, ao passo que a produção do direito pelos tribunais cria uma externalidade positiva e um efeito de rede positivo, já que pode ser adotado como parâmetro por diversas pessoas, o Judiciário, por outro lado, é um recurso rival e sua super-exploração cria congestionamento, o que, por sua vez, é uma externalidade negativa⁴⁷⁴. A proposta do autor, portanto, faz todo sentido na área da defesa do consumidor. A coletivização das demandas de consumo gera uma externalidade positiva a todo o mercado de consumo, “porque outros podem usufruir dos benefícios do precedente criado sem ter contribuído para o custo de produzi-lo”. Em contrapartida, o incentivo irrestrito às demandas individuais cria uma externalidade negativa compensatória, pois “o simples protocolo de uma ação desacelerará a prestação de serviços adjudicatórios na média para todos os demais usuários”⁴⁷⁵. Enfim, nem todos os casos individuais protocolados resultam em precedentes, mas todos contribuem para o congestionamento judicial.

⁴⁷² Ibid., p. 31.

⁴⁷³ RIBEIRO, ALVES, 2015, p. 270.

⁴⁷⁴ GICO JUNIOR, 2019, p. 33-4.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 34.

4 A CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO COMO NORMA FLEXÍVEL (*SOFT LAW* DE CONSUMO) SOB A ÓTICA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

Na seção 2 desta tese já se teve oportunidade de discutir sobre a natureza jurídica da CCC. Dentre outras possibilidades, analisou-se a condição contratual e normativa (direito objetivo). Adotou-se nesta tese, contudo, uma terceira opção, a natureza flexível (*soft*) do instrumento convencional de consumo. Essa constatação levou em consideração principalmente sua conformação legal. A CCC, assim, teria uma natureza jurídica *sui generis*, assemelhando-se, na sua formação, a um contrato e, no seu resultado, a uma norma flexível.

A indefinição da natureza jurídica da CCC, especialmente por conta da escassez de literatura jurídica sobre o tema, dificultou, ao longo de todo tempo de vigência do CDC, determinar precisamente seus efeitos e funcionalidades. Por conseguinte, a simplicidade da sua regulamentação legal aliada àquilo que já existia institucionalizado sobre a CCT, possivelmente coibiu o recurso das partes – fornecedores e consumidores – à CCC. O seu fracasso na prática, portanto, está diretamente relacionado à ausência de uma estrutura de incentivos capaz de estimular as entidades de consumo ao uso desses instrumentos convencionais. Esse cenário, aliás, pode ser explicado com o auxílio da abordagem da NEI. A ausência de aprendizado e as instituições desestimuladoras sobre o tema⁴⁷⁶ contribuíram significativamente para que os agentes econômicos, especialmente os fornecedores, não se aventurassem em negociações coletivas de consumo, assumindo riscos sem quaisquer contraprestações que lhes pudessem proporcionar algum tipo de vantagem. Sobre esse cenário, vale a pena reescrever os dizeres de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Giovani Ribeiro Rodrigues Alves⁴⁷⁷, no sentido de que a clareza nas instituições formais é requisito importante para a criação de um ambiente institucional favorável, em que os agentes saibam como agir e possam, racionalmente, aquilatar a extensão dos riscos ao tomar quaisquer decisões.

A mudança deste cenário, por conseguinte, também pode ser explicada pela vertente da NEI. A acertada investigação acerca da natureza jurídica do instituto pode auxiliar na mudança institucional que se espera, não somente quanto ao uso da CCC, mas também em relação às orientações eficientes que se espera que produzam. A definição da natureza jurídica se mostra de extrema importância, na medida em que revela inúmeras informações do instituto e lhe permite dar o direcionamento mais adequado e funcional. Marcia Carla Pereira Ribeiro e

⁴⁷⁶ A importância e o funcionamento das instituições serão melhor explicadas na seção 4.

⁴⁷⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. MP da Liberdade Econômica: contributo ao desenvolvimento. **Revista da Ordem**, Curitiba, n. 62, p. 51-2, ago./2019, p. 51.

Irineu Galeski Junior⁴⁷⁸ já chamavam atenção para a importância da definição da natureza jurídica dos institutos. Em estudo sobre a classificação dos contratos, indicam que a definição da natureza jurídica possibilita conhecer os seus efeitos e avaliar suas consequências, utilizando-se dos mesmos critérios para a interpretação dos contratos de mesma natureza.

Nesse sentido, repita-se novamente, a opção pela natureza flexível da CCC decorre justamente da sua conformação legal, contida no art. 107 do CDC. Por se tratar de um mecanismo de orientação de comportamento pouco explorado, em especial, no âmbito privado, esta seção incursionará na compreensão da norma flexível, enfocando principalmente as suas características e o seu funcionamento. Estabelecidos os contornos da *soft law*, num segundo momento, busca-se a sustentação deste instrumento convencional sob a ótica da NEI. Pretende-se, ainda na presente seção, verificar a viabilidade do avivamento da CCC, propondo uma nova fórmula jurídica para regular o mercado de consumo. Almeja-se, ademais, investigar como os agentes econômicos, incluindo, agora, os consumidores por meio de suas respectivas associações, poderiam concertar esse novo formato de regulação privada, para, enfim, aferir sua importância para a geração de riqueza aos fornecedores e de bem-estar aos consumidores.

Esta seção será dividida em três partes. Na primeira, aspira-se especificar as noções de regulação econômica, desregulação, heterorregulação e autorregulação. Sem a pretensão de exaurimento do tema, a seção é importante para definir a natureza da regulação da defesa do consumidor e compreender a noção e utilidade das normas flexíveis para regular o mercado de consumo.

A segunda seção aprofunda a compreensão de *soft law*. A seção se destina a contribuir na identificação da *soft law*, expondo seu conceito, seus critérios de identificação e suas vantagens e desvantagens diante da norma rígida (*hard law*) e da total ausência de normas (*no law*). Esta investigação se mostra necessária, especialmente para entender o seu funcionamento e sua importância para o ambiente institucional do mercado.

Na terceira seção, por último, serão dedicados esforços à melhor compreensão da abordagem da NEI. Tendo como principal teórico Douglass Cecil North, deseja-se estudar suas principais correntes, seus pressupostos, funcionamento e a noção de mudança institucional. Busca-se, com isso, investigar a importância – ou não – das *soft laws* de consumo para o desenvolvimento do mercado e, por consequência, encontrar justificção – ou não – para a CCC como *soft law*.

⁴⁷⁸ RIBEIRO, GALESKI JUNIOR, 2015, p. 240.

4.1 A REGULAÇÃO ECONÔMICA, AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A DEFESA DO CONSUMIDOR

O art. 107 do CDC, ao definir a CCC, se refere ao verbo “regular”, admitindo que as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem estabelecer diretivas para as relações de consumo. Ao se referir a “regular”, acredita-se que o legislador quis empreender a estes sujeitos coletivos um novo modo de coordenar e disciplinar as relações de consumo. Crê-se, assim, tratar-se de uma diferente forma de regulação econômica, que não é pública (estatal), mas exercida exclusivamente pela iniciativa privada.

O estudo da CCC, desta forma, chama atenção para noções fundamentais do direito econômico regulatório e a regulação para competição⁴⁷⁹. O legislador do CDC, a par de outras opções verbais, como convencionar, acordar, pactuar e contratar, preferiu utilizar o verbo “regular” para designar o instrumento convencional de consumo. Em que pese a linguagem adotada pelo legislador ou regulador nem sempre expressar sua intenção, pensa-se que, nesta ocasião, sua redação foi correta. É certo que a discussão não se deve limitar apenas à interpretação literal e gramatical da lei, mas entende-se que a CCC, acertadamente, se afigura como uma alternativa de regulação econômica das relações de consumo.

A presente tese não tem o intuito de se aprofundar no tema do direito econômico regulatório. Todavia, precisar alguns de seus termos e elementos, ainda que brevemente, será importante para o desenvolvimento desta seção, notadamente para melhor compreender a incidência da disciplina nas relações de consumo e na defesa do consumidor.

A regulação econômica é uma das espécies do gênero intervenção estatal⁴⁸⁰ no domínio econômico. O Estado pode intervir na ordem econômica de forma direta ou indireta⁴⁸¹-

⁴⁷⁹ A expressão é de Alexandre Santos de Aragão para designar uma das searas da regulação. A regulação para competição visa a assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o direcionamento à livre concorrência. Ao lado dessa seara, menciona ainda a regulação dos monopólios (competição restrita), a qual visa a evitar que se lese a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos produtos e serviços, e a regulação dos serviços públicos que almeja assegurar a universalização, qualidade e preço justo (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico de regulação da economia. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba, n. 6, 2001, p. 64).

⁴⁸⁰ Alexandre Santos de Aragão ensina que a intervenção estatal é gênero do qual são espécies a atividade direta do Estado como produtor de bens e serviços e fomentador das atividades econômicas privadas e a regulação econômica (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Art. 174 da Constituição da República. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1835).

⁴⁸¹ Silvio Luís Ferreira da Rocha propõe um simples critério para distinguir a intervenção direta da indireta a partir das expressões intervenção estatal e atuação estatal. A intervenção significa a ingerência estatal em área pertencente ao setor privado (ao ambiente do mercado e às relações entre agentes de mercado), ao passo que

⁴⁸². A presente tese põe em relevo a atividade econômica exercida pelos particulares no ambiente do mercado, sem, portanto, envolver-se com o serviço público prestado pelo Estado ou concedido por ele para a iniciativa privada. Neste enfoque, a modalidade de intervenção estatal que se pretende pesquisar e que se verifica no Brasil é a indireta⁴⁸³⁻⁴⁸⁴, que tem por norte o art. 174 da CRFB e que recentemente foi regulamentado pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019).

A intervenção indireta consiste no desempenho das funções estatais de fiscalização, incentivo e planejamento da ordem econômica. A estas funções, vinculam-se outras, como a normatização e a regulação (e regulamentação⁴⁸⁵). A partir dessas funções, o Estado deixou de ser participante e integrante do mercado para se tornar, de um lado, indutor da iniciativa privada,

atuação significa a ingerência estatal em área pertencente ao setor público (realização de serviços públicos ou sua concessão à iniciativa privada). A intervenção estatal na ordem econômica, portanto, constitui-se em qualquer participação ou atuação do Estado frente à atividade econômica. Por atividade econômica, explica o autor, entende-se “todo o agir ou fazer material ou intelectual relacionado com a produção, fabricação, distribuição, comercialização de bens e serviços, cujo exercício é assegurado a todos, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (CF, art. 170, parágrafo único)”. Não há distinção substancial entre atividade econômica e serviço público. A distinção ocorre no âmbito formal, precisamente no âmbito da competência, isto é, no âmbito da pessoa legitimada pelo ordenamento a exercer a atividade. Em poucas palavras, a atividade econômica cabe preferencialmente aos sujeitos privados, ao passo que o serviço público compete, com exclusividade, ao Poder Público (art. 175 da CRFB) (ROCHA, Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. *In*: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (coordenadoras). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 15-22).

⁴⁸² Classicamente, tem-se recorrido à tradicional proposta de Eros Roberto Grau. Para o constitucionalista econômico, a intervenção é a atuação estatal no ou sobre o domínio econômico. Classifica essa intervenção em quatro modalidades: a) a intervenção por absorção ocorre quando o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e / ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito (regime de monopólio); b) a intervenção por participação ocorre quando o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e / ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito (regime de competição); c) a intervenção por direção ocorre quando o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito; e, d) a intervenção por indução ocorre quando o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. Nas duas primeiras formas, o autor ensina que o Estado intervém no domínio econômico. Nas duas últimas, o Estado intervém sobre o domínio econômico (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 143). A diferença entre essas duas hipóteses, explica Silvio Luís Ferreira da Rocha, está no grau, na intensidade, no modelo de intervir, que depende, por sua vez, do modelo de Estado adotado (liberal ou social) (ROCHA op. cit., p. 15). A interpretação que se faz acerca dessa doutrina é que a intervenção por indução seria a modalidade de intervenção indireta.

⁴⁸³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JAKOBI, Karin Bergit. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 80.

⁴⁸⁴ COSTA, Mario Luiz Oliveira da. Regulação e autorregulação. *In*: NUSDEO, Fábio (coordenador). **O Direito econômico na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 171.

⁴⁸⁵ A presente tese não tem o objetivo de precisar a distinção entre regulação e regulamentação. Pretende-se utilizá-las na acepção da intervenção estatal em sentido genérico. A doutrina do direito administrativo, no entanto, se preocupa com a distinção. Para Alexandre Santos de Aragão, a regulação tem uma abrangência maior em relação a regulamentação (ARAGÃO, 2001, p. 64). Para Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, a regulação realiza-se em um plano mais elevado e geral de intervenção estatal. A regulamentação, por outro lado, se refere ao detalhamento normativo dessa intervenção (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Elsevier, 2005, p. 254).

atuando como agente de viabilização daqueles que produzem bens e serviços⁴⁸⁶ e, de outro, fiscalizador das falhas de mercado⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸⁻⁴⁸⁹, objetivando a manutenção do equilíbrio e da estabilidade no mercado⁴⁹⁰.

Esse modelo de intervenção assume posição de destaque no Brasil a partir da CRFB de 1988, com o movimento de desregulação que resultou em processos de desestatização e privatização de determinados setores da economia⁴⁹¹. Apesar desses processos estarem relacionados às atividades exercidas pelo Estado e que, a partir de então, deveriam ser direcionadas à exploração da iniciativa privada⁴⁹², de um modo geral, incutiu no setor privado uma nova mentalidade acerca da liberdade econômica.

O modelo de intervenção indireta, no entanto, não representou uma adoção irrestrita dos ideais do liberalismo. Realmente, a rígida intervenção deixou de ser a regra⁴⁹³, mas reconheceu-se que, em determinadas situações, o Estado não poderia deixar de agir, notadamente por meio da edição de leis e regulamentos. Nesse formato de ingerência, explica Mario Luiz Oliveira da Costa⁴⁹⁴, os regimes extremos do pleno liberalismo ou da total interferência não se verificaram mais, passando-se a adotar sistemas mistos. Nas palavras de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Karin Bergit Jakobi⁴⁹⁵, sistemas mais sutis, que influenciam, mas dificilmente determinam o comportamento dos agentes econômicos. O desafio, continuam as autoras, está em utilizar a regulação para incentivar os agentes econômicos a tomar decisões que maximizem o bem-estar da sociedade, o que somente pode ser feito, de maneira eficaz, por meio da adequação da lei⁴⁹⁶.

Mario Luiz Oliveira da Costa⁴⁹⁷ revela que as funções estatais de fiscalização, incentivo e planejamento não são a essência da atividade normativa e reguladora, mas sim o seu perfil. Isso significa que, na intervenção indireta, o Estado não está obrigado a normatizar

⁴⁸⁶ COSTA, 2015, p. 170.

⁴⁸⁷ PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 258.

⁴⁸⁸ RIBEIRO, JAKOBI, 2014, p. 86-7.

⁴⁸⁹ VIEGAS, MACEDO, 2010, p. 102.

⁴⁹⁰ LIMA JUNIOR, João Manoel de. **Autorregulação: regime jurídico**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 41.

⁴⁹¹ Na lição de Vital Moreira, o movimento de desregulação abarca três vertentes distintas: a) a privatização de empresas públicas ou de participações públicas em empresas mistas; b) a liberalização de atividades e setores econômicos até então reservados para o setor público, ou pelo menos dependentes de concessão ou autorização pública (água, eletricidade, gás etc.); e, c) a desregulação propriamente dita, ou seja, o aligeiramento ou eliminação do controle público sobre a produção e o mercado de numerosas indústrias (MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 43).

⁴⁹² RIBEIRO, JAKOBI, op. cit., p. 83.

⁴⁹³ RIBEIRO, JAKOBI, loc. cit.

⁴⁹⁴ COSTA, op. cit., p. 170.

⁴⁹⁵ RIBEIRO, JAKOBI, op. cit., p. 86-7.

⁴⁹⁶ RIBEIRO, JAKOBI, loc. cit.

⁴⁹⁷ COSTA, op. cit., p. 173.

ou regulamentar certas condutas ou comportamentos, podendo-se abrir espaços para modalidades alternativas de regulação econômica, incluindo, se for o caso, a desregulação. Desregulação, como será abordada e explicada na próxima seção, não significa a ausência de regulação, mas a coordenação da atividade econômica por outros mecanismos, como a autorregulação e a regulação privada⁴⁹⁸⁻⁴⁹⁹.

Neste cenário, o § 4º do art. 174 da CRFB acabou por definir como finalidade da regulação econômica a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. Ao focar o combate ao poder de mercado e o estímulo à concorrência como metas, a percepção que se tem do texto constitucional, é que a regulação econômica visou primordialmente ao controle de estrutura⁵⁰⁰.

A regulação econômica, nesse sentido, resultou na edição de normas que garantem essencialmente a competição no mercado⁵⁰¹. Ou seja, no Brasil, a regulação econômica da atividade privada se manifesta principalmente por meio do direito concorrencial. Rachel Sztajn corrobora essa percepção, ao afirmar que a disciplina dos mercados pelo Poder Público é feita por meio da garantia e manutenção da concorrência⁵⁰². No mesmo sentido, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Karin Bergit Jakobi⁵⁰³ sustentam que a intervenção indireta por meio da regulação econômica tem em seu cerne o restabelecimento da livre concorrência. Cláudia Viegas e Bernardo Macedo⁵⁰⁴, por último, esclarecem que os mecanismos regulatórios constroem uma estrutura de incentivos que buscam se aproximar o máximo do resultado final em concorrência perfeita.

Entretanto, a regulação econômica para competição, como manifestação da intervenção indireta do Estado, não abarca no seu campo de atuação direta as relações de consumo e a defesa do consumidor. A preocupação desse tipo de regulação econômica (concorrencial) é manter equilibrada a competição entre os agentes de mercado, de modo que nenhum deles possa se privilegiar do seu poder frente aos demais competidores.

Nesse sentido, explica Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer⁵⁰⁵, a lei de defesa da

⁴⁹⁸ MEDAUAR, Odete. Regulação e autorregulação. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, abr.-jun./2002, p. 124.

⁴⁹⁹ MOREIRA, 1998, p. 43.

⁵⁰⁰ Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer propõe a distinção entre controle de estrutura e controle de conduta. Esta para designar a disciplina da defesa do consumidor e aquela a defesa da concorrência. Para o autor, esse é o critério que distingue uma área da outra (PFEIFFER, 2015, p. 146).

⁵⁰¹ Lei de defesa da concorrência ou, atualmente, a Lei n. 12.529/2011.

⁵⁰² SZTAJN, 2010, p. 36.

⁵⁰³ RIBEIRO, JAKOBI, 2014, p. 82.

⁵⁰⁴ VIEGAS, MACEDO, 2010, p. 83.

⁵⁰⁵ PFEIFFER, op. cit., p. 142-3.

concorrência não efetiva a proteção direta do consumidor, mas promove o seu bem-estar, na medida em que redundam em preços competitivos, alternativas de escolha e melhores padrões de qualidade e inovação. Ademais, continua o autor, se, por um lado, a política de defesa da concorrência traz efeitos positivos para o consumidor, ela não atua diretamente na relação de consumo, não sendo apta a adjudicar direitos aos consumidores individuais. Isso porque, seu escopo é difuso, já que a coletividade é a titular dos interesses protegidos, conforme se observa do art. 1º, parágrafo único, da Lei 12.529/2011⁵⁰⁶⁻⁵⁰⁷.

Não se quer com isso, sustentar que a defesa da concorrência deva albergar a proteção do consumidor. O que se pretende demonstrar, em verdade, é que a matéria do consumo acabou por ser excluída do objeto da regulação econômica. Essa constatação, na doutrina jurídica, acabou sendo corroborada por diversos autores constitucionalistas e administrativistas, nacionais e estrangeiros, como Vital Moreira⁵⁰⁸, Odete Medauar⁵⁰⁹ e Norbert Reich⁵¹⁰, que rechaçam a regulação econômica das relações de consumo e da defesa do consumidor para qualificá-las como objeto de outro tipo de regulação, a social.

Vital Moreira⁵¹¹ classifica a regulação, quanto à sua finalidade, em econômica e social. A econômica é a regulação que tem por objeto a própria atividade; visa a proteger a atividade regulada. Por outro lado, a social é a regulação que tem por objeto interesses externos à atividade econômica; visa a proteger outros interesses que não estejam a ela relacionados. A regulação social, para o constitucionalista, é forma de compensar a desregulação econômica, assim entendida, como a retirada do Estado da economia e da liberalização do acesso e dos preços para proteger, por exemplo, os interesses dos consumidores e do meio ambiente⁵¹².

Odete Medauar, da mesma forma, distingue os dois tipos de regulação. Para a autora, a regulação econômica tem como objetivo “corrigir alguns defeitos internos do mercado, aspirando ao seu normal funcionamento”⁵¹³. A regulação social, por sua vez, “destina-se a corrigir uma vasta gama de defeitos de informação ou de efeitos colaterais ou externalidades

⁵⁰⁶ PFEIFFER, 2015, p. 143.

⁵⁰⁷ Art. 1º (Lei n. 12.529/2011). Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

⁵⁰⁸ MOREIRA, 1998, p. 39.

⁵⁰⁹ MEDAUAR, 2002, p. 126.

⁵¹⁰ REICH, 2017, p. 19-20.

⁵¹¹ MOREIRA, op. cit., p. 39.

⁵¹² Ibid., p. 44-5.

⁵¹³ MEDAUAR, op. cit., p. 126.

das atividades econômicas”⁵¹⁴, em áreas como a saúde, o meio ambiente, a segurança dos trabalhadores e os interesses dos consumidores.

Por conseguinte, Norbert Reich⁵¹⁵ também sustenta a distinção entre regulação econômica e social ao criticar a regulação norte-americana que trata os dois fenômenos como um só. Nesse sentido, assevera o autor, ao passo que a desregulação econômica parte da premissa de que as forças do mercado coordenam as atividades econômicas, a regulação social existe para coibir abusos praticados no ambiente do mercado. Deste modo, acrescenta que, apesar de o mundo estar passando por transformações que promovem o livre mercado, é preciso manter a legitimidade da regulação social para proteger interesses difusos, já que estes não são protegidos naturalmente pelo mercado⁵¹⁶.

Reputar a defesa do consumidor e da relação de consumo como um tipo de regulação social, entretanto, pode resultar, como muitas vezes já se disse, na edição de regras disfuncionais e antieconômicas. Mas não apenas isso, a caracterização social da regulação em matéria de consumo pode produzir outros efeitos distorcidos, notadamente em relação aos reais objetivos almejados, bem como aos instrumentos regulatórios adotados para alcançá-los, o que será analisado mais adiante.

Antes disso, é conveniente destacar que o mercado de consumo, a relação de consumo e o consumidor definitivamente são elementos de caráter econômico, a reclamar, portanto, uma regulação igualmente de natureza econômica. O mercado de consumo, em poucas palavras, é o mercado de bens e serviços, onde se envolvem a negociação e distribuição de tudo o que é produzido e prestado pelos agentes econômicos⁵¹⁷. Fornecedores e consumidores, como ofertantes e demandantes, estão envolvidos nas mais diversas relações de troca que se verificam no mercado de consumo. Ainda que excepcionalmente se admita o consumidor por equiparação⁵¹⁸, consumidores pagam pela aquisição de bens e serviços e, portanto, são igualmente agentes econômicos. Autores consumeristas, aliás, defendem o consumidor como último integrante do processo econômico, qualificando-o essencialmente como destinatário final fático e econômico⁵¹⁹⁻⁵²⁰⁻⁵²¹. Rachel Sztajn⁵²², por sua vez, confirma que, desde a

⁵¹⁴ MEDAUAR, 2002, p. 126.

⁵¹⁵ REICH, 2017, p. 20.

⁵¹⁶ Ibid., p. 19.

⁵¹⁷ DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevir, 2007, p. 16.

⁵¹⁸ Arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29 do CDC.

⁵¹⁹ MARQUES, BENJAMIN, BESSA, 2014, p. 99.

⁵²⁰ TARTUCE, NEVES, 2013, p. 74.

⁵²¹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 73.

⁵²² SZTAJN, 2010, p. 41.

organização das formas de produção e distribuição dos bens e serviços até as relações de consumo, todas as etapas da cadeia produtiva são objetos de normas que configuram intervenção do Estado no domínio econômico. Diante desses argumentos, não se pode deixar de concordar com Washington Albino Peluso de Souza⁵²³, ao afirmar que a relação entre consumidor e fornecedor é uma relação jurídica que, por natureza, é uma relação econômica.

Tomar as relações de consumo e a defesa do consumidor como objeto de regulação econômica permite o reconhecimento da qualidade do consumidor como sujeito ativo na relação e no mercado de consumo, a eficiência como objetivo das relações de consumo e a diversidade dos instrumentos regulatórios para coordenar as relações de consumo. Essas premissas podem ser melhor explicadas como abaixo se vê.

Em primeiro lugar, ao admitir a natureza econômica da regulação em matéria de consumo, reconhece-se também que o consumidor seja um sujeito ativo na relação de consumo, detentor de autonomia de vontade, ainda que restringida por fatores informacionais diversos. O consumidor deixa, assim, de ser mero passivo, sujeito ao monitoramento estatal, para se tornar um participante com opinião própria e comportamento autônomo. Essa qualidade do consumidor, aliás, fica clara no conceito de regulação econômica apresentado por Armando Castelar Pinheiro, como um “conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou de escolha das empresas, dos profissionais liberais e / ou dos consumidores, e cuja aplicação é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado”⁵²⁴.

Isso significa que o consumidor pode ser afetado pelas forças do mercado, mas também pode afetá-lo com suas condutas e comportamentos. Embora os juseconomistas reconheçam a assimetria informacional que paira sobre a relação de consumo⁵²⁵ e sobre ela exijam a intervenção estatal, não se pode deixar de relevar comportamentos do consumidor, principalmente quando atuam coletiva e simultaneamente, como em condutas oportunistas⁵²⁶, boicotes⁵²⁷ e risco moral⁵²⁸.

⁵²³ SOUZA, 2011, p. 480.

⁵²⁴ PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 254.

⁵²⁵ Essa questão já foi tratada na seção 3.3.

⁵²⁶ Segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, oportunismo é o “comportamento de um dos contratantes que, por astúcia ou força, tenta obter para si vantagem na repartição dos ganhos conjuntos do contrato, em detrimento do outro contratante que cada parte considera quando da sua conclusão” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. **Análise econômica do direito**. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 422).

⁵²⁷ Boicote é o “ato de repúdio em que o consumidor deixa de comprar um produto ou serviço de uma empresa” (CRUZ, Breno de Paula Andrade. **O boicote no comportamento do consumidor**. São Paulo, 2013. 192 f. Tese (Doutorado) – Curso de Doutorado em Administração, Fundação Getúlio Vargas, p. 18).

⁵²⁸ A questão do risco moral já foi debatida na seção 3.3. Não obstante, vale a pena destacar as críticas dos economistas em relação à regulação social. Com base em Norbert Reich, a regulação social tem sido responsabilizada pela má alocação de recursos. Por exemplo, diz o autor, a regulação da defesa do consumidor

Em segundo lugar, as regulações econômica e social possuem objetivos distintos, os quais aplicados a áreas que não lhes são consentâneas, distorcem a regulação e a relação custo-benefício⁵²⁹. Acarretam, assim, as chamadas falhas de regulação ou de governo⁵³⁰⁻⁵³¹. Conforme Ana Maria de Oliveira Nusdeo⁵³², se a regulação econômica tem por objetivo a correção das falhas a fim de restabelecer o atributo da eficiência dos mercados, a regulação social visa à equidade. Essa distinção de objetivos reflete em diferentes formas de alocação dos recursos. A alocação dos recursos em termos econômicos não necessariamente corresponderá a uma distribuição tida como justa pela sociedade⁵³³. Deste modo, ao qualificar a defesa do consumidor como regulação social, passa-se a admitir objetivos que não lhes são consentâneos e que induzem a falsas percepções, como a de que a regulação teria como finalidade, além da organização da economia capitalista, da correção das falhas de mercado, do combate ao poder econômico, da distribuição de benefícios entre as indústrias, também, a distribuição de riqueza⁵³⁴.

Rachel Sztajn⁵³⁵ rechaça essa percepção e traz um esclarecedor panorama entre a regulação econômica e a social. Segundo a autora, não se deve supor que mercados livres sirvam para que a distribuição da riqueza seja justa ou socialmente adequada. Não se pode confundir a disciplina jurídica dos mercados com políticas sociais. São duas coisas diferentes, a circulação de bens em mercados e a distribuição de riqueza na sociedade. Ademais, explica a autora, políticas sociais podem se apoiar em mercados, mas não se realizam por meio de mercados. A título de exemplo cita a ampliação do contingente de pessoas com acesso aos bens da economia em mercados organizados, por meio de políticas públicas que tenham por escopo a inclusão de pessoas no que tange a certos bens da economia⁵³⁶.

envolve custos contratuais, os quais acabam sendo transferidos aos consumidores como um todo, criando, dessa forma, riscos morais (REICH, 2017, p. 48).

⁵²⁹ SZTAJN, 2010, p. 47.

⁵³⁰ BECUE, Sabrina Maria Fadel; DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. Regulação e autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: limites da autorregulação. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. São Paulo, v. 1, n. 12, jan./2012, p. 7365.

⁵³¹ Falhas de regulação ocorrem quando o governo, na tentativa de controlar ou acabar com as falhas de mercado, ele próprio acaba se envolvendo em outras falhas. Falhas de governo, assim ocorrem: “quando o governo cria ineficiências porque interferiu quando não deveria ou quando poderia ter resolvido determinado problema ou conjunto de problemas de forma mais eficiente, ou seja, gerando maiores benefícios líquidos” (PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 77).

⁵³² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Regulação econômica e proteção do meio ambiente. *In*: SCHAPIRO, Mário Gomes (coordenador). **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 397.

⁵³³ NUSDEO, loc. cit.

⁵³⁴ SANT’ANA, Diogo de. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. *In*: SCHAPIRO, Mário Gomes. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 369.

⁵³⁵ SZTAJN, op. cit., p. 23.

⁵³⁶ SZTAJN, loc. cit.

Em terceiro lugar, a natureza da regulação pode influir na flexibilidade dos instrumentos regulatórios admissíveis. Uma vez que o valor que rege o mercado em geral – e o mercado de consumo – é a liberdade, outras modalidades de regulação, que não seja a estatal, são admissíveis, como a desregulação por meio da autorregulação ou regulação privada. Por outro lado, ao considerar a defesa do consumidor como objeto da regulação social, tem-se a percepção de que somente o Estado, por meio da regulação pública, é capaz de garantir a proteção do consumidor. Isso ocorre, uma vez que o valor que orienta a regulação social é a igualdade e sua garantia somente seria possível por meio de interferências externas no mercado (heterorregulação⁵³⁷). Essa questão ficou bastante evidente na prática da defesa do consumidor no Brasil, motivo pelo qual se relegou outras modalidades de coordenação do mercado de consumo. Esse assunto, no entanto, será debatido com mais afinco na seção seguinte.

4.1.1 A regulação econômica e a desregulação em matéria de consumo

Embora a regulação proveniente do Estado exerça um objetivo essencial na eliminação ou amenização da assimetria informacional nas relações de consumo, as questões em matéria de consumo podem ser coordenadas e disciplinadas por outros mecanismos regulatórios. De antemão, antecipa-se que não se pode prescindir da regulação estatal quando o assunto é o mercado de consumo, mas a complementação por outros mecanismos pode proporcionar mais eficiência e equilíbrio a este ambiente. Esta seção destina-se a averiguar de que modo se pode processar a regulação não-estatal e viabilizar a organização do mercado e das relações de consumo.

De início, é necessário se orientar por um conceito de regulação econômica. O conceito apresentado por Alexandre Santos de Aragão⁵³⁸ se mostra como o mais consentâneo para o desenvolvimento da pesquisa. Na percepção do autor, a regulação se refere a um conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, podendo ter como fonte tanto o poder

⁵³⁷ Para André Saddy, a heterorregulação decorre da classificação da regulação quanto aos sujeitos ou incidência. Assim, a heterorregulação e a autorregulação são categorias decorrentes do mesmo tipo de classificação. Explicando a heterorregulação, diz o autor que, será assim chamada “quando vier de fora da categoria à qual ela se dirige. Esta será aquela regulação feita por autoridades públicas a terceiro, que pode ou não ser sujeito que realize a administração pública. O importante é que a incidência da regulação não caia sobre si mesma, sobre o próprio ente que a exerce” (SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 70).

⁵³⁸ Regulação estatal da economia “é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influência o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-se em direções socialmente desejáveis” (ARAGÃO, 2014, p. 1835).

público como a iniciativa privada. A regulação, ademais, pode compreender não somente restrições à liberdade de ação, como também induções de conduta a melhores práticas. Seu foco é o comportamento de todo e qualquer agente econômico, assim compreendido o exercente de atividade profissional (empresário), o profissional liberal e o consumidor. Seu objetivo, por último, é a proteção dos interesses da sociedade como um todo e de certas coletividades. Compete, deste modo, ao Estado, em cada situação em particular, avaliar a função, o tipo, o escopo e a forma da regulação⁵³⁹.

Em relação ao mercado de consumo, o Estado assumiu uma postura rígida e intervencionista. Sendo a assimetria informacional do consumidor uma falha de mercado, a interferência estatal faz todo sentido, notadamente partindo da premissa de que a regulação econômica tem a finalidade de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema⁵⁴⁰. No entanto, a propósito de corrigir uma falha de mercado podem ocorrer, como já se mencionou, vícios no processo de regulação que acarretem falhas de regulação ou falhas de governo⁵⁴¹. É preciso, pois, “confrontar as falhas de mercado e as falhas de governo, na busca de uma organização factível”⁵⁴².

Sem relegar as conquistas decorrentes da implantação de um sistema de defesa do consumidor, deve-se ter em mente que a economia de mercado e de consumo é dinâmica e exige mudanças e transformações constantes. Acredita-se, por isso, que por uma falha de regulação das relações e do mercado de consumo, não foi possível atingir o intento que se prima por uma intervenção indireta, especialmente em relação às funções de incentivo de melhores práticas consumeristas e empresariais e de planejamento do mercado de consumo.

A regulação em matéria de consumo foi marcada por intensa normatização (e regulamentação) do Poder Legislativo (alínea “a”, do II do art. 4º do CDC), reforçada, ainda mais, pela máxima amplitude de competência legislativa estabelecida pela CRFB, permitindo que os três níveis estatais de governo, da União aos Estados e Distrito Federal (art. 24, V e VIII da CRFB e art. 55 do CDC) e até aos Municípios (art. 30, I e II da CRFB), pudessem elaborar normas de defesa do consumidor. A regulação foi marcada ainda pela intensa fiscalização da administração pública no mercado de consumo, por meio da criação de agências reguladoras (alínea “c”, do II do art. 4º do CDC) e de órgãos públicos de normalização e qualidade (alínea

⁵³⁹ RIBEIRO, JAKOBI, 2014, p. 88.

⁵⁴⁰ Para Vital Moreira, o conceito de regulação econômica envolve duas ideias básicas: a primeira, de estabelecimento e implementação de regras, de normas; a segunda, de manter ou restabelecer o funcionamento equilibrado de um sistema (MOREIRA, 1998, p. 34).

⁵⁴¹ BECUE, DIAS, 2012, p. 7365.

⁵⁴² COSTA, 2015, p. 183.

“d”, do II do art. 4º do CDC).

Essa conformação legal não permitiu, ainda que expressamente previsto⁵⁴³, nenhum espaço de atuação à iniciativa privada, seja do fornecedor ou do consumidor, sendo quase inexistente, por exemplo, o uso de convenções coletivas de consumo.

Poucos têm a percepção de que o consumidor é afetado pelo mercado (assimetrias informacionais), mas também o afeta por meio de comportamentos oportunistas, boicotes e risco moral. Desta forma, se o valor da economia de mercado é a liberdade e ao Estado compete agir apenas indiretamente, não pode o consumidor ser alijado das decisões aplicadas ao mercado e às relações de consumo.

A marginalização do consumidor, aliás, é um fato histórico e global. A doutrina consumerista cita, com destaque, a mensagem do presidente John F. Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos, quando afirmou que “eles [consumidores] são o único grupo importante na economia que não são efetivamente organizados cuja opinião frequentemente não é ouvida”⁵⁴⁴. O discurso presidencial, diante disso, assegurou quatro direitos básicos ao consumidor: o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolher e o direito de ser ouvido⁵⁴⁵. A partir de então, uma série de organizações e associações brotaram no seio da sociedade, com o escopo de reivindicar a proteção dos consumidores.

No Brasil, de modo inverso, a adoção do paternalismo e da ética social na regulação em matéria de consumo ficou bem clara, quando comparada aos Estados Unidos. O CDC, muito embora apresente um rol de nove direitos básicos (art. 6º), deixou de prescrever justamente o direito de ser ouvido. A liberdade de associação, por sua vez, foi assegurada não como direito básico, mas como princípio de ação governamental (art. 4º, II, “b” do CDC) e, nesse sentido, pouco incentivo estatal foi proporcionado.

O mercado de consumo, porém, reclama disciplina e organização que podem ser exercidos não somente por mecanismos legislativos e administrativos (estatais), mas também convencionais (privados). Desta forma, o mercado e as relações de consumo, como elementos da ordem econômica, admitiriam, como de fato admitem, certa desregulação. Já se disse anteriormente – seção 3.2 – que uma mudança institucional por meio da desregulação seria uma alternativa bem-vinda, a fim de redefinir a finalidade da ordem econômica e corrigir o objetivo da defesa do consumidor. De se destacar, contudo, que a desregulação econômica, a par da

⁵⁴³ Diversos dispositivos do CDC referem-se à criação e atuação das associações, dentre os quais, citam-se: arts. 4º, II, “b”; 5º, V; 82, IV; e 107 do CDC.

⁵⁴⁴ SODRÉ, 2009, p. 23.

⁵⁴⁵ SODRÉ, loc. cit.

ilusão semântica, não é o inverso da não regulação⁵⁴⁶ ou, como explica Vital Moreira⁵⁴⁷, não significa uma economia não regulada⁵⁴⁸.

Essa percepção é corroborada por diversos autores. Alexandre Santos de Aragão⁵⁴⁹ leciona que a desregulação simboliza uma reestruturação das normas segundo outros mecanismos, mais opacos e complexos, que não cessam de expandir, de romper e de renovar, mas que não suprimem as formas tradicionais de regulamentação, que estão sempre se impondo e se aprofundando. Odete Medauar⁵⁵⁰, por sua vez, tem se referido à desregulação como re-regulação, pois “novas regras e novos moldes são estabelecidos para o desempenho da atividade”. Para Vital Moreira⁵⁵¹, por último, a desregulação não passou de uma reforma dos métodos e do escopo da regulação, nomeadamente a substituição de formas rígidas (*hard law*) por flexíveis (*soft law*).

Uma vez que a desregulação do mercado de consumo é potencialmente admissível e, talvez, até preferível numa economia neoliberal, algumas questões se colocam como imprescindíveis: primeiro, se haveria espaço para alternativas de regulação do mercado de consumo; segundo, se o mercado de consumo, nesse caso, prescindiria do CDC para se regular por si próprio; e, terceiro, se outras modalidades regulatórias, que não seja a estatal, poderiam coordenar o mercado e as relações de consumo.

A resposta à primeira questão, acredita-se estar centrada na discussão acerca da qualidade de lei geral ou especial do CDC. A questão é importante, na medida em que sendo lei especial, sua aplicação prescindiria de outras complementações, bastando por si só. Por outro lado, sendo lei geral, diversas outras complementações regulamentares seriam admissíveis, pertinentes e necessárias.

O CDC é norma geral e abstrata, protegendo os consumidores e usuários de serviços públicos⁵⁵² de um modo geral. O CDC não é uma lei especial em relação à lei geral do CC.

⁵⁴⁶ ARAGÃO, 2001, p. 70.

⁵⁴⁷ MOREIRA, 1998, p. 22.

⁵⁴⁸ Explica Vital Moreira que a economia liberal era uma economia não regulada. Isso significa que, para a economia funcionar reguladamente não precisava ser heterorregulada. A economia liberal, portanto, não permitia a regulação artificial, vinda de fora do mercado, para não desregular seu funcionamento. Significa dizer que a economia não carecia de ser regulada de fora para dentro. Ela era regulada de dentro do próprio mercado (MOREIRA, loc. cit.).

⁵⁴⁹ ARAGÃO, op. cit., p. 70.

⁵⁵⁰ MEDAUAR, 2002, p. 124.

⁵⁵¹ MOREIRA, op. cit., p. 20.

⁵⁵² O CDC se referiu aos serviços públicos expressamente em duas oportunidades. No art. 3º apontou a pessoa jurídica de direito público como fornecedor. No art. 22, definiu que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Não se concorda, contudo, que o usuário e os serviços públicos estejam sujeitos ao mesmo regime do consumidor e dos serviços em geral. A

Nesse sentido, Nelson Nery Junior⁵⁵³ explica que o microsistema do Direito das Relações de Consumo é uma legislação especial⁵⁵⁴ por se referir especificamente sobre as relações de consumo, mas regida de forma principal e geral, à qual todas as demais leis inerentes a esse tema, presentes e futuras, deverão tomá-la por orientação. Enfim, o CDC é um microsistema que contém regramentos e princípios gerais sobre relações de consumo e que não exclui a possibilidade de outras legislações e regulações públicas ou privadas, mais específicas, para determinados mercados consumidores.

De fato, o CDC não faz qualquer distinção entre as relações de consumo. Não leva em consideração os diversos tipos de mercados consumidores, as diversas atividades oferecidas e os produtos comercializados, os diferentes níveis de fornecedores e a heterogeneidade de consumidores. Dada a diversidade dos elementos da relação – fornecedor e consumidor, produto e serviço – diferentes conteúdos contratuais podem se verificar, com regras e obrigações peculiares a cada caso.

As convenções coletivas de consumo poderiam regular ou regulamentar diversas relações que se operam em cada mercado consumidor em específico. Tendo por norte as regras e princípios gerais do CDC, às quais devem obediência, as convenções de consumo poderiam direcionar e orientar consumidores e fornecedores em suas respectivas relações. Ainda há, portanto, espaço regulatório para atuação das convenções coletivas de consumo.

Deste modo, a re-regulação do mercado e das relações de consumo por meio das convenções coletivas não implicaria prescindir ou afastar a regulação estatal estabelecida por meio do CDC. Não se trata, pois, de regular o mercado de forma aleatória. A partir das normas estatais, contudo, as partes coletivas podem dispor sobre regras específicas, possibilitando o seu direcionamento para o lado mais eficiente do mercado de consumo, sem, no entanto, infringir as garantias estabelecidas pelas normas estatais.

A regulação pública em matéria de consumo, portanto, não é dispensável, notadamente em relações assimétricas em que o desequilíbrio entre as partes é presumido. Em cenário assim, sustenta Rachel Sztajn⁵⁵⁵, normas de ordem pública devem ser editadas sempre que o interesse público for superior ao dos agentes econômicos particulares em razão do dano potencial que

estrutura da relação de consumo e do serviço público podem até ser idênticas, mas substancialmente são totalmente diferentes. São relações, portanto, iguais em sua arquitetura, mas distintas em relação a sua engenharia. Por esse motivo, editou-se, inclusive, lei especial distinta para a proteção dos usuários do serviço público, a Lei n. 13.460/2017.

⁵⁵³ GRINOVER, BENJAMIN, FINK, FILOMENO, WATANABE, NERY JUNIOR, DENARI, 2001, p. 345.

⁵⁵⁴ A expressão “especial” não é utilizada no sentido adotado pelo critério da especialidade como um critério de solução de conflitos de leis no tempo.

⁵⁵⁵ SZTAJN, 2010, p. 45.

algumas práticas podem impor à comunidade. Nesse sentido, respondendo-se ao segundo questionamento, a adoção de mecanismos regulatórios complementares não implicaria relegar a regulação estatal, em particular, o CDC.

Do que foi pesquisado até o momento, é possível constatar que a regulação estatal não é a única alternativa em matéria de consumo. Para Rachel Sztajn⁵⁵⁶, os códigos nem sempre são a melhor solução para o que se considera a virtude dos direitos da família romano-germânica-canônica. Com base em Natalino Irti, a autora afirma que os códigos perderam o papel de núcleos do sistema jurídico após a promulgação das atuais Constituições⁵⁵⁷, especialmente, as de ideologia neoliberal. No mais, sugere a autora que a dinâmica e crescente complexidade da atividade comercial, incluindo as do mercado de consumo, requer a aceitação de práticas sociais inovadoras que são propostas, testadas e aperfeiçoadas e que, quando os resultados são os desejados, acabam sendo adotados nos mercados⁵⁵⁸.

No mesmo sentido se pronuncia Fábio Konder Comparato⁵⁵⁹. O autor, embora reconheça o progresso no plano normativo da consagração do princípio da defesa do consumidor, chama atenção à ilusão incutida na mentalidade dos países de origem romano-germânica, notadamente da América Latina, de que “os problemas sociais se resolvem pela simples edição de normas jurídicas”⁵⁶⁰. Particularmente, no campo da proteção do consumidor, continua o autor, a verdadeira solução dos problemas depende de outros fatores, como o desenvolvimento nacional, o crescimento econômico autossustentado e a progressiva igualação de condições de vida⁵⁶¹, além do combate à pobreza.

Por último, a resposta à terceira questão infere um preparativo para a próxima seção. Vislumbra-se, assim, investigar quais mecanismos regulatórios poderiam ser adotados em complementação para a coordenação do mercado e das relações de consumo e que tipo de coordenação econômica representa uma CCC.

A doutrina do direito econômico regulatório, encabeçada por Vital Moreira⁵⁶², afirma que, atualmente, as economias são mistas. Existem três tipos ideais de coordenação, conjugando o mercado (livre competição), a regulação pública (estatal) e a autorregulação (iniciativa

⁵⁵⁶ SZTAJN, 2017, p. 18.

⁵⁵⁷ SZTAJN, loc. cit.

⁵⁵⁸ Sobre o tema da codificação, conferir: ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Fundamentos para compreensão de um novo Código Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

⁵⁵⁹ SZTAJN, op. cit., p. 18.

⁵⁶⁰ COMPARATO, 1990, p. 75.

⁵⁶¹ COMPARATO, loc. cit.

⁵⁶² MOREIRA, 1998, p. 20.

privada)⁵⁶³. Essas formas de coordenação isoladamente não fazem mais sentido, claramente diante do fato de que “as relações econômicas estão se tornando a cada dia mais complexas, principalmente após a globalização e os avanços tecnológicos”⁵⁶⁴. Os dois primeiros tipos – competição do mercado e a regulação estatal – já foram analisados, chegando-se à constatação de que, por si só, não são suficientes. A livre competição decorrente da livre iniciativa, quando não fiscalizada, pode redundar em abusos perpetrados pelo poder econômico dos agentes de mercado⁵⁶⁵, na medida em que “indivíduos e organizações, que buscam maximizar seus próprios interesses, passam a agir em dissonância com o interesse social”⁵⁶⁶. A deficiência do Estado para regulações econômicas⁵⁶⁷, por outro lado, pode provocar ineficiências alocativas, notadamente quando o Estado interfere em situações que não deveria ou que poderia ter resolvido determinado problema ou conjunto de problemas de forma mais eficiente⁵⁶⁸⁻⁵⁶⁹⁻⁵⁷⁰. Se a CCC não é instrumento decorrente de competição (livre mercado) e nem da interferência estatal no mercado e nas relações de consumo (regulação pública), permanece, como última alternativa, sua análise diante da autorregulação, o que será feito na próxima seção.

⁵⁶³ MOREIRA, 1998, p. 20.

⁵⁶⁴ RIBEIRO, JAKOBI, 2014, p. 88.

⁵⁶⁵ Conforme ensina Fabio Ulhoa Coelho, “a livre concorrência deve ser prestigiada como estrutura fundamental da ordem econômica e a repressão aos abusos do poder econômico deve servir unicamente de sua garantia”. Nesse sentido, o poder econômico é inerente ao livre mercado. Se, por conseguinte, a ordem econômica se funda na livre iniciativa e competição, os agentes econômicos são, de fato, desiguais, uns mais fortes que outros. O poder econômico, desta maneira, não é ilícito. Somente quando a própria competição está em risco é que a Constituição, para assegurá-la, reputa abusivo o seu exercício e autoriza à lei a repressão. Isso ocorre, especificamente, nas ocasiões de dominação de setores da economia, de eliminação da competição e de aumento arbitrário de lucros (COELHO, 1996, p. 86-7).

⁵⁶⁶ PORTO, GAROUPA, 2020, p. 67.

⁵⁶⁷ Entre os juseconomistas existe a percepção de que o mercado é mais eficiente que o Estado em definir a alocação de recursos e produzir (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 254). Isso porque, mercados livres são instituição própria e típica das economias capitalistas. Por esse motivo, a intervenção indireta é uma opção legislativa que emerge da organização econômica e de sua disciplina normativa. Enfim, o mercado livre é o melhor instrumento para alocar riquezas (SZTAJN, 2010, p. 21).

⁵⁶⁸ PORTO, GAROUPA, op. cit., p. 77.

⁵⁶⁹ Fernando Boarato Meneguim fornece, na prática, um exemplo de regulação malfeita: “o Plano Cruzado, ao promover o congelamento dos preços para combater a hiperinflação, não permitiu o ajuste dos valores de mercadorias sujeitas à sazonalidade, gerando um desequilíbrio de preços. Isso agravou o desabastecimento de bens (ninguém se dispunha a vender com prejuízo ou perder oportunidades de lucro) e fomentou o surgimento de ágio para compra de produtos escassos, principalmente, os que se encontravam na entressafra, como carne e leite” (MENEGUIM, Fernando Boarato. Lei de liberdade econômica e reflexos no direito regulatório: a análise de impacto regulatório. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (organizadora). **Lei de liberdade econômica e o ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: D’Placido, 2020, p. 274).

⁵⁷⁰ A fim de evitar abusos por parte dos agentes de mercado, o Decreto n. 10.411/2020, em seu art. 5º, assegurou a análise de impacto regulatório (AIR) “após a avaliação pelo órgão ou pela entidade competente quanto à obrigatoriedade ou à conveniência e à oportunidade para a resolução do problema regulatório identificado”.

4.1.2 A autorregulação e a Convenção Coletiva de Consumo

O conceito de autorregulação sofreu modificações ao longo do tempo. Originariamente, explica Vital Moreira⁵⁷¹, no léxico econômico clássico, uma economia autorregulada era uma economia regulada exclusivamente pela competição entre os agentes de mercado. Neste sentido, a autorregulação se confundia com a coordenação pelo próprio mercado, uma vez que se direcionava para o sentido do auto-equilíbrio dos mecanismos econômicos⁵⁷². Sua acepção, portanto, era o de uma “regulação natural” ou da “mão invisível”, que prescindia de qualquer norma exterior (heterorregulação), ou seja, de “regulação artificial”⁵⁷³.

Não é nesse sentido que se pretende estudar a autorregulação na presente tese. A autorregulação que se propõe pesquisar é tão artificial quanto a regulação estatal, uma vez que não nasce espontaneamente das interações do mercado. Implica, da mesma forma, a elaboração de normas e sua implementação, “de modo a influenciar, condicionar, proibir ou constranger a atividade dos agentes econômicos”⁵⁷⁴. Desta forma, a diferença com a acepção original, atesta Vital Moreira, está no fato dela competir aos próprios agentes econômicos, agora coletivamente organizados, sendo simultaneamente autores e destinatários da regulação⁵⁷⁵.

Dois conceitos sobre o assunto chamam atenção na doutrina. Na lição de André Saddy, a autorregulação é “um documento produtor de direito, à margem do Estado ou não, no qual as partes efetivamente impõem a si mesmas um elenco de comportamentos, em definitivo, de boas práticas, para ditar normas que regiam sua própria atividade”⁵⁷⁶. No mais, Rob Baggot preceitua que a autorregulação “é um arranjo institucional pelo qual uma organização regula os padrões de comportamento de seus membros”⁵⁷⁷.

Dos conceitos apresentados, extrai-se que a principal característica da autorregulação é a sua elaboração pela iniciativa privada, por meio das organizações ou associações, sendo, pois um fenômeno essencialmente coletivo⁵⁷⁸. Uma vez que as organizações ou associações, fontes da autorregulação, são compostas pelos próprios agentes econômicos, são eles que

⁵⁷¹ MOREIRA, 1998, p. 53.

⁵⁷² MOREIRA, loc. cit.

⁵⁷³ MOREIRA, loc. cit.

⁵⁷⁴ MOREIRA, loc. cit.

⁵⁷⁵ MOREIRA, loc. cit.

⁵⁷⁶ SADDY, 2016, p. 87.

⁵⁷⁷ BAGGOT, Rob. Regulatory reform in Britain: the changing face of self-regulation. **Public Administration**, v. 67, n. 4, dec.-1989, p 436 *apud* Ibid., p. 85.

⁵⁷⁸ BECUE, DIAS, 2012, p. 7367.

estabelecem as regras que lhes serão aplicadas. Deste modo, a autorregulação emerge da exclusiva entabulação entre agentes econômicos, podendo estar – e não devendo – sob a delegação do Estado⁵⁷⁹, que a incentiva e a fiscaliza, mas jamais dela participa.

Da autorregulação, retiram-se instrumentos regulatórios que contém regras de conduta e comportamento normalmente já praticadas no seio da sociedade ou no ambiente do mercado, por exemplo os regulamentos internos, códigos de conduta e de ética, regulamentação na área da publicidade, selos de qualidade, *standarts* de qualidade etc. Esses arranjos institucionais são desenhados pelos agentes de mercado, relegando a interferência do Estado no ambiente do mercado⁵⁸⁰⁻⁵⁸¹. A racionalidade da autorregulação, ao afastar o Estado da economia, é o temor dos agentes econômicos de uma regulação estatal mais severa e custosa⁵⁸², que causa falhas de regulação, ao mesmo tempo em que se busca angariar confiança e credibilidade dos consumidores e investidores nos agentes de mercado⁵⁸³.

A CCC se enquadra como mecanismo autorregulatório. É preciso reconhecer, todavia, que a autorregulação, como objeto de estudo dos direitos administrativo e econômico regulatório, não foi contemplada para reger matérias de consumo ou do trabalho, a não ser reflexamente. Assim, diferenças entre a autorregulação e a regulação por meio desses

⁵⁷⁹ A doutrina, de um modo geral, é concordante com a regra de que a Administração Pública não participa da autorregulação, quando muito, apenas a delega. Apenas para complementar, Jean Eduardo Aguiar Caristina aponta dois processos normativos de autorregulação: a) autorregulação privada (ou originária): a elaboração das normas condutoras daquele grupo ocorre por simples autovinculação dos interessados que deliberam à medida de sua livre vontade e disposição negocial; há total abstenção do Estado que, ora se põe à margem do grupo, ora se limita a incentivá-lo; e, b) autorregulação pública (ou delegada): a elaboração das normas, embora formuladas pelos organismos de supra-ordenação, decorre de ordenação estatal que fixa determinados parâmetros de observância obrigatória pelos organismos de heterorregulação endógena (CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar. Os modelos jurídicos na auto-regulação econômica. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 5, 2006, p. 120). Para Sabrina Maria Fadel Becue e Leonardo Adriano Ribeiro Dias existem dois tipos de autorregulação. A autorregulação de base legal e a autorregulação de base voluntária. A primeira é “aquela imposta ou estabelecida pelo Estado, de modo que a tais entidades é delegada a competência regulatória embora permaneçam independentes e privadas”. No Brasil, a própria Lei reconhece a autonomia, mas lhe impõe o dever de fiscalização dos membros e das operações. A segunda “decorre da iniciativa exclusiva e espontânea dos particulares, que aderem às regras impostas pelo órgão regulador privado, tal como ocorre com os códigos de condutas e outros órgãos de entidades atuantes no mercado” (BECUE, DIAS, 2012, p. 7368). Para André Saddy, a autorregulação pode ser voluntária (espontânea) e mandatária (obrigatória ou legal). A primeira nasce espontaneamente. Os interessados devem possuir autonomia da vontade em relação ao objeto da regulação. Funda-se em bases contratuais. Quem a elabora, aprova e subscreve ou adere a tais instrumentos, submete-se a determinadas normas por meio da sua autonomia da vontade. Pode ingressar e se retirar livremente (liberdade de associação). A intervenção estatal somente ocorrerá se os agentes que se autorregulam descumprirem o ordenamento jurídico. A segunda recebe a delegação do Poder Público. Uma entidade privada tem poderes e deveres delegados por lei de forma expressa para o desempenho de determinadas atividades, atuando como *longa manus* (órgão auxiliar) do Estado. Os entes privados podem fiscalizar, processar, julgar e aplicar sanções por infrações a normas de comportamento (SADDY, 2016, p. 110-1).

⁵⁸⁰ CARISTINA, op. cit., p. 128.

⁵⁸¹ LIMA JUNIOR, 2018, p. 51.

⁵⁸² BECUE, DIAS, op. cit., p. 7381.

⁵⁸³ SADDY, op. cit., p. 80.

instrumentos convencionais coletivos são perceptíveis e não permitem uma aproximação imediata. Distinções como a presença ou não de reciprocidade e a obrigatoriedade ou não de suas disposições são relevantes para confirmar esse enquadramento.

Nos direitos administrativo e econômico regulatório, a autorregulação é destinada a mercados altamente específicos e complexos, como é o caso do mercado de capitais⁵⁸⁴. Suas características essenciais são o estabelecimento de padrões de comportamento e a autolimitação da vontade daqueles que a elaboram, aprovam e subscrevem ou aderem⁵⁸⁵. Ao impor restrições, explica André Saddy⁵⁸⁶, pretendem os autorreguladores – que também são os regulados – dois objetivos: a) contribuir para que a atividade econômica constitua um instrumento útil no processo econômico, preocupando-se com os direitos dos consumidores e com a lealdade na competição; e, b) constituir um meio para procurar a pacífica e rápida resolução de controvérsias entre competidores. Com esses objetivos, as expectativas dos autorreguladores são: a) incutir na sociedade em geral uma imagem de prestígio pelo simples fato de conceberem um código que proporcionará a sobreproteção dos consumidores e investidores (expectativa formal); e, b) proporcionar a percepção de maior proteção pelo que se encontra no próprio texto do código (expectativa material)⁵⁸⁷.

Como se nota das suas características, objetivos e expectativas, a autorregulação se constitui em disposições e compromissos unilaterais da organização profissional⁵⁸⁸ e, ainda que negociados, são concertados pelos agentes econômicos que fazem parte do mesmo grupo de interesses. A unilateralidade é encarada pelos autores como um ponto negativo da autorregulação. Para Vital Moreira⁵⁸⁹, os autorreguladores agem em benefício da própria atividade regulada. Para André Saddy⁵⁹⁰, mesmo que na autorregulação exista a preocupação, ainda que de forma refletida, com o interesse público, é evidente que ela é operada a partir dos interesses dos atores envolvidos.

⁵⁸⁴ Apenas a título de informação, cita-se alguns códigos de autorregulação e suas respectivas instituições: o Código de Autorregulação em Governança de Investimento da Associação Brasileira das Entidades Fechadas da Previdência Complementar (Abrapp); o Novo Regulamento de Listagem do Novo Mercado da B3 (Brasil Bolsa Balcão); o Código Brasileiro de Governança Corporativa da Bolsa de Valores do Estado de São Paulo (BM&FBovespa); o Código de Ética do Instituto Brasileiro de Autorregulação do Mercado de Corretagem de Seguros, Resseguros, Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (Ibracor); o Código de Administração de Recursos de Terceiros da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais (Anbima), dentre outras.

⁵⁸⁵ SADDY, 2016, p. 88; 97.

⁵⁸⁶ Ibid., p. 81.

⁵⁸⁷ Ibid., p. 121.

⁵⁸⁸ MOREIRA, 1998, p. 42.

⁵⁸⁹ MOREIRA, loc. cit.

⁵⁹⁰ SADDY, op. cit., p. 91.

Sabrina Maria Fadel Becue e Leonardo Adriano Ribeiro Dias⁵⁹¹ aprofundam ainda mais na crítica, discorrendo sobre o interesse particular e egoísta do regulador-regulado. Ensina que, além das normas de autorregulação atender aos interesses da classe que as instituiu, ainda antecipam a disciplina com o intuito de evitar uma posterior regulamentação estatal mais severa ou prejudicial aos seus objetivos⁵⁹². Ou seja, a autorregulação pode avançar na disciplina do mercado com fixação de padrões mais rígidos de governança corporativa e incorporação de postulados éticos, gerando, assim, barreiras de entrada ao referido mercado e, conseqüentemente, acarretando a eliminação da concorrência⁵⁹³.

Possivelmente, esse modo de elaboração afastaria a CCC da modalidade de autorregulação. Ainda que a autoimposição de restrições possa resultar em benefícios aos consumidores, a sua unilateralidade e ausência de reciprocidade descaracterizaria a CCC. Uma espécie de autorregulação bilateral, no entanto, seria admissível. Vital Moreira⁵⁹⁴, dentre os autores pesquisados, é o único que se refere a autorregulação bilateral ao concernir à convenção coletiva entre sujeitos laborais. Nesse sentido, afirma que paulatinamente a lógica do mercado e da concorrência foi sendo substituída pela lógica do acordo coletivo, seja unilateral ou bilateral. A primeira forma de autorregulação econômica ocorreu entre sindicatos de empresas, de que a forma mais típica é o cartel. A segunda forma, nos acordos coletivos entre sindicatos de trabalhadores e patronais⁵⁹⁵. O crescimento das organizações empresariais e profissionais, continua o autor, transformou-as em grupos de pressão sobre o Estado para influenciar e participar na definição política e econômica e, num segundo momento, para intervir ou compartilhar tarefas de regulação e disciplina econômica⁵⁹⁶.

A CCC, portanto, poderia se enquadrar, dentro do regime da autorregulação, como uma espécie bilateral, tema este ainda pouco explorado, já que constitucionalistas e administrativistas, ao tratar da matéria regulatória, incluem apenas a relação entre o Estado e os agentes de mercado, assim entendidos os exercentes de atividade profissional, empregadores e fornecedores. Trabalhadores e consumidores, como já se pesquisou, foram deslocados para outra modalidade de regulação, a social. Por esse motivo, a participação de grupos laborais e consumeristas na elaboração de instrumentos regulatórios foi pouco albergada pela doutrina.

Entretanto, se o escopo da CCC é regular as relações de consumo, admitindo, cada um

⁵⁹¹ BECUE, DIAS, 2012, p. 7380.

⁵⁹² BECUE, DIAS, loc. cit.

⁵⁹³ Ibid., p. 7380.

⁵⁹⁴ MOREIRA, 1998, p. 27.

⁵⁹⁵ MOREIRA, loc. cit.

⁵⁹⁶ MOREIRA, loc. cit.

dos grupos privados, restrições às condutas e comportamentos de seus associados no mercado de consumo, não se pode negar o caráter autorregulatório desse instrumento, na modalidade bilateral.

Por outro lado, Norbert Reich⁵⁹⁷ se refere à regulação negociada como resultado da “redescoberta de padrões de negociação e de barganha na regulação e no uso de formas de implementação e garantias baseadas em *soft law*”. Trata-se, na concepção do autor, de verdadeiro mecanismo de autorregulação bilateral, na medida em que os grupos de interesse público, incluindo os de defesa do consumidor, podem participar diretamente na autodefinição de padrões regulatórios⁵⁹⁸ e proporcionar arranjos institucionais mais seguros e eficientes. A regulação negociada garantiria, assim, a integração de interesses opostos⁵⁹⁹⁻⁶⁰⁰.

Em Vital Moreira⁶⁰¹, esse modelo de auto-coordenação coletiva avulta como uma terceira forma de regulação artificial da economia, distinguindo-se da economia de direção central e economia de mercado. Ela, enfim, não é imposta do exterior da economia, antes é produzida dentro da economia pelos próprios interessados. A esse tipo de coordenação o constitucionalista deu o nome de convenção entre grupo ou convenção coletiva⁶⁰².

Na medida em que o consumidor, unitariamente, é impossibilitado de participar de qualquer ato de regulação, cresce, em importância, a ação coletiva das organizações e associações. Significa dizer, se a entabulação de regras de conduta e comportamento com cada consumidor unitário não é viável e nem possível, dada a disparidade informacional – para os juristas – ou a vulnerabilidade – para os consumeristas –, a associação deles, viabiliza uma saída para a elaboração de uma regulação econômica que pode atender aos requisitos da segurança, previsibilidade e eficiência.

Entretanto, mais uma distinção se verifica entre a autorregulação e a regulação por meio da CCC. Diz respeito, de um lado, à obrigatoriedade do instrumento regulatório e, de outro, à natureza flexível (*soft*) do instrumento convencional coletivo. André Saddy⁶⁰³ comenta sobre a capacidade sancionadora ou repressora dos instrumentos autorregulatórios, tomando,

⁵⁹⁷ REICH, 2017, p. 45.

⁵⁹⁸ Ibid., p. 47.

⁵⁹⁹ Ibid., p. 46.

⁶⁰⁰ No Brasil, Octavio Bueno Magano, amparado em Michel Vasseur, já afirmara, desde 1986, que o caráter consensual dos pactos traz à tona a ideia de que um direito negociado tende a tomar o lugar do direito imposto (VASSEUR, Michel. De nouvel essor du concept contractuel. *Révue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, t. 62, 1964, p. 8 *apud* MAGANO, Octavio Bueno. Participação, concerto, acordos sociais nas relações trabalhistas contemporâneas e direito dos trabalhadores à informação – a participação dos trabalhadores por métodos diferentes da negociação coletiva. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 62, jul.-ago./1986, p. 70.

⁶⁰¹ MOREIRA, 1998, p. 29.

⁶⁰² MOREIRA, loc. cit.

⁶⁰³ SADDY, 2016, p. 138.

por exemplo, os códigos de conduta. Para o autor, “as normas autorreguladoras ou procedimentos criados devem ser acompanhados de fiscalização, supervisão e eventual infração, caso não haja cumprimento das obrigações estabelecidas nos códigos”⁶⁰⁴. Os códigos autorregulatórios, assim, devem possuir um regime de sanções sério e rigoroso⁶⁰⁵, como advertência privada, advertência pública, multa, suspensão de adesão ou cancelamento de adesão^{606_607_608}. O eventual descumprimento dos códigos deve ser visto como uma prática desleal e contrária a boa-fé⁶⁰⁹. Isso acarreta por afiançar a credibilidade no sistema de autorregulação⁶¹⁰, confirmando a expectativa dos envolvidos no cumprimento das disposições acordadas.

De modo diferente, já se teve oportunidade de discorrer na seção 2 desta tese, que a CCC tem caráter flexível e informal. A simplicidade da sua conformação legal, observada principalmente em face das complexas disposições da CCT, denota inequivocamente tratar-se de um instrumento regulatório distinto. Sobre as características e o funcionamento da norma flexível, no entanto, serão dedicados estudos na próxima seção.

A propósito, o caráter flexível (*soft*) de certos instrumentos de coordenação econômica têm sido tendência na regulação contemporânea. Para Ruy Pereira Camilo Junior⁶¹¹, a concepção tradicional da regulação baseada em metas econômicas e normas cogentes monitoradas por agências se alterou. Comandos cogentes, cuja eficácia é assegurada por sanções, agora, dão lugar a outros mecanismos assecuratórios, como negociações, divulgação pública de classificação de riscos (*ratings*) positivos e negativos, e formas de *soft law* como

⁶⁰⁴ SADDY, 2016, p. 138-9.

⁶⁰⁵ Ibid., p. 139.

⁶⁰⁶ LIMA JUNIOR, 2018, p. 142.

⁶⁰⁷ João Manoel de Lima Junior explica que as sanções disciplinares têm como referência as sanções do direito penal ou do direito disciplinar público e, em geral, podem ser de três tipos: (i) penas privativas de qualidade, função ou direitos, tais como a exclusão do membro; (ii) penas pecuniárias, como multas; e (iii) penas morais ou desonrosas (Ibid., p. 144).

⁶⁰⁸ Apenas a título de informação e exemplificação, o Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária (CBAP) prevê quatro categorias de sanções: a) advertência: é aplicada contra anúncios que infringam o CBAP, mas não são potencialmente nocivos aos consumidores ou à atividade publicitária; b) recomendação de alteração ou correção do anúncio: é aplicada àqueles casos em que a mudança na forma ou no conteúdo da publicidade se revela já suficiente para o atendimento às disposições do CBAP; c) recomendação de suspensão da veiculação: é aplicada na hipótese em que a infringência ao código revela-se tão grave que somente a proibição da veiculação do anúncio se mostra capaz de tutelar adequadamente os interesses prestigiados pela autorregulação publicitária; e, d) divulgação da posição do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar): é aplicada na hipótese de não acatamento das medidas e providências preconizadas pelo CBAP. Sua aplicação reserva-se nas seguintes situações: i) àqueles que, submetidos à deliberação do Conar, não lhe dão o devido cumprimento; e, ii) àqueles que reincidem em anúncios já sancionados por desobediência às normas de autorregulação (COELHO, 1994, p. 240-1).

⁶⁰⁹ SADDY, op. cit., p. 140.

⁶¹⁰ Ibid., p. 139.

⁶¹¹ CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Novas dimensões da regulação econômica. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v. 60, abr./jun.-2013, p. 97-8.

recomendações e diretrizes⁶¹². Enfim, conclui o autor, os próprios entes regulados e os grupos afetados influenciam a criação e a fiscalização dos *standards*, por meio de mecanismos participativos como os procedimentos de autorregulação⁶¹³.

No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão⁶¹⁴ assevera que a regulação tende a substituir relações de controle por relações de direção, aparentemente mais elaboradas e ponderadas. Leciona o autor que, as relações de direção, de maneira mais flexível, permitem a adoção de medidas corretivas das disfunções verificadas, eliminando-as, não com medidas sancionatórias, mas mediante a adoção de medidas frequentemente informais⁶¹⁵.

Norbert Reich⁶¹⁶ relata que, especialmente nos EUA e na Alemanha, vem se criticando o modelo rígido de implementação do Direito. De modo inovador, emanam-se mecanismos informais e padrões de barganha que ocorrem à sombra da lei. Numa percepção comum, o autor enxerga muita evidência não científica de que a regulação, nos dias atuais, está mais perto do modelo de barganha do que do modelo de legalidade estrita. Prevê, por último, com fundamento em discussões modernas, que a regulação com base em normas flexíveis irá ocupar um espaço muito maior no futuro e poderá ser o próximo paradigma⁶¹⁷.

Justamente a pretensão da tese é de apresentação de uma forma alternativa de regulação econômica, nascida diretamente do tecido social e da interação e do comportamento entre consumidores e fornecedores. As duas próximas seções destinam-se a analisar a importância da CCC como norma flexível para o direito do consumo e sua importância como instituição para a sociedade na abordagem da NEI.

4.2 A CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO COMO NORMA FLEXÍVEL (*SOFT LAW*)

Na seção 2.4.2, constatou-se que a CCC é instrumento de natureza *sui generis*, sendo um contrato na sua formação e uma norma flexível no seu resultado. Verificou-se que o vínculo entre fornecedores e consumidores, nos seus respectivos grupos, é de natureza associativa e, como tal, eles podem se desassociar a qualquer tempo. Se a associação não é obrigatória (art. 5º, XVII da CRFB), a vinculação aos instrumentos convencionais também não pode ser. Se não

⁶¹² CAMILO JUNIOR, 2013, p. 97-8.

⁶¹³ CAMILO JUNIOR, loc. cit.

⁶¹⁴ ARAGÃO, 2001, p. 65.

⁶¹⁵ ARAGÃO, loc. cit.

⁶¹⁶ REICH, 2017, p. 46.

⁶¹⁷ REICH, loc. cit.

existe caráter vinculativo, conseqüentemente, não poderia haver sanção administrativa e nem multa penal por sua desassociação ou descumprimento. Aliás, o veto ao art. 108 do CDC, não obstante o disposto no art. 107, § 3^o⁶¹⁸, retirou a possibilidade de qualquer execução coercitiva nas convenções coletivas de consumo.

O caráter flexível da CCC pode ser visto sob diversos aspectos, seja pelo seu instrumento, seja pelo seu conteúdo ou, ainda, por mecanismos não estatais de solução dos conflitos. O enfoque desta seção, contudo, centrará na viabilidade de um instrumento convencional que não conta com ferramentas de execução forçada. Essa ausência de vinculatividade por coerção, embora seja uma tendência dos mecanismos regulatórios atualmente, coloca em discussão o caráter jurídico da própria norma flexível e pode alterar substancialmente sua influência sobre a estrutura normativa do direito de defesa do consumidor.

Esta seção tem o objetivo de aprofundar a compreensão da noção da *soft law* ou norma flexível. Embora tentativas de classificação, enquadramento (natureza jurídica) e formatação não sejam consentâneos com aquilo que se chama de um direito mole ou flexível, tão informal quanto funcional, esta seção destina-se a contribuir na identificação da *soft law*, expondo seu conceito e os critérios de identificação. Com isso, pretende-se compreender melhor o seu funcionamento como arranjo institucional e sua importância para o ambiente institucional do mercado de consumo e para a sociedade em geral.

4.2.1 O conceito de *soft law* (norma flexível) e a crítica da normatividade relativa

Atualmente, a norma flexível (*soft law*) é fenômeno presente nas mais variadas áreas do Direito, especialmente no direito internacional e no direito comercial e empresarial. André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁶¹⁹ se reporta à *lex mercatória* e ao pluralismo legal medieval como a origem da *soft law*. Entretanto, a expressão, o procedimento de elaboração e aplicação foram desenvolvidos primordialmente no direito internacional. O desenvolvimento do seu conceito partiu das agências regulatórias internacionais, desprovidas de poder para criação e imposição coercitiva de suas orientações e diretrizes aos sujeitos internacionais⁶²⁰.

⁶¹⁸ Como já se teve oportunidade de discorrer na seção 2 desta tese, esse dispositivo legal não tem qualquer eficácia. Não apenas porque contraria a liberdade de associação, mas também porque não estabelece qualquer limite temporal à vinculação ao cumprimento da CCC.

⁶¹⁹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

⁶²⁰ LEISTER, Margareth Anne; SOUZA, Leonardo da Rocha de. A influência da *soft law* na formação do direito ambiental. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 770.

Posteriormente, sua elaboração e uso novamente passou a ganhar destaque no direito privado, especialmente no ambiente econômico do mercado de capitais. No Brasil, leciona Marcela Block⁶²¹, as *soft laws* proliferaram a partir da década de 1990, principalmente no âmbito das instituições financeiras e na seara do *compliance* criminal.

Não obstante, as pesquisas sobre normas flexíveis se intensificaram mais no direito internacional do que no direito privado. Isso se justifica, uma vez que o uso das *soft laws*, no direito comercial e empresarial, é decorrente da ideia de autorregulação do mercado em sua acepção liberal, o que afastou qualquer tipo de interferência externa e acabou por relegar também aprofundamentos doutrinários. As pesquisas sobre normas flexíveis, assim, se desenvolveram com mais afinco entre os internacionalistas. Por esse motivo, grande parte dos marcos teóricos adotados nesta tese como fundamentos desse assunto advém dessa área.

A noção de *soft law* é polissêmica e multifacetada. Salem Hikmat Nasser⁶²² ensina que, usuários diferentes atribuirão à expressão significados diversos, dando-lhes abrangência maior ou menor. Seu significado, portanto, não é único e nem imutável⁶²³. Isso implica a admissão de uma gama variada de instrumentos dessa natureza. Apenas a título de exemplificação, André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁶²⁴ cita diversos instrumentos provenientes dos Estados e seus poderes, das organizações nacionais e internacionais e das entidades privadas, como: declarações unilaterais, memorandos de entendimento, atas finais de reuniões, agendas ou programas de ação, recomendações, acordos de cavalheiros, resoluções, códigos de conduta, cartas de intenções, convenções coletivas, termos padrões etc. Esses instrumentos são caracterizados, principalmente pela informalidade do seu processo formativo, pela ausência de obrigatoriedade do seu instrumento e pela vagueza e abstração do seu conteúdo.

Essas características da *soft law*, nada comum ao direito objetivo formal, por vezes, causam confusão e polêmica, a começar por sua tradução⁶²⁵. Uma das principais críticas à

⁶²¹ BLOCK, Marcella. **Compliance e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 89.

⁶²² NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional – um estudo sobre a soft law**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

⁶²³ Ibid., p. 26.

⁶²⁴ ABBUD, 2014, p. 11-2.

⁶²⁵ Salem Hikmat Nasser tece importantes comentários que explicam a ausência de uma tradução natural para a expressão *soft law* e o uso da expressão em inglês. Para o autor, nenhuma tradução que se queira fiel e útil pode ser apenas literal, precisa trazer à tona o sentido das palavras. Uma tradução literal recorre-se ao expediente aparentemente facilitador de fazer equivaler os termos. Por exemplo, *law* a direito. Ocorre que, o próprio termo direito é daqueles que todos creem saber o que significa, mas poucos conseguem definir sem dificuldades. O termo direito é dotado de uma textura aberta, cabendo restrições ou acréscimos em seu significado. Essa primeira tarefa, no entanto, causa menos dificuldades, uma vez que por *soft law* compreende-se o “direito *soft*”. A segunda parte da expressão, contudo, é que gera maiores confusões. *Soft* pode ter vários significados: mole, maleável,

expressão é que nela se pode identificar uma junção de conceitos contrários, como é o caso do adjetivo *soft* e o substantivo *law*⁶²⁶. Segundo André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, “o fenômeno do direito não conheceria graus diversos de vinculatividade ou força, mas apenas um: o da norma jurídica, que simplesmente existe ou não existe”⁶²⁷. Em simples palavras, explica, “se algo é direito (*law*), não pode ser mole ou flexível (*soft*)”⁶²⁸. Nesse sentido, a *soft law* introduziria uma ideia de relatividade do direito⁶²⁹, algo como um quase-direito.

A ideia de relatividade normativa, por sua vez, poderia encampar uma série de consequências não desejáveis ao Direito, as quais afetariam sua segurança e previsibilidade. André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁶³⁰, por exemplo, relata que os detratores do fenômeno da *soft law* questionam sua própria existência, bem como o seu afastamento do campo do Direito. Reconhecem, no entanto, a importância da sua função, dada a ausência de caráter patológico ou disfuncional.

Salem Hikmat Nasser⁶³¹ assevera que para os defensores da *soft law* o foco está na descrição mais acurada possível dos regimes regulatórios, entendidos estes de modo mais genérico, por exemplo, como ordem ou governança⁶³²⁻⁶³³. O pesquisador da *soft law*, prossegue, “ao tentar entender e explicar o funcionamento ordenado das relações, ou o gerenciamento de regimes regulatórios, precisa reconhecer o lugar que têm os fenômenos da *soft law* dentro do

plástico, flexível, tenro, macio, suave, doce, leve. Pode significar também verde (não maduro). A substituição de *soft* por um desses termos e sua combinação com o termo direito pode resultar em variadas expressões com variados sentidos. Havendo mais de um significado seria necessário encontrar, em português, uma expressão que lhe fosse totalmente equivalente. Mas isso não ocorre, sendo alguns fenômenos da *soft law* melhor designados por direito mole, outros por direito flexível, direito verde e assim conforme cada situação. As dificuldades, como se nota, são grandes, uma vez que a ausência de uma tradução natural para o português, implicaria em escolhas arbitrárias. Melhor, assim, render-se ao anglicismo e buscar o seu conceito (NASSER, 2006, p. 24-5).

⁶²⁶ ABBUD, 2014, p. 14.

⁶²⁷ ABBUD, loc. cit.

⁶²⁸ ABBUD, loc. cit.

⁶²⁹ ABBUD, loc. cit.

⁶³⁰ Ibid., p. 15-6.

⁶³¹ NASSER, op. cit., p. 26-7.

⁶³² No âmbito temático desta pesquisa, compreende-se por governança o conjunto de práticas que tem por finalidade a organização da atividade econômica com o fim de reduzir os custos de transação (CAVALLI, Cassio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 177). A *soft law*, nesse caso, deve ser encarada, dentro da abordagem que se propõe para esta pesquisa (NEI), sob o aspecto dos arranjos institucionais (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; SONAGLI, Joseliane. A teoria de Coase e o papel do Direito para a eficiência das relações empresariais. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 8, n. 1, jan.-jun./2017, p. 29).

⁶³³ Na nomenclatura dos adeptos da NEI, tais estruturas de governança são chamados de arranjos institucionais. São guias específicos estabelecidos entre as partes em uma transação para regular as negociações. Essas estruturas de governança determinam como as relações se processam. Bons arranjos institucionais podem, por conseguinte, ser integrados ao ambiente institucional. Por ambiente institucional entende-se todas as regras do jogo, que se apresentam como guias do comportamento individual. Podem ser formais, traduzidas em regras explícitas (a Constituição, as leis e os direitos de propriedade) e informais, consideradas as regras implícitas (convênções sociais) (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA, Lara Bonemer. Teoria do desenho de mecanismos: proposta de aplicação aos contratos incompletos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 20, n. 40, 2017, p. 219).

seu universo de análise”⁶³⁴, afastando-se, desta maneira, da preocupação com a distinção entre o que seria direito e o que não é.

Dada a sua frequência nas relações interpessoais e sociais, evidentemente, o fenômeno da *soft law* passa a se incorporar e, conseqüentemente, ter importância no mundo do Direito, especialmente como mecanismo regulatório, ou seja, que informa e afeta o comportamento dos agentes econômicos. Sua importância tem se expandido cada vez mais nas mais diversas áreas do Direito, a ponto de Eric Posner⁶³⁵ mencionar que a constituição (inicial minúscula) de normas não escritas é tão importante quanto a Constituição (inicial maiúscula) escrita e desenvolvida judicialmente.

Desta forma, quando se fala em normatividade relativa, está-se referindo, em verdade, “a relatividade da força constringente das normas desse direito, de seu alcance variável, do maior ou menor grau de certeza quanto a obrigações e direitos delas decorrentes, da existência e dos tipos de conseqüências previstas para o caso de descumprimento”⁶³⁶. Não se está falando, portanto, do problema da validade dessas normas, entendida esta como o seu pertencimento ao ordenamento jurídico⁶³⁷ ou não. Significa dizer que, para além da discussão acerca da sua juridicidade, a *soft law* importa por sua função reguladora, influenciando o comportamento não apenas das pessoas envolvidas, mas também do próprio Estado. Em estudo sobre a *soft law* oriunda da esfera pública⁶³⁸, Eric Posner⁶³⁹ se concentra justamente nesse papel. Leciona que a norma flexível é um sinal que fornece informações e afeta os comportamentos que pode transmitir informações de forma mais ou menos precisa e mais ou menos eficiente e, quando o faz de forma mais confiável ou mais barata, é preferível em relação à lei rígida⁶⁴⁰.

Tecidas essas breves considerações acerca da norma flexível, convém, para finalizar a seção, apresentar o seu conceito. Efetuadas as mudanças necessárias ao direito privado, notadamente à defesa do consumidor, toma-se por base os conceitos expostos pela doutrina

⁶³⁴ NASSER, 2006, p. 26-7.

⁶³⁵ POSNER, Eric A.; GERSEN, Jacob E. *Soft Law. Public Law and Legal Theory Working Paper*. Chicago: The Law School; The University Chicago, 2008, p. 2.

⁶³⁶ NASSER, op. cit., p. 96.

⁶³⁷ NASSER, loc. cit.

⁶³⁸ Wei Dan admite que a *soft law* pode ser estudada sob dois enfoques: o privado, oriundo das empresas, e o público, originado dos Estados e das organizações internacionais (DAN, Wei. A proteção do consumidor no contexto global: a situação actual e algumas novas tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 114, nov.-dez./2017, p. 361). É nesse sentido que Eric Posner desenvolve sua pesquisa, analisando a *soft law* do congresso que afeta o comportamento, informando as instituições públicas e políticas sobre as intenções e preferências políticas do Congresso (POSNER, GERSEN, op. cit., p. 1).

⁶³⁹ POSNER, GERSEN, op. cit., p. 12.

⁶⁴⁰ POSNER, GERSEN, loc. cit.

internacionalista. Desta forma, *soft laws* são instrumentos escritos não obrigatórios⁶⁴¹⁻⁶⁴²⁻⁶⁴³, elaborados por organismos não estatais (sujeitos coletivos de consumo), cuja aplicação à relação é condicionada à vontade das partes, produzindo nelas efeitos concretos. Essas ferramentas visam a orientar a prática de atos e negócios jurídicos nos espaços deixados pelas leis estatais⁶⁴⁴ e, desta forma, têm o condão de influenciar não apenas o comportamento dos destinatários (público em geral), mas também dos próprios órgãos públicos (legislativo, executivo e judiciário)⁶⁴⁵⁻⁶⁴⁶, da mesma forma funcional como fazem as leis rígidas⁶⁴⁷.

4.2.2 Os critérios de identificação da *soft law*

Como se acabou de expor, das expressões vernáculas mais aceitas para *soft law* estão o direito brando ou flexível. As expressões são bastante vagas, sendo de fundamental necessidade descortinar o que seja efetivamente brando ou flexível. A partir da resposta a esta questão será possível compreender por que as normas flexíveis não são obrigatórias e vinculativas e não se constituem em relações de comando e controle. Esse debate, no entanto, será exposto com mais profundidade na seção seguinte. Antes disso, esta seção destina-se a enunciar os critérios de identificação de uma *soft law*. Para tanto, recorre-se à pesquisa elaborada por Alan Boyle⁶⁴⁸ que se ocupou em trabalhar com três critérios⁶⁴⁹, sobre os quais passa-se a discorrer.

O primeiro critério reputa como flexível o próprio instrumento regulatório, independentemente do conteúdo de suas regras. A norma flexível, nesse sentido, pode ser confrontada com a norma bruta que é vinculativa⁶⁵⁰. Esse critério, explica André de

⁶⁴¹ ABBUD, 2014, p. 1.

⁶⁴² NASSER, 2006, p. 25.

⁶⁴³ BLOCK, 2017, p. 89.

⁶⁴⁴ ABBUD, op. cit., p. 1.

⁶⁴⁵ POSNER, GERSEN, 2008, p. 1.

⁶⁴⁶ BLOCK, op. cit., p. 89.

⁶⁴⁷ Funcionalmente, a regulação pública no domínio econômico pode influenciar o comportamento dos agentes econômicos de duas formas: a) por direção: exercendo pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os agentes econômicos; e, b) por indução (nudge): manipulando os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados, adotando técnicas regulatórias de estímulo e desestímulo de determinadas condutas (COSTA, 2015, p. 185).

⁶⁴⁸ BOYLE, Alan E. Some reflection on the relationship of treaties and soft law. **International and Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 48, p. 901-913, 1999, p. 901-2.

⁶⁴⁹ Os autores da *soft law*, de um modo geral, apontam para apenas dois critérios de identificação. Margareth Anne Leister e Leonardo da Rocha de Souza afirmam que as categorias de *soft law* podem basear-se na distinção entre *negotium e instrumentum* (LEISTER, SOUZA, 2015, p. 770). Significa dizer que o caráter flexível da norma pode estar vinculado ao seu instrumento, de fácil renúncia, ou então, ao seu conteúdo, de discurso não normativo.

⁶⁵⁰ BOYLE, op. cit., p. 901.

Albuquerque Cavalcanti Abbud⁶⁵¹ se refere a instrumentos que adotam processos normativos informais, ou seja, instrumentos que por sua própria forma legal, fonte ou modo de produção, têm caráter não vinculante. Margareth Anne Leister e Leonardo da Rocha de Souza⁶⁵² asseveram que a opção pela suavização do instrumento pelo legislador, seja um poder ou mera entidade privada, se justifica exatamente para que o acordo seja viabilizado com maior facilidade. São instrumentos que preveem uma renúncia facilitada.

O segundo critério considera como flexível o conteúdo do instrumento regulatório, não mais sua forma. Esse critério, informa Alan Boyle⁶⁵³, contrasta, de um lado, as “regras” representando as leis rígidas como compromissos claros e razoavelmente específicos e, de outro, as “normas” ou “princípios” representando as normas flexíveis como orientações abertas ou genéricas em seu conteúdo. Essas características tornam o conceito da *soft law* residual, enquadrando-se nele tudo o que não seja regra de conduta específica, tudo que não cria direitos e obrigações imediatamente identificáveis, realizáveis e passíveis de demanda⁶⁵⁴. Margareth Anne Leister e Leonardo da Rocha de Souza, por derradeiro, afirmam que, mesmo em um instrumento jurídico formal é possível se optar pela suavização do seu conteúdo, “ao adotar um discurso não normativo, ou que não forneça qualquer diretiva precisa quanto ao comportamento a que os seus autores estão obrigados”⁶⁵⁵.

Por último, o terceiro critério para determinar se a norma é rígida ou flexível se pauta no caráter do processo de resolução de disputas. Para Alan Boyle⁶⁵⁶, o contraste deste critério está entre, de um lado, a lei rígida sujeita a adjudicação compulsória em casos de controvérsia e, de outro, a norma flexível que submete suas controvérsias à conciliação não vinculativa ou a procedimento de conformidade não vinculativo. Melhor explicando esse critério, André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁶⁵⁷ atesta que, por adjudicação compulsória, compreendem-se os mecanismos vinculantes de resolução de disputas, tais como o judiciário ou a arbitragem, ao passo que, por procedimentos não vinculativos, compreendem-se os meios consensuais ou não vinculantes como a conciliação, a mediação e a negociação. Salem Hikmat Nasser⁶⁵⁸, neste sentido, arremata que se considera uma norma *soft* quando a resposta prevista para o seu descumprimento é frágil, seja porque não há previsão de uma resposta organizada, seja porque

⁶⁵¹ ABBUD, 2014, p. 10-1.

⁶⁵² LEISTER, SOUZA, 2015, p. 770.

⁶⁵³ BOYLE, 1999, p. 901-2.

⁶⁵⁴ NASSER, 2006, p. 102.

⁶⁵⁵ LEISTER, SOUZA, op. cit., p. 770.

⁶⁵⁶ BOYLE, op. cit., p. 902.

⁶⁵⁷ ABBUD, op. cit., p. 10-1.

⁶⁵⁸ NASSER, op. cit., p. 107.

os remédios previstos são conciliatórios e negociados e não jurisdicionais.

Os critérios de identificação ora estudados apresentam os contrastes entre norma flexível e o direito rígido. Esses contrastes revelam consequências substanciais, notadamente para a *soft law*. Se da *soft law* rechaçam a afirmação de normas fracas, não se pode negar que a lei rígida gera maior senso de comprometimento⁶⁵⁹, trazendo consigo a percepção de maior segurança e previsibilidade. Isso se deve ao fato de abarcarem ferramentas de cumprimento forçado (*hard enforcement*) para a hipótese de seu descumprimento. Em sentido oposto, significa dizer que, uma relação amparada por norma flexível não se afigura como uma relação de comando e controle e, como tal, dependem da espontaneidade dos seus cooperadores para se fazer valer. Os estudiosos da *soft law*, contudo, demonstram que nem sempre uma norma flexível está aquém de um direito rígido. Mecanismos de aceitação voluntária da norma aliado a sanções reputacionais também podem apresentar suas vantagens. É o que se passa a analisar.

4.2.3 A norma flexível de consumo e a ausência de cumprimento forçado

Do conceito de *soft law* se extrai, como primeiro pensamento, a ideia da ausência de obrigatoriedade ou vinculatividade de suas disposições, o que foge completamente à concepção comum do direito objetivo. Não obstante, como foi visto na seção anterior, mesmo diante dessa peculiaridade, o caráter *soft* (flexível) de certos instrumentos de coordenação econômica tem sido tendência na regulação contemporânea.

Para a presente pesquisa, a ausência de cumprimento forçado é, indiscutivelmente, o ponto crucial na discussão acerca das *soft laws*. Como já se disse, as normas flexíveis comumente preveem mecanismos de renúncia facilitada, relegando-se ferramentas de reforço, como cláusulas penais pecuniárias. Da mesma forma, ao serem invocadas em sistemas de adjudicação compulsória, as *soft laws* funcionariam apenas como orientação e direção ao órgão julgador. Isso porque, em virtude da sua própria natureza, não permitiriam mecanismos mandamentais⁶⁶⁰ ou executivos *lato sensu*⁶⁶¹ impostos pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, para o seu cumprimento.

Entretanto, outros mecanismos de constrangimento, que não sejam de comando e controle, podem ser utilizados. Por ser um instrumento que decorre da convenção entre as

⁶⁵⁹ BOYLE, 1999, p. 902.

⁶⁶⁰ Medidas executivas cumpridas pelo Estado e às expensas do Estado, como mandados de obrigação de fazer e de entregar coisas.

⁶⁶¹ Condutas impostas pelo Estado, mas cumpridas pela própria parte mediante coerção e às suas custas, como as multas diárias ou *astreintes*.

partes, que se auto-impõem restrições, André Saddy⁶⁶² leciona que a regulação privada flexível pode sujeitar seus membros e associados, em caso de descumprimento (ou desvinculação), a outras penas, por exemplo, sanções premiaias, censuras comportamentais ou exclusão associativa. Diverge, assim, da regulação estatal impositiva que se concentra na punição (multa ou obrigação de fazer e entregar) do agente econômico que a infringe.

A diferença dos mecanismos de constrangimento implica também a forma de aplicação da regra ou norma. Marcela Block⁶⁶³ afirma que as normas podem ser de aplicação imperativa (*hard law*) ou assumidas voluntariamente (*soft law*). A percepção é simples, porém bastante pertinente e precisa. Isso demonstra que na *hard law* e na *soft law* o constrangimento possui sentidos diferentes. Enquanto na norma cogente, o constrangimento parte do Estado em direção ao indivíduo, o vetor se inverte quando se trata da norma flexível, cujo constrangimento advém da própria vontade do agente econômico.

A ausência de obrigatoriedade das disposições da *soft law*, longe de ser uma desvantagem, pode ser justamente a sua vantagem. Uma vez que não é obrigatória, destaca André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁶⁶⁴, tem o seu uso necessariamente resultante de um ato de escolha e, por consequência, de vontade própria. Desta maneira, ao passo que a lei rígida gera maior senso de comprometimento, a norma flexível, de outro modo, garante apoio imediato ao consenso⁶⁶⁵.

Existe, portanto, uma falsa percepção sobre a eficácia da *soft law*. Para explicar essa impressão, Eric Posner⁶⁶⁶ faz o seguinte exercício de provocação: se os estatutos rígidos têm força de lei e as pessoas cumprem-nas para evitar punições, de modo inverso, os estatutos suaves, por ausentes de sanções, não seriam seguidos pelas pessoas. A dedução, contudo, não é exatamente essa. Aliás, o fenômeno da *soft law* é tão intrigante que pode, inclusive, distorcer um raciocínio elaborado a partir de um pensamento dedutivo. Desta forma, quando as partes mudam seu comportamento em resposta à norma flexível, continua o autor, não é porque elas temem sanções legais formais imediatas⁶⁶⁷. A mudança de comportamento ocorre porque a *soft law* pode revelar informações sobre crenças legislativas, que em determinados cenários, observadores racionais reagirão como se fossem leis rígidas⁶⁶⁸. A constatação a que se chega é

⁶⁶² SADDY, 2016, p. 86.

⁶⁶³ BLOCK, 2017, p. 89.

⁶⁶⁴ ABBUD, 2014, p. 31.

⁶⁶⁵ BOYLE, 1999, p. 904.

⁶⁶⁶ POSNER, GERSEN, 2008, p. 13.

⁶⁶⁷ POSNER, GERSEN, loc. cit.

⁶⁶⁸ POSNER, GERSEN, loc. cit.

que a assunção voluntária, oriunda da aplicação das normas flexíveis, pode contribuir também para a disseminação do consenso.

Nestes termos, ao assumir voluntariamente uma norma flexível (*soft*), parte-se do pressuposto de que o sujeito deverá ter maior conhecimento em relação àquilo que elabora, aprova, subscreve ou adere. Espera-se, como se acabou de escrever, que haja apoio imediato e disseminação do consenso.

Esse modo de aplicação da norma encontra amparo na juseconomia. Ivo Teixeira Gico Júnior⁶⁶⁹, ao explicar a natureza econômica do Direito, faz a distinção entre o direito como coerção⁶⁷⁰ e o direito como conformidade. Ao objeto da presente pesquisa interessa analisar apenas a segunda natureza. O direito, a depender da sua natureza econômica, pode se comportar como um bem público (não-rival e não-excludente) ou como um bem de clube (não-rival e excludente). O direito como conformidade é informação sobre como as pessoas provavelmente se comportarão em geral⁶⁷¹. Nesse sentido, assemelha-se ao direito como coerção por ser não-rival, mas dele se distingue por ser não-excludente. O atributo da não-rivalidade se explica pelo fato de que o conhecimento por um indivíduo de como a maioria das pessoas se comporta dentro de um determinado grupo ou sociedade não impede que outro indivíduo tenha o mesmo conhecimento e também aproveite dos benefícios resultantes desse conhecimento⁶⁷². O direito como conformidade é, portanto, público por natureza. Justamente por isso, esse direito não exige coerção e, como tal, não exige um sistema adjudicatório para funcionar⁶⁷³. Daí advém o seu atributo da não-exclusão.

Mutatis mutandis, a pesquisa de Ivo Teixeira Gico Junior⁶⁷⁴ explica porque as pessoas, às vezes, seguem as normas mesmo na ausência de uma ameaça crível de coerção. Quando os indivíduos percebem que a ordem ou governança é legítima, continua o autor, eles naturalmente

⁶⁶⁹ GICO JUNIOR, 2019, p. 21-4.

⁶⁷⁰ O direito como coerção é informação sobre como os sistemas adjudicatórios provavelmente se comportarão diante de uma disputa. Uma vez que as disputas judiciais envolvem litígios entre dois polos (autor e réu), o direito é não-rival, pois o seu consumo por uma pessoa não exclui seu consumo por terceiro, mas é excludente, já que o direito criado deverá pertencer a apenas um dos litigantes. O direito como coerção afeta o comportamento do adjudicador (juiz) e do jurisdicionado, uma vez que contém a informação de qual regra é mais provável ser aplicada. Assim, “quanto mais uma regra é aplicada ao mesmo conjunto de casos, maior será o valor dessa regra para a sociedade e mais o comportamento espontâneo ou imposto se encaixará na conduta esperada”. A isso dá-se o nome de ciclo de retorno. Explica, por fim, que “quanto mais pessoas souberem qual é a regra aplicável a um determinado caso, e quanto mais elas puderem manter uma expectativa racional de que essas serão as regras aplicadas na hipótese de surgimento de uma disputa, mais as pessoas tenderão a seguir tais regras”. A isso dá-se o nome de efeito de rede (Ibid., p. 21-3).

⁶⁷¹ Ibid., p. 21.

⁶⁷² Ibid., p. 24.

⁶⁷³ GICO JUNIOR, loc. cit.

⁶⁷⁴ GICO JUNIOR, loc. cit.

seguirão as normas flexíveis para que seu comportamento não seja restringido pelas crenças sociais. Enfim, é preciso reconhecer que o direito também serve como um “ponto focal de como as pessoas provavelmente se comportarão e, ao fazê-lo, induz o comportamento coletivo em direção a certas condutas que gerarão equilíbrios autossustentáveis”⁶⁷⁵, sem a necessidade de coerção.

Nestes termos, a *soft law*, como representativa de um direito como conformidade, não poderia ser submetida ao sistema de adjudicação compulsória em caso de controvérsia. Mas se o seu funcionamento é assim, cabe analisar se a norma flexível tem algum efeito e, em caso afirmativo, qual seria. Os estudiosos do assunto reputam-na à sua autoridade persuasiva⁶⁷⁶, ou seja, à sua função de guia, diretriz ou orientação⁶⁷⁷. Por exemplo, numa controvérsia resultante de desassociação da entidade privada e de desvinculação ou descumprimento da CCC, tomada como *soft law*, o Poder Judiciário, se instado a se pronunciar, não será obrigado a fazê-la cumprir, mas poderá utilizá-la como orientação no julgamento da causa.

Outros argumentos favoráveis, ademais, podem ser percebidos numa regulação econômica por meio da *soft law*, por isso, sua ampla e crescente aceitação. A próxima seção propõe-se a enumerar alguns desses argumentos, notadamente com o intuito de promover sua comparação às alternativas situadas nos extremos opostos, como as normas jurídicas vinculantes (*hard law*) e a absoluta ausência de qualquer regra ou diretriz (*no law*)⁶⁷⁸.

4.2.4 A norma flexível diante da cogente e da total ausência de normas

Estudiosos da *soft law* costumam enumerar uma série de vantagens dessa regulação em face da regulação por meio de regras rígidas (*hard law*) e da situação de total ausência de regras ou normas (*no law*). Não se tem, contudo, o intuito de aprofundar esse estudo, mesmo porque às vantagens se opõem uma série de desvantagens. Por isso, compreendem-se como meros argumentos de defesa. Não são, portanto, enunciados suficientemente científicos, a ponto de permitir cravar, com toda certeza, a melhor eficiência ou qualidade da regulação de natureza flexível.

A proposta do estudo de comparação leva em consideração a possibilidade de existirem diferentes tipos de regulação numa ordem constitucional que optou pela interferência

⁶⁷⁵ GICO JUNIOR, 2019, p. 24.

⁶⁷⁶ ABBUD, 2014, p. 6.

⁶⁷⁷ Ibid., p. 18.

⁶⁷⁸ Ibid., p. 3.

indireta no domínio econômico. Em verdade, o melhor tipo de regulação é aquele que melhor se adapta à situação em concreto, promovendo a cooperação e reduzindo os conflitos. Na medida em que as partes envolvidas nas relações não encontram solução aos seus anseios nos limites do quadro institucional vigente, a aplicação da *soft law* pode, oportuna e pontualmente, provocar mudanças no ambiente institucional⁶⁷⁹.

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁶⁸⁰, como principal marco teórico deste estudo comparativo, ainda que aplicados à *soft law* da arbitragem internacional, aponta quatro motivos que justificam a preferência das normas flexíveis sobre o direito rígido. O primeiro diz respeito ao seu processo de criação e alteração. Para o autor, a *soft law* pode ser modificada e revisada com facilidade e rapidez, o que permite mantê-la sempre atual e operante⁶⁸¹. O segundo se refere ao seu caráter flexível e não obrigatório, permitindo que seja aplicada e modelada nas situações e com a forma que for útil ao caso concreto⁶⁸². O terceiro diz respeito ao seu atributo da não-justiciabilidade. Ou seja, o recurso à *soft law* visa a minorar o risco de judicialização dos conflitos, admitindo que os próprios agentes econômicos disciplinem amiúde suas condutas⁶⁸³. O último motivo relata que a *soft law* é resultado do labor de *experts* diretamente envolvidos com a realidade do ambiente econômico e, por isso, tem maior aptidão a oferecer respostas técnicas às demandas dos agentes econômicos⁶⁸⁴. José Vicente Santos de Mendonça, nesse sentido, sustenta que os processos de baixo para cima são melhores que os de cima para baixo, pois naqueles há informação decorrente de conhecimento específico (*know how*) que pode ser usada na elaboração da norma flexível⁶⁸⁵.

Por conseguinte, ainda com base nos estudos de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁶⁸⁶, passa-se a justificar a preferência dos instrumentos de *soft law* sobre a absoluta discricionariedade dos agentes econômicos (*no law*). A principal justificativa, segundo o autor, está no valor que a autonomia da vontade tem para os atores envolvidos⁶⁸⁷. Afirma que o verdadeiro competidor da *soft law* não é a *hard law*, mas sim o estado de anomia, pois são esses vazios que as ferramentas de *soft law* buscam preencher, em vez de substituírem regras jurídicas

⁶⁷⁹ ABBUD, 2014, p. 3.

⁶⁸⁰ Ibid., p. 33 e seguintes.

⁶⁸¹ Ibid., p. 39.

⁶⁸² Ibid., p. 33.

⁶⁸³ Ibid., p. 51.

⁶⁸⁴ Ibid., p. 52.

⁶⁸⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 377.

⁶⁸⁶ ABBUD, op. cit., p. 56.

⁶⁸⁷ ABBUD, loc. cit.

duras⁶⁸⁸.

Mutatis mutandis, cinco motivos são enumerados para justificar a preferência da *soft law* sobre a *no law*. O primeiro, relaciona-se ao ganho de previsibilidade na solução das questões não disciplinadas em lei ou nos regulamentos, o que aumenta o grau de certeza e segurança nas relações⁶⁸⁹. O segundo consiste na uniformização de práticas, uma vez que as *soft laws* procuram combinar as melhores práticas observadas nos vários sistemas jurídicos⁶⁹⁰ ou mercados consumidores. O terceiro, vincula-se ao reequilíbrio do jogo proporcionado pelas *soft laws*, que costumam, com base na autonomia da vontade, representar a consolidação, redação e difusão daqueles métodos e técnicas aceitos, reduzindo, assim, a assimetria de poder e de informação⁶⁹¹. O quarto, liga-se ao ganho de eficiência, na medida em que a adoção da *soft law* traz parâmetros objetivos para a prática de atos, diminuindo os custos de transação envolvidos nas interações subsequentes. Permite, enfim, que os atores antecipem, calculem e planejem condutas futuras, bem como decidam questões e superem eventuais impasses, com base em parâmetros preestabelecidos, o que evita desperdício de tempo e recurso⁶⁹². Por último, como resultado e somatório de todos os benefícios acima mencionados, tem-se o aumento de legitimidade do próprio mecanismo como instrumento de regulação⁶⁹³.

Dessa forma, o instrumento da *soft law*, por si só, não é capaz de garantir o resultado que se espera. Isso dependerá da forma como será desenhada e como irá interagir com os agentes econômicos. Uma vez que a interação com as normas flexíveis de consumo será feita pelas próprias pessoas e organizações que as concertaram, chega-se à premissa de que as normas flexíveis de consumo estão mais próximas da institucionalização⁶⁹⁴ do que a *hard law* e a *no law*. Sob o enfoque da NEI, o aumento do grau de institucionalização das normas flexíveis pode contribuir para o crescimento e o desenvolvimento do mercado de consumo. Sobre as instituições e a abordagem da NEI, no entanto, serão dedicadas as próximas seções.

⁶⁸⁸ ABBUD, 2014, p. 57.

⁶⁸⁹ ABBUD, loc. cit.

⁶⁹⁰ Ibid., p. 68.

⁶⁹¹ Ibid., p. 90.

⁶⁹² Ibid., p. 94.

⁶⁹³ Ibid., p. 96.

⁶⁹⁴ A expressão é utilizada no sentido atribuído pela abordagem da NEI.

4.3 A CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO E A NORMA FLEXÍVEL SOB A ÓTICA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

Uma vez que a *soft law* de consumo, como instrumento regulatório econômico, se constitui em uma estrutura de incentivos e restrições que visam a orientar e direcionar o comportamento dos agentes econômicos – fornecedores e consumidores –, é permissível e coerente que essa análise seja feita com base na ótica da NEI.

A abordagem da NEI explica como esse instrumento regulatório pode ser importante para o melhor desempenho dos mercados consumidores. Partindo da premissa de que os sujeitos coletivos de consumo, a partir do aprendizado acumulado ao longo do tempo, podem entabular arranjos institucionais de qualidade e eficientes, esta seção visa a demonstrar como se pode desenrolar a interação entre as normas convencionais, como instituições, e o agentes econômicos que atuam neste ambiente institucional.

A primeira seção destina-se a compreender as instituições e como as *soft laws* de consumo podem ser encaradas dentro da abordagem da NEI. A partir de então, as seções restantes aprofundam a explicação da própria abordagem da NEI, destacando-se: a) as principais correntes e as razões pelas quais a tese optou pelo novo institucionalismo; b) a importância das instituições para o melhor desempenho econômico; c) os processos de formação e evolução das instituições; e, por último, d) as transformações institucionais na área da defesa do consumidor.

4.3.1 Convenção Coletiva de Consumo, *soft law* e instituições

Numa analogia aos esportes, Douglass Cecil North⁶⁹⁵, um dos principais autores da NEI, compara as instituições às regras do jogo em uma sociedade. Sua abordagem, no entanto, não se apresenta tão simples como essa noção inicial; por vezes, seu pensamento é bastante complexo e enigmático, exigindo-se, assim, o auxílio de seus estudiosos.

Instituições, na concepção de Stanley Brue⁶⁹⁶, são as regras que governam o comportamento econômico e político dos jogadores. Estes, por sua vez, são os indivíduos e as

⁶⁹⁵ NORTH, Douglass Cecil. **Instituições, mudança institucional e desenvolvimento econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 13.

⁶⁹⁶ BRUE, Stanley. **História do pensamento econômico**. 6. ed. Tradução de Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 389.

organizações⁶⁹⁷ que exploram as oportunidades oferecidas em uma estrutura institucional em particular. Essa estrutura institucional pode se constituir tanto em incentivos de ações como em restrições de condutas. Em quaisquer das situações, as instituições devem moldar o comportamento dos indivíduos e das organizações. Por vezes, contudo, esses conceitos – estrutura de incentivos e restrições – são encarados pelos autores como uma distinção e, por consequência, um problema na abordagem da NEI.

Apenas a título de conhecimento, Geoffrey Martin Hodgson, ferrenho crítico da NEI, sustenta que “as instituições tanto restringem quanto ativam comportamentos”⁶⁹⁸. Para entender como as instituições funcionam, prossegue o autor, é preciso explicar não apenas os incentivos e desincentivos (restrições) envolvidos, mas como as pessoas as interpretam e as avaliam⁶⁹⁹. No mesmo sentido, é o estudo de Paulo Gala⁷⁰⁰, quando afirma que as instituições representam uma restrição a mais para os agentes no curso de suas transações econômicas. Mas não apenas isso, as instituições podem exercer um papel construtivo, e não meramente restritivo, na interação dos indivíduos.

Juseconomistas se preocupam mais com as instituições como mecanismos voltados para a coordenação das pessoas na tomada de decisões, sejam elas individuais e / ou coletivas, estimulando a cooperação e a organização dos membros⁷⁰¹, tudo com vistas ao crescimento e ao desenvolvimento econômicos. Instituições, nesse sentido, dependem sobretudo da liberdade. Se a ordem econômica é regida pelo valor da liberdade (livre iniciativa e concorrência), explica Rachel Sztajn⁷⁰², as instituições deverão potencializar os agentes econômicos a se relacionarem, investirem e inovarem. As pessoas e organizações, continua a autora, precisam de incentivos para se engajarem em negócios, investimentos, trabalhos etc.

Por outro lado, as restrições não significam desincentivos. As restrições exprimem que as instituições afetam a autonomia de vontade dos agentes econômicos, limitando as ações que desviem daquilo que já está proposto em outras instituições⁷⁰³, especialmente formais, por

⁶⁹⁷ As organizações são das mais variadas naturezas, como: organismos políticos (partidos políticos, senado, conselho municipal, órgãos reguladores); organismos econômicos (empresas, sindicatos, agricultores familiares, cooperativas); organismos sociais (igrejas, clubes, associações); e, organismos de ensino (escolas, universidades, centros de formação profissional) (NORTH, 2018, p. 18).

⁶⁹⁸ HODGSON, Geoffrey Martin. O que são instituições? *In*: SALLES, Alexandre Ottoni Teatini; PESSALI, Huáscar Fialho; FERNÁNDEZ, Ramon Garcia (organizadores). **Economia institucional: fundamentos teóricos e históricos**. São Paulo: Editora Unesp, 2017, p. 123.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 129.

⁷⁰⁰ GALA, Paulo. A Teoria Institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 23, n. 2, abr.-jun./2003, p. 101.

⁷⁰¹ SZTAJN, 2010, p. 51.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 52.

⁷⁰³ LOPES, Herton Castiglioni. Instituições e crescimento econômico: os modelos teóricos de Thorstein Veblen e Douglass North. **Revista de Economia Política**, São Paulo, n. 4, v. 133, out.-dez./2013, p. 634.

exemplo, em garantias constitucionais e normas de ordem pública. Nesse contexto, as instituições não deixam de ser um estímulo a que pessoas e organizações com elas interajam e explorem as oportunidades oferecidas. Nessa concepção, as instituições objetivam reduzir as incertezas e os custos de produção e troca⁷⁰⁴, aumentando a segurança das pessoas na tomada de decisão⁷⁰⁵ e garantindo um ambiente estável aos investimentos e à lucratividade do capital⁷⁰⁶.

A noção de instituições como regras e restrições, no entanto, vai muito além de disposições legais estatais. Na abordagem de Douglass Cecil North⁷⁰⁷, as instituições podem ser formais e informais. A diferença aparenta, em princípio, estar na fonte que lhe deu origem, órgão político ou entidade privada (organizações, associações ou sociedade). Entretanto, num segundo momento, aparenta estar também na formalidade ou não de um documento escrito. Há, ainda, uma terceira proposta que leva em consideração se as instituições configuram fontes do Direito ou não. Essa dificuldade acontece porque Douglass Cecil North não conceitua com precisão o que sejam instituições formais e informais, apenas as exemplifica. Seriam formais, as constituições e leis e, informais, os códigos de conduta e as convenções sociais⁷⁰⁸. Por esse motivo, mais uma vez a distinção é apurada com o auxílio de seus estudiosos.

Segundo Vinicius Klein e Rafaella Krazinski⁷⁰⁹, as instituições formais são as regras que passaram por um procedimento político, sendo formalizadas e impostas por um determinado agente público com poder de coerção. As informais, por sua vez, são regras que se assemelham a códigos de conduta e surgem no seio da própria sociedade, sendo fruto da interação dos agentes privados que também são os responsáveis pela sua manutenção. Rachel Sztajn⁷¹⁰, de forma bastante objetiva, sintetiza que as instituições podem ter suporte no direito positivo (formais) ou ser produto das práticas sociais (informais).

Acredita-se que a identificação das instituições informais deve ser feita de forma residual. Ao passo que as regras formais compõem apenas uma pequena parte das restrições que moldam as escolhas⁷¹¹, as instituições informais, por seu caráter difuso⁷¹², seriam todas as

⁷⁰⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 2, n. 2, jul.-dez./2011, p. 420.

⁷⁰⁵ SZTAJN, 2017, p. 12.

⁷⁰⁶ LOPES, 2013, p. 623.

⁷⁰⁷ NORTH, 2018, p. 16.

⁷⁰⁸ NORTH, loc. cit.

⁷⁰⁹ KLEIN, Vinicius; KRAZINSKI, Rafaella. Instituições e Mudança Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. **Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2016, p. 160.

⁷¹⁰ SZTAJN, op. cit., p. 12.

⁷¹¹ NORTH, op. cit., p. 69.

⁷¹² Ibid., p. 69, 75 e 77.

demais estruturas de incentivos e restrições compartilhadas na sociedade e que apresentam algum nível, ainda que mínimo, de coordenação e disciplinamento.

Por outro lado, uma pesquisa fundada em Direito e Economia apresentará resultados diversos de uma pesquisa fundada em Economia. Em Douglass Cecil North, por exemplo, por relacionar as duas áreas – Direito e Economia – é compreensível que sua percepção sobre instituições informais esteja relacionada a instrumentos ou procedimentos (ações) informais de organização, coordenação e disciplinamento das relações sociais. Autores da Economia, por outro lado, têm uma impressão distinta e muito mais ampla do que sejam instituições informais. Ronaldo Fiani⁷¹³, por exemplo, com base em Erik G. Furubotn e Rudolf Richter, reputa como informais as regras de relacionamento consolidadas pelo hábito e pela cultura em sociedade.

Como se nota, os economistas, possivelmente fundamentados nos resquícios do institucionalismo tradicional, relacionam as instituições informais aos hábitos repetidos e à cultura. A partir dessa percepção, alguns economistas, como Geoffrey Martin Hodgson⁷¹⁴, sustentam a omissão das instituições informais nas pesquisas de Douglass Cecil North, que não teria escrito sobre regras informais⁷¹⁵. Não existe, nas suas pesquisas, distinção entre instituições formais e informais, pois “se todas as regras são formais, e instituições são essencialmente regras, então todas as instituições são formais”⁷¹⁶. Por último, interpreta que Douglass Cecil North identificou as regras formais com as regras legais impostas pelos tribunais e as normas informais com as impostas “por seus pares ou outros que estabelecem custos sobre você se você não as seguir”⁷¹⁷.

Geoffrey Martin Hodgson⁷¹⁸ critica, assim, o confinamento do conceito de instituições a sistemas de regras legais. Para o autor, a abordagem de Douglass Cecil North exclui ordens sociais e outras instituições que emergem espontaneamente no meio social como equilíbrios de coordenação, por exemplo, a linguagem e importantes costumes. Enfim, arremata, nem toda ação humana se converge essencialmente em regras⁷¹⁹.

A presente tese não tem o intuito de contrastar as abordagens e nem rebater as críticas. Entretanto, destaca-se que, sendo uma tese jurídica que se recorre à AED, concentrar-se-á na

⁷¹³ FURUBOTN, Eirik G.; RICHTER, Rudolf. **Institutions and economic theory: the contribution of the new institutional economics**. Michigan: Ann Arbor; The University of Michigan Press, 1998, s/p *apud* FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Campus, 2011, p. 3.

⁷¹⁴ HODGSON, 2017, p. 138.

⁷¹⁵ HODGSON, loc. cit.

⁷¹⁶ HODGSON, loc. cit.

⁷¹⁷ Ibid., p. 139.

⁷¹⁸ HODGSON, loc. cit.

⁷¹⁹ Ibid., p. 139-40.

vertente que relaciona Direito e Economia, trazendo os elementos econômicos para a Ciência do Direito. Nesse sentido, entende-se que a abordagem da NEI é mais consentânea à presente pesquisa porque foca nas instituições e suas influências no comportamento humano. Na próxima seção, ao se expor as diferentes correntes sobre o institucionalismo, serão apresentados novos argumentos que justificam a adoção da NEI como fundamento do trabalho.

A partir dessa exposição teórica, é preciso compreender em que sentido a CCC se enquadraria na abordagem da NEI.

A CCC, tomada como de natureza flexível, destituída de qualquer mecanismo de execução forçada, se qualificaria como instituição informal, principalmente, levando-se em consideração a lição exposta por Vinicius Klein e Rafaella Krazinski⁷²⁰. Ocorre que, sendo os instrumentos convencionais de consumo previstos em lei (CDC) e sendo albergados pelo Direito como mecanismos autorregulatórios privados, ainda que destituídos de sanções coercitivas, não se nega que se poderiam enquadrar igualmente como instituições formais. Recorre-se, para tanto, à concepção apresentada por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Eduardo Oliveira Augustinho⁷²¹, segundo os quais, são instituições formais quando incorporadas pelo Direito e informais quando não incorporadas.

Não obstante, uma vez que não decorrem do poder público e não passam por processo político, sendo decorrentes da ordem espontânea do mercado de consumo, ou seja, do exercício da autonomia de vontade coletiva e da liberdade econômica dos grupos de consumidores e fornecedores, verdadeiros parceiros econômicos, esta tese prefere qualificar as convenções coletivas de consumo como instituições informais. Na expressão de Octavio Bueno Magano⁷²², um verdadeiro pacto social, que não se trata de um contrato formal provido de sanção, mas de algo mais flexível e menos vinculante. Isso não significa que as convenções coletivas de consumo não possam ser incorporadas pelo Direito, como na acepção apresentada no parágrafo anterior por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Eduardo Oliveira Augustinho. Mas, em virtude da sua flexibilidade e não-vinculatividade, esses instrumentos convencionais não poderiam ter seu cumprimento obrigatório, podendo servir de orientação aos agentes econômicos e órgãos do Poder Judiciário, quando levados a julgamento em demandas judiciais.

As próximas seções objetivam aprofundar a abordagem da NEI, explicando as principais correntes, o funcionamento das instituições e sua importância para a área econômica,

⁷²⁰ KLEIN, KRAZINSKI, 2016, p. 160.

⁷²¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia institucional e nova economia institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coordenadores). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 128.

⁷²² MAGANO, 1986, p. 70

os seus pressupostos e o processo de mudança institucional.

4.3.2 Principais correntes do Institucionalismo

Existem diversas e diferentes vertentes do institucionalismo. Duas, no entanto, se destacam: a antiga ou tradicional Economia Institucional (EI) e a Nova Economia Institucional (NEI). A primeira tem como principais representantes Thorstein B. Veblen, Wesley Mitchell e John Kenneth Galbraith. A segunda tem várias linhas de pensamento, todas enfatizando a importância das instituições no entendimento do comportamento e dos resultados econômicos. Em estudo sobre a história do pensamento econômico, Stanley Brue⁷²³ enumera e sintetiza os principais nomes e pensamentos da NEI. Dentre outros autores, cita: Harold Demsetz, que afirma o papel dos direitos de propriedade na promoção da eficiência econômica; Richard Posner, que trata a relação entre lei e economia; Ronald Coase e Oliver Williamson, que estudam os custos de transação na explicação da organização e do comportamento das empresas; e, James Buchanan e Gordon Tullock que pesquisam a teoria da escolha pública, incluindo análises de procura de renda, grupos de interesses, regras de votação e economia institucional.

Nesta seção, a tese adota como principais marcos teóricos a obra “Instituições, mudança institucional e desenvolvimento econômico” e o artigo “Desempenho econômico através do tempo”, do já citado Douglass Cecil North.

Autores estrangeiros (v.g. Geoffrey Martin Hodgson⁷²⁴) e nacionais (v.g. Luciana Yeung⁷²⁵), no entanto, chamam a atenção para o resgate do estudo da antiga Economia Institucional. Justificam, inclusive sua maior abrangência e coerência, diante da interdisciplinaridade com outras áreas, como a Psicologia, a Sociologia e a Antropologia⁷²⁶.

Em sua revisão⁷²⁷, Geoffrey Martin Hodgson teceu várias críticas à NEI, o que, porém, não justifica o seu abandono para se recorrer à EI originária. Duas pontuações, para

⁷²³ BRUE, 2011, p. 389-90.

⁷²⁴ HODGSON, 2017, p. 249 e seguintes.

⁷²⁵ YEUNG, Luciana. John R. Commons. *In*: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (organizadores). **Análise econômica do direito: principais autores e estudos de casos**. Curitiba: CRV, 2019, p. 225 e seguintes.

⁷²⁶ Nesse sentido, Geoffrey Martin Hodgson sustenta que, ao focar os hábitos dos indivíduos, “o institucionalismo busca apoio em pesquisas psicológicas, antropológicas, sociológicas, e outras a respeito de como as pessoas se comportam” (HODGSON, op. cit., p. 253).

⁷²⁷ Conforme Geoffrey Martin Hodgson, o institucionalismo original surgiu após a Primeira Guerra Mundial e perdurou até tempos depois da Segunda Guerra Mundial (Ibid., p. 249).

tanto, são importantes⁷²⁸: a primeira diz respeito à metodologia empregada para a definição dos seus postulados; e, a segunda se refere aos objetos de análise e às finalidades de cada uma delas.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que há uma diferença metodológica entre as vertentes⁷²⁹. Ao passo que a antiga EI critica e se opõe à teoria econômica neoclássica, a NEI, embora também a critique, mantém-se atrelada ao seu núcleo teórico⁷³⁰. Não invalida, assim, a teoria neoclássica, mas reconhece seus problemas e tenta incorporar elementos mais consistentes na explicação dos problemas juseconômicos⁷³¹. Utiliza, deste modo, os instrumentos da análise econômica para avaliar a qualidade das instituições e, conseqüentemente, as diferenças no desenvolvimento e progresso das Nações⁷³².

O efeito imediato dessa distinção está no fato de a metodologia da EI ser considerada demasiadamente descritiva e indutiva⁷³³⁻⁷³⁴, ao passo que a da NEI é dedutiva, com maior precisão da sua base teórica⁷³⁵. Uma vez que a presente tese faz um estudo de análise econômica do Direito, não faz sentido abandonar as premissas da economia neoclássica para se aventurar numa metodologia cujos resultados sejam incertos e imprevisíveis. A metodologia da NEI, deste modo, permite maior habilidade para compreender o desempenho econômico e, ainda, de maneira mais sistemática e preditiva⁷³⁶.

Em segundo lugar, há uma distinção em relação aos focos de análise e às finalidades de cada uma das vertentes. Ambas as abordagens, como já se disse, partem da teoria econômica neoclássica. Os antigos institucionalistas a ela se opõem em busca do equilíbrio (mercado). Os novos institucionalistas, por outro lado, corrigem-na com enfoque na mudança institucional, demonstrando se tratar de um estudo dinâmico e evolucionário⁷³⁷.

Herton Castiglioni Lopes⁷³⁸ ensina que tanto a antiga EI como a NEI baseiam-se em

⁷²⁸ Este estudo comparativo levará em consideração principalmente o pensamento de Thorstein B. Veblen, como representante da abordagem da antiga Economia Institucional. Por não se referir a um referencial teórico da tese, o seu pensamento foi sintetizado a partir dos seus estudiosos.

⁷²⁹ LOPES, 2013, p. 612.

⁷³⁰ Segundo o próprio Douglass Cecil North, da teoria neoclássica o que se mantém é o pressuposto da concorrência, da escassez e das ferramentas analíticas da teoria microeconômica; o que se modifica é o pressuposto da racionalidade (agora, limitada); o que se acrescenta é a dimensão do tempo (NORTH, 2010, p. 13). As ferramentas microeconômicas, por sua vez, sugerem que as escolhas são guiadas pela racionalidade, auto-interesse e maximização das utilidades (RIBEIRO, AGUSTINHO, 2016, p. 127).

⁷³¹ LOPES, op. cit., p. 620.

⁷³² CHACEL, Julian Alfonso Magalhães. Aspectos da economia institucional e a arbitragem comercial. **Doutrinas essenciais arbitragem e mediação**, São Paulo, v. 1, set./2014, p. 970.

⁷³³ RIBEIRO, AGUSTINHO, 2016, p. 129.

⁷³⁴ HODGSON, 2017, p. 250.

⁷³⁵ RIBEIRO, AGUSTINHO, op. cit., p. 130.

⁷³⁶ RIBEIRO, AGUSTINHO, loc. cit.

⁷³⁷ LOPES, op. cit., p. 620.

⁷³⁸ Ibid., p. 621.

diversos pontos de aproximação, como a aprendizagem, os modelos mentais, as crenças compartilhadas e sua evolução, mas acabam por tomar rumos distintos. Enquanto a EI se concentra no melhor comportamento dos indivíduos⁷³⁹, sem se preocupar com a atuação econômica⁷⁴⁰, a NEI centra-se nas instituições como determinantes do desenvolvimento dos mercados e do desempenho econômico das sociedades⁷⁴¹.

Por causa dessas diferentes finalidades, os conceitos de instituições são distintos em cada uma das vertentes. A NEI prioriza as instituições como regras ou organizações sociais. Seu enfoque, portanto, são as instituições formais⁷⁴². O desempenho se torna uma decorrência das instituições e dos estímulos que elas proporcionam à inovação e à eficiência⁷⁴³. A mudança institucional, o avanço da humanidade e as trajetórias de desenvolvimento econômico, assim, são uma questão de tempo⁷⁴⁴, variando de acordo com o grau de aprendizagem dos indivíduos e das organizações.

A antiga EI, por outro lado, centra seus estudos nos hábitos dos indivíduos. Para os antigos institucionalistas, representados principalmente por Thorstein B. Veblen, as instituições são definidas como hábitos estabelecidos pelo pensamento comum, de forma generalizada, pelos homens⁷⁴⁵. Quando os hábitos de pensamento se tornam coletivos (repetição), generalizados e enraizados no ambiente, formam as instituições políticas, econômicas e sociais⁷⁴⁶. O hábito é uma tendência de comportamento, moldado pelas circunstâncias ambientais e transmitido culturalmente⁷⁴⁷. Os agentes desenvolvem hábitos compartilhados, levando a ações que, ao serem socialmente aceitas, criam e reforçam as instituições⁷⁴⁸. Enfim, os hábitos compartilhados são a essência das instituições. As instituições funcionam porque as regras são incorporadas aos hábitos de pensamento e de comportamento, o que lhe rende maior durabilidade, poder e autoridade normativa⁷⁴⁹. Ao reproduzir hábitos compartilhados de pensamento, criam-se instituições fortes, mecanismos de conformismo e acordos de caráter normativo⁷⁵⁰.

Como se observa, na abordagem da EI, os hábitos (dos indivíduos) e as instituições

⁷³⁹ LOPES, 2013, p. 629.

⁷⁴⁰ Ibid., p. 634.

⁷⁴¹ NORTH, 2010, p. 14-5.

⁷⁴² SALAMA, 2011, p. 29.

⁷⁴³ LOPES, op. cit., p. 622.

⁷⁴⁴ NORTH, op. cit., p. 15.

⁷⁴⁵ LOPES, op. cit., p. 627.

⁷⁴⁶ LOPES, loc. cit.

⁷⁴⁷ LOPES, loc. cit.

⁷⁴⁸ LOPES, loc. cit.

⁷⁴⁹ Ibid., p. 628.

⁷⁵⁰ LOPES, loc. cit.

formam um círculo de autorreforço. Nesse sentido, Geoffrey Martin Hodgson⁷⁵¹ explica que a força da abordagem do antigo institucionalismo está em ver o hábito comportamental e a estrutura institucional como mutuamente entrelaçados e mutuamente reforçados. As instituições moldam e são moldadas pela ação humana. Agente e estrutura, embora distintos, estão conectados em um círculo de interação e interdependência mútuas⁷⁵².

Esses enfoques distintos qualificam a abordagem da EI como uma teoria do comportamento ou teoria biológica evolucionária (darwiniana)⁷⁵³ e a NEI como uma teoria do desenvolvimento econômico⁷⁵⁴. Essa distinção nas bases teóricas irá influenciar a interdisciplinaridade de cada uma das vertentes. Tomando por fundamento a percepção de Julian Alfonso Magalhães Chacel⁷⁵⁵, é possível constatar que, sendo a preocupação da NEI com as estruturas de incentivos (instituições), notadamente formais, e sua influência sobre o comportamento e o resultado econômicos, sua relação é mais próxima à Ciência Política e à Ciência do Direito. A abordagem da EI, por sua vez, ao concentrar sua preocupação nos hábitos e culturas (instituições informais), acaba por se interagir com a Sociologia, a Psicologia e a Antropologia.

Uma vez que a presente tese tem como objetivo avaliar o papel das convenções coletivas de consumo no desenvolvimento do mercado de consumo, independentemente da sua qualificação como formal ou informal, a NEI se mostra, indiscutivelmente, mais consentânea para justificar a pesquisa. É o que se passa, assim, a discorrer.

4.3.3 A importância das instituições

Para Paulo Gala, Douglass Cecil North, ao longo de suas pesquisas, percebeu que “uma evolução institucional pode ser mais importante do que avanços tecnológicos para o desenvolvimento econômico”⁷⁵⁶. Contrariou, assim, as teorias econômicas tradicionais que creditavam o progresso econômico à acumulação de capital, ao desenvolvimento de novas tecnologias e à geração de economias de escala⁷⁵⁷. Esses fatores, segundo Bruno Meyerhof

⁷⁵¹ HODGSON, 2017, p. 273.

⁷⁵² HODGSON, loc. cit.

⁷⁵³ Ibid., p. 252.

⁷⁵⁴ GALA, 2003, p. 90.

⁷⁵⁵ CHACEL, 2014, p. 969.

⁷⁵⁶ GALA, op. cit., p. 90.

⁷⁵⁷ SALAMA, 2011, p. 421.

Salama⁷⁵⁸ e Eugenio Battesini⁷⁵⁹, não são as causas do crescimento econômico, mas apenas partes inerentes ao processo de desenvolvimento. Para os autores, as reais causas do desenvolvimento econômico são: a) os incentivos institucionais para a organização eficiente da atividade produtiva; e b) a habilidade da sociedade para implementar arranjos institucionais⁷⁶⁰ que assegurem direitos de propriedade e reduzam custos de transação, promovendo a equalização (o equilíbrio) dos retornos privados e sociais da atividade econômica⁷⁶¹⁻⁷⁶².

As instituições, portanto, realmente importam. Esta, talvez, seja a frase mais utilizada por aqueles que recorrem à abordagem institucionalista. Cabe, agora, examinar a quem e para que importam e se bastam para a promoção do crescimento e do desenvolvimento econômicos.

A presente seção destina-se a explicar em que sentido as instituições importam, destacando, ao final, situações reais que relacionam o desenvolvimento de certas áreas do Direito com o desenvolvimento das economias. A partir dessa observação será possível, enfim, vislumbrar que as instituições têm realmente um importante papel para a sociedade em geral.

As instituições importam porque os indivíduos e as organizações reagem aos incentivos (e restrições) criados por elas⁷⁶³ e balizam o modo pelo qual irão interagir com os outros jogadores (indivíduos e organizações). As instituições são, desta forma, um guia para as interações humanas. Permitem, ademais, saber como se executam as tarefas do dia a dia; definem e limitam o conjunto de escolhas dos indivíduos⁷⁶⁴. A existência de instituições, deste modo, cria estabilidade e previsibilidade nas relações humanas, econômicas e sociais⁷⁶⁵⁻⁷⁶⁶, estabelecendo um ambiente propício para promover a cooperação e reduzir os conflitos, de forma a aumentar a coordenação entre as atividades econômicas e reduzir o desperdício⁷⁶⁷. Em

⁷⁵⁸ SALAMA, 2011, p. 421.

⁷⁵⁹ BATTESINI, Eugenio. Douglass C. North. *In*: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel. **Análise Econômica do Direito: principais autores e estudos de casos**. Curitiba: CRV, 2019, p. 87.

⁷⁶⁰ Segundo Marcia Carla Pereira Ribeiro e Joseliane Sonagli, arranjos institucionais e ambiente institucional representam níveis das instituições. No nível do ambiente institucional analisa-se o meio em que as relações econômicas de produção, comércio e distribuição se desenvolvem. Compreendem o conjunto das regras do jogo, instituições formais e informais. No nível dos arranjos institucionais analisa-se as estruturas de governança que determinam como as relações se processam. Essas estruturas de governança são estabelecidas entre as partes em uma transação para regular as negociações. A entabulação de arranjos institucionais depende do quanto o ambiente institucional os favoreça (RIBEIRO, SONAGLI, 2017, p. 29).

⁷⁶¹ SALAMA, op. cit., p. 421.

⁷⁶² BATTESINI, op. cit., p. 87.

⁷⁶³ SALAMA, op. cit., p. 420.

⁷⁶⁴ NORTH, 2018, p. 14.

⁷⁶⁵ SZTAJN, 2010, p. 53.

⁷⁶⁶ FIANI, 2011, p. 2.

⁷⁶⁷ FIANI, loc. cit.

síntese, o papel das instituições é reduzir as incertezas nas interações humanas⁷⁶⁸⁻⁷⁶⁹⁻⁷⁷⁰, estimulando a participação dos agentes econômicos nos mais diversos arranjos institucionais.

É certo, contudo, que a mera edição de regras legais e a criação de normas sociais (instituições), por si só, não são garantias de crescimento e desenvolvimento econômicos. Se assim fosse, países que adotam o sistema da *Civil Law* poderiam resolver os seus problemas mais facilmente. No entanto, Fabio Konder Comparato⁷⁷¹ já afirmara ser uma ilusão pensar que os problemas se resolvem pela simples edição de normas jurídicas (instituições formais). O desempenho das economias e o desenvolvimento das sociedades, em verdade, dependerão principalmente da qualidade das instituições. Instituições de boa qualidade, como já se expôs, deverão encorajar, estimular e influenciar os agentes econômicos na atividade econômica. Guilherme Afif Domingos⁷⁷², nesse sentido, complementa que instituições favoráveis à criatividade humana e às inovações são determinantes para o crescimento e desenvolvimento econômicos.

Em sentido oposto, mas querendo expressar a mesma manifestação, Rachel Sztajn⁷⁷³ explica que, se uma norma positivada engessar a criatividade humana ou, de alguma forma, bloquear inovações, o seu efeito não será desejável. Regras desse tipo impactam sobre o desempenho econômico, normalmente por estar em desconformidade com a respectiva área que se pretende tutelar. Por exemplo, prossegue a autora, é preciso ter em mente que não é função dos mercados atribuir propriedade sobre bens e nem disciplinar contratos que facilitem sua circulação. Isso é função do Direito. Mas, ao criar regras impregnadas de cunho social (distributivo), bem como regras que dificultem a circulação de bens, o Direito, nesse caso, destoa da coerência e traz uma grande dificuldade para o desenvolvimento econômico⁷⁷⁴. Muitas vezes, lecionam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Joseliane Sonagli⁷⁷⁵, tais regras refletem a forma de pensar da sociedade (instituições informais), o que acaba por decretar a diferença do desenvolvimento de determinados países, decorrente justamente das diferentes estruturas institucionais e das suas capacidades de estimular atividades produtivas.

⁷⁶⁸ NORTH, 2018, p. 14.

⁷⁶⁹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Efeitos da exoneração do devedor do saldo remanescente na alienação fiduciária com o advento da Lei n. 10.931/2004. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 55, 2019, p. 318.

⁷⁷⁰ SALAMA, 2011, p. 420.

⁷⁷¹ COMPARATO, 1990, p. 75.

⁷⁷² DOMINGOS, Guilherme Afif. A Constituição, instituições e o ambiente empresarial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 29, jul.-set./2005, p. 331.

⁷⁷³ SZTAJN, 2017, p. 12.

⁷⁷⁴ Id., 2010, p. 18.

⁷⁷⁵ RIBEIRO, SONAGLI, 2017, p. 27-8.

Sobre o funcionamento e a evolução das instituições de boa qualidade será dedicada a próxima seção; por enquanto, convém refletir um pouco mais sobre a importância das instituições.

Antes de investigar a fundo a abordagem sobre as instituições, Douglass Cecil North se dedicou às pesquisas da história econômica. Explicou a mudança econômica e institucional, a partir da aplicação da teoria econômica e dos métodos quantitativos⁷⁷⁶. Com o passar o tempo, o autor percebeu, em suas investigações, o quão importante são as instituições para o sucesso das economias. Analisando a história dos Estados Unidos, captou que o crescimento econômico não seria fruto apenas da evolução de uma economia de mercado, mas de “um processo complementar de mudança institucional no qual os agentes econômicos alteram as regras do jogo, objetivando maximizar as oportunidades de lucros”⁷⁷⁷.

Desta forma, constata Paulo Gala, países que conseguiram desenvolver boas instituições, ou seja, que proporcionaram arranjos institucionais que estimulassem atividades produtivas, inovações e criatividade, foram capazes de ser bem-sucedidos a longo prazo⁷⁷⁸. Em contrapartida, países que não conseguiram o sucesso foi porque “as leis e a organização institucional não teriam contribuído para o florescimento de atividades economicamente produtivas”⁷⁷⁹.

Robert Cooter e Hans-Bernd Schäfer⁷⁸⁰, em seu artigo sobre “O problema da desconfiança recíproca”, comprovaram que a quantidade de crescimento econômico dos países está relacionada à evolução de certas áreas do Direito (instituições formais), concomitantemente com o conjunto de instituições informais eficazes⁷⁸¹. O sucesso econômico, desta forma, foi resultante da interação entre instituições formais e informais e destas com os indivíduos e organizações. Essas interações, aliás, são os cerne para a compreensão da abordagem da NEI.

Como exemplo, Robert Cooter e Hans-Bernd Schäfer se referem à evolução do sistema financeiro. Neste setor, pode-se dizer que o direito de propriedade, o direito dos contratos e o direito empresarial representam uma hierarquia evolutiva. Ou seja, são áreas representativas de estágios de evolução. Desta forma, explica que existem três níveis de financiamentos aos quais

⁷⁷⁶ BATTESINI, 2019, p. 86.

⁷⁷⁷ Ibid., p. 87.

⁷⁷⁸ GALA, 2003, p. 91-2.

⁷⁷⁹ Ibid., p. 92.

⁷⁸⁰ COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. O problema da desconfiança recíproca. Tradução de Luciano Benetti Timm. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (organizador). **Direito e Economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312.

⁷⁸¹ COOTER, SCHÄFER, loc. cit.

podem corresponder três níveis de desenvolvimento de leis eficazes: o financiamento relacional que reclama um adequado direito de propriedade; o financiamento privado que requer um eficiente direito dos contratos; e o financiamento público que exige um direito empresarial apropriado⁷⁸². Os países mais pobres, ainda em fase inicial de desenvolvimento, se valem apenas do financiamento relacional, não do privado nem do público⁷⁸³. Os países mais ricos, por outro lado, possuem normalmente todos os três tipos de financiamento⁷⁸⁴. Isso significa que, enquanto aqueles países ainda estão na fase de definição dos seus direitos de propriedade, estes países já garantiram melhor a segurança dos direitos de propriedade e se enveredaram na maior proteção das trocas (direito contratual) e dos investimentos (direito empresarial).

A importância das instituições também pode ser demonstrada pela forma particular como elas evoluem em cada sociedade. Isso se comprova porque boas instituições não vingam em países distintos, a não ser após necessárias adaptações institucionais⁷⁸⁵. É, por isso, que as economias que adotam as regras formais de outra economia não terão, necessariamente, características de desempenho iguais daqueles obtidos pela primeira economia, notadamente por conta das diferentes instituições informais e da sua implementação⁷⁸⁶. Em vista disso, conclui Douglass Cecil North⁷⁸⁷, não adianta transferir as regras políticas e econômicas formais das economias exitosas do ocidente para o terceiro mundo ou para o Leste Europeu, pois isso não é uma condição suficiente para o bom desempenho econômico.

A CCC, como instrumento regulatório que é, tem o poder de influenciar, positiva ou negativamente, o mercado de consumo. Em quaisquer das situações, sua adoção tem grande importância, na medida em que pode funcionar como mecanismo indutor ou, ao contrário, desencorajador do mercado de consumo. O reflexo disso corresponde ao crescimento ou à estagnação econômica. As instituições, portanto, importam para a geração de riqueza ou acarretam a estagnação total da economia. O mercado de consumo é reflexo direto da riqueza de uma sociedade. Acompanhado de instituições eficientes, é capaz de promover um ciclo virtuoso: na medida em que a sociedade enriquece, o consumo aumenta, da mesma forma como o aumento do consumo produz mais riqueza à sociedade.

Ocorre que, a mera elaboração de convenções coletivas de consumo, como instituições que são, não é garantia para a maior fluidez das relações de consumo e nem o desenvolvimento

⁷⁸² COOTER, SCHÄFER, 2010, p. 312.

⁷⁸³ COOTER, SCHÄFER, loc. cit.

⁷⁸⁴ Ibid., p. 312-3.

⁷⁸⁵ PINHEIRO, 2004, p. 383.

⁷⁸⁶ NORTH, 2010, p. 27.

⁷⁸⁷ NORTH, loc. cit.

dos mercados de consumo. É necessário, portanto, compreender seu funcionamento como instituição, o que se fará a partir da próxima seção.

4.3.4 As Convenções Coletivas de Consumo como instituições e seu funcionamento

A simples edição de leis não é suficiente para, por si só, garantir o sucesso das economias. Da mesma forma, a mera criação de normas sociais (costumes, hábitos, convenções, códigos de conduta e de ética etc.) também não é sinônimo de crescimento econômico e desenvolvimento da sociedade. Para que se qualifiquem como instituições de boa qualidade, capazes de favorecer arranjos institucionais tendentes à geração de riquezas, é necessário que tais regras e normas sejam apreendidas e compartilhadas por indivíduos e organizações, de modo a que estes passem a agir de acordo com as oportunidades propiciadas pela estrutura institucional. De modo inverso, não é supérfluo destacar que instituições também podem causar externalidades negativas (instituições ruins), quando as oportunidades por elas propiciadas recompensarem efeitos negativos. Nesse sentido, exemplifica Douglass Cecil North⁷⁸⁸, se as instituições recompensam a pirataria, então, existirão organizações de pirataria; se as instituições recompensam as atividades produtivas, então as organizações se engajarão em atividades produtivas. A partir dessa breve exposição, passa-se a discorrer sobre os pressupostos e o funcionamento das instituições.

A abordagem de Douglass Cecil North⁷⁸⁹ abarca dois elementos para explicar o desempenho econômico: as instituições e o tempo. Nas seções anteriores, já se teve oportunidade de discorrer sobre as instituições e sua importância para o crescimento e desenvolvimento econômicos. Nesta seção, busca-se pesquisar o elemento tempo. Dizer que uma instituição está condicionada ao tempo é dizer que o crescimento econômico de uma sociedade está condicionado à evolução das suas instituições⁷⁹⁰. O elemento tempo, portanto, é representativo da evolução. O elemento tempo, enfim, é importante porque permite analisar como acontece a mudança institucional, o avanço da humanidade e as trajetórias de desenvolvimento que se estabelecem nas diferentes nações⁷⁹¹. Justamente por esse elemento, reputa-se a NEI como uma abordagem dinâmica e evolucionária, diferentemente da teoria

⁷⁸⁸ NORTH, 2010, p. 18.

⁷⁸⁹ Ibid., p. 15.

⁷⁹⁰ GALA, 2003, p. 89.

⁷⁹¹ LOPES, 2013, p. 622-3.

econômica neoclássica que é estática, uma vez atingido o equilíbrio institucional⁷⁹².

Do elemento tempo, extraem-se os seguintes pressupostos: o processo de aprendizagem e os modelos mentais, as crenças ou modelos mentais compartilhados e o desempenho econômico. São pressupostos do tempo, haja vista que são resultantes de experiências acumuladas e transmitidas ao longo do tempo. A partir desses pressupostos, passa-se a sintetizar o funcionamento das instituições.

Segundo as premissas da teoria econômica neoclássica, os indivíduos possuem uma racionalidade que é limitada e não suficiente para compreender as escolhas. A percepção da realidade pelos indivíduos, notadamente no interior de um ambiente institucional, resulta do seu processo de aprendizagem (modelo cognitivo)⁷⁹³, que parte de uma estrutura inicial genética e se desenvolve por meio das suas experiências vivenciadas⁷⁹⁴. Na lição de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves⁷⁹⁵, a evolução das instituições dependem do conhecimento agremiado pelos indivíduos e organizações. No campo da sua aplicabilidade, prosseguem, a norma é vazia de significado se não for acompanhada do aprendizado que condiciona a sua eficácia⁷⁹⁶.

A aprendizagem sobre o ambiente institucional, por sua vez, dá origem aos modelos mentais. Esses modelos mentais representam a capacidade dos agentes em decifrar e ordenar o ambiente institucional⁷⁹⁷, ou seja, a percepção dos agentes sobre as recompensas advindas das instituições. A interação entre os modelos mentais (representações internas que cada sistema cognitivo cria para interpretar o ambiente) e as instituições (mecanismos externos que os indivíduos criam para estruturar e ordenar o ambiente) determinam, assim, o comportamento social⁷⁹⁸. Ocorre que, após adquirir aprendizado, o comportamento – percepção das recompensas – será determinado a partir da racionalidade, necessidade ou paixão do agente, que irá escolher a conduta a ser executada⁷⁹⁹. Uma vez que os agentes têm diferentes níveis de racionalidade e nem sempre agirão de forma maximizadora ou de boa-fé⁸⁰⁰, surge a necessidade e a importância de as estruturas de incentivos contemplarem efeitos que estimulem a atividade

⁷⁹² SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. Mudanças institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 238.

⁷⁹³ LOPES, 2013, p. 625.

⁷⁹⁴ NORTH, 2010, p. 20.

⁷⁹⁵ ALVES, RIBEIRO, 2019, p. 319.

⁷⁹⁶ ALVES, RIBEIRO, loc. cit.

⁷⁹⁷ NORTH, 2018, p. 64.

⁷⁹⁸ Id., 2010, p. 21-2.

⁷⁹⁹ ALVES, RIBEIRO, op. cit., p. 319.

⁸⁰⁰ ALVES, RIBEIRO, loc. cit.

produtiva, sob pena de não se alcançar o pretendido crescimento econômico e desenvolvimento das sociedades.

Nesse ponto é que as convenções coletivas de consumo podem exercer um papel importante na mudança institucional. Contextualizando-se o tema da pesquisa aos ensinamentos de Douglass Cecil North, tem-se que, as convenções coletivas de consumo, ao interagirem com os agentes econômicos, poderão ser responsáveis por mudança institucionais⁸⁰¹ e conseqüentemente promover maior fluidez às relações e melhor desempenho aos mercados de consumo. Isso porque, o processo de aprendizagem e a formação dos modelos mentais, em tese, seria facilitada, na medida em que as normas convencionais decorreriam da vontade dos sujeitos coletivos que, por sua vez, representariam a vontade dos próprios fornecedores e consumidores.

O desempenho econômico, ademais, exige que a interação se dê entre instituições de boa qualidade e agentes econômicos que tenham acumulado aprendizado suficiente para ser encorajados a tomar decisões eficientes. Parafraseando Benjamin Miranda Tabak e Rafael Sales Rios⁸⁰², tem-se que boas instituições conduzem a boas escolhas e isso é o que pode explicar o sucesso de algumas economias e o fracasso de outras. Deste modo, o grande desafio regulatório é quebrar as más instituições e promover as boas, podendo as normas flexíveis de consumo, como arranjos institucionais (mecanismos autorregulatórios negociados), aperfeiçoar as relações de troca e garantir a melhor governança nos mais variados mercados de consumo.

Como as formas de interação entre instituições e agentes econômicos são diversas, quaisquer interações que fujam das características acima apontadas, poderão impactar negativamente no desempenho das economias. Por exemplo, nem sempre as instituições serão de boa qualidade e eficientes e nem sempre os agentes econômicos terão adquirido o aprendizado suficiente para ser estimulados por boas instituições. Desta maneira, se as instituições são ruins, os agentes não as aproveitarão para o crescimento e desenvolvimento. Da mesma forma, se as instituições são boas, mas os agentes não têm aprendizado suficiente para captar as recompensas e promover a interação eficiente também não aproveitarão ao crescimento e ao desenvolvimento.

Os modelos mentais, inculcados nos indivíduos pelo aprendizado, passam ao longo do tempo por um processo coletivo (aprendizagem coletiva), que determina o surgimento de

⁸⁰¹ NORTH, 2018, p. 168.

⁸⁰² TABAK, Benjamin Miranda; RIOS, Rafael Sales. Regulação e comportamento. In: RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira (coordenadores). **O jurista que calculava**. Curitiba: CRV, 2013, p. 135-6.

crenças ou modelos mentais compartilhados⁸⁰³. Assim, dá-se a formação das instituições que exercem um papel fundamental para aumentar a cooperação e reduzir as divergências entre os indivíduos⁸⁰⁴. Reescrevendo Douglass Cecil North, Eugenio Battesini⁸⁰⁵ assevera que a cognição humana e a formação das crenças são concebidas como processos culturais, as quais, influenciadas pelos valores, normas e ideias, são transferidas de geração para geração, em processo espontâneo de transmissão de conhecimento acumulado ao longo do tempo.

A formação de instituições e do ambiente institucional, entretanto, não encerram o processo, pois o processo de evoluções e alterações institucionais continua. A partir de então, novos aprendizados, modelos mentais e crenças evoluem ao longo do tempo, promovendo, por consequência, mudanças institucionais. A próxima seção encarregar-se-á de apresentar a compreensão de mudança institucional, concentrando-se principalmente na defesa do consumidor.

4.3.5 Mudança institucional na defesa do consumidor

Para Stanley Brue⁸⁰⁶, os indivíduos e organizações vindicam por modificações em suas instituições, quando percebem que uma trajetória institucional específica não lhes deixa saída para alcançar os objetivos desejados ou quando os objetivos desejados mudam. Nessa situação, um novo processo de aprendizagem se inicia, formando novos modelos mentais e crenças e a mudança institucional se opera. Conforme Douglass Cecil North⁸⁰⁷, a mudança institucional ocorrerá precisamente quando os indivíduos e organizações enxergarem novas oportunidades de maximizar suas vantagens e utilidades, ou seja, quando perceberem que podem se sair melhor reestruturando as trocas (políticas ou econômicas).

A mudança institucional é um processo ubíquo, incremental e contínuo⁸⁰⁸, mas pode operar-se também de forma repentina, especialmente em relação às instituições formais. A fonte dessas mudanças, explica Douglass Cecil North⁸⁰⁹, podem ser exógenas à economia, por exemplo, a alteração do preço e qualidade de um produto, ou endógenas, como o aprendizado dos indivíduos e dos empresários. A mudança institucional pode suceder-se em velocidades e

⁸⁰³ LOPES, 2013, p. 625.

⁸⁰⁴ Ibid., p. 625-6.

⁸⁰⁵ BATTESINI, 2019, p. 90.

⁸⁰⁶ BRUE, 2011, p. 390.

⁸⁰⁷ NORTH, 2010, p. 19.

⁸⁰⁸ NORTH, loc. cit.

⁸⁰⁹ NORTH, loc. cit.

direções distintas. A velocidade é uma função da taxa de aprendizado⁸¹⁰, ao passo que a direção é uma função das recompensas esperadas para a aquisição de diferentes tipos de conhecimento⁸¹¹.

Uma vez compreendido o significado da mudança institucional, esta seção pretende investigar como se procedeu no Brasil a mudança de um ordenamento jurídico que não reconhecera a defesa do consumidor para outro que, de forma abrupta, passou a protegê-lo de forma absoluta, inexorável e inflexível. Por conseguinte, diante desse novo ambiente institucional, marcado pela proteção do consumidor como uma garantia fundamental, almeja-se verificar a possibilidade e viabilidade de promover a concertação de arranjos institucionais, especialmente por meio de convenções coletivas de consumo setoriais que deverão ser a ele agregados.

A CRFB de 1988 trouxe uma série de transformações na área econômica e social. Particularmente, em relação à defesa do consumidor, a transformação foi revolucionária. A partir de um direito fundamental (art. 5º, XXXII da CRFB) logo se reconheceu, por meio da legislação ordinária (CDC), direitos básicos absolutos aos consumidores. Diferentemente do que se passa com as instituições informais, que se desenvolvem ao longo do tempo, as instituições formais podem ser produzidas e implementadas imediatamente⁸¹². Contudo, explica Douglass Cecil North⁸¹³, uma mudança revolucionária das regras formais nem sempre será tão revolucionária quanto se deseja ou espera e o desempenho certamente será diferente do inicialmente previsto.

Na lição de Vicente de Paula Maciel Júnior⁸¹⁴, a legislação consumerista nasceu de cima para baixo, ou seja, como imposição do Estado aos seus cidadãos e organizações, o que, inegavelmente, dificultou sua assimilação pelos partícipes da relação de consumo. A CCC, por sua vez, veio como um presente do Estado e não como uma conquista por exigência dos consumidores. Aliás, antes da edição do CDC, não existia na experiência da vida prática o uso da norma convencional de consumo⁸¹⁵.

A percepção que se tem, portanto, é que o Brasil não passou por um período de amadurecimento e desenvolvimento das normas consumeristas, que envolvem principalmente a organização da sociedade civil, por meio das associações de defesa do consumidor. Nesse

⁸¹⁰ NORTH, 2010, p. 19.

⁸¹¹ NORTH, loc. cit.

⁸¹² SZTAJN, AGUIRRE, 2005, p. 237.

⁸¹³ NORTH, op. cit., p. 27.

⁸¹⁴ MACIEL JUNIOR, 1996, p. 100.

⁸¹⁵ MACIEL JUNIOR, loc. cit.

período sim, as convenções coletivas de consumo poderiam ter desempenhado um papel importante no aperfeiçoamento das regras e normas aplicáveis às relações e ao mercado de consumo. Entretanto, no Brasil, a atuação das associações de defesa do consumidor era bastante tímida e presente em pouquíssimos ramos de atividade, para não dizer que eram ausentes⁸¹⁶.

Com base nos pressupostos da NEI seria interessante verificar uma mudança incremental na defesa do consumidor, que poderia ter se iniciado no seio da sociedade, por iniciativa dos próprios consumidores e por meio da criação de associações. Essas entidades civis, por sua vez, poderiam, em cooperação com fornecedores, celebrar convenções coletivas de consumo, cujas melhores práticas poderiam ser posteriormente selecionadas e encartadas na edição de uma lei de defesa do consumidor que fosse mais consentânea com a realidade do país. A ideia, portanto, era que se confirmasse a previsão de Wei Dan⁸¹⁷, quando afirmou que “o futuro caminho da protecção do consumidor é que a *soft law* não será como uma alternativa a *hard law*, mas um precursor da *hard law*”. Ou seja, as convenções coletivas de consumo, como normas flexíveis, deveriam servir de fonte e dar sustentação à lei do consumidor.

Essa mudança incremental da defesa do consumidor, por exemplo, se verificou nos Estados Unidos, não exatamente por meio de convenções coletivas, mas por reivindicações diretas das associações. Marcelo Gomes Sodré⁸¹⁸ e Sergio Cavalieri Filho⁸¹⁹ afirmam que, nos países de primeiro mundo, notadamente nos Estados Unidos, a defesa do consumidor se iniciou no seio da própria sociedade, por meio das entidades civis, originadas principalmente depois da Segunda Guerra Mundial. Esse movimento, vindo do tecido social possivelmente repercutiu nas casas legislativas e nos tribunais jurisdicionais, de modo a encetar arranjos institucionais mais consentâneos à realidade daqueles mercados de consumo⁸²⁰.

As instituições, contudo, não são perenes, haja vista que mudanças institucionais no ambiente da defesa do consumidor podem ser promovidas novamente. Numa abordagem dinâmica, mudanças institucionais estão no âmago da NEI e serão bem-vindas sempre que tragam maiores eficiências⁸²¹ para a relação e ao mercado de consumo. A mudança institucional

⁸¹⁶ Na seção 2.1 já se expôs as poucas convenções coletivas de consumo celebradas no Brasil.

⁸¹⁷ DAN, 2017, p. 362.

⁸¹⁸ SODRÉ, 2009, p. 22.

⁸¹⁹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 7.

⁸²⁰ SODRÉ, op. cit., p. 26.

⁸²¹ Para Bruno Meyerhof Salama, não há nenhuma garantia de que as mudanças institucionais serão eficientes. Por estar pautada na ação de organizações, a evolução institucional é um processo eminentemente político, envolvendo a redistribuição de riqueza e de poder na sociedade. São raras as mudanças institucionais pareto-eficientes, isto é, que não prejudicam nenhuma organização ou indivíduo. Ao contrário, o processo de evolução tende a criar perdedores e vencedores. Mesmo criando perdedores, a evolução institucional pode ser vista como eficiente, desde que os ganhos dos vencedores excedam as perdas dos perdedores; ou então, desde que a mudança

que se pretende implementar por meio desta tese, refere-se não apenas ao avivamento das convenções coletivas de consumo como mecanismos regulatórios das relações e dos variados mercados de consumo, mas também em termos substanciais, a re-regulação das normas consumeristas (CDC), mediante novas diretrizes e orientações que possam alterá-las, mantendo-se o respeito às normas de ordem pública.

O cenário atual é propício para tanto, porque, passados mais de 30 anos da entrada em vigência do CDC, o ganho de aprendizado e o acúmulo de informações, certamente dotaram os consumidores de maior poder de reflexão e juízo crítico e os fornecedores de maior consciência em relação às suas responsabilidades. Essa alteração no nível de aprendizagem dos consumidores e conscientização dos fornecedores, possivelmente permitirá aos consumidores e fornecedores entabular arranjos institucionais de melhor qualidade e eficiência.

Na média geral, é inegável que o consumidor de hoje, não é o mesmo de há 32 anos. O consumidor hodierno é muito mais informado e consciente e esse fato tem grande influência numa mudança institucional. A propósito, Washington Albino Peluso de Souza⁸²² ensina que “na medida em que o consumidor incorpore a consciência de seus direitos, as legislações marcharão no sentido de passarem de “tutela” para “igualdade””. A igualdade a que o autor se refere não diz respeito à igualdade entre fornecedores e consumidores, mesmo porque essa igualdade é rechaçada tanto por autores consumeristas como por juseconomistas. Essa igualdade se refere ao redirecionamento da finalidade da ordem econômica, no sentido da harmonização entre os interesses do consumidor e do fornecedor e a compatibilização entre a defesa do consumidor e o livre mercado. Nesse sentido, se a legislação de defesa consumidor se concentra na tutela do vulnerável, dificultando a mudança para a implementação da igualdade, o recurso às convenções coletivas de consumo, talvez, poderia promover essa alteração.

A legislação de defesa do consumidor no Brasil atingiu solidez institucional e estabilidade. O já mencionado princípio da vedação ao retrocesso aplicável à defesa do consumidor tornou muito difíceis, para não dizer engessadas, as mudanças institucionais. Por esse motivo, mostrou-se nesta pesquisa que algumas premissas devem ser redirecionadas, como a finalidade da ordem econômica (harmonia dos interesses e compatibilização dos princípios), o objetivo da defesa do consumidor (redução das assimetrias informacionais) e a natureza da regulação da defesa do consumidor (regulação econômica).

institucional coloque a sociedade no rumo da evolução em direção a uma ordem de acesso aberto (SALAMA, 2011, p. 422).

⁸²² SOUZA, 2011, p. 489.

Essa forte solidez, por sua vez, não é consentânea com os mercados onde se encontram os consumidores. Mercados, como ensina Rachel Sztajn⁸²³, são instituições maleáveis, flexíveis e respondem às mudanças sociais com rapidez; organizam as atividades mediante a coexistência de normas e sanções legais, convencionais e institucionais; são confiáveis e estáveis, uma vez que condicionam a conduta dos agentes, produzindo reflexos no desenvolvimento da economia. Logo, arremata a autora, mercados não devem ser rígidos a ponto de impedir mudanças⁸²⁴.

Ao promover a mudança institucional é preciso não provocar a desestabilidade do ambiente institucional, a ponto de gerar mais incertezas que o estado anterior; o dilema, assim, está entre a estabilidade e a mudança. Rachel Sztajn⁸²⁵ explica que, se de um lado, tem-se a necessidade de estabilidade como condição para a redução da incerteza, de outro, tem-se a necessidade de mudança imposta pela busca da eficiência adaptativa⁸²⁶. Ocorre que, o excesso de estabilidade pode embutir perdas de oportunidades e a consequente estagnação; o excesso de mudança, por outro lado, pode trazer incerteza e a consequente paralisia⁸²⁷. Mudança e estabilidade, assim, precisam ser contrabalançadas.

A próxima seção volta-se ao enfrentamento dessa questão, ou seja, busca responder como promover mudanças institucionais por meio das convenções coletivas de consumo, sem provocar a desestabilidade do ambiente institucional pela geração de incertezas. Para tanto, a seção encarrega-se de pautar as interações entre os sujeitos coletivos de consumo, de modo a estimulá-los ao recurso das convenções coletivas de consumo, bem como o conteúdo das normas convencionais, de maneira a se compatibilizar com as normas consumeristas de ordem pública.

⁸²³ SZTAJN, 2010, p. 54.

⁸²⁴ SZTAJN, loc. cit.

⁸²⁵ SZTAJN, AGUIRRE, 2005, p. 239.

⁸²⁶ SZTAJN, AGUIRRE, loc. cit.

⁸²⁷ SZTAJN, AGUIRRE, loc. cit.

5 A COOPERAÇÃO MÚTUA COMO ESTRATÉGIA PARA ELABORAÇÃO DE CONVENÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO MAIS EFICIENTES E FUNCIONAIS

A presente tese tem por escopo investigar se, além da regulação estatal, as modalidades alternativas de regulação econômica poderiam regulamentar, de forma complementar, certas condutas ou comportamentos em matéria de consumo. Na esteira do que se constatou na seção anterior (n. 4), a desregulação na área da defesa do consumidor significa a coordenação das atividades econômicas por outros mecanismos que não sejam apenas os decorrentes do Poder Público, como a autorregulação ou regulação privada ou negociada.

Modernamente, a desregulação significa a busca por uma ordem espontânea, assim compreendida como aquela planejada pelos próprios participantes do mercado de consumo, mas delimitadas por normas de ordem pública que rechaçam manifestas falhas de mercado. Sua adoção, no entanto, não implica prescindir da regulação estatal. A ideia é que, enquanto o Estado busca corrigir falhas de mercado, consumidores e fornecedores corrijam falhas de coordenação, buscando a maximização conjunta de seus interesses.

Ao propor a interação entre consumidores e fornecedores por meio da CCC, quer se assegurar, preferencialmente, o valor da liberdade econômica no mercado de consumo diante do valor da igualdade que tem comumente direcionado as relações e o mercado de consumo desde o advento da CRFB de 1988. Essa readequação do eixo da regulação de consumo pode proporcionar maior equilíbrio ao ambiente institucional e, conseqüentemente, maior eficiência nas relações de consumo.

Para tanto, o tema da tese – CCC –, será abordado por meio da ferramenta da cooperação mútua, tangenciando, ainda, a teoria dos jogos. Expressões dessas teorias – da cooperação e dos jogos –, como jogos⁸²⁸, jogadores⁸²⁹, estratégias⁸³⁰ e recompensas⁸³¹, serão

⁸²⁸ Jogo é qualquer situação em que os agentes tomam decisões estratégicas num cenário de interdependência, ou seja, de decisões que levam em conta as atitudes e respostas dos outros (PORTO, GAROUPA, 2020, p. 116).

⁸²⁹ Jogadores “são os agentes capazes de tomar as decisões que potencialmente irão afetar os demais”. Podem ser indivíduos ou grupos de indivíduos (empresas, instituições, organizações, associações, desde que sejam capazes de tomar decisões em conjunto, como um único agente (PORTO, GAROUPA, loc. cit.).

⁸³⁰ Estratégias são as ações possíveis dentro do campo de decisão de cada jogador; são planos de ação que especificam a decisão a ser tomada em cada situação possível. No contexto do jogo (interação entre os agentes), toda estratégia parte do pressuposto da ação do outro. Ou seja, a interdependência faz com que os jogadores levem as jogadas de seus oponentes em consideração, no momento de decidir a sua própria. A isso dá-se o nome de comportamento estratégico. O comportamento estratégico envolve raciocínio complexo, pois para eleger a estratégia que adotará, o jogador deverá supor o que seu oponente decidirá e, por sua vez, quais conseqüências essa decisão terá sobre a sua própria escolha, bem como os benefícios ou prejuízos dela decorrentes (Ibid., p. 117).

⁸³¹ Recompensas são os possíveis benefícios ou prejuízos para uma dada estratégia; são as recompensas de cada jogador por sua ação, a depender da estratégia escolhida pelo seu oponente. Mais uma vez, os jogadores deverão

utilizadas ao longo desta seção. Aplicadas à relação coletiva de consumo, pode-se dizer que os jogadores são as entidades civis de defesa do consumidor e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica; o jogo é marcado pela negociação entre esses sujeitos coletivos; as estratégias são as decisões tomadas pelos sujeitos coletivos a partir da interação com o outro; e, por fim, as recompensas são os resultados obtidos pelo grupo individualmente e que são suficientes à satisfação dos seus interesses próprios.

O desafio é grande, na medida em que o mercado de consumo é um ambiente em que os agentes econômicos, incluindo os consumidores, agem por auto-interesse. Nas palavras de Robert Axelrod⁸³², significa dizer que se trata de um ambiente de egoístas. O objetivo desta seção é investigar como consumidores e fornecedores, mesmo perseguindo seus próprios interesses, podem alcançar uma solução cooperativa mútua e entabular arranjos institucionais, sem o auxílio de uma autoridade central.

Esta seção será dividida em quatro partes. De início, será exposta a noção juseconômica da cooperação e sua principal estratégia, a reciprocidade. Essa noção será de extrema importância para compreender as razões pelas quais a CCC não vingou no mercado de consumo e como os grupos econômicos – consumidores e fornecedores – poderiam se valer dos instrumentos convencionais para regular as relações e o mercado de consumo. Em seguida, com base em Robert Axelrod, examina-se a probabilidade inicial da cooperação mútua nas convenções coletivas de consumo e, sendo viável, se ela tende a adquirir estabilidade e robustez, fixando-se como estratégia dominante. Na terceira seção, expõe-se as recomendações para promover a cooperação pela reciprocidade num mundo de egoístas (auto-interessados) como é o mercado de consumo. Por último, a partir da estratégia da cooperação pela reciprocidade, busca-se discutir quais conteúdos podem ser dispostos numa CCC.

5.1 EM QUE CONSISTE A COOPERAÇÃO E A ESTRATÉGIA DA RECIPROCIDADE

A noção de cooperação pode assumir acepções distintas a depender da ótica que se recorre para compreendê-la. A abordagem apresentada por civilistas e consumeristas, por exemplo, tem se direcionado a fins distintos, muitas vezes, não eficientes e antieconômicos e que podem acarretar falsas percepções. A presente pesquisa explora a noção de cooperação a

escolher a estratégia ideal para maximizar o seu próprio *payoff* esperado, trazendo o maior benefício possível para si (PORTO, GAROUPA, 2020, p. 117).

⁸³² AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010, p. 3.

partir de uma análise juseconômica, tendo como principal marco teórico a obra “A evolução da cooperação”, de Robert Axelrod. Como o próprio autor ensina, essa teoria se baseia numa pesquisa de indivíduos que procuram seus próprios interesses sem o auxílio de uma autoridade central para forçá-los a cooperar entre si⁸³³.

Compreender em que consiste a cooperação e a estratégia da reciprocidade é importante para que os grupos de consumidores e fornecedores tenham conhecimento das recompensas que irão obter agindo desta maneira e como deverão se comportar diante da contraparte. Por esse motivo, o sentido que se confere à compreensão dessas ferramentas terá importante reflexo para o uso, ou não, das convenções coletivas de consumo. Ejan Mackaay e Stéphanie Rousseau⁸³⁴ explicam que a teoria da cooperação é, sobretudo, uma teoria que justifica o surgimento de uma ordem espontânea, no sentido de que a cooperação é almejada pelas partes voluntariamente e não por meio da imposição do Estado. Ao propor o recurso à CCC a principal finalidade é realmente permitir maior liberdade aos agentes de mercado, assim entendidos os consumidores e fornecedores. Pretende-se, com isso, que a cooperação possa proporcionar maior liberdade econômica ao mercado de consumo, permitindo que fornecedores e consumidores direcionem suas próprias relações.

Para Robert Axelrod⁸³⁵, a cooperação consiste no desenvolvimento de padrões de comportamento. Ejan Mackaay e Stéphanie Rousseau⁸³⁶ referem-se a três soluções ou padrões de cooperação: a) as regras de atribuição (propriedade); b) as regras de reciprocidade (contrato); e c) as regras relacionadas à ação coletiva. Conforme as pesquisas realizadas por Robert Axelrod⁸³⁷, o melhor padrão de cooperação seria a estratégia da reciprocidade, também conhecida como “olho por olho” ou cooperação mútua. A estratégia da reciprocidade é “um costume que consiste em ajudar um colega a ser recompensado na mesma moeda”⁸³⁸. Por essa regra, explica o autor, após cooperar na primeira jogada, a estratégia consiste em simplesmente retribuir o que o oponente fez na jogada anterior⁸³⁹. Aquele que interage desta maneira, explica Nicholas Gregory Mankiw⁸⁴⁰, coopera até que o outro jogador desrespeite o acordo; ele então desrespeita o acordo até que o outro jogador volte a cooperar. Enfim, simplifica, essa estratégia

⁸³³ AXELROD, 2010, p. 6.

⁸³⁴ MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 60.

⁸³⁵ AXELROD, op. cit., p. 5.

⁸³⁶ MACKAAY, ROUSSEAU, op. cit., p. 53.

⁸³⁷ AXELROD, op. cit., p. 5.

⁸³⁸ AXELROD, loc. cit.

⁸³⁹ Ibid., p. 111.

⁸⁴⁰ MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução da 6ª edição norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 341.

começa de modo amigável, penaliza jogadores hostis e os perdoa se for o caso⁸⁴¹.

Como se nota, a cooperação pela reciprocidade depende sempre do comportamento da contraparte. O agir de um agente depende da conduta do outro e vice-versa^{842_843_844}. Esse padrão de cooperação é bastante consentâneo com a CCC, pois como ensina Ronaldo Fiani⁸⁴⁵, as convenções são jogos de interesses comuns. Embora esta tese defenda a natureza *sui generis*, a CCC, para todos os efeitos, se mostra como um contrato, principalmente no seu processo de formação, ainda que, no seu processo de execução, seja destituída de cumprimento coercitivo⁸⁴⁶. Se tomada como um contrato, a estratégia da reciprocidade se mostra viável e tem o condão de se tornar robusta e estável entre os grupos de consumidores e fornecedores.

Segundo Ronaldo Fiani⁸⁴⁷, a estratégia da reciprocidade possui virtudes importantes. O sucesso dessa estratégia pode ser atribuído à combinação de ser gentil, retaliadora, clemente e clara. Sua gentileza a previne de se colocar em problemas desnecessários⁸⁴⁸. O agente começa cooperando e não tenta, pelo menos em princípio, explorar o adversário⁸⁴⁹. Sua retaliação, por conseguinte, desencoraja o oponente a persistir com condutas não-cooperativas (deserção)⁸⁵⁰. Isso porque, acorda-se a provocabilidade entre os sujeitos envolvidos no primeiro sinal de falsificação ou engano⁸⁵¹. Sua clemência ajuda a restaurar a cooperação mútua⁸⁵². Trata-se de uma estratégia que perdoa os outros jogadores, caso eles voltem a cooperar depois de não o fazerem⁸⁵³. Por último, sua clareza é compreensível ao oponente, suscitando a cooperação de longo prazo⁸⁵⁴. É uma estratégia que exige pouco da racionalidade do jogador que a adota, logo, seria adequada mesmo considerando-se o caso de racionalidade limitada⁸⁵⁵. Daniel Fernando Pastre⁸⁵⁶, em síntese, afirma que a cooperação não exige algo além da própria cooperação.

Com essas virtudes e características, a cooperação pela reciprocidade tende a se

⁸⁴¹ MANKIW, 2013, p. 341.

⁸⁴² PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 165.

⁸⁴³ PORTO, GAROUPA, 2020, p. 117.

⁸⁴⁴ RIBEIRO, JAKOBI, 2014, p. 56.

⁸⁴⁵ FIANI, 2011, p. 134.

⁸⁴⁶ Conferir a seção 3.4.2 O caráter associativo e a natureza jurídica flexível da convenção coletiva de consumo.

⁸⁴⁷ FIANI, op. cit., p. 144-5.

⁸⁴⁸ FIANI, loc. cit.

⁸⁴⁹ MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 61.

⁸⁵⁰ FIANI, op. cit., p. 144-5.

⁸⁵¹ MACKAAY, ROUSSEAU, op. cit., p. 61.

⁸⁵² FIANI, op. cit., p. 144-5.

⁸⁵³ Ibid., p. 52.

⁸⁵⁴ FIANI, loc. cit.

⁸⁵⁵ Ibid., p. 144-5.

⁸⁵⁶ PASTRE, Daniel Fernando. A teoria da cooperação em Robert Axelrod e a prática de ilícitos concorrenciais. **Revista de direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, jul.-dez./2015, p. 238.

estabilizar entre os envolvidos, evitando que haja a exploração de um grupo pelo outro. Conforme Paula Andrea Forgioni⁸⁵⁷, a ideia da reciprocidade auxilia a compreensão da manutenção das regras sociais. Essas virtudes e características, como poderá ser visto nas próximas seções, são de extrema importância quando da elaboração das convenções coletivas de consumo, na medida em que permitem que os grupos de consumidores e fornecedores interajam e permaneçam na interação.

Armando Castelar Pinheiro⁸⁵⁸ afirma que a cooperação consiste na convergência de interesses, uma característica de duas ou mais trajetórias que se reúnem num só ponto. A ideia da cooperação, continua o autor, é atingir um só resultado⁸⁵⁹. A convergência dos resultados pressupõe igualmente ações convergentes e, para isso, é preciso que as ações das pessoas envolvidas na interação se transformem⁸⁶⁰. Desta forma, a cooperação “é um conjunto de transformações que têm por objetivo produzir um acordo, um resultado que seja satisfatório para ambos; é semelhante a uma característica de ação em que os elementos se transformam”⁸⁶¹.

Como se nota, a busca por resultados convergentes não significa abandonar o próprio interesse para satisfazer ou sujeitar-se ao interesse da parte adversa. A cooperação, esclarecem Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vivian Amaro Czesluniak⁸⁶², envolve um acordo, ajustado para permitir conciliar os interesses das partes, com vistas a maximizar conjuntamente os objetivos individuais pretendidos por elas. No mesmo sentido, Fabiana D’Andrea Ramos⁸⁶³ aborda que, no mecanismo de autocomposição, do qual a CCC é um exemplo, os fatos trazidos por cada parte não são utilizados como armas para serem apontadas uns contra os outros, mas sim como instrumentos para conhecer e entender as necessidades e interesses de cada um e, nesse processo, encontrar uma forma mutuamente adequada de solucionar o conflito.

José Augusto Fontoura Costa⁸⁶⁴ explana que é possível obter a cooperação, mesmo pressupondo o caráter hedonista dos atores preocupados simplesmente com a maximização de seus ganhos. Isso é possível, principalmente, quando o número de atores é reduzido e a

⁸⁵⁷ FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 103.

⁸⁵⁸ PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 127-8.

⁸⁵⁹ PINHEIRO, SADDI, loc. cit.

⁸⁶⁰ PINHEIRO, SADDI, loc. cit.

⁸⁶¹ PINHEIRO, SADDI, loc. cit.

⁸⁶² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZESLUNIAK, Vivian Amaro. Cooperation for efficiency in intellectual property business agreements: a case study. **Economics Analysis of Law Review**, Brasília, v. 8, n. 2, jul.-dez./2017, p. 159.

⁸⁶³ RAMOS, Fabiana D’Andrea. Métodos autocompositivos e respeito à vulnerabilidade do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 109, jan.-fev./2017, p. 340.

⁸⁶⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. Tentações, reputação e cultura: imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, v. 21, abr.-jun./2009, p. 36.

probabilidade de novas interações alta, projetando uma longa sombra do futuro⁸⁶⁵. Nessas condições, continua o autor, existem muitas matrizes de retribuições “que possibilitam que os atores cooperem e obtenham ganhos absolutos sem a necessidade de sistemas formais de estabelecimento de parâmetros e implementação de controle de comportamento”⁸⁶⁶.

A noção de cooperação a que se referem os juseconomistas, nestes termos, é diferente da concepção sustentada por juristas nacionais. Para civilistas e consumeristas, a cooperação consiste num ato de solidariedade e igualdade. Trata-se de uma forma de comportamento subjetivo⁸⁶⁷. Gustavo Silveira Borges e Cristina Stringari Pasqual⁸⁶⁸ afirmam que uma atuação cooperativa é um agir pensando na outra parte que compõe o contrato, respeitando os interesses e expectativas, buscando, em síntese, um desenvolvimento equilibrado do vínculo para que se chegue a um perfeito adimplemento do negócio. Para esses autores, a cooperação mútua no contrato deveria expressar uma colaboração e retratar uma solidariedade constante entre os participantes⁸⁶⁹, inclusive, com a realização de deveres colaterais. Esses deveres, sustentam Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira e Sólton Almeida Passos de Lara⁸⁷⁰, ampliam as obrigações dos fornecedores para além daquelas fixadas no contrato, que devem atender às legítimas expectativas geradas para os consumidores. Esses deveres, ademais, englobam o dever de lealdade, colaboração e cooperação recíprocas, em todas as fases do contrato, inclusive para facilitar a manutenção do contrato em prol do consumidor. Para evitar a frustração do contrato, havendo perigo de ruína, especialmente por conta do superendividamento do consumidor, Cláudia Lima Marques⁸⁷¹ defende ainda que a cooperação entre os contratantes impõe deveres de renegociação e de adaptação do contrato às novas circunstâncias.

No mesmo sentido, Leandro Martins Zanitelli⁸⁷² sustenta que o valor da reciprocidade – uma das estratégias de cooperação – indica o ajuste entre o sacrifício realizado e a vantagem obtida pelos contratantes e acaba por proclamar ideias basilares de igualdade e fraternidade.

⁸⁶⁵ COSTA, 2009, p. 36.

⁸⁶⁶ COSTA, loc. cit.

⁸⁶⁷ RIBEIRO, CZELUSNIAK, 2013, p. 27.

⁸⁶⁸ BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, set./2016, p. 145.

⁸⁶⁹ BORGES, PASQUAL, loc. cit.

⁸⁷⁰ OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; LARA, Sólton Almeida Passos de. Os desafios para proteção dos consumidores nos contratos coletivos e empresariais de plano de saúde. *In*: OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; XAVIER, Luciana Pedroso (organizadoras). **Repensando o direito do consumidor III: 25 anos de CDC: conquistas e desafios**. Curitiba: OABPR, 2015, p. 159.

⁸⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. Função social dos contratos de consumo: art. 421 do CC/02 e o CDC. *In*: LAMACHIA, Cláudio; MIRANDA, Marié; MARQUES, Cláudia Lima (organizadores). **Estudos de direito do consumidor**, Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018, p. 26.

⁸⁷² ZANITELLI, Leandro Martins. A reciprocidade nos contratos: uma análise expressiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 42, abr.-jun./2010, p. 161.

Prossegue o autor que, a reciprocidade se traduz não só por uma mutualidade de custos e benefícios, mas pela proporcionalidade entre o custo e o benefício que cada um dos contratantes obtém⁸⁷³. Por último, arremata dizendo que um contrato – podendo esta ideia ser ampliada para outros instrumentos de interação – não deve servir para exploração de uma das partes pela outra, mas sim constituir relações de cooperação que remuneram de maneira justa o sacrifício que cada um dos contratantes realiza⁸⁷⁴.

Para Marcia Carla Pereira Ribeiro, Vivian Amaro Czeluniak e Weimar Freira da Rocha Junior⁸⁷⁵ o princípio da cooperação, no Direito brasileiro, está relacionado ao princípio da solidariedade, uma vez que todas as atividades desempenhadas, seja nos atos sem relevância para o direito ou no cumprimento de relações obrigacionais, existe uma imposição de cooperação, no sentido de não abusar de outrem e de exercer os direitos de acordo com sua finalidade social.

Robert Axelrod⁸⁷⁶ reconhece o altruísmo e seus comportamentos congêneres (solidariedade e caridade) como um motivo para a ação cooperativa. Segundo o autor, uma maneira de promover a cooperação na sociedade é ensinar as pessoas a cuidar do bem-estar das outras. Sem dúvida, pensa o autor, uma sociedade mais atenciosa terá muito mais facilidade em manter a cooperação entre seus membros, mesmo quando se encontrem numa situação de dilema⁸⁷⁷. Todavia, Robert Axelrod⁸⁷⁸ concorda também que manter o altruísmo entre pessoas é difícil e comumente resulta em situações ineficientes. Isso porque, um indivíduo egoísta – que age no seu próprio interesse –, como é a característica predominante dos que atuam no mercado de consumo, inclusive, o consumidor, ao receber os benefícios devidos ao altruísmo de outro, pode não retribuir a generosidade, o que acaba por resultar em relações de exploração⁸⁷⁹. Por esse motivo, assevera o autor, a cooperação não deve ser totalmente baseada na preocupação com os outros ou no bem-estar do grupo como um todo⁸⁸⁰. De forma bastante esclarecedora, Jorge Buescu⁸⁸¹ assevera que a cooperação pela reciprocidade significa estar a

⁸⁷³ ZANITELLI, 2010, p. 163.

⁸⁷⁴ ZANITELLI, loc. cit.

⁸⁷⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JR, Weimar Freira da; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Mecanismos jurídicos e econômicos para a transferência de tecnologia: um estudo de caso. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, 2017, p. 52.

⁸⁷⁶ AXELROD, 2010, p. 126.

⁸⁷⁷ Conforme a explicação de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, o dilema consiste em um problema que impõe uma decisão difícil ao final. O dilema não tem uma única solução, tampouco respostas precisas, mas desafia o raciocínio numa equação difícil de múltiplas escolhas (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 172).

⁸⁷⁸ AXELROD, op. cit., p. 127.

⁸⁷⁹ AXELROD, loc. cit.

⁸⁸⁰ Ibid., p. 6.

⁸⁸¹ BUESCU, Jorge. A evolução da cooperação. *Ingenium*, Lisboa, dez./2001-jan./2002, p. 34.

pessoa disposta a cooperar sem se deixar explorar.

Giuliana Bonanno Schunck⁸⁸² reforça que a cooperação não deve ser vislumbrada tão somente como um fator filantrópico ou solidário, que deve ser estimulada apenas para que as partes tenham posturas mais altruístas ou bondosas. Em verdade, comportamentos cooperativos devem ser apoiados porque eles resultam em efetivos ganhos a todos os envolvidos, permitindo que as avenças atinjam seus níveis ótimos de eficiência⁸⁸³. No mesmo sentido, complementa Nicholas Gregory Mankiw⁸⁸⁴, quando os jogadores são capazes de chegar mutuamente ao resultado cooperativo, a sociedade como um todo fica numa melhor situação.

Difícil, contudo, é manter a cooperação entre os participantes do jogo, mesmo que ela possa beneficiá-los e que as recompensas sejam conjuntas. Isso ocorre porque, em muitos casos, as pessoas desconhecem as vantagens de uma cooperação mútua, seja porque não são estimuladas a interagir, seja porque não são ensinadas a cooperar. Significa dizer que, o surgimento da cooperação demanda tempo e aprendizado por parte dos envolvidos, o que implica reconhecer que a própria cooperação e a estratégia da reciprocidade são instituições na acepção da NEI. À essa constatação também chegaram Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vivian Amaro Czesluniak⁸⁸⁵ ao atestarem que ensinar a reciprocidade integra o ambiente informal da instituição a fatores mais subjetivos, tal como a ética de uma dada sociedade.

Neste passo, ao perceber que as recompensas de uma estratégia cooperativa são elevadas, ela, por consequência, passa a adquirir estabilidade e robustez⁸⁸⁶.

Exatamente por não estar relacionada a comportamentos altruístas ou solidaristas, não é comum que a cooperação seja alcançada em interações de um encontro apenas⁸⁸⁷, como ocorre, por exemplo, no famoso caso do dilema dos prisioneiros com jogada única⁸⁸⁸. A

⁸⁸² SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 83.

⁸⁸³ SCHUNCK, loc. cit.

⁸⁸⁴ MANKIW, 2013, p. 339.

⁸⁸⁵ RIBEIRO, CZESLUNIAK, 2017, p. 165.

⁸⁸⁶ AXELROD, 2010, p. 56.

⁸⁸⁷ Os juseconomistas distinguem o uso da cooperação em jogos de forma normal ou estratégica e em jogos de forma estendida ou sequencial. Para Nuno Garoupa e Antônio Maristrello Porto, os primeiros são os jogos com uma rodada (ou situações de decisão simultânea), em que, no momento de decidir, um jogador não sabe qual é a decisão do outro e vice-versa; já, os segundos, são jogos com várias rodadas (ou jogos dinâmicos), em que, um dos jogadores joga primeiro e, o outro, que é o segundo a jogar, teve acesso à decisão tomada pelo primeiro na etapa anterior (PORTO, GAROUPA, 2020, p. 125).

⁸⁸⁸ O dilema do prisioneiro é um clássico da teoria dos jogos. Conforme explica Jorge Buescu, o jogo é estabelecido entre duas pessoas, numa situação em particular, em que os envolvidos devem decidir por denunciar ou cooperar, sem qualquer possibilidade de interação e sem nenhuma informação entre eles (BUESCU, 2002, p. 33). A completa ausência de informações sobre o comportamento da parte adversa, explicam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, qualifica o dilema dos prisioneiros como um jogo não-cooperativo. Nesse tipo de jogo, os jogadores acabam por adotar, como estratégia dominante, o benefício a si próprio (RIBEIRO, GALESKI JUNIOR, 2015, p. 128-9).

cooperação, desta forma, se desenvolve mais facilmente em jogos repetidos (iterados)⁸⁸⁹, em que os jogadores podem se encontrar várias vezes⁸⁹⁰. Ou seja, esclarece Haroldo Malheiros Dulclerc Verçosa⁸⁹¹, a repetição de negócios entre as partes, sempre cumpridos de forma exemplar, gera confiança, lealdade, fidelização e cooperação. A reputação, portanto, tem valor nas interações entre as partes e terceiros, criando a expectativa de cooperação⁸⁹².

Como se observa, a ferramenta da cooperação aplicada à CCC pode resultar no desenvolvimento de padrões de comportamento que sejam satisfatórios e recompensadores para ambos os grupos. Marcelo de Oliveira Milagres e Viviane Cabral Giordano Garios⁸⁹³ relatam a importância do instrumento convencional de consumo para colocação dos agentes como partícipes comuns de um processo de construção de soluções que atendam mutuamente aos sujeitos coletivos, representantes de consumidores e fornecedores. O objetivo, prosseguem os autores, é a identificação dos interesses de ambos os envolvidos e sua satisfação, considerando-se todos como vencedores⁸⁹⁴.

Mecanismos de solução de conflitos que não sejam por meio da cooperação mútua e espontânea também podem auxiliar as relações coletivas de consumo, mesmo que nem sempre possam atingir um resultado eficiente para os envolvidos e de acordo com seus interesses. É o que ocorre, por exemplo, com os termos de ajustamento de conduta (TAC) firmados por fornecedores com o Ministério Público (MP) ou com os órgãos de proteção ao consumidor (Procon). Esses compromissos, como explica Hugo Nigro Mazzili⁸⁹⁵, não permitem aos fornecedores o pleno exercício da autonomia da vontade, uma vez que não podem ser considerados uma verdadeira transação⁸⁹⁶ já que não importam em poder de disponibilidade por parte dos órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva. Disso decorre que os órgãos legitimados buscam exigir o ajustamento e o cumprimento de deveres legais por parte dos fornecedores, porém, muitas vezes interpretando a política de defesa do consumidor de

⁸⁸⁹ MANKIW, 2013, p. 340.

⁸⁹⁰ AXELROD, 2010, p. 11-2.

⁸⁹¹ VERÇOSA, 2014, p. 79.

⁸⁹² VERÇOSA, loc. cit.

⁸⁹³ MILAGRES, Marcelo de Oliveira; GARIOS, Viviane Cabral Giordano. A subutilização das convenções coletivas de consumo na sociedade de consumo de massa. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 100, jul.-ago./2019, p. 204.

⁸⁹⁴ MILAGRES, GARIOS, loc. cit.

⁸⁹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, v. 41, jan.-mar./2006, p. 101.

⁸⁹⁶ Sobre sua natureza, Hugo Nigro Mazzilli afirma que “a transação importa poder de disponibilidade, e os órgãos públicos legitimados à Ação Civil Pública ou coletiva, ainda que tenham disponibilidade do conteúdo processual da lide, não detêm disponibilidade sobre o próprio direito material controvertido” (MAZZILLI, loc. cit.).

maneira unilateral⁸⁹⁷ e enviesada⁸⁹⁸.

Pedro Henrique Mariano⁸⁹⁹ aponta três empecilhos que prejudicam os incentivos à cooperação: a) a racionalidade limitada; b) a assimetria de informações; e, c) o oportunismo. Numa perspectiva juseconômica, pode-se dizer que o MP, ao propor o compromisso de ajustamento de conduta, age de forma oportunista, na medida em que, por força da sua autoridade estatal, tenta obter vantagem para seus tutelados (consumidores) na repartição dos ganhos conjuntos da relação de consumo, em detrimento do fornecedor. Por esse motivo, fornecedores não são incentivados a firmar os termos de ajustamento de conduta. Tais mecanismos, chamados autocompositivos, mas que, em verdade, não o são⁹⁰⁰⁻⁹⁰¹, não permitem a interação entre as partes dada a limitação na autonomia da vontade por parte dos aderentes. Se não podem exercer sua autonomia de vontade, os fornecedores, realmente, jamais possuirão incentivos para cooperar.

Para encerrar esta primeira seção, relata-se a experiência apresentada em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor⁹⁰². O intuito dos autores foi expor a solução alcançada e os procedimentos adotados numa mediação coletiva de consumo. A solução do problema do consumidor apresentada pelos autores talvez tenha sido, de fato, atingida, mas não há dúvidas de que os custos para os fornecedores e para o próprio Estado foram bastante altos, principalmente quando comparados com uma solução cooperativa sem a necessidade de uma autoridade central.

O objeto do estudo foi o endividamento relacionado ao empréstimo consignado contraído por funcionários públicos no Estado do Rio de Janeiro. Os problemas constatados pelos autores foram os seguintes⁹⁰³: a) o crescimento / expansão da utilização do crédito consignado, notadamente pelos servidores públicos fluminenses; b) a crise financeira que

⁸⁹⁷ Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que o compromisso de ajustamento de conduta é um negócio jurídico bilateral, em que as obrigações e prestações são unilateralmente assumidas pelo promitente, sob cominações (MANCUSO, 2014, p. 103).

⁸⁹⁸ Para Hugo Nigro Mazzilli, o termo de ajustamento de conduta é um ato administrativo negocial (negócio jurídico de direito público) que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público que se diz coincidente com a do particular (consumidores) (MAZZILLI, 2006, p. 101).

⁸⁹⁹ MARIANO, Pedro Henrique. Teoria dos jogos e cooperação contratual: comunicação, ameaças, longa duração e alteração de *payoffs*. In: TORRES, Dennis, José Almanza; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (organizadores). **Análise econômica do direito: da teoria à prática**. Curitiba: Íthala, 2018, p. 100.

⁹⁰⁰ MAZZILLI, op. cit., p. 101.

⁹⁰¹ MANCUSO, op. cit., p. 103.

⁹⁰² MARTINS, Guilherme Magalhães; TOSTES, Eduardo Chow de Martino; FORTES, Pedro Rubim Borges. A regulação coletiva do superendividamento: um estudo de caso do mercado de empréstimos consignados e de bem-sucedida mediação coletiva de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 127, jan.-fev./2020.

⁹⁰³ MARTINS, TOSTES, FORTES, 2020, p. 26.

atingiu o Estado do Rio de Janeiro; c) as consequências geradas pela crise, como a alteração do calendário de pagamento, o parcelamento do pagamento, o estado de calamidade pública e os bloqueios nas contas estaduais; e, d) os problemas contratuais verificados, por sua vez, foram a falta de clareza na oferta e nas informações, a falta de transparência em relação ao *marketing* e propaganda, a não entrega da cópia do contrato ao consumidor, as cláusulas abusivas, o encaminhamento de cartões de crédito sem solicitação e os contratos via telefone.

Diante desse panorama, verificou-se particularmente em relação ao crédito consignado, que a esfera de liberdade do consumidor foi reduzida ou mesmo extinta em face do saque antecipado do salário por parte do Estado sem repasse ao banco credor e, concomitantemente, o desconto realizado pela instituição bancária por seus próprios meios⁹⁰⁴. Ou seja, os servidores públicos fluminenses passaram a sofrer dois descontos simultâneos em suas contas bancárias, sendo um procedido pelo próprio Estado, que não o repassava à instituição bancária credora e, o outro, da própria instituição bancária para recebimento da parcela.

A solução proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), em primeiro lugar, foi propor aos fornecedores a assinatura de um TAC. Dentre os 27 bancos envolvidos no caso, apenas um se prontificou a firmar o compromisso de ajustamento de conduta⁹⁰⁵, o que confirma a premissa acima arguida, no sentido de que os fornecedores não cooperam diante da relação de exploração e oportunismo gerada por esse mecanismo de composição.

O desinteresse dos fornecedores em cooperar com o caso levou o MPRJ ao ajuizamento de 26 ações civis públicas com a obtenção de liminar em favor dos servidores públicos para que as instituições bancárias se abstivessem da aplicação do contrato e da dupla cobrança do empréstimo consignado, bem como da negativação dos servidores públicos⁹⁰⁶. Compelidas a participar das sessões de mediação instauradas no bojo das demandas judiciais, as instituições bancárias cederam à composição. Houve, assim, a adesão completa de todos os bancos às propostas do MPRJ, notadamente para a cessação da prática de desconto em duplicidade⁹⁰⁷. Desse fato ainda, resultou a edição de lei estadual (Lei n. 7.553/2017⁹⁰⁸) que

⁹⁰⁴ MARTINS, TOSTES, FORTES, 2020, p. 25.

⁹⁰⁵ Ibid., p. 28.

⁹⁰⁶ MARTINS, TOSTES, FORTES, loc. cit.

⁹⁰⁷ Ibid., p. 29.

⁹⁰⁸ Art. 1º (Lei n. 7.553/2017). As instituições financeiras do estado do Rio de Janeiro ficam proibidas de descontar automaticamente das contas-correntes as parcelas relativas a empréstimos consignados, quando o desconto já tiver sido realizado na respectiva folha de pagamento dos servidores públicos ativos e inativos, aposentados e pensionistas.

proíbe o desconto automático das parcelas de empréstimo consignado nas contas correntes, quando o desconto já tiver sido realizado na respectiva folha de pagamento dos servidores públicos⁹⁰⁹.

No caso relatado, a cooperação decorreu de uma autoridade central e não de uma manifestação espontânea dos envolvidos. O resultado obtido, talvez, possa ter sido satisfatório aos consumidores, mas o instrumento utilizado certamente não assegurou o exercício da plena autonomia de vontade aos fornecedores. Possivelmente, os fornecedores foram compelidos a ceder em face da presença dos órgãos públicos interventivos. A solução proposta resultou em soma zero, o que tem o mesmo efeito de dizer que o conflito não se resolveu. Isso porque, ao resolver o problema da dupla cobrança contra os consumidores, manteve-se o problema da inadimplência para com os bancos, provocada por atos atribuíveis ao Estado do Rio de Janeiro.

Uma CCC sobre o assunto, em momento antecedente, para regular a forma de cobrança das parcelas do empréstimo consignado poderia ser sugerida. Contudo, não há garantias de que as partes – grupos de consumidores e grupos de fornecedores – pudessem chegar a um consenso sobre o assunto. Entretanto, como ensinam Marcia Carla Pereira Ribeiro, Vivian Amaro Czelusniak e Weimar Freira da Rocha Junior, “uma boa relação de cooperação entre as partes pode levar a uma fácil resolução privada, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário”⁹¹⁰. Diante disso, numa situação como a relatada acima, o tempo e os custos para a resolução do conflito poderiam ter sido menores. Talvez, o conflito pudesse ter sido solucionado pelo formato da negociação coletiva para as convenções coletivas de consumo – ao invés dos termos de ajustamento de condutas –, sem a necessidade do ajuizamento de ações coletivas pelo MPRJ, bem como da edição de lei pelo órgão legislativo, reduzindo, assim, o tempo dos conflitos e possivelmente os custos para o Estado com o ajuizamento das demandas, a interferência do MPRJ e a ativação dos legisladores.

Na próxima seção, pretende-se investigar a viabilidade do uso da cooperação mútua nas relações coletivas de consumo, sem a qual não se pode dar prosseguimento ao desenvolvimento da pesquisa.

⁹⁰⁹ MARTINS, TOSTES, FORTES, 2020, p. 30.

⁹¹⁰ RIBEIRO, ROCHA JR, CZELUSNIAK, 2017, p. 53.

5.2 A VIABILIDADE INICIAL, ROBUSTEZ E ESTABILIDADE DA COOPERAÇÃO MÚTUA EM CONVENÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO

A pesquisa sobre a cooperação e suas estratégias tangencia também o estudo da teoria dos jogos⁹¹¹⁻⁹¹². Essa teoria, segundo autores juseconômicos⁹¹³⁻⁹¹⁴, foi formulada para aplicação em casos limitados. Sendo bastante utilizada no estudo dos contratos, especialmente daqueles firmados entre dois agentes econômicos e que estampam operações econômicas, a teoria dos jogos e, conseqüentemente, a ferramenta da cooperação mútua têm sua incidência discutível sobre as convenções coletivas de consumo. Isso acontece porque esses instrumentos apresentam formato, função e finalidade distintas dos contratos em geral. Diante desse fato, os problemas que se pretendem enfrentar nesta seção são: primeiro, se a cooperação e a estratégia da reciprocidade podem auxiliar a celebração de convenções coletivas de consumo; segundo, se existe viabilidade inicial para aplicação da ferramenta da cooperação mútua nas convenções coletivas de consumo; e, terceiro, se é possível que a cooperação mútua se desenvolva em ambientes tendencialmente hostis (não-cooperativos) como é o mercado de consumo.

Ronaldo Fiani⁹¹⁵ aponta duas limitações à teoria dos jogos, as quais podem conflitar com o formato e a finalidade das convenções coletivas de consumo: a primeira, é que as interações a que se refere a teoria dos jogos e que retratam os efeitos das instituições possuem apenas dois jogadores ou agentes econômicos⁹¹⁶; e, a segunda, é que sobre uma interação estratégica⁹¹⁷ pode se incorporar a atuação de várias instituições ao mesmo tempo, cujas

⁹¹¹ Conforme Marcia Carla Pereira Ribeiro e Karin Bergit Jakobi, a teoria dos jogos “é um instrumento utilizado para auxiliar na compreensão ou na previsão dos comportamentos das pessoas quando há interesses em conflito”. A teoria é estudada em conjunto com as premissas da AED, como a escolha racional, a eficiência e as falhas de mercado. Seu principal objetivo consiste em “verificar a forma como os agentes econômicos ou sociais tomam suas decisões, tendo em vista as possíveis ações e estratégias dos demais agentes” (RIBEIRO, JAKOBI, 2014, p. 55).

⁹¹² Como poderá ser constatado ao longo desta seção, as convenções coletivas de consumo podem ser encaradas sob dois aspectos: como instrumentos regulatórios privados (autorregulatórios) ou como instrumentos resultantes da pressão de grupos sociais. Dependendo da perspectiva em que se a analisa, duas teorias podem ser empregadas: a teoria dos jogos e da cooperação e a teoria do comportamento dos grupos sociais. Uma vez que, para esta tese, as convenções coletivas de consumo se afiguram como instrumentos de direção, logo, como mecanismos de regulação das relações de consumo, reputa-se como mais consentânea para sua abordagem a teoria dos jogos e da cooperação.

⁹¹³ FIANI, 2011, p. 116.

⁹¹⁴ MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 67-8.

⁹¹⁵ FIANI, op. cit., p. 116.

⁹¹⁶ A mesma percepção, tiveram Ejan Mackaay e Stéphanie Rousseau, ao afirmar que o jogo do dilema dos prisioneiros foi apresentado apenas com dois jogadores. No entanto, acrescentam que os jogos podem envolver numerosos *decisores*, o que pode acarretar problemas de ação coletiva (MACKAAY; ROUSSEAU, op. cit., p. 67-8). Um exemplo sobre isso são as próprias relações coletivas de consumo, compostas, por um lado, de vários consumidores e, de outro, de vários fornecedores.

⁹¹⁷ Pedro Henrique Mariano, de forma objetiva, explica o que vem a ser uma interação estratégica. Para o autor, interação estratégica “é a interação em que participantes reconhecem a interdependência mútua de suas

consequências podem acarretar situações de soma zero⁹¹⁸⁻⁹¹⁹, de dilema⁹²⁰ ou de equilíbrio⁹²¹. O estudo das instituições – na acepção da NEI – sobre as interações estratégicas já foi apresentado na seção 4. Já se reconheceu, assim, a plausibilidade das mais diversas instituições formais e informais incidirem sobre as relações interpessoais, desde que elas sejam de boa qualidade e contem com agentes econômicos que tenham acumulado aprendizado suficiente para serem encorajados a tomar decisões eficientes⁹²². A presente seção destina-se

decisões”. Ou seja, o resultado advindo da sua escolha é diretamente afetado pela escolha do outro (MARIANO, 2018, p. 103).

⁹¹⁸ Conforme pesquisa de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Karin Bergit Jakobi, a teoria dos jogos assenta-se em três pilares: a) no jogo de soma zero, de John Von Neumann; b) no dilema dos prisioneiros, de Albert Tcuker; e, c) no equilíbrio de Nash, de John Nash (RIBEIRO, JAKOBI, 2014, p. 57).

⁹¹⁹ Para Ejan Mackaay e Stephanie Rousseau, os jogos de soma zero são jogos de puro conflito e representam situações de completa oposição de interesses, sem espaço visível para entendimento (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 45). No mesmo sentido, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi afirmam que qualquer conflito irresolúvel é um jogo de soma zero. Um jogo de soma zero é um jogo em que para um jogador ganhar, o outro tem necessariamente de perder, de modo que as partes terminam o jogo sem saldo algum. No jogo de soma zero, continuam os autores, “não há possibilidade de cooperação entre os dois jogadores, pois seus interesses são totalmente opostos”. Disso decorre que, os “jogadores racionais interessados em vencer um ao outro e obter para si a maior vantagem fazem do jogo de soma zero uma guerra” (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 169-170).

⁹²⁰ Ainda com base em Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, o dilema consiste em um problema que impõe uma decisão difícil ao final. O dilema não tem uma única solução, tampouco respostas precisas, mas desafia o raciocínio numa equação difícil de múltiplas escolhas. Em jogos assim, continuam os autores, os agentes não estão em comunicação e ao adotarem um comportamento racional (auto-interesse), decidirão sempre pela não-cooperação. Significa dizer que, em jogos de dilema, a estratégia dominante é sempre a não-cooperação. Esse jogo, no entanto, pode sofrer variação se se permitir que, em um dado momento, os jogadores possam se comunicar. Em cenário assim, a possibilidade de cooperação aumenta, permitindo que os agentes dupliquem seus ganhos em relação à situação inversa (PINHEIRO, SADDI, op. cit., p. 172-3).

⁹²¹ Tomando novamente como fundamento os ensinamentos de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, para se compreender o terceiro pilar da teoria dos jogos é preciso partir da premissa de que as pessoas, diante das suas racionalidades, sempre agem no próprio interesse. Para os autores, a economia nunca se importou muito com o comportamento dos agentes por entender ser óbvio que cada jogador num negócio espera obter o maior benefício se cooperar com outro do que se agir individualmente e que o resultado do negócio depende do poder de negociação de cada um e dos instrumentos e recursos que se detêm. Explicando a teoria de John Nash, complementam que a solução de um negócio depende de os jogadores perseguirem suas estratégias e seus interesses, mas mesmo assim, para que a transação se realize, não basta que ela gere um excedente, é preciso haver também uma divisão adequada desse excedente. Com base em John Von Neumann, ensinam que há uma estratégia dominante comum quando ambos desejam a mesma coisa. Assim, “as ações dos participantes de uma economia social de trocas serão influenciadas por suas expectativas de ações dos demais participantes, e estas, por sua vez, refletem as expectativas das ações do primeiro”. Desta forma, diante de jogadores com um conjunto de preferências variáveis, a proposta de John Nash, é que a solução seja tal que nenhum jogador deseja mudar a sua estratégia, se os demais jogadores também não mudarem as suas. Quer-se, com isso, demonstrar que nem sempre a noção de que a ambição individual leva ao bem comum, prevalece. Com cooperação, os jogadores são capazes de chegar a uma solução melhor. Um equilíbrio de Nash, assim, constitui um conjunto de ações dos agentes tais que nenhum jogador, tomando as ações de seus oponentes como dadas, desejaria alterar as suas próprias ações. A situação de equilíbrio se comprova pela ausência de arrependimento dos jogadores. Ou seja, os jogadores se encontram em uma situação de equilíbrio de Nash quando, concluído o jogo, nenhum deles se arrepende dos lances que fez, em face dos lances que todos os outros jogadores fizeram (Ibid., p. 176-9).

⁹²² Já se expôs que, o desempenho econômico depende da interação entre instituições de boa qualidade e agentes econômicos que tenham acumulado aprendizado suficiente para serem encorajados a tomar decisões eficientes. Parafraseando Benjamin Miranda Tabak e Rafael Sales Rios tem-se que boas instituições conduzem a boas escolhas e isso é o que pode explicar o sucesso de algumas economias e o fracasso de outras (TABAK, RIOS, 2013, p. 135-6). Deste modo, o grande desafio regulatório é quebrar as más instituições e promover as boas, podendo as normas flexíveis de consumo, como arranjos institucionais (mecanismos autorregulatórios negociados), aperfeiçoar as relações de troca e garantir a melhor governança nos mais variados mercados de

principalmente à discussão da primeira limitação apontada, a qual coloca em debate a viabilidade da ferramenta da cooperação mútua nas convenções coletivas de consumo, mormente levando-se em consideração a presença de vários agentes – consumidores e fornecedores – com poder de decisão, em ambos os polos da relação.

Conforme os ensinamentos de Robert Axelrod⁹²³, a cooperação mútua pode evoluir e permanecer entre os agentes envolvidos quando as estratégias tenham, de início, viabilidade e, ao final, robustez e estabilidade. A viabilidade inicial significa a possibilidade de promover a cooperação entre os agentes mesmo em ambientes não-cooperativos⁹²⁴. Havendo chances de interação entre os agentes, ou seja, viabilidade inicial, o comportamento cooperativo, por conseguinte, tende a adquirir robustez e estabilidade. Essas características significam que a cooperação com base na reciprocidade pode prosperar num ambiente de instituições diversificadas (ou seja, ser robusta) e ser resistente à invasão de estratégias mutantes e não-cooperativas (ou seja, ter estabilidade)⁹²⁵⁻⁹²⁶.

O debate proposto é pertinente para que a investigação possa ter continuidade com a verificação das recomendações propostas pelo marco teórico adotado nesta tese para a evolução da cooperação, o que deverá ser feito nas próximas seções. Explicando de outro modo, se a ferramenta da cooperação mútua não for viável para as relações coletivas de consumo, especialmente por causa da sua configuração ou formato (coletividade de consumidores x coletividade de fornecedores), por certo o prosseguimento da pesquisa ficará prejudicado.

Diante disso, o primeiro desafio que se enfrenta para a aplicação da ferramenta da cooperação mútua nas convenções coletivas de consumo diz respeito à complexidade das relações coletivas de consumo. Realmente, a concretização de uma CCC é bastante intrincada, na medida em que vários jogos ou interações podem ser presenciados ao mesmo tempo: a) de um lado, o jogo ou a interação entre os fornecedores que são concorrentes entre si no mercado

consumo. Como as formas de interação entre instituições e agentes econômicos são diversas, quaisquer interações que fujam das características apontadas, poderão impactar negativamente no desempenho das economias. Por exemplo, nem sempre as instituições serão de boa qualidade e eficientes e nem sempre os agentes econômicos terão adquirido o aprendizado suficiente para serem estimulados por boas instituições. Desta maneira, se as instituições são ruins, os agentes não as aproveitarão para o crescimento e desenvolvimento. Da mesma forma, se as instituições são boas, mas os agentes não detêm aprendizado suficiente para captar as recompensas e promover a interação eficiente, também não aproveitarão ao crescimento e ao desenvolvimento.

⁹²³ AXELROD, 2010, p. 89-90.

⁹²⁴ Ibid., p. 19.

⁹²⁵ Ibid., p. 90.

⁹²⁶ Segundo Robert Axelrod, as estratégias *gentis* (cooperativas), apesar do bom desempenho nas competições, não são uma garantia de que elas devem prosperar sempre. A adoção de determinadas estratégias está em função das recompensas obtidas pelos jogadores. Se as recompensas forem alteradas a situação pode mudar de um estado cooperativo para de não-cooperação e vice-versa. Ou seja, apenas se o incentivo para cooperação for maior do que o incentivo para deserção é que a estratégia deve prevalecer (Ibid., p. 108; 126).

de consumo; b) de outro lado, o jogo ou a interação entre os consumidores que, embora não sejam concorrentes, formam inegavelmente grupos heterogêneos⁹²⁷⁻⁹²⁸ em razão de vários fatores (poder aquisitivo, preferências, gostos etc.); e c) por último, o jogo ou a interação entre o grupo de consumidores (representados pelas entidades civis de consumidores) e o grupo de fornecedores (representados pelas associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica) que se encontram em polos opostos da relação coletiva de consumo.

As duas primeiras interações envolvem o problema da organização da sociedade civil em associações ou sindicatos, ao passo que a última reflete a interação entre os sujeitos coletivos, no âmbito da autonomia privada coletiva para formação de instrumentos regulatórios privados (acordos ou convenções coletivas). Portanto, a presente tese separa o problema da organização da sociedade civil em associações e sindicatos do problema da interação entre os sujeitos coletivos para elaboração de instrumentos regulatórios. Evidentemente, cada uma dessas interações é importante para o todo e para o resultado final de uma CCC, mas, acredita-se também que cada uma delas pode render um estudo à parte, estando sujeitas a abordagens distintas: as primeiras (letras “a” e “b”) à teoria do comportamento dos grupos sociais e a

⁹²⁷ A heterogeneidade dos consumidores é fato compartilhado por vários doutrinadores, dentre eles, Stefan Grundmann. Para esse autor, consumidores compreendem um grupo heterogêneo – informado, descuidado e vulnerável –, ainda mais levando-se em consideração que toda população é consumidora. O autor, no entanto, foca apenas nos dois extremos. De um lado, tem-se o consumidor bem instruído e informado, via de regra, também financeiramente bem provido, conhecedor de seus direitos de consumidor e capaz de se deixar assessorar por um profissional. Por outro lado, tem-se o consumidor mal informado e mal provido financeiramente (trabalhadores sem qualificação). O autor informa que essa diferenciação não é basicamente em relação à diferença de “força” entre os consumidores – o que justificaria o tratamento diferenciado –, mas sobretudo o fato de terem interesses muito heterogêneos. Essa diferença de interesses (heterogeneidade) é importante no Direito do Consumidor devido às seguintes reflexões: a) primeiro, uma proteção forte ao consumidor não é capaz de proteger consumidores vulneráveis, pelo menos não primariamente; b) segundo, o efeito redistributivo da proteção pode ser eliminado, via de regra, pelo outro lado contratual, quando este inclui nos preços a carga adicional resultante de forte proteção ao consumidor, especialmente, em contratos do tipo B2C; c) terceiro, os direitos de proteção fortes e sistemáticos para a parte contratual concebida como a mais vulnerável podem especialmente beneficiar no grupo dos consumidores em questão logo os que têm mais recursos financeiros: este é o grupo que, no caso de fortes regras de indenização, presumivelmente possui as mais altas pretensões de reparo, haja vista que em uma responsabilidade objetiva seu patrimônio e sua capacidade aquisitiva são, em geral, maiores. Ainda, em função de melhores conhecimentos e melhor aconselhamento jurídico, fazem uso sistematicamente mais abrangente de seus direitos do que consumidores patrimonialmente mais vulneráveis. (GRUNDMANN, Stefan. A proteção funcional do consumidor: novos modelos de consumidor à luz de teorias recentes. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate. **Novas Tendências do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 27-9).

⁹²⁸ Thierry Bourgoignie também chama atenção para a heterogeneidade dos consumidores. Nesse sentido, afirma que a heterogeneidade do grupo “consumidor” impede que se dê do consumidor uma imagem única e mediana. A definição do consumidor, continua o autor, deve ser subjetiva, no mesmo centro do campo do consumo, e levar em conta a particularidade das determinantes econômicas, sociais e culturais que envolvem a ação das diversas categorias de indivíduos envolvidos nas relações de consumo. As reações, os comportamentos e as prioridades de uns não são, necessariamente, as dos outros. Por isso, uma tipologia diferente de problemas prioritários deve ser estabelecida conforme as categorias particulares de consumidores (BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 2, abr.-jun./1992, p. 17).

segunda (letra “c”) à teoria dos jogos e da cooperação.

A distinção dos problemas é tão evidente que as abordagens teóricas de cada uma das interações resultam em conclusões igualmente distintas. Para a teoria do comportamento das organizações sociais, em grupos pequenos é mais fácil obter a cooperação para aquisição dos benefícios coletivos, uma vez que os custos são repartidos entre um número menor de pessoas, gerando um custo menor para a sua concessão⁹²⁹. Implica dizer que, quanto mais indivíduos houver no grupo, menos eficientes serão seus desempenhos para a promoção dos interesses comuns e mais grave será a subotimidade dos benefícios coletivos⁹³⁰⁻⁹³¹. Por outro lado, para a teoria dos jogos (e da cooperação), em grupos maiores é mais fácil obter a cooperação, porque a identidade e a reputação são baixas, já que o impacto da não-cooperação individual para o resultado coletivo é igualmente baixo e provavelmente não será detectado⁹³². Significa dizer que, “se o grupo é grande, é bastante provável que o indivíduo que não cooperou permaneça anônimo, ou seja, não construa uma reputação”⁹³³ e sua deserção (não-cooperação) não influenciaria a decisão coletiva.

Uma vez que o tema da tese é a CCC, um instrumento regulatório privado e negociado, o foco da pesquisa é a interação entre a entidade de consumidores e a associação de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica (interação indicada pela letra “c” acima), individualmente considerados, ou seja, levando-se em consideração apenas a existência de um *decisor* para cada grupo⁹³⁴. A pesquisa, assim, não se aprofundou sobre as interações que ocorrem dentro dos grupos (interações indicadas pelas letras “a” e “b” acima), no âmbito da organização em associações ou sindicatos, que também revelam dificuldades de cooperação. Todavia, entende-se que, essa dificuldade de organização da sociedade civil em matéria de consumo, decorre, principalmente, da distorção conferida à natureza jurídica da CCC e à função

⁹²⁹ OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. Tradução de Fábio Fernandez. São Paulo: Edusp, 2015, p. 14.

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 40.

⁹³¹ A tendência à subotimidade, explica Mancur Olson, deve-se ao fato de que um benefício coletivo é, por definição, de natureza tal que os demais indivíduos do grupo não podem ser impedidos de consumi-lo uma vez que qualquer membro do grupo tenha se provido dele. Portanto, quanto maior o grupo, mais longe ele ficará de atingir o ponto ótimo de provimento do benefício coletivo (*Ibid.*, p. 47).

⁹³² BICCHIERI, Cristina. Learning to cooperate. In: BICCHIERI, Cristina; JEFFREY, Richard; SKYRMS, Brian. **The dynamics of norms**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 37 *apud* FIANI, 2011, p. 147.

⁹³³ *Ibid.*, p. 147.

⁹³⁴ Com fundamento em Ejan Mackaay e Stephanie Rousseau, o jogo do dilema dos prisioneiros foi apresentado apenas com dois jogadores. Ainda que esses jogadores representem grupos de numerosas pessoas (por exemplo, as associações), as premissas do dilema do prisioneiro podem continuar sendo aplicadas, desde que, haja apenas um *decisor* para cada grupo. A partir do momento em que o jogo se apresenta com vários *decisores*, pode-se revelar o problema da ação coletiva e a teoria dos jogos pode ter sua aplicação discutível (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 67-8).

atribuída às entidades representativas de consumidores (associações) e fornecedores (associações ou sindicatos). Como já se expôs na seção 2, as associações de consumidores têm sido reconhecidas (pelos consumidores) e encaradas (pelos fornecedores) como grupos de pressão na busca de direitos e benefícios aos consumidores e as convenções coletivas de consumo como instrumentos de opressão por obrigações impostas aos fornecedores, estando longe de ser mecanismos de autocomposição. Tais natureza e função são, em verdade, resquícios do direito coletivo do trabalho e são atribuídas à CCT⁹³⁵ e aos sindicatos de categoria profissional⁹³⁶, não devendo se referir, portanto, à CCC⁹³⁷ e nem às associações de consumidores⁹³⁸. A tese, desta forma, parte da premissa de que a dificuldade de organização da sociedade civil em matéria de consumo decorre, em parte, do que se institucionalizou sobre esse tema no âmbito do direito individual e coletivo do trabalho.

Na medida em que consumidores e fornecedores adquirirem o aprendizado sobre a função do grupo⁹³⁹ e a finalidade da CCC⁹⁴⁰, acredita-se que poderão ser ensinados à cooperação para maximização de seus interesses comuns⁹⁴¹. Pensa-se, com isso, que as dificuldades de organização da sociedade civil em matéria de consumo tendem a diminuir, possibilitando maior cooperação entre os sujeitos coletivos legitimados no art. 107 do CDC. Por esses motivos, a investigação resulta em outra premissa: a de que consumidores e fornecedores podem se constituir em grupos organizados, a fim de entabular regulações privadas ou negociadas (convenções coletivas de consumo) em prol do interesse comum.

Portanto, o ambiente institucional do mercado de consumo que se implantou no Brasil⁹⁴² dificultou a organização da sociedade civil em matéria de consumo, tornando as associações e sindicatos um objetivo difícil de ser alcançado e ainda pouco plausível. Embora não seja o objetivo da tese, antes de adentrar ao estudo das negociações coletivas entre os grupos

⁹³⁵ Conferir a seção 2.4.1 O caráter vinculativo e a natureza jurídica cogente da convenção coletiva de trabalho.

⁹³⁶ Conferir a seção 2.3.1 A função política e social dos sindicatos de trabalhadores.

⁹³⁷ Conferir a seção 2.4 A distinção das convenções coletivas de consumo e de trabalho pelas suas naturezas jurídicas.

⁹³⁸ Conferir a seção 2.3 A autonomia privada coletiva: a função dos sujeitos coletivos no mercado de consumo e no mercado de trabalho.

⁹³⁹ Conferir a seção 2.3.2 A função econômica das associações de consumidores e de fornecedores.

⁹⁴⁰ Conferir a seção 2.4.2 O caráter associativo e a natureza jurídica flexível da convenção coletiva de consumo.

⁹⁴¹ Como já se teve a oportunidade de expor (seção 2), é imperioso admitir que o direito de defesa do consumidor, antes de ser um interesse individual é, em essência, um interesse coletivo relacionado ao mercado (MACIEL JÚNIOR, 1996, p. 51; GOMES, 2011, p. 23). No mesmo sentido, Leslie Shériida Ferraz afirma que, na sociedade contemporânea, os conflitos de consumo são, sobretudo, conflitos metaindividuais (FERRAZ, 2015, p. 58).

⁹⁴² A seção 3 desta tese procurou comprovar o enviesamento ocorrido na política de defesa do consumidor implantada no Brasil. A partir dessa constatação, sob a ótica da AED, buscou-se redefinir a finalidade da ordem constitucional econômica para o mercado de consumo (a harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor e a compatibilização da defesa do consumidor com o desenvolvimento econômico pelo livre mercado) e o objetivo da defesa do consumidor (correção das falhas de mercado).

de consumidores e de fornecedores para a elaboração de convenções coletivas de consumo, é pertinente comprovar, ainda que por meio de percepções doutrinárias, as dificuldades de associação entre consumidores e fornecedores ao longo do tempo para, em seguida, explanar, com fundamento no paradoxo da ação coletiva⁹⁴³ (premissa oriunda da teoria do comportamento dos grupos sociais), as justificativas pelas quais esta tese não optou por enfrentar o tema da organização da sociedade civil.

Dorothe Susanne Rüdiger⁹⁴⁴ de longa data afirma que a união dos consumidores em associação já era um problema constatado na França. Em 1986, continua a autora, apenas 2% dos europeus eram associados em organizações de consumidores. A maior organização francesa (*Union Fédérale des Consommateurs*) possuía 50.000 associados, mas mais de 300.000 leitores de sua revista⁹⁴⁵. A dificuldade de associação, para a autora, pode ser atribuída a dois fatores: primeiro, a baixa renda dos consumidores; e, segundo, à heterogeneidade dos consumidores⁹⁴⁶.

No mesmo sentido, Fabio Konder Comparato⁹⁴⁷ afirma que a defesa do consumidor, como um interesse coletivo, ainda é estranha às preocupações do povo brasileiro. Esse fator foi herdado da colonização lusitana, marcado pelo individualismo anárquico, tornando impossível o espírito associativo e a experiência de uma organização social vinda de baixo para cima, isto é, largamente fundada no consenso dos indivíduos e não comandada artificialmente pelo Estado⁹⁴⁸. Atesta o autor, por conseguinte, que o associativismo que se manifesta espontaneamente na sociedade é de cunho afetivo e emocional, nunca de conteúdo voluntarista ou racional⁹⁴⁹; ou seja, ele medra no âmbito familiar e entre os amigos, dificilmente nas relações de interesse⁹⁵⁰.

⁹⁴³ Para explicar o paradoxo da ação coletiva recorre-se ao livro “A lógica da ação coletiva”, de Mancur Olson. Para esse autor, o senso comum sobre comportamento grupal atesta que os grupos de indivíduos com interesses comuns usualmente tentam promover esses interesses comuns. Espera-se, assim, que os grupos de indivíduos com interesses comuns ajam por esses interesses tanto quanto se espera que os indivíduos isoladamente ajam por seus interesses pessoais. Existe uma dedução lógica de que o interesse individual coincide com o interesse do grupo. Mas isso não é verdadeiro. Aliás, é uma incoerência. Desta forma, o autor pretende demonstrar na sua pesquisa que, nem sempre, os indivíduos deverão agir de forma lógica, explicando, por conseguinte, porque os indivíduos se comportam de maneira incoerente, quando agem coletivamente. Em outras palavras, porque comumente o interesse individual não coincide com o interesse comum (OLSON, 2015, p. 13-4).

⁹⁴⁴ RÜDIGER, 1999, p. 119.

⁹⁴⁵ RÜDIGER, loc. cit.

⁹⁴⁶ RÜDIGER, loc. cit.

⁹⁴⁷ COMPARATO, 1974, p. 104.

⁹⁴⁸ COMPARATO, loc. cit.

⁹⁴⁹ COMPARATO, loc. cit.

⁹⁵⁰ Conforme Robert Axelrod, a teoria evolutiva da cooperação pode ser dividida em duas áreas. Uma delas, a teoria do parentesco genético, sustenta que quase todos os casos evidentes de altruísmo e de cooperação observada ocorrem em contextos de grande afinidade, geralmente entre membros da mesma família (AXELROD, 2010, p. 84).

Estudos realizados por juseconomistas⁹⁵¹ -⁹⁵² sobre o comportamento dos grupos sociais e das organizações revelam que as ações coletivas, comumente, suscitam um paradoxo que seria a justificativa para essa dificuldade de interação entre os vários *decisores*. Esse paradoxo fica evidente nos grupos de pressão e de reivindicação, mas não em relação a agentes autorregulatórios, como são os envolvidos na elaboração de uma CCC. Por isso, averiguar esse argumento científico ajuda a compreender que as dificuldades de organização da sociedade civil em matéria de consumo podem ser superadas pela adequação da função dos sujeitos coletivos de consumo e da natureza jurídica do instrumento convencional de consumo. Em simples palavras, isso representaria a alteração na estrutura de incentivos – instituições – de consumidores e fornecedores. Implica dizer que, o paradoxo da ação coletiva seria uma função da finalidade dos grupos sociais e das organizações. Uma vez que as entidades de consumidores e as associações de fornecedores deveriam atuar como agentes regulatórios privados ou autorregulatórios e não como grupos com função política e social na busca de direitos e benefícios coletivos, não haveria que se falar em paradoxo da ação coletiva nas relações coletivas de consumo.

O paradoxo da ação coletiva é investigado com profundidade por Mancur Olson⁹⁵³, em seu livro “A lógica da ação coletiva”. Sua pesquisa se concentra na elaboração de uma teoria do comportamento dos grupos sociais e das organizações. Para tanto, o autor faz a distinção entre dois tipos de grupos: a) as organizações que retratam situações de mercado competitivo, para as quais dá o nome de grupos exclusivos; e, b) as organizações que refletem situações fora do contexto de mercado, para as quais dá o nome de grupos inclusivos⁹⁵⁴.

No estudo dos grupos exclusivos, Mancur Olson⁹⁵⁵ trata das dificuldades enfrentadas pelas pessoas em obter a cooperação para o uso dos benefícios comuns (benefícios públicos). Para o autor, o objetivo de uma organização, por óbvio, deve ser a promoção dos interesses dos seus membros⁹⁵⁶. A afiliação de um indivíduo a um grupo, para além da sensação de pertencer, indica a possibilidade de conseguir algo por meio desse pertencer⁹⁵⁷. Ocorre que a ação coletiva nem sempre é tão lógica assim. Para Ejan Mackaay e Stéphanie Rousseau⁹⁵⁸, quando um conjunto de pessoas tem um objetivo comum e cada uma ganhará se esse objetivo puder ser

⁹⁵¹ OLSON, 2015, p. 17-64.

⁹⁵² MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 67-83.

⁹⁵³ OLSON, op. cit., p. 17.

⁹⁵⁴ Ibid., p. 49 e seguintes.

⁹⁵⁵ Ibid., p. 49.

⁹⁵⁶ Ibid., p. 17.

⁹⁵⁷ Ibid., p. 18.

⁹⁵⁸ MACKAAY, ROUSSEAU, op. cit., p. 68.

alcançado, seria natural que todos agissem de forma congruente na perseguição desse objetivo. Mas não é exatamente isso o que acontece. O paradoxo da ação coletiva, prosseguem os autores, deriva do fato de os indivíduos racionais não serem estimulados a cooperar na busca do interesse comum⁹⁵⁹. Essa análise leva à constatação de que a afirmação de que o interesse comum coincide com o interesse individual não é absolutamente verdadeira. Sobre isso, Mancur Olson⁹⁶⁰ arremata, os indivíduos que pertencem a uma organização ou grupo têm um interesse comum, mas não se pode esquecer que eles também têm interesses puramente individuais.

Mancur Olson⁹⁶¹ faz uma analogia entre os grupos exclusivos (as organizações de reivindicação e de pressão⁹⁶²) com o mercado competitivo. A consecução de qualquer objetivo comum ou a satisfação de qualquer interesse comum deve ser, em regra, proporcionado a todos os membros do grupo indistintamente. O simples fato de uma meta ou propósito ser comum ao grupo, explica o autor, significa que ninguém deste grupo deverá ficar excluído do proveito proporcionado por sua consecução⁹⁶³. Ocorre que, embora todos os membros do grupo tenham um interesse comum em alcançar esse benefício coletivo, eles não têm nenhum interesse comum no que toca a pagar o custo do provimento desse benefício coletivo. Desta forma, cada membro preferirá que os outros paguem todos os custos sozinhos, mas querem desfrutar de toda vantagem provida pelo grupo, quer tenham, ou não, arcado com parte desses custos⁹⁶⁴. O grupo interessado e o benefício coletivo, assim, enfrentam uma função-custo, ou seja, quanto mais se obtiver do benefício, mais altos serão os custos totais⁹⁶⁵. Em síntese do pensamento, tem-se que o indivíduo, membro da grande organização, está em uma posição análoga à de um empresário em um mercado competitivo: “seus esforços individuais não terão um efeito sensível sobre a

⁹⁵⁹ MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 68.

⁹⁶⁰ OLSON, 2015, p. 20.

⁹⁶¹ Ibid., p. 19.

⁹⁶² A lógica da ação coletiva apresentada por Mancur Olson diz respeito notadamente aos grupos de reivindicação. Exemplificativamente, o autor cita diversos grupos de pressão, como os sindicatos que lutam por salários mais altos e melhores condições de trabalho para seus afiliados; as organizações rurais que lutam por legislação favorável a seus membros; os cartéis que lutam por preços mais altos para as empresas integrantes; as companhias que lutam pelos interesses de seus acionistas; e do Estado que promove os interesses comuns de seus cidadãos. Talvez, não propositalmente, o autor não se referiu às associações de consumidores. De toda forma, pensa-se que a omissão foi correta (AXELROD, 2015, p. 19). A perspectiva da teoria de Mancur Olson é bastante pertinente no âmbito das relações coletivas de trabalho, ou seja, nas interações entre os sindicatos de trabalhadores e de empregadores. Esta pesquisa, no entanto, constatou que essa teoria não faz sentido às relações coletivas de consumo e, conseqüentemente, às convenções coletivas de consumo. Isso porque, como já se sustentou diversas vezes, tanto a finalidade dos instrumentos convencionais de consumo como a função das organizações de consumo são distintas daquelas oriundas do direito coletivo do trabalho.

⁹⁶³ OLSON, op. cit., p. 26.

⁹⁶⁴ Ibid., p. 33.

⁹⁶⁵ Ibid., p. 34.

situação de sua organização, e ele poderá desfrutar de quaisquer vantagens obtidas pelos outros, quer tenha ou não colaborado com o grupo”⁹⁶⁶.

A partir dessa percepção, qualquer grupo social descobrirá que, à medida em que sua demanda pelo benefício cresce além de um certo ponto e começa a ser considerada excessiva, a resistência e conseqüentemente o custo de unidades adicionais do benefício coletivo sobem desproporcionalmente ⁹⁶⁷. Ou seja, na medida em que o grupo cresce em número de participantes, a quantidade de benefício coletivo que deverá ser provida será surpreendentemente subótima e a partilha do ônus será surpreendentemente arbitrária⁹⁶⁸. Essa premissa aplicada à relação coletiva de trabalho é, de fato, verdadeira. Todos os trabalhadores possuem o interesse comum de buscar melhores condições de trabalho e maiores salários, mas à medida que o número de trabalhadores no grupo aumenta, os benefícios coletivos tendencialmente devem ser reduzidos. Isso ocorre porque os sindicatos são organizações por meio das quais os trabalhadores lutam para obter as mesmas coisas que procuram obter com seus esforços individuais no mercado⁹⁶⁹, provocando, assim, uma situação de competição.

Essa lógica não se aplica, em tese, à relação coletiva de consumo. Uma vez que a CCC é um instrumento autorregulatório, destinado a regular relações de direção e não de controle, não há que se falar em grupos de reivindicação e pressão. Ademais, como já se expôs na seção 3, esta tese sustenta que os interesses envolvidos na relação de consumo são estritamente coletivos – e apenas indiretamente individuais –, salvo nas hipóteses de acidente de consumo, não ensejando, deste modo, competição entre consumidores.

Apenas a título de informação, no estudo dos grupos inclusivos, ou seja, daqueles que não estão inseridos num contexto de mercado competitivo, a lógica do seu funcionamento é outra. Nesse caso, Mancur Olson⁹⁷⁰ percebe que a cooperação é mais fácil de ser alcançada. Em situações fora do contexto de mercado, a quantidade de ganho que o benefício coletivo pode proporcionar não é fixa⁹⁷¹. Significa dizer que, qualquer número de pessoas pode, por exemplo, afiliar-se a uma organização lobística sem reduzir necessariamente os ganhos para os demais membros. Um eventual aumento no tamanho do grupo inclusivo, continua o autor, não acarreta competição para ninguém e pode levar a custos mais baixos para aqueles que já estão no

⁹⁶⁶ OLSON, 2015, p. 26.

⁹⁶⁷ Ibid., p. 34.

⁹⁶⁸ Ibid., p. 40.

⁹⁶⁹ Ibid., p. 24-5.

⁹⁷⁰ Ibid., p. 49.

⁹⁷¹ OLSON, loc. cit.

grupo⁹⁷². É o que ocorre, por exemplo, quando empresários perseguem uma redução de tributos, ou alíquota favorável, ou qualquer outra mudança na política do governo⁹⁷³.

Essa breve exposição da perspectiva de Mancur Olson foi necessária e relevante para demonstrar que sua análise foca a organização da sociedade civil e o comportamento dos grupos sociais, notadamente dos sindicatos de trabalhadores. Ainda que se reconheça a pertinência dessa pesquisa com a tese, ela não corresponde à essência da presente investigação, mesmo porque o consumidor difere do trabalhador, a relação de consumo difere da relação de trabalho e a CCC difere da CCT⁹⁷⁴. Desta forma, havendo diferenças substanciais entre uma área e outra, por certo, os problemas e eventuais vantagens verificados em uma delas, possivelmente, não se revelaram na outra.

Acredita-se que as convenções coletivas de consumo, como instrumentos regulatórios privados e normas flexíveis, devem retratar relações de direção e não de controle. Ensinar os grupos envolvidos a ter essa percepção, pode contribuir de duas maneiras: em primeiro lugar, auxiliar na superação da dificuldade verificada nas interações entre os membros dos grupos de consumo; e, em segundo lugar, demonstrar que, consumidores e fornecedores, quando agem coletivamente, não são competidores e que a defesa do consumidor se afigura, acima de um interesse individual, um interesse de toda a coletividade. Esse assunto, contudo, será explorado na seção subsequente, ao serem investigadas as recomendações propostas por Robert Axelrod para a evolução da cooperação.

Sobre a negociação firmada entre dois *decisores*, representando diversas vontades individuais, a configuração de uma CCC, pelo menos na sua formação, não diverge de um contrato celebrado entre dois agentes econômicos. Isso porque, ainda que esses jogadores representem grupos de numerosas pessoas (associações ou sindicatos), explicam Ejan Mackaay e Stéphanie Rousseau⁹⁷⁵, haveria, no caso, apenas um *decisor* para cada grupo. As normas convencionais, assim, decorreriam da autonomia de vontade dos sujeitos coletivos que, por sua vez, representariam a vontade dos próprios fornecedores e consumidores, revelando a viabilidade para a cooperação mútua.

Na medida em que o consumidor unitariamente é impossibilitado de participar de

⁹⁷² OLSON, 2015, p. 49-50.

⁹⁷³ Ibid., p. 51.

⁹⁷⁴ Conferir, na seção 2, as distinções fundamentais entre consumidor e trabalhador, relação de consumo e relação de trabalho e CCC e CCT.

⁹⁷⁵ MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 67-8.

qualquer ato de regulação econômica (convenção normativa)⁹⁷⁶, cresce em importância a ação conjunta das associações e sindicatos. Com base nos fundamentos lançados na seção anterior, pretende-se demonstrar que a entidade de consumidores e a associação de fornecedores (e sindicatos) podem viabilizar uma saída para a elaboração de uma regulação econômica que possa atender aos requisitos de segurança, previsibilidade e eficiência, sendo, portanto, benéfica para todos.

A interação entre os sujeitos coletivos permite a viabilidade de cooperação mútua, uma vez que os interesses entre esses grupos não são conflitantes, como aparentam ser. As pessoas pensam as relações de consumo apenas como interações de soma zero, ou seja, o ganho de um implica necessariamente a perda do outro. Para sair bem, um jogador deve ter melhor desempenho que o adversário na maior parte do tempo⁹⁷⁷.

O nome do jogo – soma zero –, explicam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Karin Bergit Jakob, justifica-se pelo fato de que não há possibilidade de cooperação entre os dois jogadores, pois seus interesses são totalmente opostos e a divisão ideal não existe⁹⁷⁸. Entretanto, a interação econômica que as convenções coletivas de consumo retratam, envolvem modelos mais elaborados e diversificados. Diante disso, a teoria dos jogos trouxe o conceito de equilíbrio⁹⁷⁹, possibilitando vantagens para os dois lados da relação. Repete-se aqui, o comentário de João Batista Almeida⁹⁸⁰, ao afirmar que, se, de um lado, os fornecedores precisam dos consumidores para venderem e se enriquecerem, de outro, os consumidores dependem dos fornecedores para adquirirem suas necessidades com qualidade e segurança⁹⁸¹. A harmonização e compatibilização para maximização desses interesses, portanto, é o objetivo para a cooperação entre esses grupos.

Os interesses dos consumidores e fornecedores não somente podem ser harmonizados e compatibilizados (art. 4º, III do CDC) como encontram, no Brasil, um ambiente propício para tanto. A regulação econômica pela CCC encontra um contexto bastante favorável para sua evolução, levando-se em consideração principalmente as características de grande parte dos

⁹⁷⁶ Como já se estudou na seção 3, esta tese sustenta que a defesa do consumidor, antes de um direito e interesse individual, é um direito e interesse transindividual. Implica dizer que a defesa do consumidor, antes de tudo, é um interesse da coletividade.

⁹⁷⁷ AXELROD, 2010, p. 104.

⁹⁷⁸ RIBEIRO, JAKOBI, 2014, p. 57.

⁹⁷⁹ BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coordenadores). **O que é análise econômica do direito? Uma introdução**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 118.

⁹⁸⁰ ALMEIDA, 2009, p. 35.

⁹⁸¹ No mesmo sentido, Ludwig Von Mises afirma que “na economia de mercado, todos prestam serviços aos seus concidadãos ao prestarem serviços a si mesmos” (VON MISES, 1985, p. 22).

fornecedores, compostos de pequenas e médias empresas.

Luciana Yeung⁹⁸² ressalta a falsa percepção que se tem no Brasil acerca da atividade econômica, do empreendedorismo, das empresas e dos empresários. Esses termos, explica a autora, estão relacionados, quase sempre, às grandes empresas, às multinacionais e às instituições financeiras. Esquecem-se, contudo, que 82,5% de todas as empresas no Brasil têm até 9 empregados. Cerca de 58% dos empregados celetistas no país trabalham em empresas de até 99 funcionários⁹⁸³. Complementando a informação, segundo pesquisa realizada pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), até maio de 2020, cerca de 90% das empresas no Brasil eram constituídas por microempresa individual, microempresa e empresa de pequeno porte⁹⁸⁴. Disso decorre que são os pequenos empreendedores que dominam a economia brasileira.

Nesse cenário, as convenções coletivas de consumo encontram um bom panorama para se desenvolver. Amparados pela ferramenta da cooperação mútua, as convenções coletivas podem constituir instituições de boa qualidade, contando com o aprendizado e a experiência dos agentes econômicos. Não se quer dizer, com isso, que o mercado de consumo brasileiro prescinde da regulação estatal ou das políticas públicas de defesa do consumidor. Mas não é um equívoco mencionar que a legislação consumerista, em alguns aspectos, não é pertinente ao cenário que regula. Particularmente, no Brasil, como já se teve oportunidade de mencionar, a regulação da defesa do consumidor por uma autoridade central acarretou relações de exploração, na medida em que impôs a cooperação incondicional aos fornecedores. Esse assunto, no entanto, será tratado na seção seguinte. A situação, com o passar do tempo, pode se agravar ainda mais se adotadas condutas coletivas por parte dos consumidores, como boicotes, riscos morais e comportamentos oportunistas.

Para poder vindicar direitos consumeristas, o fluxo de consumo de bens e serviços de alta complexidade e tecnologia deve ser alto. Países que se encontram ainda na fase de consumo de bens e serviços básicos e de fornecedores que são compostos, em sua grande maioria, de micros e pequenas empresas, prescindem de uma regulação estatal forte do direito de defesa do consumidor, sendo, por isso, consentânea a existência das convenções coletivas de consumo. Da mesma forma como os cidadãos precisam ter renda suficiente para consumir produtos e

⁹⁸² YEUNG, Luciana. Friedrich Hayek, liberdade econômica, a MP e a Lei da Liberdade Econômica: por que é necessária? *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 76.

⁹⁸³ YEUNG, loc. cit.

⁹⁸⁴ Painel de empresas. **Sebrae**, 2020. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas/>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

serviços que não sejam apenas dos itens básicos, os fornecedores precisam ter margem de lucro suficiente para cumprir com as obrigações impostas pelo direito de defesa do consumidor (substituição do produto, desfazimento do negócio ou abatimento do preço). Um fornecedor que não possui renda marginal suficiente, não conseguirá atender as reclamações do consumidor sem comprometer a renda da sua atividade profissional.

Apenas a título de informação, situação diversa é a que se verifica, por exemplo, em mercados altamente concentrados (monopólio ou oligopólios). Nesse quadro, seria interessante a regulação estatal, deixando a CCC para mercados não concentrados (menores). Essa conclusão pode ser extraída dos ensinamentos de Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer⁹⁸⁵. Para o autor, empresas componentes de mercado com estrutura concentrada são mais propícias a efetivarem práticas abusivas contra os consumidores⁹⁸⁶. Nesse sentido, diz que a capacidade de impor práticas e cláusulas abusivas de forma sistemática a um elevado número de consumidores (e não de maneira isolada a um ou outro consumidor) é um indício da existência de posição dominante⁹⁸⁷. No mesmo sentido, Luciano Benetti Timm e Isabela Maiolino⁹⁸⁸ lecionam que mercados concentrados geram maior poder às empresas, preços mais altos e apropriação de resultados que, de outro modo, poderiam ser compartilhados com os consumidores.

Diante do que foi exposto, havendo viabilidade inicial para o uso da ferramenta da cooperação mútua nas convenções coletivas de consumo, na próxima seção serão estudadas as recomendações propostas por Robert Axelrod para estimular essa estratégia entre os sujeitos coletivos. Ressalte-se, contudo, que tais recomendações serão propostas aos sujeitos coletivos, assim considerados individualmente as entidades de consumidores e associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica, e não mais a cada um dos consumidores e fornecedores isoladamente considerados.

5.3 AS RECOMENDAÇÕES DA TEORIA DA COOPERAÇÃO DE ROBERT AXELROD PARA A ELABORAÇÃO DAS CONVENÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO

Uma vez constatada a viabilidade inicial da ferramenta da cooperação mútua para a celebração das convenções coletivas de consumo, esta seção destina-se a estudar as

⁹⁸⁵ PFEIFFER, 2015, p. 145.

⁹⁸⁶ PFEIFFER, loc. cit.

⁹⁸⁷ PFEIFFER, loc. cit.

⁹⁸⁸ TIMM, Luciano Benetti; MAIOLINO, Isabela. Lei de Liberdade Econômica e reflexos no direito do consumidor. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (organizadora). **Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 161-2.

recomendações de Robert Axelrod para estimular esse comportamento. O autor propõe três categorias de recomendações para promover a cooperação pela reciprocidade: a) aumentar a importância do futuro em relação ao presente; b) alterar as recompensas dos jogadores; e, c) ensinar aos jogadores valores e práticas que irão promover a cooperação, o que implica em ser altruísta (ensinar as pessoas a se importar umas com as outras) e, ao mesmo tempo, retaliador (ensinar a reciprocidade)⁹⁸⁹. Essas recomendações, em síntese, podem ser representadas por três diretrizes: o tempo, as recompensas e a educação. Tais recomendações são de fácil compreensão, de modo que podem ser inferidas a partir de simples leitura dos próprios enunciados, razão pela qual serão expostas de forma breve para, em seguida, contextualizá-las às convenções coletivas de consumo.

A primeira recomendação relaciona-se ao tempo. Por óbvio, quanto mais duráveis e frequentes as interações entre as partes, maior a tendência aos comportamentos cooperativos, justificados pelo aumento de confiança, lealdade e fidelidade. Daniel Fernando Pastre⁹⁹⁰, explicando de outro modo, ensina que, se existe alta probabilidade de a interação terminar após poucas rodadas e / ou se há preferência em colher os benefícios dela imediatamente ao invés de aguardar o deslinde das jogadas, será preferível aos envolvidos adotar outras táticas, que não seja da cooperação mútua.

A segunda recomendação refere-se às recompensas. Mais uma vez, recorrendo-se à interpretação de Daniel Fernando Pastre⁹⁹¹, a estabilidade de um sistema de cooperação está relacionada aos sistemas de recompensa. Significa dizer que, se os incentivos para a cooperação mútua forem maiores que os benefícios da traição (não-cooperação), as partes, no longo prazo, manterão o padrão cooperativo com benefícios recíprocos⁹⁹². No mesmo sentido, Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa⁹⁹³ sustentam que uma estratégia tornar-se-á estritamente dominante, quando ela garantir as melhores recompensas, independentemente da estratégia escolhida pelo outro jogador; ou seja, quanto maior a recompensa, maior será o bem-estar aos jogadores e conseqüentemente maior a tendência de adoção da cooperação mútua.

A terceira recomendação concerne à educação⁹⁹⁴. Ensinar as pessoas a cuidar do bem-estar das outras sem dúvida facilita a cooperação entre seus membros⁹⁹⁵. Para Robert

⁹⁸⁹ AXELROD, 2010, p. 118.

⁹⁹⁰ PASTRE, 2015, p. 238.

⁹⁹¹ PASTRE, loc. cit.

⁹⁹² PASTRE, loc. cit.

⁹⁹³ PORTO, GAROUPA, 2020, p. 120.

⁹⁹⁴ RIBEIRO, ROCHA JR, CZELUSNIAK, 2017, p. 58.

⁹⁹⁵ AXELROD, op. cit., p. 126.

Axelrod⁹⁹⁶, o altruísmo é um motivo para a ação cooperativa, mas não se pode ser altruísta o tempo todo, mormente diante de indivíduos egoístas que não retribuem a reciprocidade. Essas pessoas, continua o autor, precisam ser tratadas de forma bem diferente daquelas mais atenciosas, para que não as sujeitem à cooperação incondicional e, com isso, as submetam a relações de exploração⁹⁹⁷. Daí a necessidade de ensinar às pessoas a reciprocidade, cuja “regra de ouro” consiste em “fazer aos outros aquilo que gostaria que fizessem a ti”⁹⁹⁸. Essa lição sempre suscita cooperação, pois sempre promove o interesse mútuo e não explora a fraqueza do outro⁹⁹⁹. Revela, enfim, a “justiça bruta” e isso lhe confere uma ligeira neutralidade¹⁰⁰⁰.

Tecidas essas breves considerações acerca das recomendações para estimular a cooperação mútua, passa-se, agora, à análise da sua aplicação às convenções coletivas de consumo.

5.3.1 Aumentar a importância do futuro em relação ao presente para garantir confiança, lealdade, fidelidade e cooperação dos agentes envolvidos

O mercado de consumo, comumente, contempla interações que não são duradouras. Normalmente as relações individuais de consumo são instantâneas e de jogada única. Um consumidor, por exemplo, pode adquirir um produto ou contratar um serviço de determinado fornecedor apenas em uma única oportunidade e, talvez, essa relação nunca mais volte a se repetir. Desta forma, à primeira vista, a percepção que se tem é que o mercado de consumo não seja um ambiente propício à evolução da cooperação. Ainda que consumidores e fornecedores possam ter a consciência da importância de sustentar relações de longo prazo, não priorizam vínculos mais fortes, preferindo a adoção de comportamentos que maximizem o interesse próprio em detrimento da cooperação mútua e a maximização dos interesses comuns¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁶ AXELROD, 2010, p. 127.

⁹⁹⁷ AXELROD, loc. cit.

⁹⁹⁸ Ibid., p. 128.

⁹⁹⁹ Ibid., p. 129.

¹⁰⁰⁰ AXELROD, loc. cit.

¹⁰⁰¹ Essa situação retrata exatamente o que os doutrinadores pretendem demonstrar com a teoria dos jogos e o dilema dos prisioneiros. Para exemplificar o dilema dos prisioneiros, Jorge Buescu relata a conversa entre uma autoridade policial e dois criminosos: “Olhe nós sabemos que a droga era vossa, mas não conseguimos prová-lo. Vou propor-lhe um acordo. O senhor tem duas escolhas: ou denuncia o seu amigo, dizendo que a droga era dele; ou mantém a versão de que não sabiam nada sobre a droga. Este mesmo acordo está a ser proposto ao seu cúmplice. Se denunciar o seu cúmplice e ele manter a versão, o senhor fica livre e ele apanha 5 anos de cadeia. Se acontecer o oposto é o senhor que apanha 5 anos e ele fica livre. Se ambos se denunciarem mutuamente, cada um apanha 3 anos. Se ambos mantiverem a versão, não temos modo de provar nada sobre a droga, cada um apanha um ano de cadeia por roubar o carro” (BUESCU, 2002, p. 33). O dilema dos prisioneiros consiste em um problema que impõe uma decisão difícil ao final. O dilema não tem uma única solução, tampouco respostas

Consumidores normalmente agem pelo preço e fornecedores pela redução de custos. Com isso, tanto o fornecedor como o consumidor podem ser substituídos por outros agentes a qualquer momento. Num mercado competitivo, arremata Ronaldo Fiani¹⁰⁰², a identidade das partes, ou seja, de quem está comprando ou vendendo, torna-se irrelevante para a transação. Diante disso, os fornecedores sempre irão buscar e angariar novos e diferentes clientes consumidores e estes poderão, a qualquer instante, optar indiferentemente por outros fornecedores, seja por uma questão de preferência, preço ou gosto.

Com base na teoria dos jogos, o que se vê predominantemente no mercado de consumo são dilemas de jogada única (dilema do prisioneiro), nada condizente com a cooperação mútua. Como já se disse na seção anterior, para a cooperação evoluir é preciso que haja viabilidade inicial, estabilidade e robustez, nem sempre constatados nas relações individuais de consumo. É preciso ressaltar, contudo, que a interação que se observa numa relação individual de consumo – um consumidor e um fornecedor – pode ser diferente da interação verificada numa relação coletiva – uma entidade de consumidores e uma associação de fornecedores –, principalmente levando-se em consideração a configuração e o formato das duas relações. Essa distinção entre as relações, sem dúvida, faz toda a diferença para que a cooperação possa evoluir nas convenções coletivas de consumo.

Essa percepção também encontra justificativa na abordagem da NEI. Douglass Cecil North¹⁰⁰³ afirma que a indústria em grande escala – o que se inclui também o mercado de consumo – é um mundo baseado em trocas impessoais, isto é, entre indivíduos anônimos. Para o autor, “a essência da troca impessoal é a antítese da condição para a cooperação no âmbito da teoria dos jogos”¹⁰⁰⁴. Ou seja, nas trocas impessoais e não repetitivas, a incerteza sobre o resultado se intensifica¹⁰⁰⁵, não havendo viabilidade para a cooperação mútua e conseqüentemente para o desenvolvimento da confiança, lealdade e fidelidade. Em um mundo de trocas impessoais, prossegue o autor, transaciona-se com múltiplos indivíduos e se consegue

precisas, mas desafia o raciocínio numa equação difícil de múltiplas escolhas. Partindo do pressuposto que os jogadores não estão em comunicação e que ambos deverão adotar um comportamento racional (auto-interesse), a decisão estratégica que deverão tomar é pela não cooperação, sendo esta a estratégia dominante. Trata-se, portanto, de um jogo não-cooperativo. O comportamento de um dos envolvidos acaba influenciando o do outro e, por simetria, os dois acabam não cooperando e obtêm um ganho conjunto que é o menor de todos na tabela de recompensa. Esse jogo, no entanto, pode sofrer variação se se permitir que, em um dado momento, os jogadores (prisioneiros) possam se comunicar. O que se descobre, nesse caso, é o aumento do grau de confiança. O que se pretende demonstrar, por meio do dilema dos prisioneiros, é que a estratégia da cooperação nem sempre é adotada, porque as pessoas agem por auto-interesse. Ou seja, o dilema dos prisioneiros demonstra que nem sempre a estratégia dominante leva à melhor situação final (PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 172-6).

¹⁰⁰² FIANI, 2011, p. 100-1.

¹⁰⁰³ NORTH, 2018, p. 29.

¹⁰⁰⁴ NORTH, loc. cit.

¹⁰⁰⁵ Ibid., p. 46.

obter pouquíssimas informações sobre eles; as informações são insuficientes e variam de uma parte para outra; a troca, muitas vezes, é única e definitiva; e, as soluções cooperativas, conseqüentemente, não são suficientes para resolver os problemas¹⁰⁰⁶. Enfim, nas trocas impessoais, no contexto pautado pela maximização da riqueza – mercado –, em que os custos de transação são altos e não há imposição de cumprimento, as trapaças e os oportunismos são sempre frequentes¹⁰⁰⁷. Em cenário assim, arremata Ronaldo Fiani¹⁰⁰⁸, vale a pena não cooperar.

Explicando Douglass Cecil North, Ronaldo Fiani¹⁰⁰⁹ afirma que é preciso reconhecer que os custos de transação podem ser reduzidos pelo que se chamou de troca pessoal, haja vista que os vínculos entre os agentes possuem natureza particularizada tal como supõem os modelos de jogos aplicados ao estudo da cooperação (jogos com dois jogadores), havendo a tendência, nesses casos, de que a cooperação seja retribuída. Ocorre que, transformar relações individuais de consumo – trocas impessoais – em trocas pessoais é uma tarefa muito difícil, o que tornaria inviável a aplicação da ferramenta da cooperação nas relações de consumo. Todavia, se as relações individuais de consumo encontram dificuldades de cooperação, a relação coletiva de consumo, por intermédio da CCC, pode tornar uma troca pessoal entre um consumidor e um fornecedor em uma troca pessoal entre a entidade de consumidores e a associação de fornecedores, viabilizando a cooperação. A CCC possibilitaria, assim, a superação desse obstáculo, na medida em que permitiria o vínculo repetido e de longa duração entre esses grupos e isso se estenderia aos demais agentes individuais envolvidos.

Em resumo, tem-se que, embora as trocas no mercado de consumo sejam predominantemente impessoais, a interação por meio da CCC pode ser pessoal, considerando a existência de apenas uma entidade em cada polo da relação, representando, cada uma, a coletividade de consumidores e fornecedores.

A CCC, uma vez firmada, é um acordo que se estende no tempo. Sua própria natureza, portanto, requer a cooperação mútua entre os sujeitos coletivos. Em estudo sobre os contratos de longo prazo, Giuliana Bonanno Schunck¹⁰¹⁰ leciona que a cooperação tem papel de maior destaque nessas operações devido às características inerentes a esse tipo de contratação, como

¹⁰⁰⁶ NORTH, 2018, p. 104.

¹⁰⁰⁷ Ibid., p. 101.

¹⁰⁰⁸ FIANI, 2011, p. 147.

¹⁰⁰⁹ NORTH, Douglass Cecil. **Understanding the process of economic change**. Londres: Institute of Economic Affairs, 1999, p. 21 *apud* FIANI, loc. cit.

¹⁰¹⁰ SCHUNCK, 2016, p. 77.

incompletude contratual¹⁰¹¹, dinâmica da relação e forte e contínua interação das partes¹⁰¹². Em contratos de longo prazo, continua a autora, as partes possuem maior interesse e necessidade de cooperar entre si para a boa e mais eficiente execução do contrato¹⁰¹³. A CCC, desta forma, como um acordo dessa natureza, pode permitir estabelecer esse jogo iterado, na medida em que as decisões tomadas pelos representantes coletivos – grupo de fornecedores e consumidores – permitem a continuidade das interações, de modo que as decisões daqueles sujeitos coletivos representarão a vontade da parcela significativa de consumidores e fornecedores. Assim, embora as relações individualizadas sejam únicas e passageiras, a relação coletiva tende a permanecer, vindo a se constituir como um feixe de vários comportamentos semelhantes.

Desta forma, se numa relação individual de consumo não há qualquer garantia de que consumidor e fornecedor repitam as interações, certamente numa relação coletiva de consumo essa garantia é maior pela necessidade de direcionamento das relações de consumo. Embora estas relações sejam marcadas por jogos de uma rodada apenas, em que a importância do futuro tem pouco valor ao consumidor e ao fornecedor individualmente considerado, a CCC pode ser o mecanismo a permitir a instauração de um jogo sequencial e iterado. A CCC, por essa razão, poderia resolver o problema da impessoalidade das relações individuais de consumo, pois passaria a proporcionar trocas (interações) pessoais entre as associações e demais entidades coletivas legitimadas no art. 107 do CDC.

A primeira recomendação para promover a cooperação, portanto, é aumentar a importância do futuro em relação ao presente. A cooperação mútua, desta maneira, é uma função do tempo: quando o futuro passa a ter grande importância para os envolvidos, a cooperação com base na reciprocidade adquire estabilidade e robustez como estratégia¹⁰¹⁴. Para que essa recomendação possa ter eficácia, afirma Robert Axelrod¹⁰¹⁵, é necessário que as interações sejam continuadas e frequentes. Enquanto a interação não for contínua e frequente é muito difícil conseguir a cooperação¹⁰¹⁶. Assim, uma maneira importante para promover a cooperação é fazer com que os mesmos indivíduos voltem a se encontrar, sejam capazes de se reconhecer, e de se lembrar qual foi o comportamento do outro até o momento. Essa interação

¹⁰¹¹ Conforme a própria autora, nos contratos de longo prazo a sua incompletude é natural, havendo a necessidade de as partes realizarem ajustes para manter o relacionamento e evitar desgastes e tensões para discussão de condições que precisam ser readequadas (SCHUNCK, 2016, p. 86).

¹⁰¹² Ainda conforme a autora, a contínua interação das partes nos contratos de longo prazo é necessária para que o programa contratual seja cumprido de forma ótima, evitando ou diminuindo custos de transação (SCHUNCK, loc. cit.).

¹⁰¹³ Ibid., p. 81.

¹⁰¹⁴ AXELROD, 2010, p. 120.

¹⁰¹⁵ Ibid., p. 121.

¹⁰¹⁶ Ibid., p. 118.

contínua e frequente é o que torna possível a estabilidade e a robustez da cooperação baseada na reciprocidade¹⁰¹⁷.

Assim sendo, os jogos de várias rodadas possibilitam a aplicação de uma sanção para quem desviar do acordo, quer por conta das regras do jogo (cláusulas penais pecuniárias), quer por conta de retaliação do jogador que foi traído¹⁰¹⁸ (sanções disciplinares, como advertência privada, advertência pública, multa, suspensão de adesão ou cancelamento de adesão). As sanções e / ou retaliações oriundas do desvio de comportamento, no entanto, serão estudadas na seção seguinte, ao se investigar a segunda recomendação proposta por Robert Axelrod para a evolução da cooperação, ou seja, a alteração das recompensas.

Ao focar na importância do futuro em relação ao presente, a cooperação mútua passa a estar também em consonância com a NEI, outra abordagem juseconômica adotada nesta tese. Como já se expôs na seção antecedente (n. 4), o elemento tempo é representativo da evolução. Consoante explanação de Herton Castiglioni Lopes¹⁰¹⁹, as instituições – a cooperação é uma – permitem analisar como acontece a mudança institucional, o avanço da humanidade e as trajetórias de desenvolvimento que se estabelecem nas diferentes sociedades. Do elemento tempo, extraem-se pressupostos como o processo de aprendizagem e os modelos mentais, as crenças ou modelos mentais compartilhados e o desempenho econômico, os quais são resultantes das experiências acumuladas e transmitidas ao longo do tempo.

Da mesma forma como as instituições no contexto da NEI, a cooperação também evolui, estando, por isso, a depender do tempo¹⁰²⁰. Robert Axelrod¹⁰²¹ constata que quanto mais as estratégias são bem-sucedidas, maior é a probabilidade de serem aplicadas em uma nova rodada, e quanto menor seu sucesso, menor será essa probabilidade. O número de imitação ou repetição de uma determinada estratégia, desse modo, será proporcional à sua pontuação na competição, ou seja, à sua recompensa entre os jogadores¹⁰²².

Essa constatação talvez explique o insucesso das convenções coletivas de consumo a partir do que se institucionalizou sobre as convenções coletivas de trabalho. Como já se teve oportunidade de estudar na seção 2, esses instrumentos convencionais laborais decorriam de

¹⁰¹⁷ AXELROD, 2010, p. 118.

¹⁰¹⁸ PORTO, GAROUPA, 2020, p. 128.

¹⁰¹⁹ LOPES, 2013, p. 622-3.

¹⁰²⁰ AXELROD, op. cit., p. 19.

¹⁰²¹ Ibid., p. 47.

¹⁰²² AXELROD, loc. cit.

imposição constitucional¹⁰²³ e legal¹⁰²⁴, exigindo, assim, a cooperação incondicional dos empregadores. Como poderá ser investigado na próxima seção, a cooperação incondicional acarreta relações de exploração, não havendo interesse na sua continuidade. Diante da aparente identidade dos instrumentos convencionais – CCT e CCC –, acredita-se que a cooperação incondicional, como estratégia mal-sucedida, dentro do processo de aprendizagem, acabou por não ser reproduzida entre consumidores e fornecedores.

5.3.2 Proporcionar melhores recompensas para estimular os ganhos conjuntos aos agentes envolvidos

Nobert Reich¹⁰²⁵ revela-se cético quanto ao êxito de uma regulação privada ou autorregulação. Na percepção do autor, “as dificuldades podem não estar limitadas a questões de ordem técnica, mas relacionadas à questão sobre até que ponto grupos sociais estão dispostos a se engajar em processos de barganha que não sejam apenas mera formalidade”¹⁰²⁶ (a falta de estímulos) e, em que medida tais grupos estarão dispostos a aceitar os padrões de comportamento definidos como resultados da negociação coletiva, que condicionarão situações futuras (a falta de confiança). Desta maneira, conclui o autor, o clima de desregulação, no contexto atual, pode sugerir que a regulação negociada não trará nenhuma consequência significativa para o jogo regulatório¹⁰²⁷.

Dorothee Suzanne Rüdiger¹⁰²⁸, por sua vez, também reconhece a dificuldade na elaboração das convenções coletivas de consumo e reputa tal fato ao desinteresse por desconhecimento dos agentes econômicos, revelando as objeções enfrentadas pelos grupos, as quais se passa a expor brevemente.

Segundo a autora, os fornecedores são hostis aos acordos coletivos porque eles não têm interesse em substituir suas decisões unilaterais por acordos bilaterais, isto é, abrir mão da sua autonomia de vontade para se aventurar em negociações coletivas sem obter algo em troca (ausência de reciprocidade)¹⁰²⁹. Quando se tem a percepção de que a CCC cria vantagens apenas para os consumidores – à semelhança do que ocorre com a CCT para os empregados –, finaliza

¹⁰²³ Art. 7º e seguintes da CRFB.

¹⁰²⁴ Arts. 616 (princípio do dever negocial); 613, VIII (penalidades por descumprimentos da norma convencional); e 614 (registro no Ministério do Trabalho e Emprego), todos da CLT.

¹⁰²⁵ REICH, 2017, p. 47.

¹⁰²⁶ REICH, loc. cit.

¹⁰²⁷ REICH, loc. cit.

¹⁰²⁸ RÜDIGER, 1999, p. 138-9.

¹⁰²⁹ Ibid., p. 138.

a autora, evidentemente, os fornecedores não terão interesse em participar deste instrumento negocial¹⁰³⁰.

Sobre isso, Marcelo de Oliveira Milagres e Viviane Cabral Giordano Garios¹⁰³¹ propõem instigante problema: por que um fornecedor incentivaria sua participação em uma negociação coletiva em que poderiam ser estabelecidas mais obrigações do que aquelas que a Lei exige para o contrato de adesão? Os mesmos autores respondem dizendo que “a possibilidade de estipulação unilateral das cláusulas nos contratos de adesão é muito mais sedutora às partes economicamente mais fortes na relação jurídica”¹⁰³². Em outras palavras, se as partes podem estipular contratos de adesão, certamente, não se envidarão em convenções coletivas de consumo. Ainda, se a relação pode ser estabelecida unilateralmente não haverá interesse na negociação e celebração coletiva. Por tais razões, diante da opção entre elaborar instrumentos formalmente unilaterais¹⁰³³ (contratos de adesão) ou instrumentos bilaterais (convenções coletivas) que resultam em imposições de obrigações, os fornecedores preferirão a primeira hipótese.

Pelo lado dos consumidores, igualmente, não se vislumbra interesse pela negociação coletiva. Dorothee Susanne Rüdiger reputa esse desestímulo a dois motivos: a) primeiro, a falta de infraestrutura das associações de consumidores para atuarem num domínio tão vasto como a disposição de cláusulas contratuais gerais¹⁰³⁴; e, b) segundo, as associações de consumidores consideram as regras legais a respeito dos contratos de adesão satisfatórias e se sentem suficientemente representadas pelos órgãos públicos (forte interferência estatal)¹⁰³⁵. Com isso, explica a autora, os consumidores preferem atuar em negociações trilaterais de fiscalização das cláusulas abusivas, concentrando, em contrapartida, suas ações na questão do preço e na qualidade dos produtos e serviços¹⁰³⁶.

Esta seção, por conseguinte, pretende demonstrar que as objeções apontadas pelos autores podem ser superadas, havendo fundamentos na teoria da cooperação de Robert Axelrod, para que padrões de comportamento sejam alterados por meio de regulações privadas e

¹⁰³⁰ RÜDIGER, 1999, p. 138.

¹⁰³¹ MILAGRES, GARIOS, 2019, p. 207.

¹⁰³² MILAGRES, GARIOS, loc. cit.

¹⁰³³ Ao se referir a expressão unilateral não se quer dizer que o ato jurídico seja unilateral. A expressão unilateral se refere à uniformidade de cláusulas contratuais estabelecidas unilateralmente por uma das partes contratantes, no caso, o fornecedor, característica das práticas de contratação em massa. Nesse tipo de contratação, resta ao aderente apenas duas opções: contratar ou não. Essa padronização pode deixar de atender às preferências de alguns consumidores, acarretando a exploração contratual (ZANITELLI, 2010, p. 164).

¹⁰³⁴ RÜDIGER, op. cit., p. 139.

¹⁰³⁵ RÜDIGER, loc. cit.

¹⁰³⁶ RÜDIGER, loc. cit.

negociadas, mormente quando resultarem em recompensas vantajosas aos agentes envolvidos¹⁰³⁷. Almeja-se com isso comprovar que mudanças institucionais¹⁰³⁸ podem ser de fato promovidas no contexto dos grupos ou até mesmo da sociedade.

As constatações apresentadas pelos autores – falta de estímulo e de confiança – podem ser justificadas pelo contexto gerado pelas políticas públicas de defesa do consumidor implantadas no Brasil. De forma breve, é importante compreender tais constatações para, em seguida, apresentar a proposta para fomentar a cooperação mútua entre consumidores e fornecedores e, conseqüentemente, promover arranjos institucionais eficientes e funcionais.

Sobre a primeira constatação – a falta de estímulos –, em que pese a expressa disposição do art. 107 do CDC, é conveniente ressaltar que consumidores e fornecedores jamais foram incentivados ou estimulados a interagirem entre si. A política de incisiva ação governamental nas relações e no mercado de consumo, reproduzida no inciso II do art. 4º do CDC¹⁰³⁹, aliada à amplitude de competência legislativa em matéria de consumo estabelecida pela CRFB¹⁰⁴⁰, não possibilitaram espaços à participação privada na direção das questões consumeristas, sendo inexistente a regulação por meio de convenções coletivas de consumo. Desta maneira, desde 1988, com o advento da CRFB, a interação entre consumidores e fornecedores sempre se deu por intermédio de uma autoridade central (intervenção estatal). Os agentes de consumo não puderam, assim, experimentar a estratégia da cooperação mútua e espontânea para tentar a maximização dos seus interesses particulares.

Com o passar do tempo, em virtude do enviesamento social da defesa do consumidor, a interação entre os agentes por meio de uma autoridade central (intervenção do Estado) acabou por impor a cooperação incondicional aos fornecedores. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vivian Amaro Czelusniak¹⁰⁴¹ explicam que a cooperação incondicional ocorre quando um jogador

¹⁰³⁷ A elevada recompensa é um pressuposto da estabilidade da estratégia. Conforme ensina Robert Axelrod, a estratégia da reciprocidade é coletivamente estável se, e somente se, a recompensa for elevada (AXELROD, 2010, p. 56).

¹⁰³⁸ Como já se teve oportunidade de estudar, a mudança institucional pode se suceder em velocidades e direções distintas. A velocidade é uma função da taxa de aprendizado, ao passo que a direção é uma função das recompensas esperadas para a aquisição de diferentes tipos de conhecimento (NORTH, 2010, p. 19).

¹⁰³⁹ Por meio dessa política priorizou-se não apenas a intensa regulação por parte do Poder Legislativo (art. 4º, II, “a”), mas também a presença da Administração Pública no mercado de consumo, por meio da criação de agências reguladoras (art. 4º, II, “c”) e a fiscalização das relações de consumo, por meio da criação de órgãos públicos de normalização e qualidade (art. 4º, II, “d”).

¹⁰⁴⁰ A CRFB permitiu que os três níveis estatais de governo, da União aos Estados e Distrito Federal (art. 24, V e VIII da CRFB e art. 55 do CDC) e até os Municípios (art. 30, I e II da CRFB), possam elaborar normas de defesa do consumidor.

¹⁰⁴¹ RIBEIRO, CZELUSNIAK, 2013, p. 28.

coopera mesmo que o outro o explore¹⁰⁴². Com base em Robert Axelrod¹⁰⁴³, a cooperação incondicional causa problemas que são corriqueiramente averiguáveis nas relações e no mercado de consumo, como: a) incentiva um jogador a explorar o outro; b) prejudica o parceiro e outros inocentes com quem o explorador bem-sucedido irá interagir no futuro; e, c) afaga o outro jogador, deixando um fardo sobre o restante da comunidade para corrigi-lo. A demonstração de Robert Axelrod é bastante precisa e comprova que particularmente em relação ao mercado de consumo e suas interações, a cooperação mútua e espontânea é melhor¹⁰⁴⁴ e mais eficiente que a cooperação incondicional.

De fato, as políticas intervencionistas de defesa do consumidor com a presença do Estado a todo momento nas relações e no mercado de consumo, criaram uma estrutura de incentivos que levou fornecedores à adoção, sem alternativas, da cooperação incondicional. Tomando-se a acepção juseconômica de cooperação, pode-se dizer que apenas os fornecedores cooperaram ao longo dos 30 anos de vigência da Lei n. 8.078/1990. Quando da implantação dessas políticas públicas com a edição do CDC, talvez, essa estratégia tenha funcionado dada a grande disparidade econômica e informacional entre consumidores e fornecedores, mas em um curto espaço de tempo, a cooperação incondicional, em determinados setores e em relação a determinados fornecedores, acabou por acarretar distorções.

É imprescindível que se considere que o nível informacional do consumidor atual, de forma geral, é muito diferente daquele da época da edição do CDC. A disparidade informacional tende a diminuir ainda mais ao longo do tempo, ao se considerar que consumidores de média e alta renda, em tese mais informados, são os que mais adquirem no mercado de consumo, pois além dos bens básicos, são os únicos com acesso aos bens de luxo e supérfluos.

A cooperação incondicional, assim, acarreta recompensas nem sempre desejadas e coincidentes com os interesses dos próprios envolvidos, especialmente dos fornecedores. A consequência disso, como já se expôs na seção 3, é o mal-estar provocado à coletividade de

¹⁰⁴² Num contexto de ampla liberdade e autonomia é difícil observar a adoção da estratégia da cooperação incondicional. Essa estratégia comumente é presenciada quando há forte regulação estatal. O que os governos (Estados) fazem quando querem que os cidadãos cumpram com determinadas regras é alterar o valor das recompensas, tornando-as mais severas. Por exemplo, o cidadão que não paga impostos, será preso. Nesse caso, a escolha pela deserção (ou seja, não pagar imposto) torna-se menos atrativa (AXELROD, 2010, p. 125). Essas estruturas de incentivos, de fato, podem incentivar a cooperação com o cumprimento da norma e o adimplemento dos impostos, mas sem dúvida não de forma espontânea e voluntária.

¹⁰⁴³ Ibid., p. 128.

¹⁰⁴⁴ Daniel Fernando Pastre chegou à mesma conclusão: “a estratégia da reciprocidade é melhor que o sistema de cooperação incondicional, porque promove a fiscalização pela coletividade, fortalecendo o próprio sistema” (PASTRE, 2015, p. 239).

consumidores, principalmente com o aumento dos preços por causa do aumento dos custos¹⁰⁴⁵ em decorrência dos eventuais excessos protecionistas refletidos no preço. Confirma-se, desta forma, a tese de Robert Axelrod, no sentido de que a cooperação incondicional prejudica terceiros inocentes com quem o explorador bem-sucedido interagiu.

Sobre a segunda constatação – a conveniência com a política pública – acima apontada, como já se teve oportunidade de dizer, a conformação política definida para a defesa do consumidor incutiu nos legisladores a mentalidade paternalista de que somente a lei ou a norma reguladora ou regulamentadora é capaz de garantir a devida proteção ao consumidor e assegurar o cumprimento forçado pelos fornecedores. Com isso, os consumidores também foram desestimulados à participação em convenções coletivas de consumo, sobretudo porque não vislumbraram maiores recompensas, além daquelas já garantidas pela autoridade central.

Consumidores e fornecedores, portanto, adotaram como estratégia dominante a deserção mútua (não-cooperação). Essa postura dos consumidores e fornecedores é, perfeitamente, compreensível diante de uma análise juseconômica. Partindo-se da premissa de que ambos, seja individual ou coletivamente, comumente adotarão um comportamento racional (auto-interesse), por óbvio, a decisão que deverão tomar é pela não celebração da CCC¹⁰⁴⁶⁻¹⁰⁴⁷, uma vez que, de acordo com suas racionalidades, ela não lhes proporcionará qualquer recompensa satisfatória.

As poucas convenções coletivas de consumo celebradas até hoje não permitiram concluir sobre o grau de eficiência dessas ferramentas, mas foi possível constatar porque elas não vingaram no ambiente institucional do mercado de consumo, corroborando as razões já expostas acima. Por outro lado, ao perdurar as estratégias de deserção (não-cooperação), as interações consumeristas jamais tenderão à evolução e ao desenvolvimento.

Diante desse cenário, a segunda recomendação proposta por Robert Axelrod para promover a cooperação entre os sujeitos coletivos consiste na alteração das recompensas. Para tanto, não é preciso fazer grandes alterações entre o incentivo de curto prazo para desertar (não cooperar) e o de longo prazo para cooperar. Basta que o incentivo no longo prazo para

¹⁰⁴⁵ Com fundamento em Richard Craswell, a política pró-consumidores, como análise de eficiência, não deverá provocar exatamente consequências nocivas a eles. Em certos casos, a regulação poderá até ser benéfica ou vantajosa a um consumidor individualmente considerado, mas certamente afetará o preço dos produtos e serviços no mercado de consumo, pois os fornecedores acabarão repassando seus custos mais elevados na forma de preços mais altos. Embora essa situação não venha causar prejuízo imediato e integral ao consumidor isolado, indiscutivelmente reduzirá o bem-estar dos demais consumidores a médio e longo prazo, inclusive, aos de baixa renda, pela redução do poder aquisitivo (CRASWELL, 1991, p. 32).

¹⁰⁴⁶ PINHEIRO, SADDI, 2005, p. 173.

¹⁰⁴⁷ MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 58-9.

cooperação mútua seja maior que o incentivo no curto prazo para deserção (não cooperar)¹⁰⁴⁸. Isso significa que, os agentes coletivos precisam vislumbrar recompensas altas para alterarem suas estratégias e passarem a cooperar na elaboração de instrumentos convencionais.

As recompensas proporcionadas pela CCC são várias, podendo privilegiar interesses comuns, como a possibilidade de correção das falhas de coordenação aliada a ausência de mecanismos de cumprimento coercitivo (normas flexíveis), mas assegurando a capacidade de retaliação futura. Da mesma forma, podem privilegiar também interesses puramente particulares, como a promoção da liberdade econômica e da segurança jurídica para os fornecedores e a garantia de maior bem-estar aos consumidores. De forma breve, passa-se a analisar as recompensas propostas.

A primeira vantagem de um instrumento convencional coletivo é a possibilidade dos consumidores e fornecedores coletivamente considerados proporcionarem a correção das falhas de coordenação que ocorrem corriqueiramente nas relações individuais de consumo. Falhas de coordenação nas relações de consumo, parafraseando Ronaldo Fiani¹⁰⁴⁹, ocorre quando os agentes – consumidores e fornecedores – individualmente considerados não são capazes de coordenar ações que resultam de uma situação de equilíbrio ineficiente. Em outras palavras, as falhas de coordenação se verificam quando consumidores e fornecedores adotam as decisões ou estratégias que não são as melhores, havendo reais possibilidades de escolha de outras opções que sejam melhores para ambos. As falhas de coordenação, prossegue o autor, acontecem mesmo quando todos os agentes se encontram plenamente informados de que há um equilíbrio que é preferível em relação àquele em que eles se encontram¹⁰⁵⁰, mas que, diante da ausência de relacionamento, preferem a opção menos eficiente.

A CCC, portanto, pode permitir que consumidores e fornecedores, em situações de falhas de coordenação, atinjam um equilíbrio eficiente, trazendo maiores benefícios para ambos os grupos. Ou seja, amparados por um *decisor*, os grupos podem adotar a estratégia que traga o melhor equilíbrio para ambas as categorias no plano individual. Esse equilíbrio, como diz Ronaldo Fiani¹⁰⁵¹, é um candidato a se tornar uma convenção, na medida em que as expectativas mútuas se confirmem.

A segunda vantagem da CCC consiste nas suas qualidades de norma flexível (*soft law*) e negociada. Essas características refletem positivamente nas relações de consumo de duas

¹⁰⁴⁸ AXELROD, 2010, p. 126.

¹⁰⁴⁹ FIANI, 2011, p. 116.

¹⁰⁵⁰ Ibid., p. 119.

¹⁰⁵¹ Ibid., p. 131.

maneiras: primeiro, pela maior facilidade de seu estabelecimento; e, segundo, pela maior facilidade de sua compreensão e disseminação.

Como se sabe, toda estrutura de governança¹⁰⁵² – e a CCC também é uma – apresenta um custo para ser constituída, ou seja, um custo de estabelecimento¹⁰⁵³. Por óbvio, se os custos de transação e execução para o estabelecimento e a realização de um acordo forem altos, possivelmente os agentes envolvidos não se envidarão na sua negociação. Todavia, diante da natureza flexível e da ausência de mecanismos coercitivos por descumprimentos, violações ou desassociações, a CCC implicaria em baixos custos de transação e execução, conferindo, assim, viabilidade inicial para sua celebração, sem torná-la ineficaz. A eficácia da CCC, como poderá ser visto logo adiante, assenta-se em outra vantagem: a sua capacidade de retaliação futura.

Ao assumir voluntariamente uma norma flexível (*soft*), afirma André Saddy¹⁰⁵⁴, parte-se do pressuposto de que os sujeitos coletivos deverão ter maior conhecimento em relação àquilo que elaboram, aprovam, subscrevem ou aderem. Espera-se, com isso, que os sujeitos coletivos e seus associados, tenham maior compreensão do seu conteúdo, facilitando o seu apoio imediato e a disseminação do consenso.

Por outro lado, as convenções coletivas de consumo podem se afigurar como um canal para a promoção das boas instituições. Como normas flexíveis e negociadas, esses instrumentos convencionais de consumo podem aperfeiçoar as relações de troca e garantir a melhor governança nos mais variados mercados de consumo. Parafraseando Alexandre Santos de Aragão¹⁰⁵⁵, a regulação privada de consumo, ao promover relações de direção, é aparentemente mais bem elaborada e ponderada. As relações de direção, continua o autor, de maneira mais flexível, permitem a adoção de medidas corretivas das disfunções verificadas, eliminando-as não com medidas sancionatórias, mas mediante a adoção de medidas frequentemente informais¹⁰⁵⁶.

A par da ausência de mecanismos coercitivos, o que tornariam as convenções coletivas de consumo eficazes, como normas flexíveis que são, é a capacidade de retaliação mútua dos agentes de consumo. Essa característica consistiria, portanto, na terceira vantagem dos instrumentos convencionais de consumo.

¹⁰⁵² Estrutura de governança é a matriz institucional na qual as transações são negociadas e executadas, isto é, o conjunto de regras que fornecem o arcabouço em que as transações se desenvolvem. As estruturas de governança são constituídas pelo conjunto de elementos que participam da determinação e garantia dos direitos de propriedade. As estruturas de governança economizam em custos de transação (FIANI, 2011, p. 93-4).

¹⁰⁵³ Ibid., 2011, p. 99.

¹⁰⁵⁴ SADDY, 2016, p. 110-1.

¹⁰⁵⁵ ARAGÃO, 2001, p. 65.

¹⁰⁵⁶ ARAGÃO, loc. cit.

Robert Axelrod¹⁰⁵⁷ explica que, a capacidade de retaliação pode conduzir à cooperação mútua, mesmo diante de grande antagonismo entre os jogadores, ou seja, de situações em que não há amizade ou previsão. A isso dá o nome de sistema “viva e deixe viver”. Para tanto, o autor recorre, como metáfora, à guerra nas trincheiras. A guerra nas trincheiras deveria revelar que enfraquecer o inimigo era importante, pois promoveria a sobrevivência no caso de um setor receber ordem para uma batalha maior. Consequentemente, o comportamento dos soldados e dos batalhões deveria ser pela agressão mútua. No entanto, o que se percebeu é que a preferência dos dois rivais foi pela não agressão às hostilidades graves. O motivo para a quietude nos dois lados da linha era que nenhuma das tropas rivais tinha a intenção de avançar em direção ao distrito oposto¹⁰⁵⁸.

Ainda com Robert Axelrod¹⁰⁵⁹, a Primeira Guerra Mundial, num contexto geral, se aproximou de um jogo de soma zero, no qual as perdas de um lado representavam os ganhos para o outro. Contudo, num contexto local, ao longo da linha de frente, a não agressão era preferível à punição mútua (agressão). O que diferenciava a guerra nas trincheiras (contexto local) de outros combates, continua o autor, era que as pequenas unidades se enfrentavam em setores imóveis por longos períodos de tempo. A cooperação nas linhas de trincheira, assim, surgiu a partir da estabilização e da não-ofensiva entre as tropas. Isso ocorria principalmente em ocasiões especiais, como nos horários das refeições, no dia de Natal, nos dias de condições climáticas desfavoráveis etc. Enfim, as semelhanças das atividades e das necessidades básicas dos soldados fizeram com que eles próprios percebessem que o outro lado provavelmente não seguiria uma estratégia de agressão¹⁰⁶⁰.

Para Robert Axelrod¹⁰⁶¹, as estratégias que sustentariam a cooperação mútua eram aquelas que poderiam ser motivadas. Durante os períodos de não agressão, explica o autor, os soldados inimigos se esforçavam para mostrar aos outros que realmente poderiam retaliar caso necessário. Essas demonstrações de capacidade de retaliação ajudaram a policionar o sistema, mostrando que a não agressão não se devia à fraqueza e que a agressão seria autodestrutiva. Quando uma agressão acontecia, muitas vezes a retaliação era mais do que uma estratégia “olho por olho”. Por isso, havia um processo inerente de arrefecimento para impedir que essas retaliações criassem uma repercussão descontrolada de agressões mútuas. O lado que provocava a ação recebia uma resposta intensificada e não tentava redobrá-la ou triplicá-la.

¹⁰⁵⁷ AXELROD, 2010, p. 70.

¹⁰⁵⁸ Ibid., p. 71-2.

¹⁰⁵⁹ Ibid., p. 72-4.

¹⁰⁶⁰ AXELROD, loc. cit.

¹⁰⁶¹ Ibid., p. 75.

Uma vez que a intensificação não fosse impulsionada ainda mais, provavelmente tenderia a desaparecer¹⁰⁶².

Os soldados, desta maneira, passaram a compreender as consequências indiretas de seus atos¹⁰⁶³. A isso, Robert Axelrod deu o nome de princípio do eco: “causar desconforto aos outros é uma forma indireta de causá-lo a si mesmo”¹⁰⁶⁴. A cooperação recíproca para não agressão, enfim, mudou a natureza das interações e fazia com que os dois rivais se preocupassem com o bem-estar do outro¹⁰⁶⁵.

A metáfora de Robert Axelrod demonstra que a cooperação espontânea e mútua pode surgir mesmo entre agentes sem afinidades. Se assim é, a CCC pode, realmente, vencer a partir do momento em que cada uma das categorias representadas toma a iniciativa de cooperar. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vivian Amaro Czelusniak, ao interpretar Robert Axelrod, atestam que “os jogadores podem usar cada um uma ameaça implícita de represálias contra o outro e a interação irá durar o tempo suficiente para tornar a ameaça efetiva”¹⁰⁶⁶. Significa dizer que, a partir do momento em que os grupos deixarem de cooperar mutuamente, retaliações podem funcionar. Diante de uma situação de não-cooperação, por exemplo, tanto os grupos de consumidores como os de fornecedores podem retaliar uns aos outros. Os fornecedores pelo aumento dos preços dos produtos e serviços e os consumidores pelo boicote, ameaça à reputação e pela troca do parceiro.

Apenas a título de informação, é importante destacar que a percepção que se tinha de que os consumidores não são capazes de aplicar quaisquer retaliações aos fornecedores, dada a disparidade de forças, não mais subsiste. A ameaça de retaliação dos consumidores modernos pode ser feita por meio do uso das tecnologias e das plataformas virtuais de avaliação e seleção de fornecedores. Essas novas tecnologias, ao revelar o comportamento dos fornecedores e sua adesão às boas práticas, indiscutivelmente, facilitam a tomada de decisões por parte dos consumidores. O recurso a essas ferramentas tecnológicas poderiam, por conseguinte, ser utilizadas na verificação da adesão dos fornecedores às convenções coletivas de consumo, atraindo, assim, a fidelização da clientela.

A quarta e quinta vantagens se referem a interesses particulares de consumidores e fornecedores. Para os fornecedores, a grande vantagem com o uso das convenções coletivas de consumo é o reconhecimento da liberdade econômica e da consequente revisão do grau de

¹⁰⁶² AXELROD, 2010, p. 75.

¹⁰⁶³ Ibid, p. 79.

¹⁰⁶⁴ AXELROD, loc. cit.

¹⁰⁶⁵ Ibid., p. 80.

¹⁰⁶⁶ RIBEIRO, CZELUSNIAK, 2013, p. 28.

intervenção do Estado nas relações e no mercado de consumo. Envolve, outrossim, a afirmação da liberdade de iniciativa e de atuação dos fornecedores, proporcionando o desenvolvimento das práticas comerciais, das tecnologias e dos formatos de negócio que sejam mais eficientes à geração de riquezas.

Ao conferir liberdade de autorregulação, a entabulação da CCC possibilita a criação, pelos agentes de mercado, de uma ordem espontânea. A ordem espontânea, conforme ensina Ronaldo Fiani¹⁰⁶⁷, decorre de regras que nunca foram sancionadas por uma autoridade política, mas que ordenam a vida social. Para o autor, a ordem espontânea, como um conjunto de regras informais que regula a vida econômica¹⁰⁶⁸, coincide e corresponde às instituições informais da abordagem de Douglass Cecil North¹⁰⁶⁹. Aliás, a maioria das estruturas de governança são compostas por restrições informais¹⁰⁷⁰, inclusive, a CCC¹⁰⁷¹.

Parafraseando Amanda Flávio de Oliveira¹⁰⁷², a CCC, como regulação privada, possibilita esclarecer o que pode ser praticado e o que deve ser evitado a título de conduta, sendo a garantia dessa segurança um valor de primeira importância na sindicabilidade das condutas empresariais. Por decorrer de uma autorregulação entre particulares, chancelada pelo Estado, a CCC albergaria o princípio da *não surpresa*. A ideia da relativização da interferência dos poderes públicos nos contratos e negócios aparece em várias das novas normas disciplinadoras do exercício da liberdade de iniciativa constantes da Lei de Liberdade Econômica (LLE ou Lei n. 13.874/2019)¹⁰⁷³⁻¹⁰⁷⁴.

Para os consumidores, a orientação de uma CCC deve lhes trazer maior bem-estar, afetando diretamente as informações, a qualidade dos produtos e serviços e os preços. Em primeiro lugar, o instrumento convencional deverá reduzir a assimetria informacional do consumidor. Nesse sentido, Marcelo de Oliveira Milagres e Viviane Cabral Giordano Garios¹⁰⁷⁵ ensinam que, o protagonismo da categoria (de consumidores) na condução de seus próprios interesses e conflitos se apresenta como uma forma de redução da vulnerabilidade.

¹⁰⁶⁷ FIANI, 2011, p. 107.

¹⁰⁶⁸ Ibid., p. 108.

¹⁰⁶⁹ Ibid., p. 110.

¹⁰⁷⁰ FIANI, loc. cit.

¹⁰⁷¹ Conferir a seção 4.3.1 Convenção Coletiva de Consumo, *soft law* e instituições.

¹⁰⁷² OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Multar ou firmar acordo? O que é melhor para a sociedade? **O consumerista**, 2019. Disponível em: <https://www.oconsumerista.com.br/2019/12/multar-acordo-melhor-sociedade/>. Acesso em: 11/10/2020.

¹⁰⁷³ Ibid.

¹⁰⁷⁴ Conforme a Lei da Liberdade Econômica, o dirigismo contratual deve ser a exceção (princípio da intervenção mínima do Estado), cabendo às partes a melhor resolução dos seus conflitos (MILAGRES, GARIOS, 2019, p. 205).

¹⁰⁷⁵ Ibid., p. 206.

Diferentemente dos contratos de adesão, em que os consumidores aderem a cláusulas que são despersonalizadas, na CCC, as cláusulas negociadas poderão respaldar, com maior precisão, os interesses e preferências dos consumidores¹⁰⁷⁶. Em segundo lugar, uma vez que parte das condutas empresariais estejam direcionadas pela CCC, ela servirá como uma forma de regular, abstrata e preventivamente, as relações futuras¹⁰⁷⁷⁻¹⁰⁷⁸. Consumidores, deste modo, poderão se envolver na construção de padrões de comportamento desejáveis para o aprimoramento das relações de consumo¹⁰⁷⁹, melhorando a qualidade dos produtos e serviços. Em terceiro lugar, como consequência dos mencionados fatores, a CCC, ao gerar transparência e segurança, servirá para redução dos custos de transação, contribuindo para a garantia da estabilidade dos preços. Com isso, a disciplina convencional tende a estimular o consumo, cumprindo, assim, a disciplina da proteção ao consumidor que é o de promover o consumo, jamais restringi-lo.

5.3.3 Ensinar os valores e práticas que irão promover o comportamento cooperativo dos agentes envolvidos

Em que pese as relações consumeristas individualizadas acontecerem incessantemente todos os dias, a interação mútua e espontânea entre consumidores e fornecedores, seja individualmente ou como categorias, ainda não se verificou de forma importante, notadamente diante dos motivos mencionados na seção anterior. A falta de incentivos aos fornecedores e o comodismo dos consumidores dificultaram e ainda dificultam o exercício da autonomia da vontade coletiva para a celebração de convenções coletivas de consumo.

Como destacam Ejan Mackaay e Stephanie Rousseau¹⁰⁸⁰, a comunicação entre jogadores tende a aumentar a incidência de comportamentos cooperativos. Por outro lado, quando os agentes são colocados para interagir, outro elemento importante que exsurge das instituições e que merece ser ressaltado é o aprendizado. Os agentes precisam adquirir aprendizado para todas as áreas, inclusive a cooperação pela reciprocidade. Isso demonstra porque alguns países, sociedades, grupos e indivíduos não desenvolveram certas habilidades ao longo do tempo. O desconhecimento em relação à cooperação mútua não permite que os agentes coordenem eficientemente as suas relações e, conseqüentemente, atinjam o desenvolvimento esperado.

¹⁰⁷⁶ MILAGRES, GARIOS, 2019, p. 203.

¹⁰⁷⁷ Ibid., p. 206.

¹⁰⁷⁸ MACIEL JÚNIOR, 1996, p. 156.

¹⁰⁷⁹ MILAGRES, GARIOS, op. cit., p. 204.

¹⁰⁸⁰ MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 59.

Para retratar a importância do aprendizado da cooperação mútua e da necessidade de coordenação, Ronaldo Fiani¹⁰⁸¹, com base no jogo da semeadura apresentado por Samuel Bowles, relata o problema dos agricultores de Palanpur, na região de Gujar, no noroeste da Índia. Em visita à vila, o autor observou a atividade dos agricultores e percebeu que a semeadura acontecia várias semanas depois do momento adequado para obter o máximo das colheitas. Não obstante, o autor constatou que, mesmo os agricultores tendo consciência de que seria mais produtivo se a semeadura acontecesse mais cedo, ninguém se arriscava a semear antes dos outros, pois suas sementes poderiam ser rapidamente devoradas pelos pássaros. Por óbvio, a solução mais conveniente seria que todos os agricultores semeassem mais cedo ao mesmo tempo, pois assim, os danos causados pelos pássaros se distribuiriam entre todos e seriam pouco significativos para cada um. O autor, então, questionou a um dos trabalhadores se um grande grupo de agricultores, alguma vez, já tinha combinado de plantar ao mesmo tempo, para minimizar as perdas. O agricultor, de pronto, respondeu: “se nós soubéssemos como fazer isso, nós não seríamos pobres”.

Como se observa, os agricultores tinham à sua disposição duas possibilidades de estratégias: a primeira, a combinação de estratégias em que todos semeiam cedo; e, a segunda, a combinação de estratégias em que todos semeiam tarde. Sob uma análise juseconômica (equilíbrio de Nash¹⁰⁸²), ambas as estratégias estão em equilíbrio¹⁰⁸³. Uma situação de equilíbrio, explica Ronaldo Fiani¹⁰⁸⁴, ocorre quando os resultados do jogo são obtidos nas situações em que cada jogador toma a melhor decisão, diante do que o outro jogador estiver fazendo, e isso se estende a todos os demais ao mesmo tempo. Entretanto, mesmo estando em equilíbrio, é de fácil inferência verificar que uma das estratégias é preferível em relação a outra. No caso, o resultado em que todos os agricultores semeiam cedo é preferível a qualquer outro.

¹⁰⁸¹ BOWLES, Samuel. **Microeconomics: behavior, institutions and evolution**. Nova York: Russel Sage, 2004, p. 23-4 *apud* FIANI, 2011, p. 119-20.

¹⁰⁸² O equilíbrio de Nash é o terceiro pilar da teoria dos jogos. A presente tese não se aprofundou nesse pilar, motivo pelo qual apenas se esclarece o seu significado. No dilema dos prisioneiros, a estratégia adotada por um dos jogadores é independente da estratégia do outro. O equilíbrio de Nash, por sua vez, sustenta que, “nem sempre em situações de jogos é possível identificar as estratégias dominantes ou dominadas e, conseqüentemente, por vezes não é possível avaliar o melhor curso de ação para determinado jogador sem que seja necessário avaliar as estratégias disponíveis para seu oponente”. Significa dizer que, em algumas ocasiões, os jogadores não terão uma estratégia ótima independentemente das escolhas dos demais. O equilíbrio de Nash, portanto, é a melhor resposta à melhor estratégia do oponente. Enfim, pressupõe o encontro de melhores respostas mútuas. Para identificar a melhor solução a partir do conceito de equilíbrio de Nash, é preciso, primeiramente, identificar qual é a melhor estratégia de seu oponente. A partir disso, o jogador buscará averiguar qual é a sua melhor estratégia, pressupondo que o outro optará por sua melhor estratégia, uma vez que é um agente racional (PORTO, GAROUPA, 2020, p. 124).

¹⁰⁸³ FIANI, op. cit., p. 123.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, p. 122.

O jogo da sementeira de Palanpur, continua Ronaldo Fiani¹⁰⁸⁵, corresponde a um tipo específico de interação: um jogo de interesse comum. A comunidade de interesse ocorre quando um mesmo resultado é preferível para todos os jogadores ao mesmo tempo. Ocorre que, sem o aprendizado necessário, especialmente em uma comunidade pobre, os custos da transação (tempo e dinheiro) para a coordenação simultânea da sementeira eram demasiadamente elevados. Da mesma forma, sem a disposição de instituições que estimulassem a cooperação e a coordenação das atividades, os agricultores dificilmente iriam conseguir alcançar uma solução mais eficiente¹⁰⁸⁶. De toda forma, existe na situação narrada uma possibilidade de cooperação mútua e de evidente coordenação entre os jogadores para um melhor resultado para todos.

Todavia, o problema dos agricultores residia no fato de que não possuíam o aprendizado suficiente para agir em cooperação com os demais agricultores e estabelecer um mecanismo de coordenação da sementeira. A ausência de aprendizado, cooperação mútua e coordenação resultava em permanência da situação de pobreza, que se agravava cada vez mais pelas colheitas escassas. Sem adentrar em outras abordagens juseconômicas como a de equilíbrio e de coordenação, o caso narrado demonstra que os jogadores necessitam ser educados à cooperação mútua. Para tanto, precisam conhecer uns aos outros e saber das estratégias contrapostas para que possam, desta maneira, decidir cooperar ou desertar (não cooperar).

A cooperação mútua, como visto, decorre de um jogo de interação, ou seja, de influência mútua. Ninguém será gentil (cooperativo) por si só. Paula Andrea Forgioni¹⁰⁸⁷ afirma que há uma tendência a responder uma ação positiva com outra ação positiva. Tomando-se por base essa afirmação, tem-se que a cooperação mútua pode proporcionar a mudança institucional no sentido propugnado pela NEI, corroborando, desta maneira, a abordagem feita na seção anterior (n. 4)¹⁰⁸⁸.

Deste modo, a terceira e última recomendação de Robert Axelrod para a evolução da cooperação se traduz em ensinar os agentes envolvidos – entidades de consumidores e associação de fornecedores – a cooperação mútua. Como já se disse na seção 5.1, a cooperação, para além da ideia de solidariedade nas relações de consumo, implica um aprendizado conjunto das contrapartes em busca da coordenação necessária para a maximização dos seus interesses

¹⁰⁸⁵ FIANI, 2011, p. 122.

¹⁰⁸⁶ Ibid., p. 120.

¹⁰⁸⁷ FORGIONI, 2016, p. 103.

¹⁰⁸⁸ Conferir a seção 4.3.5 A mudança institucional na defesa do consumidor.

particulares. Diferentemente do que sustentam os autores consumeristas¹⁰⁸⁹, a cooperação exige o comprometimento bilateral, sendo impossível alcançá-la com a atitude de apenas uma das partes.

Ensinar a cooperação consiste em transmitir aos membros dos grupos de consumidores e de fornecedores a necessidade de ser altruísta e, quando necessário, retaliador. Embora possam parecer características incompatíveis, tais traços são condizentes com a postura de quem adota a cooperação pela reciprocidade. Numa relação coletiva de consumo, adotar uma conduta cooperativa consiste em perceber a realidade de uma forma mais elasticizada e menos individualista, servindo a AED como uma visão consentânea com essa noção. Trata-se, enfim, de notar que o mercado de consumo está repleto de exemplos que envolvem problemas de mão dupla, ou seja, que envolvem a atenção para os dois lados da relação.

Em estudo sobre os mecanismos de tutela coletiva do consumidor, Lais Bergstein¹⁰⁹⁰ parte da premissa de que comumente os fornecedores cometem danos de pequena expressão econômica individual, e que, em contrapartida, resultam em significativos retornos financeiros se somados em todo o mercado de consumo. Para a autora, a alternativa para a ação coletiva não são as milhões de ações individuais, mas sim a ausência de ações para buscar, por exemplo, um proveito econômico de R\$30,00. Assim, o problema consiste no expressivo volume de danos de pequena expressão econômica individual que não são reclamados judicialmente, gerando prejuízos à grande massa de consumidores e, conseqüentemente, lucros aos fornecedores desleais¹⁰⁹¹. Sustenta, ademais, que o tempo do processo tem representado um incentivo à perpetuação do direito violado sem uma resposta adequada ao jurisdicionado, o que impede o alcance da reparação individual de forma suficientemente ampla para gerar mudanças efetivas de comportamento ou implicar em medidas concretas e eficazes de prevenção de danos¹⁰⁹².

Não se discorda da autora, mas é certo também que, por outro lado, políticas públicas, decisões judiciais e condutas individuais de consumidores, ainda que em proporções pequenas, podem provocar prejuízos vultosos aos fornecedores. Conforme ensinam Amanda Flávio de

¹⁰⁸⁹ Dennis Verbicaro aponta como entrave ao uso da convenção de consumo a falta de estímulo ao engajamento político-deliberativo do consumidor. Sustenta, ademais, a necessidade de amadurecimento cívico do consumidor, em contraponto a uma postura individualista que tem primado por recompensas imediatas e limitadas ao seu âmbito doméstico de interesses. Por último, conclui sobre a necessidade de difundir as virtudes de um sentimento gregário a partir da empatia entre consumidores. Os consumidores devem se ver como parte de uma coletividade com interesses e habilidades comuns (VERBICARO, 2017, p. 133).

¹⁰⁹⁰ BERGSTEIN, Lais. Pequenos grandes danos: a relevância da tutela coletiva do consumidor face aos danos de pequena expressão econômica. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 129, mai.-jun./2020, p. 342.

¹⁰⁹¹ Ibid., p. 345.

¹⁰⁹² Ibid., p. 346.

Oliveira e Fernando Boarato Meneguim¹⁰⁹³, isso ocorre porque o ato de consumo individual constitui parte de uma engrenagem complexa, e ações que devam beneficiar o consumidor individualizado, a *microjustiça*, uma vez tornadas universais, por meio de leis ou precedentes judiciais, podem acabar impondo altos riscos ou custos aos fornecedores. Esses benefícios individuais, por sua vez, são aptos a gerar efeitos coletivos ou efeitos de *segunda ordem*, impactando de forma indesejável a *macrojustiça*. Por exemplo, citam as revisões unilaterais dos contratos em tempos de pandemia impostas pelo Poder Público e universalizadas, como o mecanismo criado por uma moratória legalizada e generalizada que gera incentivos aos agentes para buscarem esse benefício, maximizando sua utilidade individual¹⁰⁹⁴.

Dado o seu caráter retributivo, a estratégia da cooperação mútua, uma vez escolhida pelos envolvidos, tende a adquirir estabilidade¹⁰⁹⁵. Ao adquirir estabilidade, a estratégia cooperativa também é uma forma de fiscalizar (autopolicar) as estratégias não-cooperativas, tornando-se incólume a invasão de outras estratégias mutantes (não-cooperativas). Esse mecanismo, possivelmente, é um dos melhores canais para educar consumidores e fornecedores. Nesse sentido, elucida Robert Axelrod¹⁰⁹⁶, uma comunidade que utiliza estratégias baseadas na cooperação pela reciprocidade consegue realmente se policiar. Ao garantir a punição de qualquer indivíduo que tente ser menos cooperativo, a estratégia divergente se torna enfraquecida. Ou seja, a estratégia não-cooperativa (divergente) não irá prosperar e nem será um modelo para que os outros a imitem¹⁰⁹⁷.

Por conseguinte, o autopolicamento confere às pessoas um incentivo extra para ensiná-los aos outros, mesmo aqueles com quem nunca irá interagir. Mais uma vez, recorrendo-se a Robert Axelrod, uma pessoa quer ensinar a cooperação pela reciprocidade àqueles com quem irá interagir para construir um relacionamento recompensador¹⁰⁹⁸. Em consequência disso, a cooperação mútua oferece outra vantagem: a punição dos exploradores. Isso, por último, contribui para diminuição do número de indivíduos não-cooperativos com quem as

¹⁰⁹³ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; MENEGUIN, Fernando Boarato. Moratória e serviços essenciais: medida bem-intencionada com efeitos indesejáveis. **Jota**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/moratoria-e-servicos-essenciais-medida-bem-intencionada-com-efeitos-indesejaveis-16042020>. Acesso em: 11/10/2020.

¹⁰⁹⁴ Ibid.

¹⁰⁹⁵ Uma estratégia é coletivamente estável se nenhuma estratégia conseguir invadi-la. As estratégias coletivamente estáveis são importantes, porque são as únicas que uma população inteira consegue manter em longo prazo, quando encara qualquer possível estratégia mutante. Se todos utilizam uma determinada estratégia e alguma outra estratégia tem um desempenho melhor no ambiente de uma população, conseqüentemente mais cedo ou mais tarde alguém irá encontrar essa estratégia melhor. Somente uma estratégia que não pode ser invadida consegue se manter como a única utilizada por todos (AXELROD, 2010, p. 54-5).

¹⁰⁹⁶ Ibid., p. 130.

¹⁰⁹⁷ AXELROD, loc. cit.

¹⁰⁹⁸ AXELROD, loc. cit.

peessoas terão de lidar no futuro¹⁰⁹⁹.

Como se sustenta nesta tese, o intuito da CCC é servir de instrumento regulatório privado, direcionando as relações de consumo. Ensinar a cooperação mútua entre as partes talvez permita aos consumidores em coletividade perceber situações que não vislumbrariam quando participam individualmente da relação de consumo. Por exemplo, que um aumento de benefícios ou a imposição de obrigações poderá acarretar o aumento dos custos de transação.

A partir das recomendações de Robert Axelrod para a cooperação pela reciprocidade, a última seção sugere alguns conteúdos que podem ser tratados por meio das convenções coletivas de consumo.

5.4 O CONTEÚDO DAS CLÁUSULAS CONVENCIONAIS DE CONSUMO

Diante do que se investigou nesta tese, caminha-se para a reafirmação do valor da liberdade econômica na sociedade de consumo, respeitadas obviamente as limitações que justificam a proteção dos consumidores, as chamadas normas de ordem pública. Nesse sentido, a CCC, como instrumento regulatório privado, deve servir à promoção da liberdade econômica (ordem espontânea), o que reflete em redução dos custos de transação e maior fluidez nas relações de consumo¹¹⁰⁰. Por consequência, proporciona maior geração de riquezas aos fornecedores e bem-estar aos consumidores.

No entanto, normas de ordem pública de proteção ao consumidor, por vezes, têm sido um empecilho ao exercício da liberdade econômica¹¹⁰¹. A caracterização dessas normas como de ordem pública acarreta por engessar demasiadamente as operações verificadas no mercado de consumo, especialmente em desfavor dos fornecedores, coibindo o empreendedorismo, a

¹⁰⁹⁹ AXELROD, 2010, p. 130.

¹¹⁰⁰ A isso se dá o nome de eficiência das trocas econômicas (TIMM, 2008, p. 88).

¹¹⁰¹ Não se cogita, com isso, negar ou relegar a legislação de consumo, notadamente quando estabelece normas de ordem pública. Normas com essa qualidade, como diz Rachel Sztajn, devem ser editadas sempre que o interesse público for superior ao dos agentes econômicos particulares em razão do dano potencial que algumas práticas podem impor à comunidade (SZTAJN, 2010, p. 45). Além disso, normas de ordem pública em matéria de consumo, para além de garantir a segurança ao consumidor, importam, em igual medida, na proteção do próprio mercado e do sistema capitalista (OLIVEIRA, 2016, p. 250). No mesmo sentido, Viviane Saraiva Santos e Bernardo de Souza Mendes atestam que o consumo é o elemento fulcral à manutenção do capitalismo. Diante disso, prosseguem os autores, “quanto mais efervescente, mais fomentado estiver o consumo, quanto maior e mais numerosa for a interação entre os membros integrantes da sociedade a partir do consumo, maior e melhor será a manutenção do capitalismo” (SANTOS, Viviane Saraiva; MENDES, Bernardo de Souza. *Garantia legal e garantia contratual: destaque à livre concorrência do mercado de consumo e o direito precedente do fabricante de promover reparos em caso de vício de qualidade*. In: LAMACHIA, Cláudio; MIRANDA, Marié; MARQUES, Cláudia Lima (organizadores). **Estudo de direito do consumidor**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018, p. 608).

criatividade humana, a tecnologia e inovação, enfim, o desenvolvimento econômico do mercado como um todo¹¹⁰².

Essa qualificação implicará redução da liberdade econômica e resultará, inevitavelmente, no aumento das relações de exploração, a ponto de dificultar o funcionamento do mercado de consumo. Essa situação, por conseguinte, não é a preferível ao mercado de consumo, na medida em que desestimula as transações e, como resultado, o consumo de produtos e serviços. Humberto Theodoro Júnior, nesse sentido, relembra que, não se pode “empregar a tutela do consumidor para anular o princípio da livre-iniciativa, que igualmente é de ordem pública”¹¹⁰³.

Na esteira das constatações científicas obtidas nesta pesquisa, o CDC, ao reconhecer a CCC e prever como princípio a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico (art. 4º, III), por certo, tencionou a permissão também para flexibilizações e desregulação em matéria de consumo. De outro modo, prever a possibilidade de regular as relações de consumo por meio da CCC, sem, no entanto, permitir a liberdade econômica (iniciativa, escolha e concorrência) sobre as práticas comerciais e contratuais é tornar o instrumento convencional de consumo absolutamente sem efeito e utilidade.

Se o próprio CDC permite a re-regulação das relações de consumo por meio da CCC, a flexibilização das práticas comerciais e contratuais e a desregulação são indiscutivelmente inerentes ao sistema econômico de defesa do consumidor. Admitir a flexibilização e a desregulação em matéria de consumo, desta maneira, consiste em consentir com a existência de normas dispositivas na legislação de consumo, ou seja, de normas que podem ser dispostas de maneira diversa e mais eficiente em convenções entre grupos coletivos.

Por todos os motivos já apresentados na seção 3¹¹⁰⁴, acredita-se que a liberdade econômica sempre foi o valor a ser seguido, estando assegurada pela CRFB e ratificada pelo CDC. Entretanto, distorções foram verificadas ao longo da trajetória da defesa do consumidor,

¹¹⁰² Rachel Sztajn explica que, se uma norma positivada engessar a criatividade humana ou, de alguma forma, bloquear inovações, o seu efeito não será desejável. Regras desse tipo impactam sobre o desempenho econômico, normalmente por estar em desconformidade com a respectiva área que se pretende tutelar (SZTAJN, 2017, p. 12).

¹¹⁰³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 29.

¹¹⁰⁴ Conferir as seções 3.2 A finalidade da ordem constitucional econômica para o mercado de consumo: a harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor e a compatibilização da defesa do consumidor com o desenvolvimento econômico pelo livre mercado e 3.3 O objetivo da defesa do consumidor: a correção das falhas de mercado.

como também se comprovou na seção 3¹¹⁰⁵. Nesse contexto, a LLE, editada em 2019, ao regulamentar o art. 174 da CRFB, dentre outras garantias¹¹⁰⁶, reafirmou novamente o livre mercado (liberdade de iniciativa e concorrência), aumentando a concorrência e a competição entre fornecedores¹¹⁰⁷, o que é potencialmente benéfico aos consumidores. A lei, contudo, não promoveu qualquer modificação na área da defesa do consumidor, apenas lhe garantiu a manutenção incólume dos direitos reconhecidos até então, como se observa no seu art. 3º, § 3º, II¹¹⁰⁸. De toda forma, o conteúdo expressivo¹¹⁰⁹ da liberdade econômica, como norma jurídica, é importante, na medida em que o valor por ela expressado representa boa parte das suas consequências e, nesse aspecto, a LLE buscou espriar seus efeitos a todo o sistema econômico, inclusive ao mercado de consumo.

Apenas a título de provocação, a presente tese propõe que se debata algumas matérias que poderiam ser negociadas em convenções coletivas de consumo.

Como subsídio de contexto, o conteúdo das convenções coletivas de consumo poderiam versar sobre: a) a flexibilização das normas sobre práticas comerciais (art. 39 do CDC) e cláusulas contratuais (art. 51 do CDC); b) a melhoria no fornecimento de produtos e na prestação de serviços: incentivos ao empreendedorismo e ao desenvolvimento dos formatos de negócios; c) a maior funcionalidade de certos institutos privados, como a cláusula penal e a garantia legal; e, d) o preenchimento das expressões vagas, levando-se em consideração a maior satisfação do consumidor e o cálculo empresarial.

Os arts. 39 e 51 do CDC enumeram, respectivamente, uma série de práticas comerciais e cláusulas contratuais que são reputadas abusivas e, portanto, sem qualquer eficácia. No entanto, muitas dessas condutas e cláusulas são pertinentes e necessárias à atividade dos

¹¹⁰⁵ Conferir a seção 3.1 O modelo social assumido pelas instituições de defesa do consumidor no Brasil.

¹¹⁰⁶ Conforme Luciana Benetti Timm e Isabela Maiolino, a declaração de direitos de liberdade econômica, além do livre mercado, garantiu ainda o controle regulatório, a exploração direta da atividade pelo Estado e a diminuição da burocracia (TIMM, MAIOLINO, 2020, p. 158).

¹¹⁰⁷ Ao estabelecer garantias à liberdade de iniciativa dos agentes econômicos, a LLE objetiva promover a concorrência e, como consequência, beneficiar os consumidores. Isso porque, as garantias de livre iniciativa proíbem a criação de barreiras artificiais à entrada. O aumento da concorrência, por consequência, gera mais informações, preços menores, incentivo à inovação e maior poder de escolha do consumidor. Em mercados com mais concorrência e com liberdade de contratar, os consumidores contam com diversas opções de produtos e serviços, que, em razão da concorrência, tendem a ser mais bem prestados e a possuir preços mais acessíveis (Ibid., p. 160-1).

¹¹⁰⁸ Art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...); III - definir livremente, em mercados não regulados, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda; (...). § 3º. O disposto no inciso III do caput deste artigo não se aplica: II - à legislação de defesa da concorrência, aos direitos do consumidor e às demais disposições protegidas por lei federal.

¹¹⁰⁹ ZANITELLI, 2010, p. 161.

fornecedores, estando afetas à produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou à prestação de serviços. Por vezes, condutas taxadas como abusivas, em verdade, refletem um formato de negócio que é atrativo aos fornecedores e vantajoso aos consumidores. Assim, impedir ou dificultar que os fornecedores exerçam sua criatividade ou desenvolvam suas inovações é atentar contra a evolução do próprio mercado de consumo. Acredita-se, desta maneira, que a flexibilização de tais normas (arts. 39 e 51 do CDC), por meio da re-regulação pela CCC, poderiam tornar mais eficientes as relações e o mercado de consumo.

Embora não sejam expressamente admitidas, flexibilizações e desregulação ocorrem corriqueiramente no mercado de consumo e, muitas vezes, passam despercebidas ou são toleradas. Um bom exemplo é o que ocorreu recentemente com as diversas legislações emergenciais editadas durante a pandemia da Coronavirus disease 2019 (Covid-19), que tornou sem eficácia temporária diversas regras da defesa do consumidor. Outro exemplo ocorre quando as relativizações beneficiam consumidores. Nesses casos, o Poder Público se omite, tolerando condutas e práticas, mesmo quando elas sejam legalmente proibidas por consideradas abusivas. Essas flexibilizações e tolerâncias, por sua vez, demonstram que as práticas comerciais e cláusulas contratuais taxadas de abusivas não possuem um caráter absoluto e, por isso, podem perfeitamente ser dispostas por instrumentos convencionais coletivos. Passa-se, assim, a breve exposição de alguns exemplos.

Os incisos I e IX do art. 39 do CDC, por exemplo, estabelecem como práticas abusivas o condicionamento de produtos a limites quantitativos e a recusa a venda de produtos e serviços a quem se disponha a adquiri-los, mediante pronto pagamento. Entretanto, os órgãos de fiscalização, mesmo diante dessa prática vedada, jamais se insurgiram contra os fornecedores, quando a limitação quantitativa de aquisição se refere à promoção de produtos. Ainda que se trate de produtos promocionais, a prática está prevista e é repelida pelo CDC, não podendo ser admitida na prática do mercado. Por atentar diretamente contra as normas de defesa do consumidor, acredita-se que a prática deveria ser objeto de desregulação ou mesmo de flexibilização por meio da CCC.

O inciso I do art. 39 do CDC, por conseguinte, contempla outra situação que, desde longa data, já poderia ter sido resolvida por meio da CCC, que é a venda de “produtos em combos” ou “venda casada” de produtos em determinados mercados consumidores, como os cinemas. Para Carlos Ayres Brito¹¹¹⁰, a venda de produtos comes-e-bebes faz parte do formato

¹¹¹⁰ BRITTO, 2018, p. 16.

de negócio e não se configura uma conduta ilícita. Diante disso, o parecerista apresenta uma série de justificativas para embasar tal prática. Em primeiro lugar, assevera que a comercialização de produtos comestíveis é feita no próprio espaço físico circundante de cada sala de projeção e se destina a saciar a sede e a fome, aumentando o ato de concentração no filme. Essa forma de consumo duplo, sendo um principal (exibição de filmes) e outro acessório (produtos comestíveis) visa à otimização da prestação-fim. Em segundo lugar, prossegue, a exibição de um filme depende de um ambiente de quietude, comodidade fisiológica e predisposição psicológica, discricção, salubridade e segurança. O empresário do cinema, ao desenvolver sua atividade, assume pertinentes responsabilidades civis, administrativas e até criminais, pela ordem na própria sala de projeção¹¹¹¹, sendo condizente que ofereça também produtos alimentícios. Em terceiro lugar, arremata dizendo que a venda de produtos na *bombonière*, incorpora uma política própria de “subsídios cruzados” ou “preços estrategicamente compostos”, visando ao lógico barateamento da atividade-fim¹¹¹².

A CCC também poderia ser utilizada para convencionar sobre a forma de cobrança e a cobrança de certas taxas de serviços, sem que tal comportamento se enquadrasse como vantagem manifestamente excessiva por parte do fornecedor (art. 39, V do CDC). Um exemplo seria a cobrança da taxa de serviços em restaurantes, que poderia funcionar da seguinte forma: devida nos restaurantes que trabalham com o formato *à la carte* e proibidas em restaurantes que trabalham no sistema *self service*, levando-se em consideração o trabalho realizado por garçons, ou não. Por certo, não se quer impor uma regra aos restaurantes, mas essa forma de cobrança distinta por estabelecimentos que atuam na mesma atividade profissional seria apenas uma questão que poderia ser discutida em negociação coletiva de consumo.

Outro exemplo diz respeito à cobrança da taxa de conveniência para compra de ingressos para eventos diversos em locais diferentes, como: compras presenciais, compras pela *internet* e compras diretamente com terceiros. Em julgamento perante o STJ, decidiu-se, primeiramente, pela ilegalidade da cobrança da taxa de conveniência na venda de ingressos pela *internet* e, posteriormente, pela sua legalidade¹¹¹³. A questão que se acrescenta nesse caso é que os Tribunais e, possivelmente, os consumidores não tinham conhecimento que a venda de ingressos pela *internet* envolve a participação de terceiros prestadores de serviços (eventualmente *startups*). Esses prestadores exploram um novo espaço das atividades

¹¹¹¹ BRITTO, 2018, p. 17.

¹¹¹² Ibid., p. 18.

¹¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.737.428/RS. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

econômicas, tendo como seu produto a venda *online* de ingressos, atividade esta que se diferencia da produção de eventos¹¹¹⁴. Para Amanda Flávio de Oliveira e Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel¹¹¹⁵, a manutenção da decisão originária traria uma série de consequências drásticas¹¹¹⁶, sendo, portanto, coerente a reforma da decisão. Entretanto, a par desse conflito, é certo que, tivessem os envolvidos – organizadores do evento, prestadores de serviços de venda de ingressos e consumidores – oportunidade para interagirem, possivelmente a solução pelo meio autocompositivo seria possível, dada a possibilidade de exporem os custos da atividade.

No mais, convenções coletivas de consumo também já poderiam ter regulamentado a cobrança de preços diferenciados em função do prazo ou instrumentos de pagamento: em dinheiro e cartão de débito, em cheque ou em cartão de crédito. Embora a Lei n. 13.455/2017 já tenha autorizado essa diferenciação por parte dos fornecedores, é certo que o seu reconhecimento legal levou mais de 27 anos, a contar da data de edição do CDC. Da mesma maneira como no exemplo anterior, durante décadas, o Estado, por meio do Poder Judiciário, interveio nesses conflitos, por vezes, proibindo essa conduta¹¹¹⁷. Todavia, tivesse o Estado se mantido distante e permitisse aos sujeitos coletivos sua deliberação por CCC, possivelmente, a questão já tivesse sido resolvida.

Além das hipóteses mencionadas, diversas legislações de urgência foram editadas durante o período da pandemia da Covid-19, as quais flexibilizaram diversas regras da defesa do consumidor. Essas flexibilizações, por conseguinte, poderiam ser mantidas por intermédio do recurso à CCC, com o intuito de esclarecer direitos aos consumidores, melhorar o fornecimento de produtos e a prestação de serviços e facilitar a relação entre consumidores e fornecedores. Desta forma, passa-se à análise de algumas das legislações emergenciais.

A Lei n. 14.010/2020, em seu art. 8º, alterando o disposto no art. 49 do CDC, passou a considerar a entrega domiciliar de produtos, perecíveis ou não, como compra presencial e não

¹¹¹⁴ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. Por que o Brasil é um país caro. **Livre mercado**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-o-brasil-e-um-pais-carro-28032019>. Acesso em: 11/10/2020.

¹¹¹⁵ Ibid.

¹¹¹⁶ Tais consequências são: a) exigir que empresas de vendas *online* atuem sem cobrar por seu serviço; b) tornar ilegal todo um mercado, com sacrifício do princípio da livre iniciativa; c) eliminar a opção para o consumidor que queira comprar *online*, estando disposto a contratar desta maneira; d) gerar aumento de preço para os demais consumidores caso a empresa produtora do evento opte, por razões mercadológicas, a manter a venda online, sendo que o custo para a oferta do serviço, a ser usufruído por apenas uma parte dos consumidores, será repartido por todos (Ibid.).

¹¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 1.479.039/MG. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, 6 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.

como compra fora do estabelecimento comercial, não conferindo, assim, o direito de arrependimento ao consumidor. Essa regra, por sua vez, poderia ser readequada e mantida por CCC, por exemplo, no que se refere à aquisição de produtos alimentícios pela modalidade *delivery*. A disposição convencional, nesse caso, teria o intuito de esclarecer um dever ao consumidor e assegurar um direito ao fornecedor.

A Lei n. 14.016/2020, por conseguinte, isenta os doadores de alimentos em geral (produtos *in natura*, produtos industrializados e refeições prontas para o consumo) da responsabilidade civil, penal e administrativa por danos ocasionados aos donatários, salvo quando tenham agido com dolo, nos termos dos arts. 3º e 4º. O parágrafo único do art. 2º desta lei, em seguida, descarta a configuração da doação de alimentos como relação de consumo. Em que pese a disposição legal afastar aparentemente as normas de defesa do consumidor da relação de doação de alimentos, a lei tem um grande impacto perante do CDC. Isso porque, os beneficiários de alimentos, nessa situação, são apartados da figura do consumidor por equiparação (art. 17 do CDC), a qual se enquadrariam caso estivessem sujeitos à Legislação de Consumo. A modificação oriunda desta lei emergencial é substancial às relações de consumo, na medida em que, sob a perspectiva do CDC, o doador de alimentos, mesmo não tendo vendido no mercado de consumo, poderia ser responsabilizado pelos danos provocados pelos seus produtos. Essa modificação da Legislação de Consumo, mesmo após o término da pandemia, poderia ser resguardada pela CCC.

No mais, a Lei n. 14.034/2020 dispõe, de forma emergencial, sobre o cancelamento de voos pelas companhias aéreas e a desistência de voos pelos consumidores. Nessas situações, a lei, em seu art. 3º e § 3º, prevê o reembolso de valores ou o crédito correspondente ao da passagem aérea em um período de até 12 meses, contados da data do cancelamento do voo ou da desistência do serviço. A legislação emergencial, nesse caso, não promoveu qualquer modificação substancial nas normas de defesa do consumidor, porém poderiam igualmente ser dispostas em CCC, ocasião em que os grupos de consumidores e de prestadores de serviços aéreos poderiam discutir a diminuição ou o aumento do prazo para o exercício do reembolso ou da compensação em crédito correspondente ao valor da passagem aérea.

Por conseguinte, as convenções coletivas de consumo também poderiam conferir maior funcionalidade a certos institutos privados, como a cláusula penal e a garantia legal. A título de exemplificação, o art. 52, § 1º do CDC prevê como multa moratória, o montante de 2%. Esse percentual demasiadamente ínfimo pode gerar comportamentos oportunistas e propiciar uma estrutura de incentivo ao inadimplemento, causando, assim, um efeito contrário à função do próprio instituto da cláusula penal. Diante dessa norma antieconômica,

consumidores e fornecedores, em determinadas relações ou mercados específicos, especialmente quando se envolvem redes contratuais¹¹¹⁸, poderiam convencionar sobre a multa moratória em caso de inadimplemento, com o intuito de estabelecer percentuais que sejam mais funcionais.

Ademais, o CDC, em seu art. 26, estabeleceu a obrigatoriedade de os fornecedores oferecerem aos consumidores a garantia legal de 30 dias para produtos não-duráveis e 90 dias para produtos duráveis. A imposição dessa responsabilidade significa que os fornecedores devem obrigatoriamente garantir a substituição do produto ou serviço, ou as peças de reposição, pelo prazo estabelecido em lei. Uma vez que a garantia sobre produtos e serviços decorre da livre concorrência, corolário da livre iniciativa, esse benefício estaria relacionado ao âmbito da autonomia de vontade de cada um dos fornecedores, para que desenvolvam da melhor maneira possível a sua atividade econômica¹¹¹⁹. Por esse motivo, pensa-se que a garantia legal seja mais um instituto que pudesse ser flexibilizado por meio da CCC, sendo conveniente que fornecedores garantissem, em cada situação em particular, a garantia contratual, bem como permitissem ao fornecedor o direito à reparação do bem¹¹²⁰.

Além disso, a CCC poderia ser utilizada para o preenchimento das expressões vagas previstas no CDC, levando-se em consideração a maior satisfação do consumidor e o cálculo empresarial. José Geraldo Brito Filomeno¹¹²¹ cita, como exemplo, a chamada obsolescência de produtos de consumo duráveis, principalmente os produtos eletrodomésticos e eletroeletrônicos. O autor chama a atenção para a omissão do parágrafo único do art. 32 do CDC, que assim prescreve: “cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei”. Ocorre que, na ausência de lei específica para cada produto ou serviço, a expressão *período razoável* fica totalmente sem sentido e sem efeito. Por exemplo, quanto é o tempo de vida útil de um veículo, de um refrigerador, de um aparelho

¹¹¹⁸ Em artigo sobre a teoria das redes contratuais, Rodrigo Xavier Leonardo ensina que, contratos aparentemente diversos podem constituir-se em um sistema, de forma a criar um vínculo entre as operações, capazes de gerar consequências jurídicas além dos efeitos tradicionais desses contratos. Esses contratos, por funcionarem em rede, não admitem que uma parte contratante, no afã da satisfação de seus interesses egoísticos, venha a praticar condutas contrárias aos objetivos mínimos de estabilidade, persistência temporal e equilíbrio próprios a todo e qualquer sistema, causando prejuízos aos demais integrantes do conjunto relacional. Dos contratantes envolvidos nesse sistema de contratos, exigem-se comportamentos compatíveis não apenas com as relações contratuais singulares, mas sobretudo com as relações determinadas em rede. Daí ser lícito defender que na rede de contratos devem ser observados deveres laterais sistemáticos e, de modo complementar, cláusulas penais funcionais (LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 832, fev./2005, p. 114-5).

¹¹¹⁹ SANTOS, MENDES, 2018, p. 608.

¹¹²⁰ *Ibid.*, p. 606.

¹¹²¹ FILOMENO, 2015, p. 206.

celular, de uma televisão, de um computador etc. Diante disso, o autor reputa que o preenchimento da expressão *período razoável* poderia ser perfeitamente disposto em cláusula de CCC¹¹²².

Por fim, os exemplos citados comprovam que ainda há espaço para a celebração de convenções coletivas de consumo. Ademais, são apenas uma pequena amostra do que se pode convencionar e como se deve convencionar. A ideia, enfim, é que as convenções coletivas de consumo reafirmem a liberdade econômica e sirvam ao estabelecimento eficiente de uma ordem espontânea para o mercado de consumo, em complementação à regulação estatal.

¹¹²² FILOMENO, 2015, p. 206.

6 CONCLUSÃO

As pesquisas realizadas conduziram à constatação de que muitas premissas adotadas pela doutrina consumerista em matéria de consumo revelam-se falhas e, por isso, necessitam revisões. Essa percepção justificou os motivos pelos quais a CCC não logrou êxito entre os participantes do mercado de consumo.

As conclusões da tese decorreram do enfrentamento das características da realidade atual do ambiente institucional do mercado de consumo para, em seguida, possibilitar no seu desenvolvimento a proposição de uma mudança institucional necessária, que envolva além da reinterpretação dos direitos básicos do consumidor, também a abertura do ambiente institucional do mercado a novas e diferentes modalidades regulatórias.

No Brasil, a coordenação em matéria de consumo é composta exclusivamente pela regulação pública. Desta forma, em que pese a autorregulação privada por CCC estar prevista no CDC (arts. 4º, II, “b” e 107 do CDC), na prática, não se oportunizou qualquer espaço ao exercício da autonomia privada coletiva, sendo inexistente o uso desses instrumentos convencionais ao longo de mais de 30 anos.

Além de restringir o exercício da autonomia privada coletiva, as políticas públicas e as regulamentações em matéria de consumo enveredaram ao modelo de justiça social, na esteira do que ocorreu e ainda ocorre com o direito do trabalho. Legisladores, julgadores e doutrinadores colaboram para disseminar na sociedade a cultura de que somente a lei emanada do Poder Público é capaz de garantir a proteção ao consumidor, que as normas de defesa do consumidor se qualificam como normas de ordem pública, estando sujeitas a princípios de proteção inflexíveis.

A conformação constitucional e legal da CCT inegavelmente influenciou a compreensão acerca do funcionamento da CCC. A semelhança semântica dos instrumentos convencionais resultou em confusão acerca da legítima função e finalidade da CCC. Pareou-se consumidor a empregado, equiparou-se relação de consumo à relação de emprego, igualou-se a função das associações de consumidores à dos sindicatos de categoria profissional e identificou-se a natureza jurídica da CCC à da CCT. Com isso, o consumidor é tomado como um vulnerável e dependente econômico do fornecedor; a relação de consumo vista como uma relação marcada pela exploração do fornecedor; as associações de consumidores tomadas como porta-vozes da função social de realização de políticas públicas de emancipação do consumidor e de sua ascensão social; e a CCC vista como instrumento de repressão dos fornecedores e concessão de direitos aos consumidores.

O pensamento dominante costuma desconsiderar que o consumidor que efetivamente participa do mercado é aquele que dispõe de poder aquisitivo para adquirir produtos e contratar serviços. Não percebe que a relação de consumo é uma relação de troca de bens (produtos e serviços) e seu valor de uso, distinguindo-se consumidores e fornecedores apenas pela disparidade informacional. Reluta em perceber que as associações de consumidores exercem funções econômicas, visando a incentivar o consumo por meio da melhoria da qualidade dos produtos e serviços e da redução dos custos de transação. Por último, não detecta que as convenções coletivas de consumo são instrumentos autorregulatórios flexíveis (*soft law*) destinados a estabelecer relações de direção, apontando as condutas de consumidores e fornecedores para o sentido de maior eficiência do mercado de consumo.

As premissas dedutivas adotadas na tese apontam para a constatação de que o tratamento jurídico dispensado à CCC não pode ser o mesmo da CCT, pois esses instrumentos convencionais possuem funções e naturezas jurídicas distintas.

A insistência da doutrina consumerista em identificar na CCC um instrumento de pressão social para emancipação do grupo e reivindicação de prestações materiais, como se atribuiu à CCT por certo resultou no desinteresse tanto dos fornecedores como dos consumidores em participar das negociações bilaterais. Por um lado, os fornecedores não se sentiram interessados em participar de negociações coletivas porque podem, com amparo legal, estipular unilateralmente suas condições de contratação aos consumidores por meio dos contratos de adesão. Os consumidores, por outro lado, não se sentiram incentivados à negociação coletiva porque se acomodaram às relações trilaterais de fiscalização e controle, prescindindo de envidar esforços para buscar vantagens e benefícios que a própria autoridade central se encarrega de obter.

Desta maneira, a revisão científica proposta é imprescindível como pressuposto para a viabilidade da celebração das convenções coletivas de consumo. Não por outro motivo, a tese destaca a necessidade de rever certas premissas lançadas pela doutrina consumerista, como a qualificação da defesa do consumidor primariamente como um direito individual, a defesa do consumidor como um direito fundamental social, a exclusiva proteção do consumidor como finalidade da ordem econômica, do mercado de consumo e, a vulnerabilidade como objetivo da proteção ao consumidor.

No curso dos estudos, verificou-se que a defesa do consumidor, antes de um direito individual, é um interesse metaindividual. Salvo as hipóteses de acidente de consumo, que originam direitos reparatorios e indenizatórios individuais, é certo que práticas abusivas e violadoras da defesa do consumidor afetam a coletividade de consumidores. Portanto, é do

interesse da coletividade que o mercado de consumo funcione regularmente, cabendo apenas a ela a legitimidade para pleitear prejuízos coletivos. Se assim é, nem toda prática abusiva ou violadora da defesa do consumidor deve ensejar a vindicação de reparações e indenizações apenas por um consumidor em detrimento de todos os demais que não valoraram a possibilidade da ação judicial.

Por conseguinte, é preciso ter em mente que a defesa do consumidor não se qualifica como um direito fundamental social – como o direito do trabalho –, mas um direito fundamental coletivo (art. 5º, XXXII da CRFB).

A revisão das premissas sugere, por consequência, a necessidade de reconsiderar a finalidade da ordem econômica, bem como o objetivo da defesa do consumidor. Nesse sentido, a finalidade da ordem econômica e, em particular do mercado de consumo, não pode ser a exclusiva proteção do consumidor, mas sobretudo a harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores e a compatibilização da defesa do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico. Essa finalidade, acredita-se, é a mais consentânea com a interface entre o direito empresarial e a defesa do consumidor.

Da mesma forma, o objetivo da defesa do consumidor não pode ser exclusivamente a sua proteção como a parte mais fraca da relação, mas a manutenção do próprio mercado de consumo. Ao continuar centrada na pessoa do consumidor, as políticas públicas tendem, cada vez mais, à positivação de práticas e cláusulas proibitivas (abusivas) que adquirem o *status* de ordem pública, até chegar ao ponto de engessamento das atividades dos fornecedores. A rigidez do sistema de defesa do consumidor, desta forma, é uma função das normas de ordem pública. Quanto maior a quantidade de práticas consumeristas e empresariais elevadas à ordem pública, menor será a liberdade de atuação dos fornecedores, o que não é desejável ao mercado de consumo e, muitos menos, aos próprios consumidores.

Por esse motivo, o objetivo da defesa do consumidor, em essência, deve se pautar na correção das falhas de mercado, notadamente a assimetria informacional. Ao focar a correção do erro prejudicial à coletividade, e não a pessoa individualizada do consumidor, garante-se maior liberdade aos fornecedores para que possam desenvolver práticas comerciais, tecnologias e formatos de negócio, proporcionando, por outro lado, maiores opções aos consumidores.

A defesa do consumidor, além de uma ramificação do direito econômico, tem estreita interface com o direito empresarial. Ao observar o enquadramento constitucional e legal da defesa do consumidor, não se tem dúvidas sobre a sua relação com esses ramos do Direito. A CRFB de 1988 destacou a defesa do consumidor como direito fundamental coletivo (art. 5º, XXXII da CRFB) e princípio da ordem econômica (art. 170, V da CRFB). O CDC, por sua vez,

instituiu que os interesses dos consumidores devem se harmonizar aos dos fornecedores e a proteção aos consumidores deve se compatibilizar com o desenvolvimento econômico e tecnológico (art. 4º, III do CDC). Em nenhum momento, a legislação de consumo estabeleceu que o interesse dos consumidores é superior ao dos fornecedores ou que a defesa do consumidor é mais importante que o desenvolvimento econômico ou tecnológico.

Disso resulta que, se a defesa do consumidor é uma ramificação do direito econômico e interface do direito empresarial, por certo, deve receber tratamento da regulação econômica. A relação da defesa do consumidor à área econômica impacta diretamente o valor que deve permeá-la. Sendo objeto da regulação econômica – e não social – seu valor é a liberdade. Liberdade econômica não apenas para que os consumidores possam tomar suas próprias decisões, escolhendo seus produtos e serviços conforme suas preferências e gostos, mas para que os fornecedores possam desenvolver práticas comerciais, tecnologias e formatos de negócio que sejam mais eficientes à geração de riquezas.

Como instrumento regulatório privado, a CCC é a possibilidade conferida pela lei para que os próprios agentes econômicos concertem o funcionamento do mercado consumidor, sem a necessidade de uma autoridade central. As convenções coletivas de consumo, portanto, são uma forma de promover a desregulação econômica. Desregular, por sua vez, não significa estabelecer regras aleatórias e não planejadas, mas determinar novos arranjos e novas fórmulas para a coordenação do mercado de consumo, sem que o Estado tenha necessidade de intervir ou monitorar as relações a todo momento. Trata-se sim de um mercado espontâneo, mas não desordenado.

Constatou-se, desta forma, que as relações e o mercado de consumo não podem e nem devem ser regulados exclusivamente pelo Estado. Outras modalidades de regulação podem ser admitidas além daquelas impostas pelo Poder Público. Muitos espaços ainda existem para a regulação privada ou negociada. A desregulação, dessa maneira, implica não apenas o afastamento do Estado do mercado de consumo, mas sobretudo a abertura e ampliação do espaço de atuação dos sujeitos coletivos, respeitando-se evidentemente as normas de ordem pública voltadas a eliminação ou redução das falhas de mercado.

Na área do direito regulatório, as convenções coletivas de consumo classificam-se como mecanismos de autorregulação ou regulação negociada. Por meio desses mecanismos autocompositivos, a coletividade de consumidores pode interagir com o grupo de fornecedores para, em conjunto, exprimir relações de direção quanto às práticas comerciais (art. 39 do CDC) e cláusulas contratuais (art. 51 do CDC), à melhoria no fornecimento de produtos e na prestação de serviços, à maior funcionalidade de certos institutos privados, como a cláusula penal e a

garantia contratual e ao preenchimento das expressões vagas, levando-se em consideração o maior bem-estar do consumidor e o cálculo empresarial.

Ao exprimir relações de direção, a CCC tem a potencialidade de coibir os comportamentos oportunistas (boicotes e riscos morais) por parte dos consumidores e transformar os comportamentos egoístas (auto-interesse) em adoção de melhores práticas empresariais, proporcionando vantagens e benefícios para ambos os polos da relação.

A negociação de boas práticas implica, em certos casos, reconhecer a existência de normas dispositivas na Legislação de Consumo. Em outras palavras, é preciso permitir a flexibilização de determinadas normas de consumo, viabilizando-se as negociações e concretização às convenções coletivas de consumo. Para tanto, consumidores e fornecedores devem estar dispostos a agir em cooperação mútua. Sem essa condição por certo não será possível a consecução desse objetivo comum.

Consumidores e fornecedores, contudo, nem sempre estão dispostos a agir de forma cooperativa, notadamente porque atuam no mercado na perseguição de seus próprios interesses. Esse tipo de comportamento pode inviabilizar a interação entre os jogadores, fixando-se a deserção (não-cooperação) como estratégia dominante no jogo do mercado. Cria-se o confronto entre os grupos e conseqüentemente a repulsa à cooperação mútua. É o que se observa atualmente no mercado de consumo que, diante da estrutura de incentivos constitucional e legal, não se facultou a interação entre consumidores e fornecedores, de modo que a relação entre eles atualmente é marcada pela total ausência de cooperação recíproca. Essa é a percepção que se extrai do ambiente institucional do mercado, marcado por decisões unilaterais (contratos de adesão) ou relações trilaterais (intervenção estatal), jamais por negociações bilaterais.

Em verdade, a configuração do ambiente institucional do mercado consumo denota, longe de uma reciprocidade, uma cooperação incondicional nas relações consumeristas. Significa dizer que as relações entre consumidor e fornecedor é uma relação de imposição. A imposição, no entanto, não parte dos fornecedores em relação aos consumidores. Numa visão juseconômica, essa imposição recai justamente sobre os fornecedores. Para cada um dos direitos instituídos em favor dos consumidores, o CDC e as diversas políticas implementadas a partir dele, impuseram, em contrapartida, deveres positivos aos fornecedores. Ademais, para imposição desses deveres e obrigações utilizou-se de mecanismos de coerção, exigindo desta maneira a cooperação apenas dos fornecedores. De outro lado, uma vez que a regulação em matéria de consumo jamais foi sinalagmática, os consumidores não são instados a cooperar.

O modelo legislativo adotado no Brasil, com o passar do tempo, se revela ineficiente, uma vez que a cooperação incondicional no mercado de consumo acaba, de um lado,

acomodando os consumidores e, de outro, deixando o encargo de correção desse desequilíbrio ao restante da coletividade de consumidores. A ineficiência desse modelo está no fato de que apenas uma parcela de consumidores abastados e com maior poder de reflexão acerca dos seus direitos acaba sendo beneficiada, em detrimento da sobrecarga de custos aos fornecedores e a outros consumidores desinformados ou menos providos de renda. É preciso, pois, uma mudança institucional no ambiente do mercado de consumo, não exatamente para a eliminação desse modelo vigente, mas principalmente para o desenvolvimento de outros que valorizem a cooperação mútua.

Quando se fala em cooperação mútua não se está fazendo referência a comportamentos altruístas ou solidários. Uma interação com bases cooperativas consiste em um processo de construção de soluções que atendam mutuamente aos integrantes dos dois grupos, tanto de consumidores como de fornecedores. O objetivo é identificar os interesses comuns de cada grupo e satisfazê-los, de modo a que todos possam ser considerados ganhadores.

Uma das dificuldades da pesquisa, no entanto, foi analisar a viabilidade da adoção da estratégia da cooperação mútua nas relações de consumo. Isso porque, ao observar as relações que ocorrem no mercado percebe-se que a grande maioria delas se caracteriza por interações instantâneas (jogada única) e de trocas impessoais. Tais tipos de interações não são propícias ao desenvolvimento da cooperação recíproca, principalmente porque os envolvidos dão pouca importância à continuidade dos vínculos, não se preocupando com o fortalecimento da confiança, da lealdade e da fidelidade.

A pesquisa, no entanto, comprovou que essa dificuldade pode ser superada quando se trata da relação coletiva de consumo, de onde se extrai a CCC. Se na relação individual de consumo predomina a instantaneidade, a relação coletiva é marcada pela durabilidade, já que sua função é proporcionar a direção e a coordenação das condutas dos agentes econômicos. Assim sendo, se a função da CCC é produzir normas regulatórias e regulamentadoras, exigindo debates repetidos e negociações constantes, a tendência é de que as trocas impessoais da relação individual deem lugar às trocas pessoais na relação coletiva.

A tese evidenciou também que a cooperação pela reciprocidade permite que os consumidores e fornecedores, coletivamente considerados, resolvam mais facilmente problemas comumente verificados no âmbito do mercado, que não podem ser percebidos numa relação individual, por exemplo, pequenas práticas que proporcionam grandes lucros e pequenos direitos que geram grandes prejuízos. De outro modo, significa que quando agem coletivamente os envolvidos estão mais afetos às dificuldades enfrentadas pela parte adversa, facilitando, em tese, a adesão ao instrumento, a disseminação do consenso e o agir cooperativo.

Disso resulta que, a institucionalização – na acepção da NEI – da cooperação mútua, para além dos mecanismos coercitivos, é o caminho para a concretização da CCC como instrumento regulatório. A pesquisa comprovou, por conseguinte, que esses instrumentos prescindem de mecanismos de cumprimento forçado (*hard enforcement*) para que sejam efetivados, uma vez que os resultados de uma solução cooperativa tendem a favorecer os interesses de ambos os polos da relação, levando ao cumprimento espontâneo das normas convencionais. Significa dizer que, ao satisfazer os interesses dos envolvidos na relação, naturalmente, haverá uma predisposição de que todos irão cumprir com o convencionado. Isso confirma ainda que, ao agir cooperativamente, as partes estarão preocupadas em melhorar sua reputação, a fim de conquistar a confiança e a fidelidade da parte adversa.

O processo de uma CCC demonstra que a quantidade de satisfação dos interesses é uma função da cooperação mútua. Quanto maior a cooperação entre as partes, maior será o grau de satisfação dos interesses. As normas convencionais, portanto, podem resultar em estruturas institucionais que afetam positivamente o desempenho do mercado de consumo e conseqüentemente da economia, confirmando, desta maneira, as hipóteses lançadas.

A conclusão a que se chega é que o desuso da CCC é um problema institucional. Por conseguinte, mudanças institucionais no âmbito da regulação econômica do mercado de consumo podem estimular o recurso a esses instrumentos convencionais privados. Entabuladas em cooperação mútua entre o grupo de consumidores e de fornecedores, a CCC pode resultar em regras institucionais de boa qualidade. Tais regras, aliadas ao aprendizado dos agentes econômicos e ao tempo, poderão, ao lado da regulação pública, tornar o mercado de consumo cada vez mais eficiente.

REFERÊNCIAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.
- ACCIARRI, Hugo Alejandro. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; COIMBRA, Clarice Helena de Miranda; MARTINS, Francisco Serrano; ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de; SANZ, Luiza Queiroz; TOSATO, Sara Simonato. O empresário e os direitos do consumidor: as práticas comerciais e a proteção contratual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 395, p. 3-17, jan./fev.-2008.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Efeitos da exoneração do devedor do saldo remanescente na alienação fiduciária com o advento da Lei n. 10.931/2004. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 55, p. 296-327, 2019.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; TIUJO, Edson Mitsuo. Harmonização e compatibilização da defesa do consumidor com a livre iniciativa: releitura dos direitos básicos do consumidor a partir da análise econômica do direito. *In*: Conpedi / UFG / PPGDP, ano 28, Goiânia. **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo**. Goiânia: Conpedi, 2019.
- ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Fundamentos para compreensão de um novo Código Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.
- AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. O código, a política e o sistema nacional de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 6, p. 69-75, abr.-jun./1993.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ANDRADE, Vitor Morais de. As condenações por dano moral e sua função de desestímulo: relação entre direito e economia. *In*: NERY, Rosa Maria de Andrade. **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70-91.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Art. 174 da Constituição da República. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1832-36.

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico de regulação da economia. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, n. 6, p. 59-76, 2001.
- ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Microeconomia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (organizador). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34-74.
- ARIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 11-22, mai./2005.
- AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 45, p. 26-49, jan.-mar./2003.
- AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.
- BATTESINI, Eugenio. Douglass C. North. *In*: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel. **Análise Econômica do Direito: principais autores e estudos de casos**. Curitiba: CRV, 2019.
- BEUCUE, Sabrina Maria Fadel; DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. Regulação e autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: limites da autorregulação. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, São Paulo, v. 1, n. 12, p. 7357-7388, jan./2012.
- BEUCUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos jogos. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coordenadores). **O que é análise econômica do direito? Uma introdução**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 119-127.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 670, p. 49-61, ago./1991.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima. Extrato do relatório-geral da comissão de juristas do Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor (14.03.2012). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 92, p. 303-365, mar.-abr./2014.
- BERGSTEIN, Laís. Pequenos grandes danos: a relevância da tutela coletiva do consumidor face aos danos de pequena expressão econômica. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 129, p. 341-368, mai.-jun./2020.

- BITELLI, Marcos Alberto Sant'anna. Da função social para a responsabilidade da empresa. *In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 229-276.
- BLOCK, Marcella. **Compliance e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.
- BODART, Bruno Vinicius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidores. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan.-jun./2017.
- BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, p. 145-164, set./2016.
- BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 2, p. 7-51, abr.-jun./1992.
- BOYLE, Alan E. Some reflection on the relationship of treaties and soft law. *In: International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 48, p. 901-913, 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 636.331/RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.050.554/RJ. Relator Ministro Nancy Andrighi. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 1.479.039/MG. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília, 6 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.737.428/RS. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 12 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.
- BRITTO, Carlos Ayres. O fornecimento de bebidas, lanches e qualquer outra espécie de comestível para consumo em salas de cinema. **Parecer**, Brasília, 20/01/2018.
- BRUE, Stanley. **História do pensamento econômico**. 6. ed. Tradução de Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011.
- BUESCU, Jorge. A evolução da cooperação. **Ingenium**, p. 32-34, dez./2001-jan./2002.

- BULGARELLI, Waldirio. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de “lege ferenda”. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 49, p. 41-55, jan.-mar./1983.
- CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Novas dimensões da regulação econômica. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, São Paulo, v. 60, p. 97-111, abr./jun.-2013.
- CAMPANER, Ozório César. **Conflitos coletivos de trabalho e formas de solução**. São Paulo: LTr, 2011.
- CANTO, Flávia do. A intervenção do Estado como garantia da efetividade da defesa do consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; REICHELDT, Luis Alberto (coordenadores). **Diálogos entre o direito do consumidor e o novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 161-171.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 309-325.
- CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar. Os modelos jurídicos na auto-regulação econômica. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 5, p. 113-131, 2006.
- CARRION, Valentin. **CLT: Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas: legislação complementar: jurisprudência**. 40. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAVALLI, Cassio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- CHACEL, Julian Alfonso Magalhães. Aspectos da economia institucional e a arbitragem comercial. **Doutrinas essenciais arbitragem e mediação**, São Paulo, v. 1, p. 969-976, set./2014.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Doutrinas Essenciais e Direito Constitucional**, São Paulo, v. 8, p. 671-695, ago./2015.
- COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. 2. ed. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. A análise econômica do direito. **Programa de pós-graduação em Direito PUC-SP**, São Paulo, n. 2, p. 155-170, 1995.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Caracterização de infração contra a ordem econômica. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, ano 20, v. 75, p. 85-94, jan.-mar./1996.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano XXIX, n. 80, p. 66-75, out.-dez./1990.
- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 15/16, p. 89-105, 1974.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. O problema da desconfiança recíproca. Tradução de Luciano Benetti Timm. *In*: SALAMA, Bruno Meyerhof (organizador). **Direito e Economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305-323.
- CORDEIRO, Carolina Souza. Direito do consumidor e economia. *In*: RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **O jurista que calculava**. Curitiba: CRV, 2013, p. 91-110.
- COSTA, José Augusto Fontoura. Tentações, reputação e cultura: imparcialidade na arbitragem entre investidores e Estados. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, v. 21, p. 30-63, abr.-jun./2009.
- COSTA, Mario Luiz Oliveira da. Regulação e autorregulação. *In*: NUSDEO, Fábio (coordenador). **O Direito econômico na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 169-190.
- COURI, Sergio. **Liberalismo e societalismo**. Brasília: Editora UNB, 2001.
- CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer Seller Relationships. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 43, n. 2, p. 31-38, jan. 1991.
- CRUZ, Breno de Paula Andrade. **O boicote no comportamento do consumidor**. São Paulo, 2013. 192 f. Tese (Doutorado) – Curso de Doutorado em Administração, Fundação Getúlio Vargas.
- DAN, Wei. A proteção do consumidor no contexto global: a situação actual e algumas novas tendências. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 114, p. 351-377, nov.-dez./2017.
- DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevir, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. v. 2. Salvador: Jus Podivm, 2015.

- DOMINGOS, Guilherme Afif. A Constituição, instituições e o ambiente empresarial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 29, p. 331-332, jul.-set./2005.
- DOMINGUES, Victor Hugo. Vieses e Heurísticas. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. **Análise Econômica do Direito**. Curitiba: CRV, 2016, p. 49-53.
- DUARTE, Ícaro de Souza. A posição hierárquica da Convenção Coletiva de Trabalho. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, Porto Alegre, ano VII, n. 39, p. 58-83, nov./dez.-2010.
- EFING, Antonio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcoot. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população: emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate. **Novas tendências do direito do consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 325-369.
- FADUL, Zilah Maria Callado. Normatividade da convenção coletiva de trabalho. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, v. 35, ano 10, p. 102-113, jan.-mar./1985.
- FARIA, José Eduardo. **O Brasil Pós-Constituinte**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Prefácio. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (organização). **Direito & Economia – análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- FERRAZ, Leslie Shérída. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. **Revista CNJ**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 53-60, 2015.
- FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Campus, 2011.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- GALA, Paulo. A Teoria Institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 89-105, abr.-jun./2003.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor comentado artigo por artigo**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan.-jun./2014.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do direito e dos tribunais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 3, p. 13-39, dez./2019.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 17-26.
- GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GOMES, Orlando. Os direitos dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 77, p. 19-26, jan.-mar./2011.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRUNDMANN, Stefan. A proteção funcional do consumidor: novos modelos de consumidor à luz de teorias recentes. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate. **Novas Tendências do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013.
- HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HODGSON, Geoffrey Martin. A abordagem da Economia Institucional. *In*: SALLES, Alexandre Ottoni Teatini; PESSALI, Huáscar Fialho; FERNÁNDEZ, Ramon Garcia (organizadores). **Economia institucional: fundamentos teóricos e históricos**. São Paulo: Editora Unesp, 2017.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KLEIN, Vinicius; KRAZINSKI, Rafaella. Instituições e Mudança Institucional. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. **Análise Econômica do Direito**. Curitiba: CRV, 2016, p. 159-164.

LEISTER, Margareth Anne; SOUZA, Leonardo da Rocha de. A influência da soft law na formação do direito ambiental. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 767-783, 2015.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 832, p. 100-111, fev./2005.

LIMA JUNIOR, João Manoel de. **Autorregulação: regime jurídico**. Curitiba: Juruá, 2018.

LIMA, Bruna Giacomini; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. *Homo economicus*: os (des)encontros da sociedade de consumo superendividada. In: FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; CARVALHO, Diógenes Faria de; SANTOS, Nivaldo dos. **Sociedade de Consumo: pesquisas em direito do consumidor**. Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2015, p. 52-72.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES, Herton Castiglioni. Instituições e crescimento econômico: os modelos teóricos de Thorstein Veblen e Douglass North. **Revista de Economia Política**, São Paulo, n. 4, v. 133, p. 619-637, out.-dez./2013.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Convenção Coletiva de Consumo: interesses difusos, coletivos e casos práticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGANO, Octávio Bueno. Convenção Coletiva de Trabalho. In: MAGANO, Octávio Bueno (coordenador). **Curso de Direito do Trabalho em homenagem a Mozart Victor Russomano**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 495-509.

MAGANO, Octavio Bueno. Participação, concerto, acordos sociais nas relações trabalhistas contemporâneas e direito dos trabalhadores à informação – a participação dos trabalhadores por métodos diferentes da negociação coletiva. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 62, p. 59-73, jul.-ago./1986.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução da 6ª edição norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MARIANO, Pedro Henrique. Teoria dos jogos e cooperação contratual: comunicação, ameaças, longa duração e alteração de *payoffs*. In: TORRES, Dennis, José Almanza; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (organizadores). **Análise econômica do direito: da teoria à prática**. Curitiba: Íthala, 2018, p. 95-114.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor – antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 155-197, jul.-set./1992.

MARQUES, Cláudia Lima. Função social dos contratos de consumo: art. 421 do CC/02 e o CDC. In: LAMACHIA, Cláudio; MIRANDA, Marié; MARQUES, Cláudia Lima (organizadores). **Estudos de direito do consumidor**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018, p. 17-52.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Guilherme Magalhães; TOSTES, Eduardo Chow de Martino; FORTES, Pedro Rubim Borges. A regulação coletiva do superendividamento: um estudo de caso do mercado de empréstimos consignados e de bem-sucedida mediação coletiva de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 127, p. 19-44, jan.-fev./2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inteligência da Lei n. 6.279/79 (Lei Ferrari) quando há convenção da categoria, mas não há convenção de marca. **Revista Magister de direito empresarial, concorrencial e do consumidor**, São Paulo, n. 47, p. 5-21, out.-dez./2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, v. 41, p. 93-110, jan.-mar./2006.

MEDAUAR, Odete. Regulação e autorregulação. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, abr.-jun./2002.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

- MENEGUIN, Fernando Boarato. Lei de liberdade econômica e reflexos no direito regulatório: a análise de impacto regulatório. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (organizadora). **Lei de liberdade econômica e o ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: D'Placido, 2020, p. 273-288.
- MENEGUIN, Fernando Boarato. Um modelo econômico para a responsabilidade civil na defesa do consumidor. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 189-205, jul.-dez./2012.
- MILAGRES, Marcelo de Oliveira; GARIOS, Viviane Cabral Giordano. A subutilização das convenções coletivas de consumo na sociedade de consumo de massa. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 100, p. 199-217, jul.-ago./2019.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 10000191658293001. Relator Desembargador Sérgio André da Fonseca Xavier. Data da decisão: 10/03/2020. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 09/05/2020.
- MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. **Código de Defesa do Consumidor comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1998.
- MUÑOZ, Maria Paula Costa Bertran. Paralelismo entre assimetria de informações e vulnerabilidade dos consumidores: uma análise acerca de juros em contratos de concessão de crédito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 86, p. 47-63, mar.-abr./2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional – um estudo sobre a soft law**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NORTH, Douglass Cecil. Desempenho econômico através do tempo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010.
- NORTH, Douglass Cecil. **Instituições, mudança institucional e desenvolvimento econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Número de acordos e convenções coletivas tem queda de 45% após reforma trabalhista. **Extra** 2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/numero-de-acordos-em-convencoes-coletivas-tem-queda-de-45-apos-reforma-trabalhista-22968277.html>. Acesso em: 22/09/2019.

NUNES, Luiz Antonio. **Empresa & Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Artpress, 1991.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Regulação econômica e proteção do meio ambiente. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes (coordenador). **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 395-421.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão: uma abordagem a partir da economia comportamental. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 81, p. 13-38, jan.-mar./2012.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. Por que o Brasil é um país caro. **Livre mercado**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-o-brasil-e-um-pais-car-28032019>. Acesso em: 11/10/2020.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; MENEGUIN, Fernando Boarato. Moratória e serviços essenciais: medida bem-intencionada com efeitos indesejáveis. **Jota**, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/moratoria-e-servicos-essenciais-medida-bem-intencionada-com-efeitos-indesejaveis-16042020>. Acesso em: 11/10/2020.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Desenvolvimento econômico, capitalismo e direito do consumidor no Brasil: afastando o argumento de “paternalismo jurídico”. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 108, p. 243-263, nov.-dez./2016.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Multar ou firmar acordo? O que é melhor para a sociedade? **O consumerista**, 2019. Disponível em: <https://www.oconsumerista.com.br/2019/12/multar-acordo-melhor-sociedade/>. Acesso em: 11/10/2020.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; LARA, Sólton Almeida Passos de. Os desafios para proteção dos consumidores nos contratos coletivos e empresariais de plano de saúde. *In*: OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; XAVIER, Luciana Pedroso (organizadoras). **Repensando o direito do consumidor III: 25 anos de CDC: conquistas e desafios**. Curitiba: OABPR, 2015, p. 154-197.

OLIVEIRA, José Lopes de. **Contratos**. 2. ed. Recife: Livro Técnica, 1979.

OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais**. Tradução de Fábio Fernandez. São Paulo: Edusp, 2015.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES. Publications. **Protection du consommateur: études des arrangements institutionnels et des dispositions juridiques**. E/1978/81/2e. Session/22.

Painel de empresas. **Sebrae**, 2020. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas/>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

PASIN, João Bosco Coelho. Da ordem econômica e financeira. *In*: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. **Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2008, p. 616-643.

PASTRE, Daniel Fernando. A teoria da cooperação em Robert Axelrod e a prática de ilícitos concorrenciais. **Revista de direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 234-252, jul.-dez./2015.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Convenção Coletiva de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 56, p. 347-354, out.-dez./2005.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. A (i)rracionalidade hermenêutica das instituições. **Insight Inteligência**, Rio de Janeiro, p. 24-30, jul./set.-2011.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 23, p. 363-390, jan.-mar./2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial**. Tomo XLVIII. Campinas: Bookseller, 2007.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

POSNER, Eric A.; GERSEN, Jacob E. Soft Law. **Public Law and Legal Theory Working Paper**. Chicago: The Law School; The University Chicago, 2008.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. Métodos autocompositivos e respeito à vulnerabilidade do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 109, p. 333-348, jan.-fev./2017.

REICH, Norbert. A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação da regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Econômica Europeia. *In*: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coordenador). **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23-54.

RAMOS JUNIOR, Arnaldo Leonel. A legitimidade do sindicato de categoria profissional para celebrar convenção coletiva de consumo. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, v. 166, p. 101-113, nov.-dez./2015.

REICH, Norbert. Algumas proposições para a filosofia da proteção do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 728, p. 11-35, jun./1996.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro; HUNGARO, Luis Alberto. Ativismo do Poder Judiciário na concessão de medicamentos x concretização das políticas públicas constitucionais. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 45, p. 98-118, jul.-dez. 2014.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. A desconstituição do mito da implementação de filtros monetários como forma de aperfeiçoamento das atividades das cortes superiores. *In*: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coordenador). **O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil**. Curitiba: Bonijuris, 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. MP da Liberdade Econômica: contributo ao desenvolvimento. **Revista da Ordem**, Curitiba, n. 62, p. 51-2, ago./2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia institucional e nova economia institucional. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coordenadores). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 127-134.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Cooperação para efetividade dos contratos de transferência de tecnologia: uma análise juseconômica. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 4, p. 21-34, jan.-jun./2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZESLUNIAK, Vivian Amaro. Cooperation for efficiency in intellectual property business agreements: a case study. **Economics Analysis of Law Review**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 157-176, jul.-dez./2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (organizadores). **Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; NEVES, Rubia Carneiro Neves. Direitos autorais e música: tecnologia, direito e regulação. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 512-537, dez./2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JAKOBI, Karin Bergit. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**. São Paulo: Atlas, 2014.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coordenadores). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Ronald Coase: o fim da caixa preta. *In*: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (organizadores). **Análise Econômica do Direito: principais autores e estudos de casos**. Curitiba: CRV, 2019, p. 357-363.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JR, Weimar Freire da; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Mecanismos jurídicos e econômicos para a transferência de tecnologia: um estudo de caso. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 13, p. 49-68, 2017.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA, Lara Bonemer. Teoria do desenho de mecanismos: proposta de aplicação aos contratos incompletos. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 20, n. 40, p. 215-243, 2017.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; SONAGLI, Joseliane. A teoria de Coase e o papel do Direito para a eficiência das relações empresariais. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 18-34, jan.-jun./2017.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TIUJO, Edson Mitsuo. A educação formal para o consumo é garantia para uma presença refletida do consumidor no mercado de consumo? Uma análise com base na *behavioral law and economics* (economia comportamental). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 600-614, ago./2018.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TORRES, Dennis José Almanza (organizadores). **Análise Econômica do Direito: da teoria à prática**. Curitiba: Íthala, 2018.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RIZZATTO NUNES, Luis Antonio. **Curso de direito do consumidor**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. *In*: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (coordenadoras). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 13-27.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. A teoria da autonomia privada coletiva: do direito sindical ao direito dos grupos intermediários. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 727, p. 17-28, mai./1996.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. Autonomia privada coletiva e crise paradigmática no direito do trabalho. **Verba Juris**, João Pessoa, ano 5, n. 5, p. 471-488, jan./dez. 2006.

RUDIGER, Dorothee Susanne. Contratos coletivos, contratos de direito civil e proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 5, p. 132-144, jan.-mar./1993.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. **O contrato coletivo no direito privado: contribuições do direito do trabalho para a teoria geral do contrato**. São Paulo: LTr, 1999.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 404-428, jul.-dez./2011.

SANT'ANA, Diogo de. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. *In*: SCHAPIRO, Mário Gomes. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 365-392.

SANTOLIM, Cesar. “Behavioral Law and Economics” e a Teoria dos Contratos. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate. **Novas Tendências do Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166-181.

SANTOS, Viviane Saraiva; MENDES, Bernardo de Souza. Garantia legal e garantia contratual: destaque à livre concorrência do mercado de consumo e o direito precedente do fabricante de promover reparos em caso de vício de qualidade. *In*: LAMACHIA, Cláudio; MIRANDA, Marié; MARQUES, Cláudia Lima (organizadores). **Estudo de direito do consumidor**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018, p. 603-610.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. São Paulo: Almedina, 2016.

SCOTON, Luis Eduardo Brito. Análise econômica do direito do consumidor: o Código de Defesa do Consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 5, p. 33-44, 2011.

Seção Cível do TJPR suspende processos contra a Copel e a Sanepar para evitar julgamentos contraditórios em milhares de ações indenizatórias. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, 2020. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/>. Acesso em: 30/01/2020.

- SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Convenções Coletivas de Consumo e a relevância da participação da sociedade civil organizada na prevenção e no combate às práticas mercadológicas abusivas. **XVI Revista do CEPEJ**, Salvador, n. 16, p. 299-327, 2017.
- SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor: um estudo sobre a origem das leis principiológicas de defesa do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.
- SOUZA, Washington Albino Peluso de. Conflitos ideológicos na Constituição Econômica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 74/75, p. 17-40, jan.-jul./1992.
- SOUZA, Washington Albino Peluso de. Considerações a respeito do Código de Defesa e Proteção do Consumidor. **Doutrinas essenciais de direito do consumidor**, São Paulo, v. 1, p. 475-498, abr./2011.
- SOUZA, Washington Albino Peluso de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. Mudanças institucionais. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 228-243.
- SZTAJN, Rachel. Direito comercial e desenvolvimento econômico. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 8, n. 2, p. 11-21, 2017.
- SZTAJN, Rachel. Reflexões heterodoxas: o direito de propriedade. **Revista de direito recuperacional e de empresa**, São Paulo, v. 2, p. 1-8, out.-dez./2016.
- SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- TABAK, Benjamin Miranda; RIOS, Rafael Sales. Regulação e comportamento. *In*: RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira (coordenadores). **O jurista que calculava**. Curitiba: CRV, 2013, p. 133-146.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. São Paulo: Método, 2013.
- TARTUCE, Flávio; SILVA, Bruno Casagrande e. A aplicação das Convenções Internacionais de Varsóvia e Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor: uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal em face do princípio da proibição do retrocesso. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, p. 41-68, jan.-fev./2018.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- TIMM, Luciano Benetti; MAIOLINO, Isabela. Lei de Liberdade Econômica e reflexos no direito do consumidor. *In*: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (organizadora). **Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 157-169.

TIMM, Luciano Benetti. A matriz da análise econômica do direito para além do “eficientismo”. *In*: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Márcio Felix. **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97-118.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 876, p. 11-28, out./2008.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 55, p. 149-67, jul.-set./2005.

VERBICARO, Dennis. A convenção coletiva de consumo como instrumento catalisador do debate político qualificado na relação de consumo. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 111, p. 121-147, mai.-jun./2017.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Teoria Geral do Contrato: Fundamento da Teoria Geral do Contrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VIEGAS, Cláudia; MACEDO, Bernardo. Falhas de mercado: causas, efeitos e controles. *In*: SCHAPIRO, Mário Gomes. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 80-109.

VON MISES, Ludwig. **As seis lições**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: José Olympio: Instituto Liberal, 1985.

WILLIAMSON, Oliver. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press, 1996.

YEUNG, Luciana. Friedrich Hayek, liberdade econômica, a MP e a Lei da Liberdade Econômica: por que é necessária? *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 75-88.

YEUNG, Luciana. John R. Commons. *In*: KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (organizadores). **Análise econômica do direito: principais autores e estudos de casos**. Curitiba: CRV, 2019.

ZANITELLI, Leandro Martins. A reciprocidade nos contratos: uma análise expressiva. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 42, p. 160-184, abr.-jun./2010.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave para a prosperidade americana.** São Paulo: BEI Comunicações, 2015.