



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TEORIA DO DANO EFICIENTE COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DO
DIREITO DO CONSUMIDOR

Fernando Mamouros Fonseca

Rio de Janeiro
2021

FERNANDO MAMOUROS FONSECA

A TEORIA DO DANO EFICIENTE COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DO
DIREITO DO CONSUMIDOR

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

A TEORIA DO DANO EFICIENTE COMO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Fernando Mamouros Fonseca

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – o direito do consumidor é um pilar da democracia e das relações econômicas e ignorá-lo acarreta severos danos ao Direito e à Economia. As empresas são obrigadas a melhorar os seus serviços, a fim de evitar prejuízos e falência. Porém, verifica-se que é mais lucrativo perpetuar práticas ilegais, utilizando a teoria do dano eficiente. O Judiciário tem papel importante no combate a estas violações por meio de condenações pedagógicas. Esse trabalho busca analisar a estratégia jurídica destas empresas que menos respeitam seus consumidores, concluindo que a criação de leis e jurisprudências mais severas são a solução para esta problemática jurídica.

Palavras-chave – Direito do Consumidor. Dano Eficiente. Violações de Direitos. Dano Moral. Impactos sociais.

Sumário – Introdução. 1. As violações sistemáticas ao Código de Defesa do Consumidor. 2. A teoria do dano eficiente e o provisão mercantil de indenizações. 3. O papel coercitivo do Judiciário na defesa dos direitos dos consumidores e no equilíbrio das relações econômicas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da utilização mercantil da padronização das decisões judiciais em causas referentes ao direito do consumidor por réus contumazes. Busca-se analisar e demonstrar que as sistemáticas violações de direitos do consumidor no Brasil são reflexos de empresas preocupadas exclusivamente com o lucro e da ausência de justa e proporcional correição por parte do Poder Judiciário de forma didática e crítica.

Trata-se de um tema pouco debatido na magistratura e no Direito, com grandes reflexos na sociedade e na economia. O aumento das condenações e sanções punitivo-pedagógicas, de fato, e não somente teórica, para infratores contumazes apresenta-se como solução a médio e longo prazo de diversos problemas, como a grande quantidade de ações ajuizadas e má aplicação da lei, isto é, do Código de Defesa do Consumidor, impactando positivamente na economia, bem como aumentar o grau de confiabilidade do Judiciário perante a sociedade.

Com o advento e a evolução da tecnologia, o fácil acesso à internet, bem como a ampliação do ramo publicitário e o crescimento populacional, houve significativo aumento no

número de consumidores integrando a cadeia de consumo.

Diante do crescente número de processos no Judiciário, tornou-se recorrente o uso de modelos de sentença para estes casos repetitivos. Conseqüentemente, as indenizações e sanções, impostas aos prestadores de serviços e fornecedores, tornaram-se relativamente baixas e previsíveis em ambas as instâncias.

Observa-se uma ausência de uma punição pedagógica efetiva, pois as empresas são capazes de provisionar os gastos com indenizações judiciais, sendo, portanto, menos custoso ser derrotado no Judiciário do que investir na qualidade do serviço, do produto e do atendimento ao consumidor, o que gera danos do ponto de vista econômico. Esta é a essência do dano eficiente.

No primeiro capítulo, pretende-se apontar e relacionar o crescimento da demanda dos consumidores, a falta de investimento em melhorias e o desenvolvimento de técnicas empresariais visando exclusivamente o lucro, violando diversos princípios do Código de Defesa do Consumidor e a ausência de poder coercitivo do Estado, em especial do Poder Judiciário.

Prosseguindo, no segundo capítulo é apresentado o conceito da teoria do dano eficiente e como o uso desta teoria provoca impactos no mundo jurídico, empresarial, além de reflexos socioeconômicos.

Por fim, no terceiro capítulo, a pesquisa busca explorar e explicar as possíveis causas, traçando um breve paralelo com os capítulos anteriores, mas também refletir quais seriam as soluções jurídicas, bem como o papel do Judiciário no combate a esta prática nociva, buscando preservar e ampliar a defesa dos direitos dos consumidores e as prováveis conseqüências sociais e econômicas.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo com o fito de melhor explicar a problemática, uma vez que o pesquisador se posiciona combinando dados estatísticos, proposições hipotéticas, matérias jornalísticas, bem como a bibliografia pertinente ao tema, abordando todo o objeto da pesquisa e sustentando sua defesa.

1. AS VIOLAÇÕES SISTEMÁTICAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor foi criado em 1990 pela Lei nº 8.078, portanto, dois anos após a redemocratização do país, pois está diretamente ligado com a Constituição Federal de 1988¹ em seu artigo 5º, XXXII, devendo o Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, sendo esta um princípio da ordem econômica nacional, conforme se verifica no artigo 170, V, também da CRFB/88². Sendo assim, é um diploma legal de extrema importância, devendo ser respeitado por todos os que compõem a cadeia de consumo para que não existam impactos de ordem econômica e conseqüentemente social nas relações de consumo.

É notável que houve, em dado momento, a necessidade de uma mudança na lei consumerista, de modo a reequilibrar as relações entre consumidores e fornecedores. Isto fica evidente a partir das palavras de Sérgio Cavalieri Filho³:

[...] a responsabilidade civil nas relações de consumo é a última etapa dessa longa evolução da responsabilidade civil. Para enfrentar a nova realidade decorrente da Revolução Industrial e do desenvolvimento tecnológico e científico, o Código do consumidor engendrou um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revelara-se insuficiente para proteger o consumidor.

Desde então, três décadas se passaram e poucos avanços foram verificados e a relação consumidor-fornecedor está se tornando mais litigiosa. Hoje, o número de ações consumeristas representa quase a totalidade das ações ajuizadas nos Juizados Especiais Cíveis e uma grande parte das ações nas Vara Cíveis. Mas como explicar este fenômeno se o direito do consumidor é um pilar da ordem econômica? Teria o Estado se omitido de seu dever legal?

Inicialmente, é importante destacar que com o advento e a evolução da tecnologia, o fácil acesso à internet, bem como a ampliação do ramo publicitário e o crescimento populacional, houve significativo aumento no número de consumidores.

As empresas, por sua vez, devem ampliar e melhorar seus serviços para atender a crescente demanda e corresponder às expectativas de todos os seus consumidores. Infelizmente, nota-se que as grandes empresas mais acionadas e mais condenadas no Judiciário por violação a direitos do consumidor são sempre as mesmas.

Toda grande empresa visa o lucro e enxerga nos consumidores como números, sendo

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 set. 2020.

² Ibidem.

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 286.

eles o principal foco de apenas 36% daquelas⁴, e conseqüentemente, a melhoria nos serviços e produtos não figuram como prioridade. Sendo assim, é feito um balanço com os lucros obtidos por meio das más práticas, possíveis condenações no Judiciário e custo de melhoria do serviço. A empresa adotará a política que for mais lucrativa, uma vez que esta não se vincula a valores morais, logo, em muitos casos não há o devido investimento visando evitar práticas ilegais.

O Judiciário fluminense, em 2005, editou a Súmula nº 75⁵, sendo um atestado de impunidade aos fornecedores e prestadores e flagrantemente inconstitucional, porém, essa só veio a ser cancelada em 2018, após provocação da OAB-RJ que alegou⁶ “ser necessária a utilização de todos os mecanismos necessários para frear as empresas que desrespeitam o consumidor com frequência, principalmente aquelas mais famosas no Poder Judiciário”.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça apesar de já flexibiliza-la em um caso isolado⁷, ainda mantém em vigor a Súmula nº 385⁸ que é muito criticada na doutrina por violar o caráter punitivo-pedagógico do dano moral, afastar a responsabilidade objetiva e favorecer a impunidade de más práticas contra os consumidores⁹.

Durante a VII Jornada de direito Civil foi aprovado um enunciado¹⁰ que embasa a teoria do mero aborrecimento e que para Miguel Barreto¹¹, extingue o dano moral:

Com o crescente número de processos no Judiciário, torna-se recorrente o uso de

⁴ DEARO, Guilherme. *Consumidor não é o foco das grandes empresas brasileiras*. Portal Exame. Brasil, publicado em 31 mar, 2015, Marketing Disponível em: < <https://exame.com/marketing/consumidor-nao-e-o-foco-das-grandes-empresas-brasileiras/>> Acesso em: 30 set. 2020.

⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Súmula nº75*: "O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte." Disponível em: < http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150537&desc=ti&> Acesso em: 23 mar. 2021.

⁶ MIGALHAS. *TJ/RJ: Órgão especial cancela súmula do "mero aborrecimento"*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/quentes/293074/tj-rj--orgao-especial-cancela-sumula-do--mero-aborrecimento>> Acesso em: 29 set. 2020.

⁷ CONSULTOR JURÍDICO. *TJ admite flexibilizar súmula sobre dano por inscrição em cadastro restritivo*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-fev-27/stj-flexibiliza-sumula-inscricao-cadastro-restritivo>> Acesso em: 01 out. 2020.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 385*: Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento. 2009. Disponível em: < http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2285/Sumulas_e_enunciados> Acesso em: 01 out. 2020.

⁹ CASTANHA, Flávia. *A aplicação indiscriminada da Súmula 385 do STJ*. Brasil. Publicado em 2016. JusBrasil. Disponível em: < <https://flaviacastanha.jusbrasil.com.br/artigos/360182430/a-aplicacao-indiscriminada-da-sumula-385-do-stj>>. Acesso em: 01 out. 2020.

¹⁰ BRASIL. VII Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº589*: a compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio.” Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>, p.27. 2015. Acesso em: 01 out. 2020.

¹¹ OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. *A Indústria do mero aborrecimento*. Juiz de Fora: Editar, 2016, p. 74.

modelos de sentença para estes casos repetitivos. Consequentemente, as indenizações e sanções, impostas aos prestadores de serviços e fornecedores, passam a ser relativamente previsíveis em ambas as instâncias.

Nesse sentido, não há preocupação em punir as empresas pela má prestação de serviços, ainda que estas sejam contumazes, mas sim em julgar o maior número de processos possíveis, taxando diversos casos como mero aborrecimento. Miguel Luiz Barros Barreto de Oliveira¹² entende que:

A jurisprudência defensiva material é aquela que intenciona evitar a multiplicação de processos gerados por condutas repetidamente de abusivas praticadas pelos fornecedores, rejeitando o mérito das ações consumeristas respectivas ou reduzindo o valor das reparações e, assim, desestimulando a propositura de novos processos.

Diante da ausência de uma punição pedagógica, as empresas são capazes de provisionar os gastos com indenizações judiciais, sendo, portanto, menos custoso ser derrotado no Judiciário do que investir na qualidade do serviço, do produto e do atendimento ao consumidor.

As indenizações punitivas e pedagógicas estão mais escassas por princípios, jurisprudências e teorias que desfavorecem toda a sociedade, incentivando as empresas a não melhorarem seus serviços, pois o Judiciário não atende as expectativas do consumidor que teve os seus direitos desrespeitados, e, por vezes, banalizando o descaso com o consumidor para reduzir o número de processos e tornar a justiça mais célere, afastando assim a responsabilidade do fornecedor e punindo mais uma vez o consumidor, assim como explica Miguel Barreto¹³:

Isso leva a refletir que a celeridade ilusória objetivada neste ‘ativismo judicial processual’, além de não resolver o gargalo do crescimento do número de ações, prejudica ainda mais o jurisdicionado – já lesado, em tese, na relação de consumo – menosprezando as condenações por danos morais em sede consumerista.

Sendo assim, verifica-se que o crescimento da demanda dos consumidores, a falta de investimento, o desenvolvimento de técnicas empresariais visando exclusivamente o lucro, violando diversos princípios do Código de Defesa do Consumidor e a ausência de poder coercitivo do Estado, em especial do Poder Judiciário seriam as causas para o aumento sistemático do número de violações ao Direito do Consumidor e no crescimento de ações ajuizadas pelos mesmo motivos contra as mesmas empresas que, por sua vez, realizam um provisão¹⁴ de indenizações e condenações e utilizam a teoria do dano eficiente.

¹² Ibid., p.45

¹³ Ibid., p.188

¹⁴ “Provisão contábil é uma terminologia utilizada para definir eventos que Reduzem o Ativo ou aumentam o

2. A TEORIA DO DANO EFICIENTE E A PROVISÃO MERCANTIL DE INDENIZAÇÕES

O vilipendiamento dos direitos dos consumidores, consagrados pela Constituição Federal e na Lei nº 8.078/90, em especial em seu artigo 6º, crescem proporcionalmente ao aumento de decisões judiciais e administrativas que legalizam práticas evidentemente abusivas das empresas.

Diante deste cenário, os grandes e médios fornecedores criaram um verdadeiro mecanismo de provisão mercantil altamente lucrativo, com base em conhecimentos contábeis e nas condenações do Judiciário com baixos valores.

O prognóstico mercantil de indenizações é a base da teoria do dano eficiente. Alimentados pelo capitalismo selvagem, os setores jurídico, bem como o financeiro destas empresas se debruçam sobre as principais reclamações dos consumidores e, ao invés de buscarem soluções para resolver as demandas de seus clientes, há uma análise de quais fatos configurariam dano eficiente e dano ineficiente.

O dano eficiente ocorre quando a prática abusiva ou ilícita da empresa gera lucro, considera-se também que nem todos os consumidores buscarão a intervenção do Poder Judiciário e os poucos que assim o fizerem, alguns não lograrão êxito e os que obterem sucesso, serão indenizados ao final de recursos em valores irrisórios em comparado com os ganhos destas práticas.

Tal situação leva os operadores do Direito a se perguntarem se seria lucrativo para os fornecedores manterem práticas ilícitas, arcarem com escritórios de advocacia, custas processuais e indenizações? A resposta somente é positiva se houver a conivência estatal, em especial o Judiciário e o Legislativo.

Não por acaso, os aplicadores desta teoria sempre são as empresas e fornecedores mais acionados no Judiciário, em especial, nos Juizados Especiais Cíveis e Varas Cíveis e mesmo assim apresentam lucros ano após ano. A teoria do dano eficiente pode ser resumida com a seguinte frase: O crime compensa.

Flávio Tartuce¹⁵ tem opinião crítica quanto ao tema de indenizações no Judiciário brasileiro, tecendo críticas à jurisprudência que vem reconhecendo, segundo ele, a

Passivo, sendo necessários ajustá-los à efetiva realidade patrimonial.” CEFIS. *Provisões Contábeis*. Disponível em: < <https://blog.cefis.com.br/provisoes-contabeis/> > Acesso em: 01 out.2020.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 9. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 462.

responsabilidade sem dano, podendo gerar injustiças:

Sem dúvidas, essa reflexão é imperiosa e poderá alterar todas as balizas teóricas da responsabilidade civil. O grande desafio, entretanto, é saber determinar os limites para a nova tese, que pode gerar situações de injustiça, mormente de pedidos totalmente imotivados, fundados em reais meros aborrecimentos, comuns no Brasil.

Na contramão, as empresas e fornecedores apenas adotam ações de melhorias em seus produtos e serviços quando identificam que o dano causado é ineficiente, isto é, quando as práticas adotadas provocarem prejuízos, em especial nos âmbitos administrativos e judicial, em decorrência de um grande número de multas e condenações com valores elevados, ocorrendo somente nos casos onde há maior rigor do Estado.

Acerca deste tema, cumpre invocar César Fiuza¹⁶, especialista no presente debate:

O dano ineficiente, por seu turno, é o dano eficiente tornado ineficiente pela ação dos órgãos administrativos do Estado e/ou do Judiciário. Na medida em que o juiz condenar a montadora a uma altíssima indenização, ao atuar em ação indenizatória proposta por um dono de automóvel, vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção, estará transformando o dano eficiente em dano ineficiente. As eventuais indenizações que a montadora terá que pagar serão tão altas, que será preferível o recall, por ser mais barato.

O provisionamento de indenizações é feito pelos fornecedores, e isto, por si só desencadeia impactos jurídico, empresarial, social e econômico altamente prejudiciais para a sociedade e à segurança jurídica.

Juridicamente, o dano eficiente se aproveita das decisões repetidas, fruto das milhares de ações provocadas pelos mesmos fatos geradores. O Judiciário, na tentativa de ser mais célere -conforme explanado no capítulo anterior- cria uma jurisprudência defensiva. Neste sentido, a defesa da empresa em juízo não é mais direcionada à absolvição, mas sim em evitar condenações por valores altos e fora do orçamento previsto no provisionamento, impedindo que o dano se transforme em ineficiente, criando uma jurisprudência para determinados casos, demonstrando que há forte influência no Direito de demais áreas:¹⁷

[...] Com isso o Direito também sofreu interferências. Não obstante a forma de regime adicionais de avaliação e consulta não é algo superficial, porque as formas divergem de maneira muito perspicaz. O Direito é puramente verbal e bastante hermenêutico, já a Economia é basicamente apenas uma matemática e bastante empírica.

¹⁶ FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11. ed, rev., atual. e ampli.. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 720.

¹⁷ ARAÚJO, Daniella; MOREIRA, Carolina. *Responsabilidade civil e a aplicabilidade punitivo - pedagógica no dano eficiente*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/86979/responsabilidade-civil-e-a-aplicabilidade-punitivo-pedagogica-no-dano-eficiente> > Acesso em: 15 mar. 2021.

Sob o olhar mais empresarial, verifica-se que as concorrentes desta empresa, também passam a adotar a mesma prática por ser altamente lucrativa. Isto gera, em certos ramos de serviços e produtos, um verdadeiro cartel¹⁸ obrigando o consumidor a escolher uma das empresas que menos violem seus direitos, assim como já ocorre, por exemplo, com as empresas prestadoras de serviços de telefonia, “O cartel surge quando empresas que dominam um mesmo ramo de mercado passam a agir de forma coordenada. O objetivo é combinar preços de tal maneira que a margem de lucro seja ampliada.”

A adoção em massa da teoria do dano eficiente pelos fornecedores também pode provocar grandes impactos sociais e econômicos, como por exemplo a ocorrência da chamada assimetria de informações¹⁹ :

A assimetria informacional se constitui em uma falha de mercado, pois diante de sua existência não se mostra possível que apenas as interações estabelecidas entre empresas e consumidores sejam capazes de gerar um equilíbrio em que o bem-estar é maximizado.

Neste sentido, os serviços precários dos grandes fornecedores geram nos consumidores relevada desconfiança, conforme explica André Bona²⁰:

Nesse tocante, assegura-se que, quanto maior segurança os consumidores tiverem, maior será sua qualidade de vida, bem como o avanço tecnológico e o número de celebrações de novos contratos. (...) No entanto, o que se verifica na prática é que há um desequilíbrio no acesso a informações entre as partes.

Sendo assim, é preciso uma mudança jurídico-legal para transformar o dano eficiente em dano ineficiente, de forma a se combater a jurisprudência defensiva, a descrença da sociedade no ideal de justiça e no próprio Judiciário, além de favorecer o desenvolvimento da economia com o fortalecimento e incentivo na melhoria da qualidade dos serviços e produtos provocados não só pelos consumidores em geral, mas pelo Estado.

¹⁸ REIS, Tiago. *Oligopólio*: saiba o que é e como ele pode influenciar sua vida financeira. Disponível em: <<https://www.sun0.com.br/artigos/oligopolio/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁹ LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. *O Dano Eficiente e Análise Econômica do Direito: uma Visão Consumerista*. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24551030_O_DANO_EFICIENTE_E_ANALISE_ECONOMICA_DO_DIREITO_UMA_VISAO_CONSUME RISTA.aspx>. Acesso em: 16 mar. 2021.

²⁰ BONA, André. *Dano eficiente: o que é e quais seus possíveis prejuízos?*. Disponível em: <<https://andrebona.com.br/dano-eficiente-o-que-e-e-quais-seus-possiveis-prejuizos/>> Acesso em: 17 mar. 2021.

3. O PAPEL COERCITIVO DO JUDICIÁRIO NA DEFESA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES E NO EQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES ECONÔMICAS

A teoria do dano eficiente surgiu graças ao anseio dos fornecedores em obter lucro, ainda que seja necessário violar direitos básicos dos consumidores. Isto somente foi possível graças a inércia do poder público, em especial do Legislativo e do Judiciário. Como consequência, cada vez mais percebe-se uma sensação de impunidade e desconfiança por parte da sociedade em buscar os seus direitos em sede judicial.

O Poder Judiciário, nos últimos anos, conquistou papel de destaque na política e mais influência nos demais Poderes por meio do ativismo judicial- atuação proativa do Judiciário que interfere em decisões dos Poderes Legislativo e Executivo.-. Diante deste cenário, a jurisprudência elaborada pelos Tribunais, por vezes, possuem maior valoração do que a literalidade de uma lei municipal, estadual ou federal.

Sendo assim, o Judiciário deve se atentar e buscar punir os infratores razoavelmente, sem causar um conflito com o princípio do enriquecimento sem causa²¹ e sem proporcionar um sentimento de impunidade na sociedade.

Assim, é importante ressaltar, no entanto, que o princípio do enriquecimento sem causa impede que valores indenizatórios desproporcionais ao dano em si sejam estipulados, pois resultariam em um ganho de patrimônio exagerado do consumidor lesado, no caso. Em contrapartida, deve haver uma punição severa aos litigantes contumazes, ou seja, aos fornecedores e prestadores de serviços que são mais acionados.

Nehemias Domingos de Melo²² sugeriu que além da reparação da ofensa em danos morais a ser revertida para o consumidor, fosse estipulado o que ele chama de *plus* que seria uma espécie de multa com caráter pedagógico que, por sua vez, não ofenderia, portanto, o princípio do enriquecimento sem causa:

De outro lado, ao adotar-se a destinação do plus condenatório para um fundo Judiciário, estar-se-ia recompensando o corpo social, já que último destinatário dos comandos jurisdicionais e, mais do que isso, não permitiria às vítimas das injustas agressões, o enriquecimento sem causa, argumento atualmente muito utilizado como fator limitativo do montante indenizatório.

É preciso que o poder público encare uma violação ao direito do consumidor como uma ofensa a sociedade como um todo, legitimando e viabilizando assim, a imposição de

²¹ Este princípio está previsto nos artigos 884 a 886 do Código Civil de 2002.

²² MELO, Nehemias Domingos. Fundo Judiciário: Por uma nova teoria da reparação por danos morais,. 13 dez. 2005, *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em :<http://www.conjur.com.br/2005dez13/teoria_reparacao_danos_morais> Acesso em: 30 mar. 2021.

multa pecuniária em favor da comunidade, e, portanto, reativando a aplicação da condenação punitiva e pedagógica, consagrada no direito americano e que sofre grande resistência no Judiciário.

Segundo João Francisco Neto²³, as indenizações são muito baixas no Judiciário:

Em relação ao valor, nos Estados Unidos ocorre justamente o contrário. As altas indenizações determinadas pela Justiça americana têm um caráter punitivo, extraído da chamada “teoria do valor do desestímulo”. O valor milionário dessas indenizações tem a função não só de compensar a pessoa que sofreu o dano, mas, principalmente, de punir o ofensor. A sociedade, ao tomar conhecimento do alto valor da condenação, ficaria, então, desestimulada a incidir na prática de atos semelhantes. Daí o fundamento da “teoria do valor do desestímulo”. São cifras tão elevadas, que, por seu exagero, vão muito além da mera compensação, assumindo um caráter de pena criminal no âmbito cível.

Recentemente, o Código de Defesa do Consumidor completou trinta anos, mas ele se mostrou ineficaz ou ao menos insuficiente até aqui. Em reportagem²⁴ do portal Consultor Jurídico, apurou-se que o Conselho Nacional de Justiça constatou em 2020 que os “processos envolvendo assuntos de Direito do Consumidor são os mais numerosos da justiça estadual.”.

Na referida reportagem²⁵, Lênio Streck tece críticas sobre o Código de Defesa do Consumidor e sobre a atual conjuntura nesta seara:

Na verdade, [o CDC] ao não funcionar, funciona. Desculpem a brincadeira, mas é vantagem enganar o consumidor. Dia a dia o consumidor sofre mais. Mais tecnologia, menos direitos, péssimo atendimento. As empresas fazem um cálculo atuarial. Quantas pessoas irão à justiça? Desses, quantos terão paciência para ir até o fim? E, mesmo que a empresa seja condenada, a pena pecuniária é ínfima. Ou seja, é um bom negócio descumprir o CDC.

Ainda na citada reportagem²⁶, Carlos Portugal Gouvêa, professor da USP, sugere alternativas para esta problemática e que merecem destaque como, por exemplo, como a adoção do modelo de *class actions* do direito americano, similar as ações coletivas, porém em sede de CDC, além de obrigar os fornecedores a pagarem o quanto efetivamente lucraram com a prática ilegal, sendo este artifício conhecido como *punitive damage* ou dano punitivo. O professor explica sua tese e seus benefícios:

Dessa forma, um consumidor poderia mover uma ação e convocar outros que tivessem problemas semelhantes a se juntar a ele no processo. Com mais recursos,

²³ FRANCISCO NETO, João. Valor irrisório: No Brasil, indenizações são baixas, 1 mai. 2011, *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-01/fixacao-indenizacao-brasil-peca-moderacao-valores>> Acesso em 30 mar. 2021

²⁴ RODAS, Sérgio. Práticas Lucrativas. Em 30 anos, CDC trouxe avanços, mas não coibiu abusos de empresas. 19 Dez. 2020, *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em :< <https://www.conjur.com.br/2020-dez-19/30-anos-cdc-trouxe-avancos-nao-coibiu-abusos-empresas>> Acesso em: 04 abr. 2021

²⁵ Ibid

²⁶ Ibid

seria possível pagar investigações e perícias mais aprofundadas, que poderiam levar as empresas a ser condenadas a pagar indenizações que as desencorajariam a manter as práticas questionadas.

Com o advento de leis e jurisprudências mais severas em resposta às contumazes violações do direito do consumidor, é provável que o dano eficiente se transforme em dano ineficiente, não restando outra opção aos fornecedores filiados àquela teoria, senão investir e melhorar seus produtos e serviços.

Tratar-se-ia, portanto, de verdadeira intervenção estatal na economia, na forma de fiscalização, conforme o artigo 174 da Constituição Federal²⁷, visando à proteção de direitos previstos e consagrados na Constituição Federal e em uma lei federal. A criação de leis mais severas não afastaria investidores ou dificultaria a abertura de novos empreendimentos, pois estas devem visar tão somente à proteção do consumidor e a punição somente dos fornecedores e prestadores de serviço que não respeitem seus clientes. Assim, o Estado tem papel fundamental para solucionar este problema, devendo usar seu poder regulador na economia.

Este trecho retirado de artigo²⁸ publicado no portal Jusbrasil apresenta importante apontamento acerca do tema:

Fato é que, com a crise econômica gerada pelo Estado social, oriunda do seu agigantamento no aspecto assistencial, fez surgir um Estado regulador, que transfere à iniciativa privada a atividade econômica, mas que reserva para si a função de regulador, no escopo de assegurar a livre concorrência dentro de uma economia equilibrada. De tal modo, a intervenção do Estado por meio da regulação da atividade produtiva de bens e serviços surgiu para aumentar a eficiência dos serviços públicos, alterando-se seu panorama constitucional, deixando o Estado de ser agente protagonista, para ser um agente fomentador e regulador.

A condenação no pagamento de uma multa proporcional ao número de vezes que este fornecedor foi acionado e condenado, em virtude da má prestação de serviços, a ser convertida, por exemplo, em caridade compulsória em favor de instituições, ONGs e fundações devidamente credenciadas, beneficiando a sociedade, da mesma maneira que já é aplicada na esfera criminal, nas transações penais quando o réu é condenado a pagar um determinado número de cestas básicas, porém em larga escala como forma de pena poderia

²⁷ BRASIL, op.cit., nota 1. “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo do setor privado.”

²⁸ RAMOS, Gabriel Favarelli. *Formas de Intervenção do Estado na Economia*. 2017. Jusbrasil. Disponível em: <<https://gabrielfavarelli07.jusbrasil.com.br/artigos/408516759/formas-de-intervencao-do-estado-na-economia#:~:text=A%20interven%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20no,os%20direitos%20e%20garantias%20individuais.>> Acesso em: 04 abr. 2021.

desestimular as grandes empresas a persistirem com as práticas ilícitas, pois o prejuízo seria notável.

Portanto, tal inovação jurídica seria bem recebida no ordenamento jurídico brasileiro, se devidamente aprovada em projeto de lei no Congresso Nacional e pacificada na jurisprudência, além de beneficiar centenas de instituições beneficentes e conseqüentemente milhares de pessoas hipossuficientes, bem como, evitar a impunidade sistêmica nas relações consumeristas, resolvendo ou, ao menos, reduzindo os impactos sociais e econômicos a curto ou médio prazo.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou constatar um problema de ordem jurídica, especificamente no ramo do direito do consumidor, onde a teoria do dano eficiente é utilizada pelos grandes fornecedores e prestadores de serviço como meio para obter lucro em detrimento dos direitos básicos de seus consumidores.

As empresas mais acionadas no Judiciário, em regra, são as que mais apresentam produtos e serviços defeituosos. Diante deste cenário, em uma sociedade capitalista, foi constatado que as empresas optaram por investir em estratégias jurídicas ao invés de melhorar o produto ou serviço ofertado ao consumidor, pois verificaram ser aquela mais lucrativa do que esta.

Analisando diversos autores, legislações e jurisprudências, durante a pesquisa, foi possível notar que a principal estratégia utilizada para estes fornecedores obterem lucro, sem terem que investir em seu produto, é a chamada teoria do dano eficiente. Com este artifício jurídico aliado à omissão estatal, em especial do Judiciário, proporcionou o crescimento destas práticas no mundo empresarial, prejudicando uma gama de consumidores no país.

Com isto, verificou-se, por meio de dados colhidos, que o consumidor não é o principal foco dos fornecedores, sendo assim, a busca incessante por mais lucro e menos qualidade gera, por sua vez, mais ações ajuizadas e aumentando o número de processos no Judiciário.

Restou demonstrado que o Estado tem papel importante no que se refere a coibir estas práticas e desestimular não apenas as estratégias jurídicas nocivas, bem como as más práticas perpetradas por estas empresas contra o lado mais vulnerável da relação jurídica, ou seja, os consumidores.

Neste artigo foram apontadas as principais conseqüências da manutenção desta teoria

do dano eficiente. No campo social, ocorre um substancial aumento no sentimento de impunidade dos consumidores. Já na seara econômica, causa insegurança na qualidade e confiabilidade dos produtos, podendo causar em longo prazo uma desaceleração na economia.

O entendimento é de que sem uma intervenção estatal, com edição de uma legislação mais severa por parte do Legislativo e sedimentação de uma jurisprudência capaz de desestimular com condenações e multas proporcionais ao número de lesões aos direitos dos consumidores, a impunidade prevalecerá e o Judiciário passará a ser mais acionado pelos mesmos fatos, sendo refém de sua própria omissão, intensificando os problemas já apontados por esta pesquisa em razão da teoria do dano eficiente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Daniella; MOREIRA, Carolina. *Responsabilidade civil e a aplicabilidade punitivo - pedagógica no dano eficiente*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/86979/responsabilidade-civil-e-a-aplicabilidade-punitivo-pedagogica-no-dano-eficiente> > Acesso em: 15 mar. 2021.

BONA, André. *Dano eficiente: o que é e quais seus possíveis prejuízos?*. Disponível em: < <https://andrebona.com.br/dano-eficiente-o-que-e-e-quais-seus-possiveis-prejuizos/> > Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. VII Jornada de Direito Civil. *Enunciado nº589*. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>, p.27. 2015. Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 29 set.2020.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm > Acesso em: 30 set.2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 385*. Disponível em: < http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2285/Sumulas_e_enunciados > Acesso em: 01 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Súmula nº 75*. Disponível em: http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150537&desc=ti&. Acesso em: 23 mar. 2021.

CASTANHA, Flávia. *A aplicação indiscriminada da Súmula 385 do STJ*. Brasil. Publicado em 2016. JusBrasil. Disponível em: < <https://flaviacastanha.jusbrasil.com.br/artigos/360182430/a-aplicacao-indiscriminada-da-sumula-385-do-stj> >. Acesso em: 01 out. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas,

2019.

CEFIS. *Provisões Contábeis*. Disponível em: <<https://blog.cefis.com.br/provisoes-contabeis/>> Acesso em: 01 out.2020.

CONSULTOR JURÍDICO. *TJ admite flexibilizar súmula sobre dano por inscrição em cadastro restritivo*. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2020-fev-27/stj-flexibiliza-sumula-inscricao-cadastro-restritivo>> Acesso em: 01 out. 2020.

DEARO, Guilherme. *Consumidor não é o foco das grandes empresas brasileiras*. Portal Exame. Brasil, publicado em 31 mar, 2015, Marketing Disponível em: < <https://exame.com/marketing/consumidor-nao-e-o-foco-das-grandes-empresas-brasileiras/>> Acesso em: 30 set. 2020.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 11. ed, rev., atual. e ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRANCISCO NETO, João. Valor irrisório: No Brasil, indenizações são baixas, 1 mai. 2011, *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2011-mai-01/fixacao-indenizacao-brasil-peca-moderacao-valores.>> Acesso em 30 mar. 2021.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. *O Dano Eficiente e Análise Econômica do Direito: uma Visão Consumerista*. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24551030_O_DANO_EFICIENTE_E_ANALISE_ECONOMICA_DO_DIREITO_UMA_VISAO_CONSUMERISTA.aspx>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MELO, Nehemias Domingos. Fundo Judiciário: Por uma nova teoria da reparação por danos morais,. 13 dez. 2005, *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em :<http://www.conjur.com.br/2005dez13/teoria_reparacao_danos_morais> Acesso em: 30 mar. 2021.

MIGALHAS. *TJ/RJ: Órgão especial cancela súmula do "mero aborrecimento"*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/quentes/293074/tj-rj--orgao-especial-cancela-sumula-do-mero-aborrecimento>> Acesso em: 29 set. 2020.

OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. *A Indústria do mero aborrecimento*. Juiz de Fora: Editar, 2016.

RAMOS, Gabriel Favarelli. *Formas de Intervenção do Estado na Economia*. 2017. Jusbrasil. Disponível em: <<https://gabrielfavarelli07.jusbrasil.com.br/artigos/408516759/formas-de-intervencao-do-estado-na-economia#:~:text=A%20interven%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20no,os%20direitos%20e%20garantias%20individuais.>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

REIS, Tiago. *Oligopólio: saiba o que é e como ele pode influenciar sua vida financeira*. Disponível em: < <https://www.suno.com.br/artigos/oligopolio/>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

RODAS, Sérgio. Práticas Lucrativas. Em 30 anos, CDC trouxe avanços, mas não coibiu abusos de empresas. 19 Dez. 2020, *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em :< <https://www.conjur.com.br/2020-dez-19/30-anos-cdc-trouxe-avancos-nao-coibiu-abusos->

empresas> Acesso em: 04 abr. 2021

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 9. ed. São Paulo: Método, 2018.