



AS REGRAS CONSUMERISTAS: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

AS CONSUMERISTAS RULES: AN ANALYSIS UNDER THE FOCUS OF TRANSACTION COSTS

<i>Recebido em:</i>	02/07/2015
<i>Aprovado em:</i>	21/10/2015

Antonio Bazilio Floriani Neto¹

Lara Bonemer Azevedo da Rocha²

RESUMO

O presente artigo busca analisar os efeitos gerados pelas mudanças institucionais do direito, sob o enfoque dos custos de transação. Pretende-se, em um primeiro momento, analisar a importância das instituições para o funcionamento dos mercados, e em especial do direito, na garantia de segurança. Parte-se, então, para o estudo do direito como incentivador de condutas, na medida em que cria regras de comportamento a serem seguidas pelos jurisdicionados na busca pela maximização de seu bem-estar. Ato contínuo, serão abordadas algumas mudanças institucionais do direito e seus efeitos, em especial as regras consumeristas criadas com o escopo de garantir equilíbrio às relações jurídico-obrigacionais. Será estudado, neste aspecto, como a criação de regras desta natureza, que

¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR; Especialista Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR; Advogado.

² Mestre Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR; Professora no Curso de Graduação em Direito do UniCesumar; Advogada.



objetivam atribuir equilíbrio às relações e garantir igualdade de direito entre as partes, podem onerar de forma demasiada um dos sujeitos, podendo, inclusive, inviabilizar a contratação e a realização de um negócio. Ao final, serão tecidas conclusões a respeito desta problemática, destacando a necessidade de instrumentalização de políticas públicas com a finalidade de garantir o almejado equilíbrio das relações, sem, com isso, onerar demasiadamente uma das partes contratantes.

Palavras-chave: Mudanças; Direito; Custos de Transação.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the effects generated by institutional changes of law, from the standpoint of transaction costs. It is intended, at first, analyze the importance of institutions for the functioning of markets, and in particular the right, the guarantee of security. Breaks, then to the study of law as a promoter of conduct, in that it creates behavioral rules to be followed by jurisdictional in pursuit of maximizing their welfare. Subsequently, some institutional changes in the law and its effects will be addressed, especially consumeristas rules created with the aim of ensuring balance the legal and obligational relations. It will be studied in this regard as the creation of rules of this nature, aimed at assigning balance relations and ensure equal rights between the parties, may encumber way too much of the subject, and may even void the contract and the realization of a business. Finally, conclusions will be woven about this issue, highlighting the need for exploitation of public policies in order to ensure the desired balance of relations without thereby burdening too Contracting Party.

Key-words: Change; Right; Transaction costs.

1 INTRODUÇÃO



O direito brasileiro, com tradição *civil law*, confere relevante importância às instituições, as quais são divididas em formais (entendidas como as leis, constituições e demais espécies normativas) e informais (costumes, convenções, códigos de conduta).

Estas instituições têm como objetivo modelar o comportamento humano³, funcionando como restrições que estruturam as interações entre indivíduos. Como consequência disto, tem-se uma certa previsibilidade da conduta dos agentes. Diz-se isto porque os seres humanos são racionais e respondem a incentivos, logo, tendem a agir em conformidade com as regras do jogo. Desse modo, podemos afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro foi construído de modo a garantir segurança jurídica aos cidadãos, a fim de que estes tenham conhecimento de seus direitos e possam calcular os riscos de suas atitudes.

Esta segurança jurídica possibilita, inclusive, que o Estado brasileiro atinja um de seus objetivos, que é o desenvolvimento nacional, insculpido no artigo 3º, da Constituição Federal brasileira.

De maneira inversa ocorre com o sistema do *commom law*, baseado em precedentes e com a característica de atribuir um poder discricionário maior aos magistrados.

Neste passo, a segurança jurídica propalada pelo sistema adotado no Brasil, permite uma análise dos custos de transação, os quais são de extrema importância nas relações civis, empresariais e consumeristas. Diz-se isto porque segundo Humberto Ávila⁴, o aspecto material de segurança jurídica representa um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade. Assim sendo, as regras fornecem “(...) núcleos de sentido já fixados intersubjetivamente”⁵, nas quais os cidadãos confiam e antecipam os efeitos da conduta.

³ NORTH, Douglass. **Transacion Costs, Instituitons and Economic Performance**, Economic Center for Economic Growth, New York, 1993, p. 360.

⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 256/271.

⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 256/257.



Esta premissa decorre do fato de que as partes são racionais⁶ e buscam maximizar o seu bem-estar, seja em busca do lucro, seja para evitar futuros problemas, tais como representam as ações judiciais.

Ocorre que em determinadas matérias, o ordenamento jurídico atribui mais direitos a uma parte específica em detrimento de outra, tal como ocorre na relação consumerista.

Em um primeiro momento, tal conduta é louvável, eis que privilegia a parte hipossuficiente e pode representar justiça social. No entanto, ao fazermos uma análise econômica deste comportamento, observa-se os custos de transação são incluídos nos produtos e serviços ofertados e, como consequência, suportados por todos os cidadãos.

Diante deste contexto, o presente artigo se destina a analisar a eficácia destas normas protetivas e se elas realmente estão atingindo o fim a que se destinam.

2 IMPORTÂNCIA DAS INSTITUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO

2.1 Instituições, segurança e desenvolvimento

Ganhador do prêmio Nobel em ciências econômicas no ano de 1993, Douglass North foi um dos precursores da Nova Economia Institucional (NEI) “[...] escola oriunda de uma

⁶ A racionalidade a que nos referimos aqui é a limitada, que de acordo com o que escreve Marcia Carla Pereira Ribeiro, pode ser melhor vislumbrada na relação contratual. “Ao apreciar as condições de um negócio, o contratante, em princípio escolherá de forma racional a relação que será pactuada, se será pactuada, com quem será realizado o negócio e em que condições”. Entretanto, a perfeição deste sistema teórico pode ser rompida por uma série de fatores, concebidos por prazer, ideais, objetivos indiretos, e assimetrias informacionais, que se traduzem em falhas na racionalidade. Assim, reconhecer a limitação da racionalidade humana possibilita um aditamento de fatores que influenciam na escolha e nos negócios, “assim como permite levar em consideração até mesmo o conhecimento ou desconhecimento dos agentes com relação às externalidades provocadas pela operação econômica.”. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Capítulo 4 – Racionalidade Limitada**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (org). O que é análise econômica do direito: Uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 63 a 69.



revisão interna dos cânones da teoria econômica de matriz neoclássica, que introduziu as instituições como uma variável da análise econômica”⁷.

North⁸ elaborou sua teoria econômica pautada em duas premissas fundamentais: que as instituições e o tempo importam. Com base nestes pressupostos, rompeu com o paradigma neoclássico de que os agentes possuíam uma racionalidade ilimitada e de que não havia fricções (custos de transação) nas trocas entre os indivíduos. Como consequência deste pensamento, abordou as instituições e a importância da performance econômica através do tempo.

As instituições são concebidas como restrições humanas que norteiam as relações entre indivíduos e são divididas em restrições formais e informais. Como exemplo das primeiras, Sztajn cita as regras, leis e constituições, enquanto as normas de comportamentos, impositivas de conduta e convenções, integram o rol das restrições informais.

Juntas, estas restrições compõem a estrutura de incentivos aos cidadãos e formam o ordenamento jurídico. Feitas estas considerações e tomando por base que o direito tem como escopo regulamentar comportamento humano, nada mais óbvio que o faça através dos mencionados dispositivos. Assim sendo, para atingir os seus objetivos e induzir condutas, o direito⁹ faz uso das leis, constituições, regras e convenções.

⁷ SCHAPIRO, Maro Gomes. **Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento**. Revista Direito GV, São Paulo, 6(1). p. 213-252, jan-jun, 2010, p. 217.

⁸ NORTH, Douglass. **Transacion Costs, Institutions and Economic Performance**, Economic Center for Economic Growth, New York, 1993, p. 359.

⁹ Utiliza-se aqui o direito brasileiro, inspirado nas tradições do *civil law*, em que as instituições devem nortear os cidadãos e servir como embasamento das decisões judiciais. Faz-se esta consideração, pois no sistema norte-americano, *commom law*, há maior enfoque nos precedentes, garantindo aos judiciário uma maior autonomia até mesmo para fazer referências a normas sociais. Cooter e Ullen assim destacam acerca das diferenças entre os sistemas: “Como os juízes do *commom law* se baseiam relativamente mais nas decisões passadas de tribunais e os juízes do *civil law* se baseiam relativamente mais nas palavras dos estatutos, o sistema *commom law* está mais baseado nos precedentes do que o sistema *civil law*. A diferença no padrão de justificação afeta a formação dos advogados. O método *commom law* é ensinado por meio da leitura de casos ou processos e argumentando-se diretamente a partir deles, ao passo que o método *civil law* é ensinado por meio da leitura do código e



Tratando-se do nosso país, o livro de maior hierarquia no ordenamento jurídico pátrio é a Constituição Federal de 1988, que logo em seu artigo 3º elencou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Dentre eles estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos.

Importante observar que o legislador constituinte consagrou, expressamente, o desenvolvimento nacional como um objetivo de nossa nação. Obviamente que este desenvolvimento não se resume ao plano econômico, mas também social e político. No entanto, para atingir este fim delineado pela CFRB/88, em qualquer uma das searas mencionadas, o Estado Brasileiro deve fazer uso de instrumentos que transmitam segurança jurídica aos cidadãos.

Diz-se isto porque o desenvolvimento almejado somente ocorrerá se os indivíduos tiverem um ambiente propício para poderem se relacionar, fazer trocas, comprar e vender produtos com certa calculabilidade¹⁰, estimando os possíveis resultados de determinada ação.

Tal assertiva não é meramente intuitiva, mas é inerente ao ser humano, que utiliza a racionalidade para maximizar o interesse pessoal. Cooter e Ullen¹¹ ressaltam que isto

argumentando-se a partir dos comentários sobre ele”. COTTER, Robert; ULLEN, THOMAS. *Direito e economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 77.

¹⁰ A calculabilidade seria a capacidade de antecipar os conteúdos normativos. Este conceito está ligado, também, à modificabilidade das normas, devendo ser entendida como “[...] a elevada capacidade de prever o espectro das consequências jurídicas que normas futuras poderão atribuir aos fatos regulados por normas passadas: embora o Poder Legislativo tenha competência para inovar no ordenamento jurídico, os direitos fundamentais só serão efetivamente respeitados se as inovações não forem bruscas, drásticas e desleais. Assim não há calculabilidade quando o contribuinte, embora deva saber que a norma pode futuramente mudar, não apresenta condições de saber dentro de que limites ou em que medida aquela será alterada”. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 258.

¹¹ COTTER, Robert e ULLEN, THOMAS. *Direito e economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 36.



ocorre nas mais variadas áreas e não só com pessoas físicas, mas jurídicas, pois as empresas buscam lucro, os políticos angariam votos e os consumidores, a satisfação, felicidade.

Eleita a opção pautada pela maximização do interesse, racionalidade e sob o menor custo, podemos afirmar que a escolha foi eficiente. Vale destacar que todos estes conceitos mencionados (maximização, equilíbrio e eficiência) são estudados pela economia.

Nota-se, portanto, uma intrínseca relação entre as ciências econômica e jurídica, uma vez que os indivíduos, regra geral, se comportam dentro dos limites estabelecidos em lei para maximizarem os seus interesses.

E quando tratamos de diplomas legais, estamos falando das instituições, que são as responsáveis por determinar os efeitos das transações e os custos dela decorrentes. Foi Ronald Coase que fez a conexão crucial entre as instituições, os custos de transação e a teoria neoclássica.

Neste contexto e utilizando os ensinamentos de Sztajn, podemos afirmar que o Estado tem o papel fundamental de garantir as instituições, dar-lhes segurança, criando condições favoráveis para o funcionamento e desenvolvimento dos mercados¹².

Assim sendo, pode-se afirmar que as instituições, por seus efeitos sobre os custos de troca e produção, afetam decisivamente a performance econômica. Isto, aliado, a tecnologia empregada no mercado, torna possível a aferição dos custos de transação em determinado ambiente.

Estimados os custos, os indivíduos sentem-se incentivados a praticar transações, eis que podem visualizar certa segurança jurídica. Consequentemente, haverá um estímulo nas relações econômicas, o que propiciará o desenvolvimento do país.

Uma vez reconhecido o papel das instituições como modelador de condutas dos agentes, é de fácil verificação que mudanças institucionais produzem consequências para o

¹² ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org). **Direito e Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 06.



desenvolvimento econômico, como ocorre na esfera consumerista, que será objeto de análise nos capítulos seguintes.

2.2 O direito como incentivador de condutas

O item anterior evidencia a importância dos postulados econômicos não só para a sociedade, como também para a ciência jurídica. Nesta esteira, o presente artigo tem o objetivo de analisar as mudanças institucionais do direito através do método denominado Análise Econômica do Direito (AED), nascido na década de 1960, na Escola de Chicago, com os estudos de Ronald Coase, Guido Calabresi e Gary Becker.

A AED possui como principal característica a aplicação do instrumental econômico ao arcabouço jurídico. A justificativa para sua escolha no presente artigo está no resultado que a simbiose entre direito e economia, ciências bastante distintas pode oferecer.

Enquanto o direito se volta para o estudo da relação entre indivíduos, a economia, na clássica passagem de Lionel Robbins, é “a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos”¹³.

Assim sendo, acredita-se que a interdisciplinaridade propagada pela Análise Econômica do Direito, especialmente no campo normativo¹⁴, constitui um eficaz método

¹³ ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. 2 ed. rev. and ext. London: Macmillan, 1945, p. 16. Disponível em www.mises.org/books/robbinessay2.pdf

¹⁴ Ivo Gico Jr. desta forma ensina sobre a análise normativa e positiva: “(...) quando um praticante da AED está utilizando o seu instrumental para realizar uma análise positiva (e.g., um exercício de prognose, uma aferição de eficiência), dizemos que ele está praticando a ciência econômica aplicada ao direito. Aqui, o jurista não é capaz de oferecer quaisquer sugestões de políticas públicas ou de como certa decisão deve ser tomada (...) Já quando o praticante de AED está utilizando o seu instrumental para realizar uma análise normativa (e.g. afirmar que uma política pública X deve ser adotada em detrimento de política Y, ou que um caso A deve ser resolvido de forma W), ele está apto a fazê-lo enquanto jurista se, e somente se, o critério normativo com base no qual as referidas alternativas devem ser ponderadas estiver previamente estipulado (e.g. por uma escolha política prévia consubstanciada em uma lei). Por exemplo, se o objetivo é reduzir a quantidade de seqüestros-relâmpagos, a AED normativa pode nos auxiliar a identificar qual a melhor política de punição, qual a melhor estrutura processual para este tipo de delito, etc. Nessa linha, qualquer objetivo pode servir de guia para a AED



para compreensão das mudanças institucionais do direito, especialmente porque “a economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento”¹⁵, como elucidado por Cooter e Ullen.

O direito exerce um papel essencial na organização da atividade econômica, pois enquanto instituição, constitui-se em uma das chaves para o desenvolvimento.

Com fundamento nas leituras de North, Olson e Scully, Pinheiro e Saddi¹⁶, os quais demonstram a influência positiva das instituições legais sobre a economia, verifica-se o papel das leis em minimizar o impacto dos custos de transação na medida em que estabelecem regras para a negociação de direitos.

Esta postura implica em uma organização das regras de acesso e de saída de mercados, regulação da estrutura industrial, da conduta das empresas e pessoas.

Diante deste cenário, o direito pode ser definido como instituição social, formando um sistema de prêmios e punições, sendo um de seus principais objetivos dar estabilidade às relações sociais¹⁷.

3 MUDANÇAS INSTITUCIONAIS

3.1 Das mudanças institucionais para garantir equilíbrio às relações jurídico-obrigacionais

normativa, desde uma maior preocupação com distribuição de riqueza até a forma mais eficiente de se incentivar a conciliação entre casais em crise (fl. 17). GICO JR, Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 17, jan/jun. 2010.

¹⁵ COTTER, Robert e ULLEN, THOMAS. **Direito e economia**. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 25.

¹⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 11/15.

¹⁷ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 234.



Conforme delineado nos itens precedentes, o direito, ao prescrever regras de condutas a serem seguidas pelos jurisdicionados, atua como promotor de condutas, visando, dependendo do caso, atingir um fim específico.

As mudanças institucionais do direito são passíveis de verificação, conforme destacam Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn¹⁸, na medida em que se analisa a legislação consumerista, advinda, por exemplo, para equilibrar as relações entre particulares que, de outra forma, poderiam gerar efeitos perversos.

Neste contexto, o legislador, partindo da premissa necessária de que o consumidor será a parte mais fraca da relação jurídica-obrigacional entendeu por bem criar regras que o coloquem em posição igualitária àquela ocupada pelo fornecedor ou prestador de serviços.

Criado no ano de 1990, o Código de Defesa do Consumidor, com nítido caráter de criar políticas públicas de interesse social, conforme se extrai do seu artigo primeiro¹⁹, criou uma série de direitos ao consumidor, visando à sua proteção face à posição de desvantagem ocupada numa relação em que a outra parte teria melhores condições gerais, seja relacionada ao conhecimento sobre a matéria objeto do negócio, seja de ordem financeira, ou ainda, de influência pelo nome ostentado.

Os direitos criados pela legislação de consumo, elencados em sua maioria no artigo 6º²⁰, garantem desde a proteção da vida, saúde, segurança do consumidor, até sua garantia

¹⁸ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org). **Direito e Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 234.

¹⁹ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

²⁰ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

- I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de



de acesso aos órgãos judiciários e a facilitação da defesa de seus direitos, criando, neste aspecto, a possibilidade de inversão do ônus da prova, hipótese em que incumbirá exclusivamente ao fornecedor ou prestador de serviços a prova pelos fatos desconstitutivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Deste modo, havendo ingresso do consumidor na justiça, e provada sua hipossuficiência, a regra em questão é aplicada. Quando da criação da legislação consumerista, a inversão do ônus da prova era aplicada sem ressalvas, de modo que a mera aplicação das leis do consumidor ao processo ensejara a inversão do *onus probandi*.

Hoje, felizmente a regra tem sido aplicada com ressalvas, tornando-se imperiosa a efetiva demonstração de hipossuficiência da parte consumidora, para que dê ensejo à inversão do ônus da prova²¹. É o caso, por exemplo, de empresa de grande porte, litigante

quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

²¹ "DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO. - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. Negado provimento ao agravo. (STJ, AgRg no REsp 687.239/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 307, g.n.)

"RECURSO ESPECIAL - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - PESSOA JURÍDICA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR -



habitual, que ingressa na justiça contra uma instituição financeira. Não há que se considerar o consumidor, neste caso, como hipossuficiente.

Entretanto, ainda que com ressalvas, as regras consumeristas e a inversão do ônus da prova são aplicadas em número considerável de processos em curso no Judiciário brasileiro, principalmente quando se considera que as posições de campeãs de litigância são ocupadas por empresas de telefonia, de tráfego aéreo, instituições financeiras, hospitais e planos de saúde, dentre outras, o que evidencia a importância de sua análise no presente estudo.

Neste íterim, deve-se levar em conta os impactos econômicos e sociais que derivaram da aplicação destas regras, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados²².

Isto porque, considerando que o Código de Defesa do Consumidor, ao mesmo tempo em que serve para garantir os direitos do consumidor, aumenta os custos da atividade, na medida em que os fornecedores de produtos e prestadores de serviços passam a incluir no preço final do produto ou do serviço, os custos gerados pela aplicação destas regras de consumo. É o que se pretende demonstrar em cotejo com a análise dos custos de transação.

3.2 Da relação entre as mudanças institucionais e os custos de transação

APLICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - VULNERABILIDADE - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME NESTA INSTÂNCIA ESPECIAL - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ – [...] 1. São aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor às pessoas jurídicas, desde que sejam destinatárias finais de produtos ou serviços e, ainda, vulneráveis. Afastada na origem a vulnerabilidade da sociedade empresária recorrente, inviável é a aplicação, in casu, da lei consumerista.[...] (STJ, REsp 1084291/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 05/05/2009, DJe 04/08/2009, g.n.)

²² ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org). **Direito e Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 03.



Segundo o Teorema de Coase, em um mundo hipotético, sem custos de transação os agentes negociam direitos de modo a chegar a alocação eficiente, de modo que as instituições não exercem influência no desempenho econômico. Contudo, este mundo, ao ignorar os custos de transação distancia-se da realidade, em que os custos de transação são positivos e as instituições exercem papel de grande importância no comportamento dos agentes econômicos²³.

²³ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org). **Direito e Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 01.

THE CONSUMPTION RULES: AN ANALYSIS UNDER THE FOCUS OF THE TRANSACTION COSTS

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the effects generated by the institutional changes of the law, under the approach of the transaction costs. It is intended, at first, to analyze the importance of the institutions to the functioning of the market, and in particular the law, in the aim of ensuring safety. After then, it is pretended to study the law as a promoter of conduct, as it creates rules of conduct to be followed by the jurisdictional in the pursuit of maximizing their welfare. Thereafter, we shall discuss some institutional changes of the law and its effects, and in particular the consumption rules created with the aim of ensuring balance to the relations. In this respect, it will be studied, how the creation of such rules, which aim to assign balance to the relations and ensure equal rights between the parties, may encumber one of the players with the increase of transaction costs, and may even derail the engagement and achievement of a negotiation. At the end, it will be woven conclusions regarding this issue, highlighting the need to provide public policies in order to ensure the desired balance of relations without thereby encumber one of the dealers.



Os custos das transações econômicas fazem parte das tradicionais pesquisas da Nova Economia Institucional e servem para analisar todas as organizações, inclusive, de empresas, mercados e contratos. Esta análise parte do pressuposto de que o principal propósito das instituições econômicas do capitalismo é economizar em termos de custos de transação.

A economia dos custos de transação considera o problema das organizações econômicas como um problema de contrato, considerando que um determinado fim pode ser atingido de diversas formas, existindo custos de transação anteriores e posteriores à contratação.

Os custos anteriores se referem às negociações preliminares, atinentes à elaboração das cláusulas contratuais e à determinação das garantias. Os custos transacionais posteriores, por sua vez, podem se manifestar de diversas maneiras, seja pelos custos decorrentes de um desvio no rumo do contrato propriamente dito, seja pelos custos associados às estruturas de solução de conflitos, bem como os custos com seguros e garantias em um eventual inadimplemento.

No caso tratado no subitem acima, acerca da criação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o que se observa é que frente a este aspecto, as empresas fornecedoras de produtos e prestadoras de serviços passam a incluir no preço final os custos relativos a aplicação de tais regras.

Desta forma, uma empresa, contando com a possibilidade de ser questionada em Juízo, calcula no preço final dos seus produtos e serviços, os custos decorrentes do acesso à justiça, das provas a serem produzidas durante a instrução processual, cujo ônus provavelmente lhe incumbirá, e ainda, de eventual indenização a ser paga na hipótese de

Key-words: Changes. Law. Transaction Costs.



procedência do pedido deduzido pelo consumidor, que poderá ser de ordem material e/ou moral, além dos honorários sucumbenciais a serem devidos ao patrono do consumidor, quando não tramitar o processo no âmbito dos Juizados Especiais.

Aumenta-se, assim, o custo do produto e do serviço, a fim de tornar viável a atividade empresarial praticada. O resultado, no entanto, é totalmente inverso daquele inicialmente pensado pelo legislador, na medida em que onera a atividade, podendo, dependendo do caso, torná-la até mesmo inviável.

Sendo assim, o fornecedor ou prestador, ao realizar o cálculo do preço final de seu produto ou serviço, inclui todos os custos decorrentes a aplicação das regras consumeristas. Após efetuar o cálculo dos custos e do lucro a ser aferido, o resultado indicará se a atividade é ou não viável. Em sendo viável, o resultado é óbvio. O consumidor, que seria inicialmente privilegiado com a garantia de todos os seus direitos enquanto tal, acaba sendo o maior onerado, uma vez que pagará um preço maior na aquisição do produto e do serviço, pela simples decorrência da garantia de seus direitos pelo Código de Defesa do Consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito, enquanto instituição e, portanto, como indutor de condutas, cria regras a ser seguidas pelos jurisdicionados na maximização de seu bem-estar. Garante segurança, possibilitando as trocas e o desenvolvimento dos mercados, sendo de considerável importância para o campo da economia.

Neste contexto, dentre as regras criadas pelo direito para nortear comportamentos, destaca-se o Código de Defesa do Consumidor, cuja função primordial era privilegiar o consumidor na garantia de seus direitos, colocando-o em posição de igualdade em relação do fornecedor e prestador de serviços.



Ocorre que, conforme salientado alhures, esta prática acabou simplesmente por onerar a atividade econômica, na medida em que os fornecedores e prestadores passaram a incluir os custos gerados pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor no preço final do produto ou serviço e, principalmente o próprio consumidor, que será o destinatário final destes custos de transação. Houve, deste modo, o resultado inverso daquele inicialmente pensado pelo legislador quando da criação da legislação consumerista.

Por óbvio que o intuito inicial merece aplausos. Contudo, há que se refletir a real possibilidade e necessidade de onerar a atividade econômica e as partes contratantes com uma política pública na busca pela justiça social que deveria competir exclusivamente ao Estado.

É importante consignar que incumbe ao Estado, dotado de um bom sistema de governança, e apenas a este, a garantia da segurança gerada pelas instituições. Desta forma, deveria o Estado, instrumentalizar políticas públicas a serem levadas a efeito por suas autarquias e demais órgãos competentes para tanto, atuando na fiscalização da produção e fornecimento dos produtos, assim como na prestação de serviços.

Deveria, outrossim, promover o acesso à informação de forma facilitada pelos consumidores e, principalmente, pelos considerados hipossuficientes, valendo ser consignado que a mera cópia da legislação consumerista nos estabelecimentos não pode ser considerada como tal. Esta atuação teria o condão de coibir práticas abusivas e alertar o consumidor a respeito de seus direitos e deveres enquanto tal, evitando prejuízos por parte de todos e, inclusive, da sociedade.

As mudanças institucionais do direito embora bem-vindas e necessárias, na garantia de equilíbrio e segurança das relações e promoção do desenvolvimento econômico e social, na medida em que reduzem os custos de transação e promovem a alocação eficiente dos recursos.



No entanto, o exemplo analisado no presente estudo demonstra que é de fulcral importância que sejam observados os efeitos gerados por uma mudança institucional, seja na criação de uma norma ou modificação de uma regra vigente e, principalmente, se após colocadas em prática, foram atingidos os fins inicialmente propostos, sob pena de gerar um verdadeiro retrocesso normativo, impeditivo do desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

- ARRUÑADA, Benito; ANDONOVA, Veneta. **Instituições de mercado e competência do Judiciário**, in Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Org. Décio Zylberstajn e Rachel Stajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 197/227.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 02 ago, 2013.
- COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**, Journal of Law and Economics, nº 3, 1960.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FORGIONI, Paula A. **A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil**. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros. abril-junho/2003. p. 7/38.
- FREIRIA, Rafael Costa. Noções gerais sobre as interdependências entre direito, gestão e política públicas ambientais. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 2, 2014.
- GICO JR, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review, v. 1, n. 1, p. 17, jan/jun. 2010.



GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. **Tradições do Direito**, in *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Org. Décio Zylberstajn e Rachel Stajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

KOEKE, Andreza Franzoi. A dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a tolerância como valores essenciais de proteção aos refugiados. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 2, 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Refletindo com Robert Alexy sobre liberdade e igualdade: subsídios teóricos para um debate em torno da inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 1, n. 1, 2013.

NORTH, Douglass. **Struture and Change in Economy History**, Cambridge University Press, 1990.

_____, **Transacion Costs, Instituitons and Economic Performance**, Economic Center for Economic Growth, New York, 1993.

OLSON, M. **Distinguished Lecture of Economics in Government – Big Bills Left on the Sidewalk: Why Some Nations are Rich and Others Poor**, Journal of Economic Perspective, Nova York, 1996.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?**, in Timm, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Capítulo 4 – Racionalidade Limitada**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (org). *O que é análise econômica do direito: Uma introdução*. Belo Horizonte: Forum, 2011.



ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. 2 ed. rev. and ext. London: Macmillan, 1945, p. 16. Disponível em

www.mises.org/books/robbinessay2.pdf

SCHAPIRO, Maro Gomes. **Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento**. Revista Direito GV, São Paulo, 6(1). p. 213-252, jan-jun, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Deise Marcelino da; FACHIN, Zulmar Antonio. Cobrança pelo uso dos recursos hídricos: instrumento de gestão face a vulnerabilidade da água potável. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 2, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabrício. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 2, 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; VIANNA, Tatiana de Mendonça Villares. O Tribunal Penal Internacional sob a ótica contextual brasileira – avanços e retrocessos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n. 1, 2014.

WILLIAMSON, Oliver. **Transaction Cost Economics**, in *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, p. 15-41.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.