

Direito, economia e consumo

Amanda Flávio de Oliveira

Introdução: um olhar diferente sobre direito, economia e consumo

Em se tratando dos temas direito, economia e consumo, uma primeira advertência deve ser feita. Não se pode afirmar que a Constituição de 1988 tenha sido responsável por disciplinar, de forma inédita, o *consumo* no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, analisado de uma perspectiva de *law and economics*,¹ importa entender que o *ato de consumo* constitui um dos elementos de uma economia de mercado. A disciplina instituída em 1988, na Constituição, diz respeito a *um dos aspectos* de uma disciplina jurídica mais ampla que envolve o ato de consumo: trata, especificamente, *da proteção a um dos sujeitos da relação*

¹ No presente texto, as expressões *law and economics*, *direito e economia* e *análise econômica do direito* são utilizadas indistintamente como correlatas. Nem todos os estudiosos do tema concordam com essa abordagem, no entanto. Há quem entenda, por exemplo, que o movimento do *law and economics* (em português, *direito e economia*) seria mais amplo e abrangente que o termo *análise econômica do direito*, cunhado por Richard Posner em obra com esse título, considerada seminal para todos que se interessam pelo tema. Para conhecer um dos autores que diferenciam os termos, recomenda-se Battesini (2010). Para a obra de Posner, indica-se Posner (1998).

jurídica. Isso não significa, entretanto, que outras normas, anteriores e posteriores a esse marco específico, não disciplinem outras facetas do mesmo ato.

O *consumo* vem recebendo disciplina jurídica desde o instante em que o Estado brasileiro se alinhou a outros países na incorporação, pela Constituição, de uma ideologia de bem-estar social.

Explica-se.

As primeiras Constituições nacionais, influenciadas que foram pelas ideias do iluminismo, constituíam instrumentos para a limitação do poder público. Para tanto, elas consagravam liberdades individuais e o direito de propriedade, definiam atribuições de cada Poder do Estado, e cuidavam de estabelecer formas de controles recíprocos entre eles, o conhecido sistema de freios e contrapesos.

A partir do século XX, com o advento da Constituição do México (1917), seguida pela Constituição Russa (1918) e a da Alemanha (1919), instituiu-se um novo propósito com os textos constitucionais: a partir dessas experiências, os Estados passaram a assumir a responsabilidade pela *condução* da atividade econômica, ou, pelo menos, por intervir mais intensamente na economia. Como dever correlato, instituíram-se direitos sociais, a serem providos pelo Estado, sob a forma de prestação positiva.

A intervenção estatal na economia pode se dar de formas diversas. O Estado pode atuar diretamente, como agente econômico, sob a forma de empresa, constituindo-se, ele próprio, em *player* no mercado, agindo sob a forma de monopólio ou em regime de competição com outros *players*, produzindo e fornecendo produtos ou serviços no mercado. Tem-se, nessa hipótese, *intervenção estatal direta*. Ou o Estado pode atuar indiretamente, regulamentando e/ou regulando determinado setor, por meio de

qualquer dos seus Poderes, dentro de seus limites de competência. Trata-se, nessa hipótese, de *intervenção indireta*.²

Dessas informações decorre uma constatação necessária: a partir do momento em que o Estado intervém na economia, em qualquer das duas modalidades, ele necessariamente altera a dinâmica natural do ato de consumo e sobre ele exerce influência.

Como a perspectiva *law and economics* interessa-se por *efeitos* das normas jurídicas sobre o comportamento dos indivíduos e das empresas, é inevitável reconhecer que essas outras normas, não especificamente de *proteção do consumidor*, igualmente geram incentivos e desincentivos ao seu comportamento, bem como ao comportamento do fornecedor. Percebe-se, portanto, que o tratamento jurídico do *consumo*, na verdade, não se circunscreve ao que se encontra disposto no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

A disciplina jurídica do *ato de consumo* fora da hipótese do direito do consumidor é mais facilmente compreendida se se toma como ponto de análise o direito da concorrência. Ao se regulamentar a concorrência entre as empresas, ao se permitir ou reprovar fusões entre elas, ao se reprimir cartéis, tem-se, claramente, uma ação estatal que aumenta ou reduz o número de fornecedores de bens e serviços em dado mercado, impacta preços, estimula ou atravanca a inovação etc. No Brasil, o primeiro diploma normativo direcionado a esse tipo de política remonta ao ano de 1938. De lá para cá, instituiu-se um robusto

² A intervenção estatal na economia constitui objeto de estudo da disciplina conhecida como direito econômico. O primeiro autor brasileiro a publicar e lecionar direito econômico foi o professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) Washington Peluso Albino de Souza. Para quem quer conhecer a construção da obra e do pensamento do professor Washington, é indispensável a leitura de Souza (2002). Trata-se de preciosa coleção de artigos do professor, de 1952 à década de 1990.

sistema institucional, que tem como principal entidade o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), fundado no longínquo ano de 1962.³

Toda essa política importa diretamente no direito de escolha do consumidor (um mercado competitivo gera opções de produto ou serviço, melhores qualidade e preço). A política concorrencial, portanto, do ponto de vista de *efeito* das normas e de *incentivo* a comportamento dos agentes econômicos, integra, claramente, uma disciplina jurídica do *consumo*.

Da mesma forma, leis que criam agências reguladoras setoriais, como a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ou a Agência Nacional da Saúde Suplementar (ANS), instituídas a partir da década de 1990, no Brasil, bem como todo o arcabouço normativo produzido por cada uma delas, geram *incentivos* no mercado que regulam. Esses incentivos exercem influência incontestável sobre o *comportamento* dos agentes que o integram e impactam o *consumo* nesses mercados.

A disciplina jurídica do *ato de consumo* vem diretamente sofrendo influxos à medida que os textos constitucionais foram fazendo opção por modalidades de intervenção estatal na economia. Desde a Constituição de 1934, tem-se a consagração da prerrogativa de intervir na economia assegurada ao Estado brasileiro. Em 1988, entretanto, pode-se identificar uma guinada claramente mais acentuada que todas as Constituições anteriores nesse sentido, a partir do momento em que se consagra, no art. 6º, um catálogo inédito e abrangente de direitos sociais. Mais do que isso, no ponto que importa neste instante, tem-se a

³ Sobre a história do direito da concorrência brasileiro, ver Oliveira (2002).

definição do *direito do consumidor como direito fundamental*, no art. 5º, XXXII; a inclusão da *defesa do consumidor como um dos princípios informadores da Ordem Econômica*, no art. 170, V; além de um mandamento, constante do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de elaboração de uma lei protetiva desse sujeito de direitos.

A partir da Constituição de 1988, portanto, fez-se uma opção *específica* em relação às anteriores: a sociedade dispõe-se a elaborar um sistema de proteção de *um dos sujeitos* da relação jurídica de consumo. De uma perspectiva *law and economics*, portanto, fez-se uma opção por incluir uma camada a mais de tratamento jurídico no ato de consumo. Disciplinou-se, *adicionalmente*, uma faceta desse ato.

O propósito de instituir uma política específica de *proteção do consumidor* tem sua origem nos Estados Unidos. Atribui-se a um discurso do presidente Kennedy, em 1962, o marco inicial da política, tanto nos Estados Unidos quanto em outros países, pela influência global que exerceu. Na ocasião, Kennedy mencionou pilares sobre os quais se garantiria um tal intento, e cravou uma frase de efeito sistematicamente repetida ainda hoje por defensores da agenda consumerista de todo o mundo: “*consumidores somos todos nós*”.⁴

O Brasil seguiu o fluxo. Promulgada a Constituição de 1988, sobreveio a publicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990. Ao longo de mais de três décadas, a influência exercida pelo CDC no ordenamento jurídico brasileiro foi notável e seus fundamentos se espalharam para além da relação jurídica de consumo. É de se registrar sua ampla eficácia, apenas questio-

⁴ O discurso e o respectivo documento encaminhado ao Congresso podem ser acessados em: www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JF-KPOF-037-028.

nável em relação a um ou outro dispositivo pontual. Ademais, pode-se atribuir ao Código a responsabilidade por uma mudança de mentalidade em muitos aspectos, mas, sobretudo, em temas de direito contratual e de direito de propriedade.

Na esteira do CDC, relativizou-se de forma geral a liberdade econômica, reposicionou-se o valor do *pacta sunt servanda*, admitiu-se uma postura ativa do juiz como terceiro elemento de uma relação negocial. A esse movimento fez-se acompanhar uma explosão de litígios relacionados com o tema: pesquisas empreendidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelam o elevado percentual de demandas consumeristas em tramitação em todo o país.⁵

Curiosamente, entretanto, passadas algumas décadas de aplicação da nova lei, todo esse novo aparato normativo e institucional, deliberadamente protetivo de uma das partes da relação jurídica, não parece ter assegurado o pretendido bem-estar do consumidor brasileiro. Novas indignações, assim como antigas reclamações, estão reiteradamente presentes em centenas de publicações, técnicas ou acadêmicas, na matéria, assim como são referenciadas em dezenas de congressos e seminários por todo o país. Especificamente, essas manifestações costumam indicar o seguinte cenário: falta de *acesso* a consumo, preços elevados, baixa qualidade de produtos e serviços, baixa resolutividade de demandas.

Conforme seus principais doutrinadores, o CDC teria sido elaborado com o intuito de representar uma reconstrução do direito privado brasileiro, “mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário”

⁵ O Relatório Justiça em Números de 2023 (ano base 2022) reitera o tema “consumidor” entre os cinco maiores acervos do país: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf.

(Benjamin, Marques e Bessa, 2009, p. 29). A narrativa, quando avaliada *vis-à-vis* os dados atuais, e o sentimento de insatisfação paradoxalmente expressado pelos mesmos estudiosos em outros trabalhos mais recentes revelam um descompasso entre técnica e realidade e nos fazem considerar a provocação de Friedman no sentido de que “as instituições criadas para ‘proteger o consumidor’ [...] continuam a ter efeitos opostos ao pretendido por seus bem-intencionados patrocinadores” (Friedman e Friedman, 2015, p. 12).

Identificar falhas na política e na lei consumeristas, para evitar *efeitos* indesejáveis delas decorrentes, é ação que urge e para a qual a *law and economics* tem instrumental a oferecer. Da mesma forma, há que se relembra que mesmo técnicas consideradas exitosas ao seu tempo evoluem.

O propósito do presente texto é fornecer alguns *insights* a respeito da *técnica* em direito do consumidor. Acredita-se que a *law and economics* possui relevantes contribuições a oferecer no exercício de revisão da disciplina jurídica em questão.

Direito do consumidor, direitos fundamentais e técnica

Um primeiro aspecto que interessa a uma abordagem do direito do consumidor a partir de uma perspectiva *law and economics* situa-se em verificar se a opção normativa empreendida tem sido eficiente em seu intento de gerar maior proteção a um dos sujeitos da relação. Trata-se, portanto, de *avaliar se a opção por um sistema jurídico específico de proteção do consumidor (ou um microssistema de proteção do consumidor) pode ser considerada uma opção política eficiente para a finalidade a que se destina.*

O esforço a que se convida o leitor, neste ponto, confronta o senso comum. Uma regra *protetiva* de um dos sujeitos da relação jurídica, por ela identificado como vulnerável, e que estabelece direitos que possam contrabalancear o desnível de poder existente entre as partes não deveria ser capaz de gerar prejuízos a esse mesmo sujeito.

Neste ponto, deve-se buscar compreender em que exatamente constituiu a opção constitucional de acrescentar à disciplina jurídica do ato de consumo uma disciplina protetiva de um dos sujeitos da relação. *Em outras palavras, deve-se compreender exatamente em que consiste a referência expressa ao direito do consumidor como um novo direito fundamental, tal qual consagrado no Texto de 1988.*

Os manuais de direito costumam se referir aos *direitos fundamentais ditos sociais ou econômicos* (ou direitos de segunda geração, como preferem alguns) como parte indissociável de uma Constituição pautada pela solidariedade. Essa espécie de direitos teria surgido em um processo evolutivo, em que se observou terem sido os primeiros direitos fundamentais consagrados nas Constituições (os direitos de liberdade, propriedade, conhecidos como “direitos de primeira geração”) insuficientes para propiciar a efetiva dignidade das pessoas.⁶

O surgimento dos direitos econômicos ou sociais (direito à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer, entre outros) nos textos das constituições coincide com a maior relevância dada a uma concepção de estado de bem-estar social, por elas incorporada, após as iniciativas no mesmo sentido empreendidas pela Constituição do México, a Constituição russa e a de Weimar, no início do século XX. Segundo essa perspectiva, conforme já referido,

⁶ Parece-nos reducionista e inadequada a tese das gerações de direitos fundamentais. O tema já foi por nós enfrentado em Oliveira (2020, p. 181-196).

o Estado assume uma postura ativa na atividade econômica, adotando o papel de condutor do desenvolvimento econômico, juntamente com a atuação dos demais agentes econômicos.

A opção pela intervenção estatal pode ser motivada pelo propósito de alçar pessoas a padrões de bem-estar em que elas não se encontram, e fazer parte de uma concepção de promoção de desenvolvimento econômico que passa pela atuação do Estado. A própria Constituição de 1988 tem como objetivo fundamental o conceito jurídico indeterminado de “dignidade da pessoa humana”. A atuação positiva atribuída ao Estado em mercados tão diversos como saúde, educação, moradia, transporte, entre outros, justificar-se-ia como meio de permitir que mais pessoas tenham acesso a esses serviços. A essa nova atribuição estatal corresponderiam custos, os quais precisam ser obtidos pela via da arrecadação, mas eles seriam compensados, em razão do padrão de atendimento a necessidades essenciais que propiciariam.

Especificamente no Brasil, tem-se uma vivência de mais de três décadas de consagração de direitos sociais na Constituição. Já é possível, portanto, avaliar seus resultados empiricamente.

O tema da eficácia social dos direitos sociais já foi parte de pesquisas jurídico-econômicas em todo o mundo. No Brasil, Yeung e Bodart⁷ debruçaram-se sobre o tema, a partir de uma abordagem de *law and economics*. A conclusão do estudo por eles realizado indica que, independentemente da boa intenção original, à atribuição de direitos sociais na Constituição não corresponde, necessariamente, uma situação de melhores condições sociais e econômicas de um povo. O estudo deles, datado de 2019, revela ser a Constituição de 1988 a terceira mais longa do mundo, atrás apenas dos textos da Índia e da Nigéria, e que ela ocupa o

⁷ Ver Bodart e Yeung (2019, v. 1, p. 113-138). Bruno Bodart (2017a) também publicou, no mesmo sentido.

10º lugar na quantidade de direitos garantidos, antecedida por Papua-Nova Guiné, Paquistão, Zimbábue, Bolívia, Cabo Verde, Angola e Venezuela, entre outros.

Embora reconheçam as limitações do estudo, os autores resumem suas descobertas na afirmação de que a técnica da definição expressa de vários direitos sociais nas constituições não parece levar a resultados socioeconômicos positivos, podendo até mesmo levar a resultados negativos. Trata-se, no final das contas, de mais uma constatação de que, em tema de políticas públicas, as meras (boas) intenções do agente público não necessariamente levam a resultados alvissareiros, reiterando a lição de Sowell (2018a, p. 5) de que “boas intenções não bastam; na verdade, sem a compreensão de como a economia funciona; ser apenas bem-intencionado pode levar a resultados contraprodutivos, se não desastrosos, para o país como um todo”.

Esforço semelhante de reflexão sobre a técnica de consagrar constitucionalmente direitos sociais foi empreendido no Brasil por Ribeiro e Campos (2012). Os autores afirmam que o simples fato de criar toda uma estrutura normativa em consonância com direitos sociais não é, *per se*, garantia de sua eficácia. A isso precisaria se somar uma *abordagem* dos direitos e das normas que se preocupe com seus resultados, e oferecem uma perspectiva de que o instrumental da análise econômica do direito pode contribuir para esse fim.

O direito do consumidor insere-se nesse estado de coisas. Como direito fundamental social que é no Brasil, desde o Texto de 1988, resta saber se seu amplo arcabouço institucional e normativo atende às expectativas legítimas que gerou e se tem sido hábil em, de fato, *proteger o consumidor*, tal como foi a promessa original. Aparentemente, há descompassos entre promessas e resultados também nesse campo.

De tudo o que foi referido até este ponto no presente texto, pode-se sumarizar o que se segue:

- 1) A partir do momento que se incorporou, no ordenamento jurídico brasileiro, a *disciplina jurídica do consumidor*, *adicionou-se* uma regulamentação ao ato de consumo, com deliberado propósito de *proteger um dos sujeitos da relação jurídica*.
- 2) O direito do consumidor, como toda disciplina jurídica o faz, produz *efeitos* no comportamento das partes envolvidas na relação (no mercado). Nem todos os efeitos incidentes sobre o ato de consumo, entretanto, decorrem da disciplina específica advinda do CDC.
- 3) Há outras formas de obter os *resultados almejados pelo CDC*, fora do CDC. Refere-se, no ponto, ao propósito de assegurar opção, acesso, melhores preços e qualidade dos produtos e serviços. A disciplina da concorrência entre as empresas, por exemplo, constitui outra maneira de buscar o mesmo objetivo.
- 4) Uma abordagem de *law and economics* sobre o direito do consumidor reclama uma avaliação da escolha empreendida; ou, em outras palavras, sugere que se analise empiricamente a escolha política de criar uma lei protetiva do consumidor e seus resultados para o fim a que se destinou.
- 5) Uma vez feita uma opção política e legislativa por uma disciplina jurídica de defesa do consumidor, há que se verificar como empregar *a melhor técnica de abordagem da lei*, ou a melhor forma de interpretar suas normas, de forma a permitir a maior aproximação entre os objetivos almejados pela lei e seus resultados.

***Law and economics*: fundamentos, escolas e possíveis contribuições para o direito do consumidor em seu estágio atual de abordagem no Brasil⁸**

Se uma das possíveis aplicações da *law and economics* consiste em representar um método de avaliação *ex post* de decisões oficiais já tomadas (por exemplo, avaliar o resultado da incorporação, nos textos constitucionais, de direitos fundamentais sociais como método para atingir determinados fins), a isso ela não se restringe. Uma vez realizada uma opção política (por exemplo, a elaboração de uma lei de defesa do consumidor com o propósito deliberado de proteger esse sujeito), o instrumental econômico também permite identificar os possíveis resultados advindos de múltiplas formas de interpretar a norma, *tornando, com isso, mais segura, a obtenção do resultado pretendido com ela*.

Mesmo após algumas décadas de desenvolvimento, a análise econômica do direito segue envolta em incompreensões. Algumas dessas incompreensões fundamentam críticas injustas a ela. Não é o propósito deste texto tratar desses equívocos relacionados com sua teoria geral, optando-se por direcionar o leitor a textos que auxiliam na compreensão da história do movimento, permitindo aclarar suas ideias.⁹

Em seguida, partindo-se de *insights* oferecidos pela teoria geral, este texto pretende promover uma aproximação entre eles

⁸ A advertência é de Popper: os problemas a serem enfrentados pela humanidade não são exclusivos de uma ou outra disciplina, mas se constituem de fatos sociais estudados por diversas delas. Em suas precisas palavras: “Nós não somos estudiosos de alguma disciplina, mas somos estudiosos de problemas. E problemas podem atravessar as fronteiras de qualquer matéria ou disciplina” (Popper, 1962, p. 66-67, trad. livre).

⁹ Recomenda-se a esse título, por exemplo, Battesini (2021, p. 9-104).

e questões de direito do consumidor, com o fito de sugerir um aprimoramento da técnica.

Law and economics e a técnica consumerista: técnicas evoluem

O direito do consumidor que se pratica no Brasil está preso à mesma técnica desde sua origem. Busca-se proteger o consumidor, promovendo *a modulação do comportamento do fornecedor* por meio de comandos normativos, de sanções e de sua aplicação por extenso aparato estatal, que inclui mais de 900 Procons espalhados por todo o território nacional, entidades civis de proteção do consumidor, a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, além de promotorias e juizados especializados, afora os tribunais. Por sua vez, essas entidades, diante de problemas concretos, elegem, entre as interpretações possíveis de cada norma do CDC, aquela que *intuitivamente* mais adequadamente protegerá o consumidor.

Há um risco concreto nessa técnica – e essa constatação ajuda a explicar o padrão atual de suposta insatisfação com os resultados da lei, apesar de sua plena eficácia há pelo menos três décadas.

Se o direito pretende *modular o comportamento dos indivíduos* (ou das pessoas jurídicas), estimulando e desestimulando condutas, certo é que não se encontra entre seus propósitos ou decorre de sua natureza o propósito de descrever como os indivíduos se comportam em um cenário de tomada de decisões. Por sua vez, a economia tem como objetivo descrever e prever o comportamento humano (Yeung e Camelo, 2023, p. 29). O conhecimento de fundamentos de *microeconomia* autoriza a proposição de regras jurídicas ou sanções mais eficientes para

a disciplina do comportamento humano, efetivamente hábeis a cumprir *o propósito escolhido pelo operador do direito* com a sua ação, seja ele o legislador ou o juiz, por exemplo.

A interpretação de normas jurídicas pautada exclusivamente em convicções morais individuais, mesmo que bem-intencionada, pode conduzir a resultados indesejados. Não raro, as iniciativas generosas conduzem exatamente ao objetivo inverso. Denomina-se *efeito Peltzman* (Peltzman, 2007, p. 185-204) uma dada situação em que a regulação (ou a norma, ou a decisão judicial) produz resultados não previstos para os regulados, anulando os benefícios almejados. O fenômeno, descrito por Peltzman, não é novidade.¹⁰ Desde Bastiat (2019) já se adverte para o risco de “perversão” da lei, quando construída tendo por base somente noções morais subjetivas.

Ao recusar o uso de achados da microeconomia sobre como se comporta o ser humano em um cenário de tomada de decisões, o direito do consumidor assume a responsabilidade de perder eficácia *para o fim protetivo a que se destina*.

A necessidade de evolução da técnica consumerista logo foi notada no berço do movimento, os Estados Unidos. Algum tempo após ter sido posta em prática a política de proteção do consumidor prometida pelo presidente Kennedy, por meio de seu notório discurso de 1962, a agência federal à qual foi atribuída a missão, a Federal Trade Commission (FTC), foi qualificada como “babá nacional”, em razão de seus excessos (Budnitz, 1997, p. 371).

A situação veio a ser alterada com a indicação de um economista, James Miller, no ano de 1981, para assumir a cadeira de chefe da área. A partir de então, a política americana consumerista

¹⁰ Os efeitos indesejados de políticas públicas na pandemia foram trabalhados em Oliveira e Meneguín (2021, p. 281-288).

seguir a metodologia de sua política-irmã, a antitruste, e passou a utilizar instrumental econômico em sua atuação. A mudança de postura então empreendida reverbera até a atualidade.

Uma das críticas mais contundentes de Miller à política original consumerista promovida pela FTC consistia em seu caráter *adversarial*. De fato, se se observam as bases do direito do consumidor tradicionalmente praticado, vê-se que ele se sustenta no antagonismo consumidor-fornecedor. Essa pode ser uma visão deveras reducionista ou errática do fenômeno: ambos os lados da relação dependem do outro e, em alguma medida, seus interesses convergem. Ademais, na equação “política consumerista” há mais que apenas dois sujeitos diretamente envolvidos: o próprio formulador da política, a mídia, o juiz, também tomam decisões relevantes e possuem razões para agir de um ou de outro modo diante dos fatos. Eles também são agentes racionais e suas decisões também são pautadas por um cálculo de custo-benefício.¹¹

O caráter antagônico consumidor-fornecedor está presente, ainda nos tempos atuais, no enfoque da disciplina no Brasil. Ela tende a se descolar ainda mais da realidade quando se observa o surgimento de relações de consumo que não se enquadram precisamente nesse modelo, tal como ocorre com os serviços oferecidos por meio de plataformas, em que existem pelo menos três sujeitos envolvidos na relação jurídica.¹² A perspectiva adversarial revela-se, portanto, estática e generalizante. Miller pretendeu superar essa concepção em seu período na FTC. A isso se somou a aplicação dos fundamentos de *law and economics* aos

¹¹ O tema será mais bem desenvolvido adiante, quando se mencionarão as contribuições da Escola da Escolha Pública (ou Public Choice).

¹² Tome-se como exemplo o sempre referenciado caso da Uber. A relação, nesse novo modelo de negócios, envolve uma empresa responsável pelo aplicativo, um motorista e um passageiro.

casos que se apresentavam, certo que estava de que uma análise racional era preferível às soluções moralistas que guiavam as ações (Budnitz, 1997, p. 435). Outra iniciativa adotada em sua gestão foi a ampla redução da produção de regulamentos pela agência.¹³

No Brasil, embora venha crescendo em aceitação, a abordagem do direito do consumidor a partir de fundamentos econômicos ainda apresenta uma tímida produção doutrinária e jurisprudencial. Santana, Bodart, Meneguín, Lynn, Oliveira e Accioly são alguns dos autores que já se incumbiram desse exercício doutrinário.¹⁴

Bodart destaca o caráter disfuncional de muitas das medidas supostamente protecionistas ao consumidor adotadas no Brasil. Ele adverte, *ab initio*, para uma idealização generalizante do “fornecedor” no Brasil, pairando no imaginário coletivo como um agente econômico de grande porte, em dissonância com os dados, que revelam a imensa preponderância de micro e pequenas empresas no país. Adotar certos padrões de exigências, inclusive envolvendo deveres de informação e responsabilizações em geral, pode ser muito custoso para grande parte das empresas em atividade no país, que optarão necessariamente pela ilegalidade ou por sair do mercado, reduzindo as opções ao consumidor e eliminando a competitividade que conduz ao menor preço.¹⁵

Bodart igualmente acentua a existência de decisões judiciais produzidas no propósito de proteger o consumidor e que têm potencial concreto de prejudicar exatamente os mais pobres: seria, por exemplo, o caso de decisão proferida pelo Superior

¹³ O tema também é desenvolvido em Ippolito (1984) e Cseres (2005).

¹⁴ Todas as obras se encontram nas referências ao final.

¹⁵ Cerca de 13,2 milhões de pessoas trabalhavam como microempreendedores individuais (MEIs) no Brasil em 2021, o equivalente a 69,7% do total de empresas (Ferreira e Britto, 2023).

Tribunal de Justiça (STJ), em outubro de 2015, que definiu que a concessão de desconto para pagamento em dinheiro ou cheque e a cobrança de preço diferente a clientes com cartão de crédito pelo mesmo produto constituiria prática abusiva. Segundo Bodart (2017b, p. 115), “nesse cenário, os maiores prejudicados certamente são os mais pobres: quatro em cada dez brasileiros não têm conta bancária, e, por isso, têm dificuldade de acesso ao crédito. Ao retirar o dinheiro debaixo do colchão para comprar o produto desejado, esse brasileiro desfavorecido terá também de desembolsar um valor para custear o uso do cartão de crédito por outros consumidores mais bem aquinhoados”.

Regras que asseguram o dever de informação ao consumidor também são alvo de crítica do autor. De fato, há uma consistente literatura em AED nos EUA sobre o caráter efetivamente benéfico de tais medidas. Omri Ben-Sahar, da Universidade de Chicago, tem-se dedicado à realização de pesquisas empíricas a respeito e tem-se destacado na defesa da tese de que a divulgação obrigatória de informações pode apenas conduzir a um cenário de o consumidor ser inundado de dados indesejados, “mais do que você gostaria de saber”.¹⁶

Bodart, por sua vez, critica a obrigatoriedade de informar nas situações em que essa tem o poder de conduzir a decisões equivocadas de consumo. Menciona, a respeito, a determinação, estabelecida pela Lei nº 11.105/2005, de que rótulos de alimentos contendo ou produzidos a partir de organismos geneticamente modificados indiquem essa informação. Segundo ele, a simples inclusão dessa advertência no rótulo de produtos pode induzir o consumidor a compreender tratar-se de produto danoso à saúde,

¹⁶ Sobre a tese, recomenda-se as seguintes leituras: Ben-Shahar (2008) e Ben-Shahar e Schneider (2014).

o que estaria em contradição com as conclusões de inúmeras entidades oficiais, entre elas a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Comissão Europeia, a Food and Drug Administration (FDA), entre outros. Compreender o processo de tomada de decisão pelo consumidor diante de sua exposição a certas informações deve constituir-se em avaliação prévia ao estabelecimento da medida.

A incorporação da concepção econômica de *escassez* também pode ser útil para o bom enfrentamento de problemas consumeristas. Tem-se que a economia consiste exatamente no estudo do uso de recursos escassos que têm usos alternativos (Sowell, 2018a, p. 13). Adverte Sowell (2018a, p. 17-18) para o risco de se incorrer na “falácia do infundável”: ninguém é contra investimentos em saúde, segurança ou infraestrutura. Mas os recursos são inerentemente escassos e apresentam outros usos também valiosos. A máxima de Sowell é válida para recursos públicos e também se aplica aos próprios recursos dos consumidores. A compreensão da máxima pode ser útil para o enfrentamento de muitos dos temas postos na judicialização da saúde pública ou privada.

É o caso da discussão recente sobre o rol de procedimentos oferecidos pelos planos de saúde, tema sob regulamentação da ANS. Após ampla discussão judicial sobre o caráter exemplificativo ou taxativo do rol da ANS, no âmbito do STJ (EREsp 1886929 e EREsp 1889704), foi publicada a Lei nº 14.454/2022, que optou pela primeira hipótese, definindo que os planos devem cobrir os procedimentos prescritos pelos médicos. A pretexto de proteger o consumidor, tende-se a aumentar o valor cobrado pelos planos, para contemplar o cenário de possibilidades de coberturas, além de gerar concentração de mercado, com a saída de operadoras menores.

Santana (2014, p. 225 e ss.) discorre sobre os aportes da AED para o tema da reparação de danos, não sem antes admitir que

“historicamente os doutrinadores do direito do consumidor, especialmente no sistema da *civil law*, consideram antagônica a teoria da análise econômica do direito e a proteção jurídica do consumidor”. Ele próprio um expoente do direito do consumidor brasileiro, o desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios indica compreender a contribuição que a técnica pode oferecer para obter maior eficácia no tema. Em um cenário em que se contrapõem a tese de existência de certa *timidez* dos tribunais em reparar danos no país e, de outro lado, a tese que informa existir certa “facilidade” em se pleitear indenização no ordenamento jurídico brasileiro, um acréscimo qualitativo ao estado atual da técnica não pode ser negligenciado. Seria relevante superar a dicotomia entre as pejorativamente alcunhadas “indústria do mero aborrecimento” e “indústria do dano moral”.

Nesse tópico, é de se referir, também, à ampliação do debate e da aplicação judicial da tese da perda de tempo útil do consumidor, mais recentemente, no Brasil. A esse título, compreender o conceito econômico de *custo de oportunidade* pode ser bastante relevante. Esse conceito pode ser compreendido como *o valor que a pessoa perde ao escolher por uma entre duas ou mais opções*. Porto e Garoupa (2020, p. 202) correlacionam indenização pelo custo de oportunidade e indenização pela perda do tempo útil do consumidor. Certamente, a introdução de reflexões sobre aquelas nas discussões judiciais sobre esta concederia maior assertividade ao tema e eficiência aos mercados.

A própria estrutura institucional de defesa do consumidor pode se beneficiar de uma abordagem econômica. O chamado *Sistema Nacional do Consumidor*, festejado pela sua capilaridade, ao contar com quase mil entes estatais pulverizados por todo o território nacional, apresenta condições preocupantes. Tendo sido consagrado pelo próprio CDC, o Código deixou de estabelecer

regras objetivas de distribuição de competências entre cada um dos entes estatais responsáveis pela tutela do consumidor para fins de identificação dos limites do exercício do seu poder sancionador; tampouco indicou mecanismos administrativos para harmonização de entendimentos dissidentes no âmbito da sua aplicação (Marques e Madureira, 2021, p. 205-218). Essa arquitetura pode se caracterizar como ineficiente em muitas situações. A saída para o enfrentamento do problema pode passar por *ajustes marginais* hábeis a reduzir *custos de transação* identificáveis no modelo contemporâneo, na concepção de Marques e Madureira.

Por fim, a microeconomia tem muito a oferecer às iniciativas sempre recorrentes de se pretender controlar preços, em cenários de crise ou não. São incontáveis os exemplos, na história, de desfechos desastrosos de uma tal política, apesar de seu apelo populista. Compreender o significado dos preços em uma economia de mercado, o que eles representam, tem o condão de revelar que políticas que mantêm preços artificialmente baixos prejudicam exatamente os consumidores com menor poder aquisitivo. Em um cenário de pânico, o aumento de preços impede que consumidores com maior poder aquisitivo adquiram todo o estoque de certo produto essencial para si (Sowell, 2018b, p. 24 e ss.).

Sobre magistratura, *law and economics* e direito do consumidor

Nos Estados Unidos, o pleno desenvolvimento de um método de análise econômica do direito não se restringiu à prática das agências administrativas estatais, tampouco se circunscreveu ao direito do consumidor. Essa evolução ocorreu lentamente.

Guido Calabresi, destacado expoente da AED, informa que a etapa inicial da escola, a acadêmica, não alcançou, àquele tempo, grande expressão.¹⁷ Dois fatores teriam alterado esse cenário e conduzido o método a outros espaços: (1) a publicação da obra de Richard Posner *Economic analysis of law* e (2) o oferecimento de um treinamento em AED de duas semanas para juízes federais americanos, a partir do ano de 1976, chamado *Manne Economics Institute for Federal Judges*. Pelo menos metade dos juízes federais americanos submeteu-se ao programa, que era realizado em Miami, entre as décadas de 1979 e 1980. Passados quase 50 anos, pesquisas empíricas revelaram sua influência nas decisões judiciais. As decisões dos tribunais se tornaram mais fundamentadas e mais rigorosas.

No Brasil, o primeiro livro sobre AED de que se tem notícia é datado de 1994 (Estrella Faria, 1994). No que se refere à formação de magistrados em AED, trata-se de iniciativa mais recente. Merece registro, a esse título, o programa específico da FGV Direito Rio, aplicado em diversos tribunais do país nos últimos anos (How Chicago..., 2023).¹⁸ No âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a matéria passou a ser incluída nos exames para ingresso na carreira da magistratura, em 2021.¹⁹ Mais recentemente, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu incluir um assessor econômico em sua equipe de gestão 2023-25.²⁰

¹⁷ How Chicago school economists reshaped American justice. The fiftieth anniversary of a groundbreaking work. *The Economist*, 7 set. 2023. Leia, também, Elliott, Chen e Naidu (2022).

¹⁸ Projeto Direito, Economia e Justiça. Disponível em: www.dej.fgv.br. Último acesso em 15 mar. 2024.

¹⁹ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>.

²⁰ Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2023/08/28/barroso-inova-e-contrata-economista-para-equipe-no-stf.ghtml>.

Por outro lado, e a seu turno, decisões judiciais crescentemente têm feito uso de argumentos de *law and economics*. É o caso, a título ilustrativo, do REsp 1.691.748/PR, julgado em 2017, pela Terceira Turma do STJ. Em seu voto, o relator, min. Ricardo Villas Boas Cueva, aplica a AED para a abordagem do tema do seguro-garantia judicial.

No âmbito do STF, estudo empírico de jurisprudência (Caon, 2021) buscou traçar um panorama da evolução da aplicação de fundamentos econômicos nas decisões ao longo de 30 anos e revela um aumento ao longo dos anos, com destaque para as decisões proferidas pelo ministro Luís Fux nesse sentido.

O que é e o que não é AED do consumidor

Como se afirmou, muito da resistência ao método da AED decorre de desconhecimento da proposta.

Richard Posner (1979, p. 292), em artigo denominado “Some uses and abuses of economics in law”, adverte para o fato de que, em sua opinião, assim como as pessoas já eram *maximizadoras de riquezas (utilidades)* antes mesmo que essa atitude fosse constatada pelos economistas, os juízes já se valiam dos critérios da eficiência e da maximização de riquezas em seus julgados, mesmo quando a linguagem dos economistas ainda não havia sido incorporada pelo direito, como faz a AED.

De fato, mesmo não utilizando fundamentos econômicos *explicitamente* em suas decisões, os juízes baseiam-se em alguns deles. É o caso da racionalidade individual. Sabe-se que, segundo a economia, *racionalidade econômica* pode ser definida como a busca individual por satisfações e benefícios em um mundo em que os recursos são escassos. Se os seres humanos são racio-

nais, logo, eles decidem em conformidade com uma análise de custo-benefício que orienta a solução que melhor os aproveita (maximizando utilidades).²¹

Parte considerável da disciplina do comportamento do fornecedor que se pretendeu com a edição do CDC sustenta-se na crença em sua racionalidade. Por sua vez, os juízes, ao avaliar possíveis ilicitudes no comportamento dos fornecedores, baseiam-se na crença em sua racionalidade decisória ao pretender dissuadir novas condutas indesejáveis por meio da aplicação exemplar da sanção. Tendo em conta a sanção a ser aplicada por certas condutas, os fornecedores passariam a considerar “caro” mantê-las caso a aplicação da lei seja rigorosa, em uma análise custo-benefício, razão pela qual deixariam de praticá-la. Sendo racionais, fornecedores responderiam a incentivos.

Há também outros vestígios de *intuição* de elementos econômicos no direito do consumidor. De forma geral, o Código de Defesa do Consumidor possui diversas normas destinadas a corrigir uma falha de mercado descrita pela economia, conhecida como *assimetria de informação*. Porto e Garoupa (2020, p. 75) conceituam assimetria de informação como “o fato de os contratantes, no momento em que celebram o contrato, não deterem todas as informações necessárias para o entendimento pleno da transação”.

Se essa ideia parece familiar aos consumeristas, conhecer a fundo o tema das assimetrias de informação e o estado da arte do tema na economia pode representar uma descoberta surpreendente e com imensa serventia no intento de melhor proteger o consumidor.

²¹ O método da AED, segundo Porto e Garoupa (2020, p. 55), tem como eixo central de análise a *racionalidade individual*, e ela pode ser definida como a aplicação da teoria econômica, e dos métodos econométricos, no exame da formação, da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais.

Yeung e Camelo (2023, p. 101 e ss.) mencionam três problemas advindos da assimetria de informação: (1) questões relacionadas com agência (ou problema de agente-principal), (2) risco moral e (3) seleção adversa.

O *problema de agência* pode ser descrito como o fato de que o *agente* contratado, não raro, possui objetivos diferentes do *principal* que o contrata. Trata-se, quase sempre, de comportamentos ocultos (Caelo e Young, 2023, p. 101 e ss.) do contratado e que são de difícil identificação ou monitoramento. Desses comportamentos ocultos pode derivar o chamado *risco moral*: já que o principal não consegue monitorar a conduta do agente, este tende a modificar seu comportamento ao longo do contrato.

Yeung e Camelo (2023, p. 104) utilizam o exemplo do contratante (consumidor!) de seguro de automóvel: após a contratação, o consumidor pode ser levado a ter uma conduta mais negligente na direção ou na guarda do veículo. Essa ideia, derivação da concepção já aceita de assimetria de informação no CDC (mesmo que essa aceitação seja meramente intuitiva), reposiciona o equilíbrio de forças na compreensão da relação jurídica de consumo que se estabelece e pode fornecer subsídios para uma melhor abordagem da situação. O mesmo raciocínio pode ser aplicado na contratação de saúde suplementar, campo conflituoso do direito do consumidor.

Yeung e Camelo (2023, p. 104) utilizam exatamente o exemplo do seguro-saúde para explicar o problema da *seleção adversa*: se as operadoras têm dificuldade para distinguir quais clientes têm mais e quais têm menos problemas de saúde, ela tende a precificar o plano de saúde em um valor médio. Entretanto, é legítimo acreditar que usuários com poucos problemas de saúde considerem o preço médio elevado e desistam da contratação, restando apenas os clientes que usarão muito o serviço.

Fenômenos como a assimetria da informação e suas derivações (problema de agência, risco moral e seleção adversa) são estudados, relatados e catalogados pela economia e se prestam a melhor compreender o mecanismo da tomada de decisões humanas. A ideia central da AED, portanto, é utilizá-los na avaliação do ordenamento jurídico e de sua capacidade de atingir os objetivos e valores definidos na elaboração de normas. Essas normas visam a atingir determinados resultados sociais, podendo a AED contribuir na interpretação do direito e na decisão judicial, já que permite compreender as múltiplas consequências – sociais – da escolha interpretativa que se faz.

Por outro lado, certas circunstâncias costumam ser referenciadas equivocadamente como características da AED. Entre elas, destaca-se o argumento de que, de forma geral, a escola estaria aprioristicamente em confronto com a disciplina de direito do consumidor, exatamente em razão de um suposto “caráter social” e protetivo deste. Diz-se, assim, que a abordagem favoreceria os fornecedores.

A alegação tem sido paulatinamente superada, inclusive por meio de decisões judiciais. Em liminar proferida em fevereiro de 2024, em ação civil pública promovida por entidade civil de defesa do consumidor contra a Anvisa, o juiz da 13ª Vara Cível Federal de São Paulo, valendo-se de fundamentação sustentada na AED, aderiu à tese da autora e estabeleceu obrigações à Agência. No caso, a entidade civil de defesa do consumidor questionava Resolução da Agência que autorizava a empresas o descumprimento dos prazos de implementação da exigência de informar, em embalagens de alimentos processados, o caráter “alto em” determinadas substâncias.²²

²² Ação Civil Pública Civil nº 5001408-12.2024.4.03.6100, julgada em 14 de fevereiro de 2024, 13ª Vara Cível Federal de São Paulo.

Relembre-se, no ponto, que AED não é subsunção do direito a valores monetários, tampouco representa alguma escolha axiológica prévia. Nas palavras de Santana (2014, p. 227): “a análise econômica do direito (AED) não se ocupa do aspecto axiológico de justo ou injusto, mas diretamente investiga a regra, eficiente ou ineficiente do ponto de vista econômico”. A AED é um *instrumental*. Da mesma forma, sua aplicação ao direito do consumidor não representa, aprioristicamente, uma defesa dos interesses dos fornecedores, sendo certo que há pesquisas que apontam ser exatamente o contrário: a técnica estabelecida de interpretação do CDC, desfocada do instrumental econômico, é que tem servido para favorecer agentes econômicos, sobretudo os incumbentes, ou aqueles em posição já bem estabelecida no mercado, em detrimento da *proteção do consumidor*, por muitas razões, mas sobretudo por estabelecer como padrão um nível de exigência e obrigações somente passíveis de cumprimento por grandes empresas.²³

O futuro da AED e o futuro de sua contribuição para o direito do consumidor

O método de utilização de fundamentos econômicos para a abordagem de questões de direito conheceu diversos desenvolvimentos recentemente. Essas “novas” escolas têm produzido influências práticas catalogáveis em direito do consumidor. Elas não são contraditórias entre si; antes, oferecem desenvolvimentos marginais à concepção original. A limitação do presente texto

²³ Esses temas já foram enfrentados, no Brasil, por Bodart (2017b, p. 114-142). Ver também Bodart (2018).

conduz à seleção de duas dessas propostas para apresentação, sobretudo, em razão do alcance que obtiveram.

A primeira delas consiste na Escola da Economia Comportamental, ou Behavioral Economics (BE). Ela consiste em um incremento à abordagem da AED, a essa agregando elementos de psicologia comportamental. Em um breve exercício de sumarização, pode-se dizer que a BE introduz na abordagem econômica a concepção de que o ser humano é sujeito a vieses cognitivos e heurísticas que podem levar a decisões que não são as melhores para ele. Tendo em conta esses achados, sugere-se a intervenção estatal na economia por meio de pequenos “empurrõezinhos” ou *nudges*, que conduziriam a tomada de decisão humana por caminhos desejados politicamente (Thaler e Sustein, 2019). Suas ideias alcançaram grande prestígio e culminaram na concessão de Prêmio Nobel para Richard Thaler, um de seus expoentes.

Suas contribuições para o direito do consumidor tradicionalmente desenvolvido logo foram identificadas. É que sua abordagem se revela eminentemente intervencionista e seus próprios idealizadores fazem referência a certo “paternalismo *soft*” que a proposta representa. Trata-se, portanto, de uma perspectiva da AED que se alinha com maior facilidade ao direito do consumidor tradicionalmente desenvolvido, e pode até mesmo legitimar medidas que foram “intuídas” pelo legislador, como, no caso do CDC brasileiro, o princípio da vulnerabilidade.²⁴

A partir dos anos 2000, diversos governos criaram escritórios de BE para análise e proposição de políticas públicas. Nos Estados Unidos, o tema ganhou proeminência durante a passagem de Sunstein pelo governo Obama. A Organização para a Cooperação

²⁴ Os impactos de uma abordagem do direito do consumidor pela ótica da BE foram apresentados em Oliveira (2019, p. 223-238).

e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) tratou de identificar os benefícios dos *insights* da BE especificamente para a política do consumidor.²⁵ Desde 2015, a Organização tem promovido eventos entre especialistas na temática. Na Europa, merece destaque a Diretiva de Direitos do Consumidor, de 2011 (*EU Consumer Rights Directive*), em que medidas como a proibição de existência de “boxes” pré-marcados em compras online foram informadas pelos achados da literatura que reconhecem o poder das opções padrão sobre o comportamento humano.²⁶ A adesão das pessoas tende a ser maior em contratos oferecidos com a opção *opt out*, em detrimento da opção *opt in*, por exemplo. Foi o que revelou a experiência brasileira com cadastro positivo. Tendo iniciado como sistema de *opt in*, apresentou baixa adesão. A mudança para *opt out* visou angariar maior adesão aos sistemas de cadastro.

Estudos sobre heurísticas e vieses cognitivos permitem o desenvolvimento de uma concepção de vulnerabilidade comportamental do consumidor, uma das possíveis facetas da condição de vulnerável que a lei atribui ao sujeito. Dessa perspectiva, justifica-se, por exemplo, a inclusão de fotos alarmantes no maço de cigarros, com a advertência de que fumar faz mal à saúde (Oliveira e Moura, 2014, p. 158-165). Justificam-se, igualmente, o reconhecimento da condição e o tratamento específico por lei do superendividamento dos consumidores (Oliveira e Carvalho, 2016, p. 181-202).

²⁵ “The CCP held its first roundtable on this topic in 2005 (Roundtable on Demand-side Economics for Consumer Policy), which explored both information and behavioural economics. At that time, the CCP recognised that behavioural economics: i) may explain how market failures can result from consistent biases in consumer behaviour; and ii) offers new insights for consumer policy but requires more consideration before it is widely used in policies (OECD, 2006)” (OCDE, 2017).

²⁶ Para conhecer ações da União Europeia que relacionam a BE à política consumista, ver Bavel et al. (2013).

No Brasil, estudo da OCDE, datado de 2018, indica que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Enap fazem uso dos achados da Escola da BE. Em 2019, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (Senacon/MJ) fez publicar Portaria²⁷ contendo nova disciplina para o tratamento do *recall* no país, e estabeleceu a obrigatoriedade de os fornecedores, em seus planos de mídia, observarem os *insights* comportamentais, conforme as diretrizes da OCDE. Em 2023, o Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos criou a Ciências Comportamentais em Governo (Cinco), uma unidade destinada a auxiliar formuladores de políticas públicas, valendo-se de inputs comportamentais.²⁸

Apesar da aceitação das abordagens comportamentais ao direito do consumidor, é oportuno fazer algumas advertências. Estudos recentes avaliaram os primeiros 15 anos de aplicação da técnica de intervenção estatal via nudge e sinalizam no sentido de que a BE pode ser uma ferramenta acurada para descrição do comportamento humano, mas falha em promover resultados a partir dessa descrição. Há, portanto, evidências descritas sobre a inutilidade dos achados da BE: políticas construídas sobre a perspectiva dos nudges não teriam alcançado os resultados esperados. Soma-se a esse cenário a identificação de escândalos na área, que evidenciaram algum enviesamento proposital de resultados, para o fim de comprovar hipóteses desejadas (Maier, Bartos e Wagenmakers, 2022).

Um exemplo marcante encontra-se no tema da obesidade e do tratamento que ele vem recebendo pela Behavioral Economics. Na perspectiva dessa escola, a obesidade tem sido justificada

²⁷ Portaria nº 618, de 1º de julho de 2019.

²⁸ Disponível em: www.gov.br/gestao/pt-br/assuntos/inovacao-governamental/cinco.

como uma decorrência de um viés comportamental humano, especialmente o desconto hiperbólico: pessoas têm dificuldade de fazer sacrifícios presentes em nome de maiores benefícios futuros. O tema gera reflexão de per se: essa perspectiva vem sendo estimulada pela própria indústria alimentícia, levando o foco da atenção para a pessoa e não para a qualidade do alimento oferecido. Soma-se a isso a constatação de que, embora estatisticamente verificáveis, os efeitos das políticas públicas desenvolvidas a partir desses parâmetros são pequenos (Chater e Loewenstein, 2022).

No balanço contemporâneo das críticas que sofre, há quem defenda a utilização da BE ao menos para a descrição mais precisa do mecanismo de tomada de decisões humanas, enquanto outros criticam inclusive essa sua capacidade. Estudiosos do tema, todavia, não acreditam que o fim da BE esteja próximo: ela atende a interesses políticos de justificar uma intervenção estatal na economia, e isso poderia garantir sua sobrevivência.

Outra abordagem em law and economics que merece destaque encontra-se na Escola da Escolha Pública (Public Choice). Seu intento é acrescentar elementos de ciência política a uma abordagem econômica do direito e tem o poder de propiciar uma compreensão mais adequada da ação regulatória do Estado.

Embora anteceda no tempo o desenvolvimento da Escola da Behavioral Economics, a Escolha Pública tem sido bem menos disseminada e conhecida, e suas ideias seguem circunscritas a grupo de especialistas pontualmente identificáveis, sobretudo na academia.

A Escola da Escolha Pública também foi agraciada com Prêmio Nobel, atribuído a nomes como James Buchanan e George Stigler. Em brevíssima síntese, ela põe à prova a concepção de

agente público infalível, revelando que a maximização de utilidade deles próprios igualmente deve ser levada em consideração. Assim, há que se entender as motivações individuais dos agentes públicos em sua interpretação e decisão diante de casos concretos.²⁹ Esse insight tem muito a contribuir à evolução da técnica em direito do consumidor, ao se considerar o apelo popular que problemas de consumo gozam junto à população em geral e o fato de que, entre as centenas de instituições dedicadas a cuidar dessa política no Brasil, parte substancial delas é liderada por pessoas ocupantes de cargos públicos de confiança dos chefes de Poderes Executivos nas três esferas (federal, estadual e municipal), conforme o modelo de Sistema Nacional de Direito do Consumidor adotado no país.

Mais especificamente, a Escola da Escolha Pública ajuda a compreender a tomada de decisão do próprio julgador em temas de direito do consumidor, incluindo-o na equação da relação jurídica. Tome-se o caso das decisões em judicialização da saúde. Sendo agente racional, é compreensível que o juiz tenda a decidir considerando aspectos de custo-benefício individual e optando por aquela solução que maximize sua própria utilidade. Relembre-se que utilidade também pode ser identificada como benevolência, caridade, piedade. Bem compreendido esse ponto, é fácil compreender a razão pela qual mais de 80% de pedidos formulados por pacientes em temas de saúde privada são concedidos, em um percentual que desafia a lógica e destoa de outros temas submetidos ao Judiciário.³⁰ Uma boa política de tratamento

²⁹ Ver Buchanan e Tullock (2010). Uma abordagem rápida da ideia pode ser encontrada em Oliveira (2021).

³⁰ Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/c80096a-3-58d0-4e21-849d-5342d9121573/content>.

da matéria deve levar em consideração esse ponto, sob pena de se revelar inócua.³¹

A evolução da AED não se limita a essas duas opções, todavia. O desenvolvimento da Teoria dos Jogos e da Jurimetria, para citar dois exemplos, tem muito a oferecer ao propósito de sofisticar a técnica empregada no intuito de atender ao comando constitucional de proteção do consumidor, tornado sua política mais assertiva.

Conclusão

A resistência apriorística à abordagem da AED aplicada ao direito do consumidor brasileiro a ninguém aproveita. A AED e as escolas que agregam achados à original têm o potencial efetivo de aprimorar a técnica empreendida, propiciando resultados sociais mais exitosos no sentido de eficácia do direito fundamental de proteção do consumidor, considerada a opção política realizada em 1988.

Bem compreender e avaliar a escolha por uma disciplina jurídica de proteção do consumidor, conhecer seus resultados após três décadas de vigência da lei, dimensionar os *incentivos* que normas e decisões judiciais propiciam no tratamento da temática do consumo no Brasil, tudo isso pode contribuir sensivelmente para o aprimoramento da política. No fim do dia, trata-se de contribuir para o desenvolvimento do país, para o acesso ao consumo, para o estabelecimento de um mercado efetivamente competitivo que entregue opção, preço e qualidade aos indivíduos.

³¹ “Tópico importante na discussão dos resultados é o desfecho das ações. Considerando as ações que possuem decisão em alguma instância, encontrou-se decisão favorável ao demandante em 81% delas, e, quando a solicitação é assistencial, as decisões favoráveis ao demandante atingem 89%” (Teixeira et al., 2022, p. 777).

A experiência de oportunizar a juízes federais americanos o conhecimento da AED resultou na produção de decisões mais técnicas e eficientes. O crescente acesso dos juízes brasileiros a esse conhecimento também tem potencial transformador e pode ser a porta de entrada para o impulsionamento do método para além dos atuais limites do Judiciário nacional.

Referências

- BASTIAT, Frédéric. *A lei*. São Paulo: LVM, 2019.
- BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. Tese (doutorado) – UFRGS, Porto Alegre, 2010.
- _____. A história do pensamento em direito e economia revisitada: dos precursores à pós-modernidade. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de et al. (Org.). *Law and economics: entre a história e temas contemporâneos*. Brasília, DF: WebAdvocacy – Defesa da Concorrência, 2021, p. 9-104. Ebook.
- BAVEL, René van; HERRMANN, Benedikt; ESPOSITO, Gabriele; PROESTAKIS, Antonios. *Applying behavioural sciences to EU policy-making*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union European Commission, 2013. Disponível online em mar. 2024.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- BEN-SHAHAR, Omri. *The myth of the 'opportunity to read' in contract law*. Chicago: University of Chicago, 2008.
- _____; SCHNEIDER, Carl. *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2014.

- BODART, Bruno. Prometendo mundos sem fundos. O que os últimos 100 anos podem nos dizer sobre a utilidade dos direitos sociais? *Jota*, 2 mar. 2017a.
- _____. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidores. *EALR*, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017b.
- _____. A análise econômica do direito é “de direita”? *blogs.harvard.edu*, 16 maio 2018. Disponível online em mar. 2024.
- _____; YEUNG, Luciana Luk-Tai. A constitucionalização de direitos sociais: uma análise econômica. In: FUX, Luiz; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira; BODART, Bruno (Org.). *A Constituição da República segundo ministros, juízes auxiliares e assessores do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Juspodivm, 2019. v. 1, p. 113-138.
- BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. 2. ed. Carmel: Liberty Fund, 2010.
- BUDNITZ, Mark E. The FTC’s Consumer Protection Program during the miller years: lessons for administrative agency structure and operation. *Cath. U. L. Rev.*, v. 46, n. 371, 1997. Disponível online em mar. 2024.
- CAMPILONGO, Celso. Prefácio. In: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (Org.). *Direito e economia em dois mundos*. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2014. p. 8-18.
- CAMPOS, Roberto. *A Constituição contra o Brasil*. São Paulo: LVM, 2018. Kindle.
- CAON, Guilherme Maines. *Análise econômica do direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- CHATER, N.; LOEWENSTEIN, G. The i-frame and the s-frame: how focusing on individual-level solutions has led behavioral

- public policy astray. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 46, 2023. Disponível online em mar. 2024.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, v. III, p. 1-44, out. 1960.
- CSERES, Katalin Judit. *Competition law and consumer protection*. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2005.
- ELLIOTT, Ash; CHEN, Daniel L.; NAIDU, Naidu. Ideas have consequences. The impact of law and economics on American justice. *NBER Working Paper n. 29788*, fev. 2022. Disponível online em mar. 2024.
- ESTRELLA FARIA, Guiomar T. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1994.
- FERREIRA, Igor; BRITTO, Vinícius. Em 2021, Brasil tinha 13,2 milhões de microempreendedores individuais (MEIs). *Agência IBGE Notícias*, 4 out. 2023.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher*. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- HOW Chicago school economists reshaped American justice. The fiftieth anniversary of a groundbreaking work. *The Economist*, 7 set. 2023. Disponível online em mar. 2024.
- IPPOLITO, Pauline M. Consumer Protection economics: a selective survey. In: _____; SCHEFFMAN, David T. (Ed.). *Empirical approaches to consumer protection economics*. In: CONFERENCE SPONSORED BY THE BUREAU OF ECONOMICS, FEDERAL TRADE COMMISSION. *Proceedings...*, 26-27 abr. 1984, Washington.
- MAIER, Maximilian; BARTOS, Frantisek; WAGENMAKERS, Eric-Jan. No evidence for nudging after adjusting for publication bias. *PNAS*, v. 119, n. 31, 19 jul. 2022. Disponível online em mar. 2024.
- MARQUES, Leonardo Albuquerque; MADUREIRA, Amanda Silva. A arquitetura institucional do Sistema Nacional de Defesa do

- Consumidor e o abuso regulatório: contribuições para um aumento de sua eficiência com a diminuição de custos de transação. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; ROLIM, Maria João. *Abuso de poder regulatório*. Rio de Janeiro: Synergia, 2021, p. 205-218.
- MENEGUIN, Fernando; LYNN, Marjorie. Intervenções para proteção do consumidor conseguem protegê-lo? *Revista Direito do Consumidor*, n. 125, p. 273-290, set./out. 2019.
- MILLS, Stuart. Nudge theory: what 15 years of research tells us about its promises and politics. *The Conversation*, 6 set. 2023. Disponível online em mar. 2024.
- OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico). Use of behavioural insights in consumer policy. *OECD Science, Technology and Innovation Policy Papers*, n. 36, jan. 2017. Disponível online em mar. 2024.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Direito da concorrência e Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. Reforma do direito do consumidor brasileiro a partir das lições da behavioral economics: uma agenda possível? In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Singular, 2019. p. 223-238.
- _____. Lei de liberdade econômica: constitucionalidade. Apon-
tamentos acerca da constitucionalidade material da Lei n. 13.874/2019. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 181-196.
- _____. O mito do regulador infalível. *WebAdvocacy*, Coluna de Amanda Flávio de Oliveira, 25 abr. 2021. Disponível online em mar. 2024.

- _____; ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. Direito do consumidor e análise econômica do direito. *Revista Direito do Consumidor*, n. 132, p. 309-330, nov./dez. 2020.
- _____; CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: por que é preciso proteger a pessoa superendividada. *Revista Direito do Consumidor*, n. 104, p. 181-202, mar./abr. 2016.
- _____; MENEGUIN, Fernando B. Intervenções públicas em um cenário de pandemia e suas consequências – cautela e canja de galinha não fazem mal a ninguém. In: LIMA, Edilberto Carlos Pontes (Coord.). *Os tribunais de contas, a pandemia e o futuro do controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 281-288. Disponível online em mar. 2024.
- _____; MOURA, Walter José Faiad de. É preciso proteger o fumante de si mesmo? *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP*, Direito e Tabaco, São Paulo, ano V, n. 17, p. 158-165, outono 2014.
- PELTZMAN, S. Regulation and the wealth of nations: the connection between government regulation and economic progress. *New Perspectives on Political Economy*, v. 3, n. 3, p. 185-204, 2007.
- POPPER, Karl Raimund. *Conjectures and refutations*. Nova York: Basic Books, 1962.
- PORTO, Antonio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2020.
- _____; SAMPAIO, Patrícia (Org.). *Direito e economia em dois mundos*. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2014.
- POSNER, Richard A. Some uses and abuses of economics in law. *University of Chicago Review*, Chicago, v. 46, n. 2, p. 281-315, inverno 1979.

- _____. *Economic analysis of law*. 5. ed. Nova York: Aspen Law and Business, 1998.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise econômica do direito e a concretização dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 11, n. 11, p. 304-329, jan./jun. 2012.
- SANTANA, Héctor Valverde. Análise econômica do direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 4, n. 1, p. 224-237, jan./jun. 2014.
- SOUZA, Washington Peluso Albino. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SOWELL, Thomas. *Economia básica*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018a.
- _____. *Fatos e falácias da economia*. Rio de Janeiro: Record, 2018b. Kindle.
- TEIXEIRA, Luis et al. A judicialização na saúde suplementar: uma avaliação das ações judiciais contra uma operadora de planos de saúde, Belo Horizonte, Minas Gerais, 2010-2017. *Saúde Debate*, v. 46, n. 134, p. 777-789, jul./set. 2022. Disponível online em mar. 2024.
- THALER, Richard; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Trad. Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.
- ULLEN, Thomas S. Um Prêmio Nobel para a ciência jurídica: teoria, trabalho empírico e método científico no estudo do direito. In: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (Org.). *Direito e economia em dois mundos*. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2014. p. 29-92.
- YEUNG, Luciana; CAMELO, Bradson. *Introdução à análise econômica do direito*. São Paulo: Juspodivm, 2023.