

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-867-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) denominado “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II” do XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI Belém – PA promovido pelo CONPEDI em parceria com o Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) em Belém do Pará, com enfoque na temática “DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: AMAZÔNIA DO SÉCULO XXI”, o evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019 na CESUPA, no Campus Av. Alcindo Cacela, 980 - Umarizal, Belém - PA, 66065-217.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao processo e o acesso e jurisdição da justiça, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo com o título “Processo administrativo e os princípios constitucionais processuais à luz do Código de Processo Civil”, dos autores Adriano da Silva Ribeiro e Sérgio Henriques Zandona Freitas, evidencia o conceito e a classificação do processo administrativo, com destaque crítico para a efetividade dos princípios constitucionais processuais para, em seguida, discutir a viabilidade da aplicação subsidiária ou complementar do CPC/15 no processo administrativo.

O segundo artigo “O abuso do direito aplicado à gratuidade da justiça no sistema processual civil” da lavra da autora Maria José Carvalho de Sousa Milhomem aponta que a análise do abuso de direito de ação, com fulcro na gratuidade da justiça, por aqueles que, na verdade, possuem plenas condições de arcar com o ônus econômico do processo, prejudica o acesso à justiça pela parcela mais carente da população, que de fato faz jus ao benefício.

“Ampliando as hipóteses de mediação nos procedimentos possessórios do Código de Processo Civil de 2015”, terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Felipe de Almeida Campos e Marcos Paulo Andrade Bianchini, apontam a importância do Código de Processo

Civil de 2015 ao tratar das possessórias nos artigos 560 a 566, prevendo a realização de audiência de justificação no artigo 562 para, na sequência examinar se no artigo 565 há previsão da realização de audiência de mediação, e se está limitada aos procedimentos coletivos e de posse velha.

O quarto texto, com o verbete “O negócio jurídico processual como estratégia para a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais”, de autoria de Eliana Magno Gomes Paes, debruça seus estudos sobre o instituto dos negócios jurídicos processuais atípicos e a estratégia eficaz à concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, com estudo sobre os conceitos de prestação e ativismo judicial.

O quinto texto, da lavra dos autores Raíssa Fabris de Souza e Luiz Fernando Bellinetti, intitulado “Ativismo judicial e a teoria dos precedentes vinculantes” analisa o princípio da separação dos poderes e o período pós-positivista, ingressando no tema do ativismo judicial e, por fim, da teoria dos precedentes vinculantes, mecanismo considerado apto a proporcionar maior segurança jurídica e confiança legítima aos cidadãos.

No sexto artigo intitulado “Democracia, audiências públicas e o poder judiciário: distanciamentos e aproximações sob o enfoque da democratização da justiça”, de autoria de Bruna Caroline Lima de Souza e Dirceu Pereira Siqueira, fazem importante estudo sobre o uso das audiências públicas como instrumento para o exercício da democracia participativa, principalmente no poder judiciário, e de modo específico, a análise da importância exercida pela atuação jurisdicional e como as audiências públicas podem aproximar as decisões judiciais da realidade social e viabilizar o exercício da participação democrática nesse âmbito.

O sétimo texto da coletânea, do autor Jose Ezequiel Albuquerque Bernardino, com o verbete-pergunta se “Há efetividade na execução fiscal realizada pela justiça eleitoral?” discorre sobre a abordagem da efetividade da execução fiscal no âmbito da Justiça Eleitoral, levando-se em consideração pesquisa realizada pelo CNJ, que atesta um congestionamento processual das execuções fiscais desta Justiça Especializada, dada a infringência da legislação eleitoral, traçando um paralelo com a anistia da aplicação de multas eleitorais realizada pelo Congresso Nacional.

“Ativismo judicial e agravo de instrumento: mitigação da taxatividade das hipóteses de cabimento em contraposição ao princípio de reserva legal” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Helena Patrícia Freitas e Luciana Cecília Morato, apontam os

problemas decorrentes da interpretação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o agravo de instrumento, que traz, no artigo 1.015, elenco de hipóteses de cabimento, cuja taxatividade foi mitigada no julgamento de recurso especial repetitivo.

O nono texto, intitulado “Processo constitucional democrático e a formação participada do mérito processual: uma releitura do princípio da imparcialidade do juízo no processo civil brasileiro”, dos autores Fabrício Veiga Costa e Regis André, investiga o princípio da imparcialidade do juízo no contexto do processo civil constitucional democrático, demonstrando-se sua relação com a formação participada do mérito processual e da fundamentação racional e exauriente da decisão.

“O recurso extraordinário como instrumento de unificação dos modelos de controle de constitucionalidade no Brasil”, apresenta-se como décimo texto da coletânea, do autor Bernardo Silva de Seixas, faz importante reflexão sobre a aproximação do Recurso Extraordinário com o controle concentrado de Constitucionalidade, para, no final, concluir em qual espécie de controle o respectivo recurso se enquadra, ou se é um elo de ligação entre os dois sistemas.

O décimo-primeiro texto da coletânea, da lavra dos autores Lincoln Mattos Magalhaes e Jânio Pereira da Cunha, intitulado “A sustentação oral no processo judicial: contribuição de Jürgen Habermas para um processo constitucional democrático” questiona às noções do procedimento, participação e influência, com a idéia de legitimação democrática das decisões judiciais, bem como a sua regulação no Código de Processo Civil de 2015, com olhar no Modelo Constitucional de Processo, adotado no Brasil.

O décimo-segundo texto da coletânea “O artigo 878 da CLT e a necessária releitura à luz do processo constitucional democrático” apresenta-se como temática abordada pelos autores Eduardo Augusto Gonçalves Dahas e Marcelo Santoro Drummond, ao compararem a garantias fundamentais do processo previstos na Constituição da República e a necessária execução de ofício pelo magistrado quando operada a coisa julgada material.

O décimo-terceiro texto intitulado “Meios de facilitação da defesa do consumidor”, dos autores Alexandre Herrera de Oliveira e Oscar Ivan Prux, enfrenta os motivadores da proteção aos consumidores, analisa se o ônus da prova é o único meio de realizar essa facilitação, observado ainda o princípio da isonomia e os direitos da personalidade, focados nos direitos dos consumidores.

“Meios de solução digital de conflitos - Online Dispute Resolution (ODR)”, de autoria de Maíra de Oliveira Lima Ruiz Fujita e Bianca Santos Cavalli Almeida, como décimo-quarto texto, busca esclarecer o mecanismo da ODR, como instrumento ágil, econômico e simples para solução de conflitos em espaço virtual, examinando os meios de solução digital de conflitos, bem como os possíveis benefícios ou desvantagens da utilização destes novos recursos, ao invés da utilização de métodos tradicionais que requerem a reunião presencial entre as partes, visando a negociação ou conciliação, dentre outras hipóteses.

Os autores Leticia Squaris Camilo Men e Marcelo Negri Soares apresentam importante temática, no décimo-quinto texto da coletânea, com o artigo intitulado o “A força dos precedentes no CPC/2015 e a alteração do entendimento predominante”, ao colacionarem o conceito e a natureza jurídica dos precedentes, súmulas e jurisprudência, pelo que busca demonstrar que o distinguishing é a técnica adequada para verificar se o precedente se aplica ao novo sistema, se deverá ser utilizado na fundamentação do magistrado ou se será superado.

O décimo-sexto artigo com o verbete “A falácia na aplicação da tese jurídica fixada em IRDR: a função meramente preparatória do incidente”, de autoria de Vinicius Silva Lemos, aponta a divergência doutrinária e jurisprudencial existente acerca a relação entre a recorribilidade da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas e a transferência de competência judicante para os Tribunais Superiores, com o intuito de estabelecer paradigmas sobre a real função do instituto diante da sistemática repetitiva no direito processual do país.

O décimo-sétimo artigo com o título “A insuficiência da utilização da indisponibilidade do direito material como critério limitador do negócio jurídico processual”, das autoras Clarice Santos da Silva e Rosalina Moitta Pinto da Costa, evidencia o conceito de modelo constitucional de processo, o qual influencia decisivamente para a adequada compreensão da tutela jurisdicional para, na sequência, abordar a negociação jurídica processual, sua definição e importância para o respeito à liberdade das partes e, por fim, responder se a indisponibilidade do direito material pode concretizar a realização de negócios jurídicos processuais.

O décimo-oitavo artigo “O sistema de precedentes como instrumento de efetivação de direitos fundamentais” da lavra da autora Suzanne Teixeira Odane Rodrigues aponta a contribuição do sistema de precedentes para o Direito brasileiro, em especial, como instrumento de efetivação de direitos fundamentais.

“A tutela coletiva do consumidor sob uma análise juseconômica processual da litigância consumerista”, décimo-nono da coletânea, é o trabalho dos autores Carla Maria Barreto Goncalves e Alisson Jose Maia Melo, apontam a importância da coletivização da tutela processual como iniciativa típica de estruturação juseconômica do processo, pois concede maior resguardo aos consumidores brasileiros que normalmente são inertes para judicializar seus direitos, averiguar as bases teóricas da Tutela Processual Coletiva do Consumidor e o confronto com as premissas da Análise Econômica do Direito.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca pelo consenso entre os conflitantes. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema processual brasileiro e internacional, além do acesso à justiça, ainda muito focado no arcaico litígio entre partes.

É imprescindível dizer que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no país, demonstrando notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea. A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre a solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

por seu Curso de Direito e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

Belém do Pará, novembro de 2019.

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - PPGD Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama - Universidade Paranaense – UNIPAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR SOB UMA ANÁLISE
JUSECONÔMICA PROCESSUAL DA LITIGÂNCIA CONSUMERISTA
CONSUMER COLLECTIVE TUTLE UNDER A PROCEDURAL JUSECONOMIC
ANALYSIS OF CONSUMER LICENSE**

**Carla Maria Barreto Goncalves
Alisson Jose Maia Melo**

Resumo

Este artigo contextualiza a tutela coletiva das relações de consumo sob a análise juseconômica do processo buscando a utilização eficiente da litigância. Reconhece importância à coletivização da tutela processual como iniciativa típica de estruturação juseconômica do processo, pois concede maior resguardo aos consumidores brasileiros que normalmente inertes para judicializar seus direitos. A metodologia é dedutiva por averiguar as bases teóricas da Tutela Processual Coletiva do Consumidor e confrontá-las com as premissas da Análise Econômica do Direito. Conclui-se que quanto à superação da inércia do consumidor, a tutela coletiva é instrumento vantajoso, embora tenha desafios a contornar.

Palavras-chave: Tutela do consumidor, Tutela coletiva, Análise econômica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

This article contextualizes the collective protection of consumer relations under the juseconomic analysis of the process seeking efficient use of litigation. It recognizes the importance of collectivization of procedural tutelage as typical initiative of juseconomic structuring of the process, as it gives greater protection to Brazilian consumers, normally inert to judicialize their rights. The methodology is deductive by ascertaining the theoretical basis of the Collective Procedural Guardianship of the Consumer and confronting them with premises of the Economic Analysis of Law. It is concluded that overcoming consumer inertia, collective protection is an advantageous instrument, although it has challenges to overcome.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consumer protection, Collective guardianship, Economic analysis of law

INTRODUÇÃO

Propõe-se a contextualizar a importância de tutelar as relações de consumo de modo eficiente, uma vez que a própria codificação do tema já representou por si só significativo avanço em uma proteção ampla e diversificada do consumidor, pois ela se verificou tanto no aspecto material, como no processual e, até, em aspectos administrativos e penais. Apesar da complexidade jurídica que tal ramo jurídico apresenta pelos diversos âmbitos de proteção, deve-se analisar não apenas o grau do impacto normativo que decorre dessa codificação, notadamente da tutela judicial coletiva, mas também os contextos da litigância em que se inserem os consumidores e fornecedores e, assim, as maneiras como eles litigam e, principalmente, como podem litigar de maneira mais eficiente, para eles e para o sistema judiciário.

Logo, importa refletir sobre como a tutela coletiva pode contribuir para uma salvaguarda mais eficiente de tais relações, considerando outras perspectivas menos tradicionais, comumente de análises normativas. Assim, para uma apreciação diferenciada da tutela coletiva do consumidor brasileiro, o presente artigo levará em consideração institutos teóricos da Análise Econômica do Direito, de maneira que se possa, inclusive, fazer incursões em uma Análise Juseconômica do Processo Civil, e em especial da Litigância consumerista.

Para tanto, compreende-se tal relação processual à luz da eficiência na gestão de recursos, verificando os fatores de estímulo e desestímulo a determinadas condutas dos agentes da litigância consumerista, a saber, os consumidores e fornecedores que, em geral, sempre estão buscando gerenciar de modo ótimo seus recursos. Essa análise leva em conta, maciçamente, os dados extraídos de outras pesquisas empíricas e teóricas, que puderam verificar que tanto para o consumidor, como para os fornecedores, existem padrões relativamente estabelecidos quando lhes é possível o envolvimento em litígios judiciais.

Essas constatações permitem uma suposição apriorística de que a tutela coletiva de fato se mostra como uma alternativa eficiente para a proteção jurídica e judicial consumidores brasileiros. Mas também, a partir de pesquisas outras, relacionadas à implementação da Tutela coletiva no Brasil de uma maneira geral, permite-se também averiguar um forte contraste entre os avanços e os desafios existentes no estudo do tema, que precisa ser equilibrado.

1. A TUTELA COLETIVA COMO UMA DIMENSÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

Propõe-se uma análise do surgimento e desenvolvimento desse modelo de tutela jurisdicional, especialmente peculiar por sua dimensão coletiva, como também pela especificidade em amparar o consumidor brasileiro, um personagem que só veio a ser

legalmente reconhecido, em âmbito nacional, no final do século XX. Numa perspectiva ampla, foi relevante a elaboração de um Código específico para regular as relações de consumo e, precisamente, providenciar os instrumentos processuais – não apenas materiais – que viabilizassem a reinvidicação desses novos direitos.

Inclusive, como Herman Benjamin (1995, p. 13) enfatizou, em trabalho que, mesmo tendo sido elaborado poucos anos após a promulgação do Código, demonstra pertinência perfeitamente condizente com o tempo presente, “a concessão destes novos direitos, ou o reconhecimento da legitimidade de novos interesses, de pouco servirá se a seus destinatários não se abrir a possibilidade de, judicialmente ou não, adequadamente exercê-los”.

Assim sendo, além de repassar os avanços processuais em escala individual, relembra-se como é quase imprescindível conceber a litigância consumerista numa escala coletiva. Afinal, além de a massificação dos contratos de consumo e a produção em larga escala serem alguns dos fatores que gera uma quantidade considerável de relações a tutelar, existe ainda o interesse metaindividual difuso, que muitas vezes um ou outro consumidor simplesmente não verifique viabilidade de reinvidicação isolada.

1.1 A relevância da consolidação do CDC e da Defesa do Consumidor em Juízo

Primeiramente, a codificação da defesa do consumidor, por si só, foi uma das mais importantes transformações jurídicas verificadas no fim do século XX, no Brasil. E essas mudanças, decisivas para uma reformulação do sistema jurídico e judicial na virada do século, costumam estar associadas à promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, através da Constituição, no âmbito da regulamentação das relações de consumo, teriam se estabelecido “as bases para o tratamento de uns atores econômicos, os consumidores (art. 5º, XXXII, da CF/88), impondo nova ordem constitucional do mercado (art. 170, V, da CF/88), e, por fim, mandou organizar um Código especial de proteção deste sujeito de direitos fundamentais (art. 48 ADCT/CF/88) [...]” (MARQUES, 2004, p. 19).

Inclusive, o interesse pela constitucionalização do tema era a ordem do dia para a nova carta, afinal a ideologia do social, imbuída de valores de justiça social ou distributiva, dominou o cenário constitucional do século XX e que “nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização, que agitou o último quartel do século, abalou os alicerces do Estado social, [...], inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor” (LÔBO, 1999, p. 102).

Sendo assim, numa síntese precisa de ambos os fenômenos, é possível que a Constituição de 1988 teria auxiliado na reconstrução do Direito Privado, com estrutura semelhante à de um edifício, assim descrevendo Cláudia Lima Marques (2004, p. 41):

O Código Civil de 2002 é a base geral e central, é o próprio edifício, em que todos usam o corredor, o elevador, os jardins, é a entrada comum a civis, a empresários e a consumidores em suas relações obrigacionais. Já o CDC é um local especial, só para privilegiados, é como o apartamento de cobertura: lá existem privilégios materiais e processuais para os diferentes, que passam por sua porta e usufruem de seu interior, com piscina, churrasqueira, vista para o rio ou o mar e outras facilidades especiais. Na porta da cobertura só entram os convidados: os consumidores, os diferentes, em suas relações mistas com fornecedores. Sustentando conceitualmente o privilégio ou como base do CDC, está o CC/2002, com seus princípios convergentes (boa-fé, combate ao abuso, à lesão enorme, à onerosidade excessiva etc.), sempre pronto a atuar subsidiariamente.

Dessa maneira, demonstrando-se e celebrando-se a inovação que o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90 (BRASIL, 1990), que se prestou a atender à nova ordem constitucional, como a se desmembrar do Direito Civil, conclui-se que essa complexa inovação legislativa material demandaria abordagens e mecanismos jurídicos robustos.

Para tanto, o CDC se equilibrou em diversos eixos de ação para salvaguardar as relações de consumo, isto é, tal Código tanto apresentou normas de direito material, como de direito processual e ainda trata de normas administrativas e penais. E estas regras diferenciadas, por sua vez, são designadas heterotópicas, ou seja, são normas de natureza diversa daquela do diploma em que se inserem, mas que são técnicas de que se vale o legislador para melhor efetivar os direitos ali assegurados naquele novo diploma (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019, p. 65)¹.

Nesse rumo, também é importante lembrar que esse cuidado em normatizar os aspectos processuais de novos regimes jurídicos, apesar de decisivo, não teria sido um processo tão óbvio e imediato assim. Afinal, como afirma Benjamin (1995, p. 12),

Apesar dessa "expectativa geral de justiça", a evolução no plano substantivo não repercutiu - e ainda não repercute - com a mesma intensidade e eficácia no plano processual, vale dizer, no alargamento, facilitação e melhoria global do acesso à justiça para os mais vulneráveis. Em vários países, estão para ser criados, paralelamente aos novos direitos concedidos pelo legislador, mecanismos adequados que dêem aos titulares, quando lesados, condições de implementá-los eficientemente; [...] Em vários países - e não cuidamos aqui só da banda pobre do mundo, mas dos mais ricos - à atenuação das desigualdades no terreno substantivo não correspondeu mitigação equivalente no campo da estrutura de poder no processo.

Uma vez compreendida a importância de uma construção estratégica do diploma legal de proteção ao consumidor, composto por normas de naturezas diversas, pretende-se neste estudo enfatizar os contrastes entre o direito material e o direito processual do consumidor para, em seguida, demonstrar a relevância da Defesa do Consumidor em Juízo como efetivação dos direitos materiais que passaram a lhes ser garantidos.

¹ Esse caráter heterogêneo está presente no CDC pelo fato de que a partir do seu artigo 55 prevê sanções administrativas por infrações às normas de defesa do consumidor, bem como a partir de seu artigo 61 estão as disposições penais.

Desse modo, o primeiro aspecto do Código de Defesa do Consumidor se dispôs a redimensionar esse negócio jurídico distinto do que se concebia no direito Civil, reconhecendo uma incontestável disparidade entre as partes, pois de um lado havia um fornecedor robusto econômica e juridicamente, enquanto de outro havia um consumidor que, a grosso modo, era a parte mais vulnerável da relação.

Esse desequilíbrio teria sido tratado das mais diversas formas, que incluem desde a dedicada conceituação das noções de consumidor e fornecedor (arts. 2º e 3º, CDC), passando ainda pelo tratamento da responsabilidade civil objetiva do fornecedor pelo fato do produto ou serviço (art. 12 e ss, CDC) e também inovando, de modo louvável, com a previsão da desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor (art. 28, CDC), dentre vários outros institutos jurídicos que se destinam ao equilíbrio desse novo modelo negocial.

De outro lado, o aspecto processual do CDC, sendo o enfoque central deste estudo, pode ser especialmente vislumbrado no Título III do referido Código, compreendendo os artigos 81 a 104, mas sem que se ignore outros dispositivos fora do referido título, bem como também não se esqueça que o CDC ainda alterou dispositivos na Lei da Ação Civil Pública (LACP), Lei n.º 7.347/85 (precisamente nos artigos 110 a 117) e inclusive reconhece, em seu artigo 90, o Código de Processo Civil e a LACP como normas suplementares.

Dessa maneira, é inegável o impacto de tal Código sobre o regime processual civil brasileiro, tendo sido inclusive pioneiro em diversas proposições, mencionadas a seguir. Contudo, antes do efetivo aprofundamento na Defesa do Consumidor em Juízo, importa reforçar que tal Código, na matéria processual, ainda se subdivide nas dimensões individual e coletiva da tutela jurisdicional.

Logo, no plano de uma tutela judicial individualizada, é possível apontar inovações que vão desde como o foro em benefício do consumidor (art. 101, I, CDC), a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC), até a concepção pioneira no Brasil do instituto da tutela específica (art. 84, CDC), dentre outras. Inclusive, relembra-se o que foi mencionado anteriormente sobre o fato de não se limitarem ao Título III as normas processuais do CDC.

Já na outra dimensão de proteção em juízo, que é a da tutela coletiva, cumpre adiantar que no presente tópico serão trazidos breves apontamentos sobre a importância e peculiaridade dessa modalidade de tutela, em contraste com sua abordagem individualizada, pois a seguir, haverá tópico que se dedicará em nuances mais específicas da tutela coletiva do consumidor, tamanha sua relevância e correlação com a proteção do consumidor.

Desse modo, em contornos iniciais do tema, é importante ressaltar que a tutela coletiva de um modo geral apesar de consideravelmente aperfeiçoada com o advento do Código de

Defesa do Consumidor, consistia na realidade em uma disciplina que já existia bem antes da promulgação de tal Código. E, embora pudesse ser feita digressão histórica consideravelmente ampla (ZANETI JR, 2016), aqui serão apontados apenas os documentos que pertençam ao que atualmente se considera parte do microsistema da tutela coletiva e que cronologicamente se inaugura pela lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65).

Tal instrumento, que posteriormente obtém guarida constitucional (art. 5º, LXXIII, CF/88), confere a qualquer cidadão a legitimidade para invalidar atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público, a fim de corrigir as atividades que lhes sejam lesivas e, assim, tutele interesses da coletividade (VIANA, 2006, p. 132).

Em seguida, a Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei n.º 7.437/85), também amparada constitucionalmente (art. 129, III, CF/88)², teria sido um determinante passo à sistematização do processo civil coletivo brasileiro, apesar de ter formado uma inevitável área cinzenta com a via processual anterior (a ação popular) (VIANA, 2006, p. 132).

Com avanços consideráveis, tal lei propôs desde o seu texto original o reconhecimento ao meio-ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético e outros, como passíveis da sua proteção (art. 1º, LACP); viabilizou a reparação pelo dano sofrido, superando a simples anulação a que se limitava a Ação Popular (art. 3º, LACP), assim como concedeu a legitimidade extraordinária a terceiros para que representassem as coletividades lesadas (art. 5º, LACP), dentre outros louváveis regulamentos.

Assim, não à toa, como se aprofundará mais a frente, a Lei da Ação Civil Pública é de relevância tal que, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, é considerada o núcleo central do microsistema da tutela coletiva.

Mas, retomando o desenrolar cronológico dos diplomas legais, há que se apontar ainda a relevância do próprio texto constitucional, que em diversos dispositivos tanto incorporou institutos pré-existentes (como foi o caso da Ação Popular e Ação Civil Pública), como inovou em matéria de tutela coletiva (e.g. o Mandado de Segurança Coletivo previsto no art. 5º, LXX da CF/88) e ainda, como já visto, determinou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor numa indireta, porém relevante, contribuição à consolidação do microsistema da tutela coletiva.

Nessa toada, é pertinente lembrar como tal Código pôde contar com a participação de eminentes processualistas, dentre eles Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery

² Com o destaque para o fato de que seu amparo constitucional se dá como atribuição do Ministério Público e não como direito fundamental, como foi o caso da Ação Popular.

Jr., de modo que considerou preocupações modernas com a efetividade e facilitação do acesso à Justiça pelo consumidor (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019, p. 68).

Dessa maneira, tal Código apresentou uma função verdadeiramente unificadora e uniformizadora, visando adequar a sistemática processual vigente para melhor salvaguardar os novos direitos materiais que apresentava. Dentre suas inovações, as mais relevantes foram o cuidado em conceituar os direitos coletivos em sentido amplo, diferenciando os direitos difusos, dos coletivos em sentido estrito, dos individuais homogêneos (art. 81, CDC) e pormenorizar o regime da Coisa Julgada nas ações coletivas (art. 103, CDC), além de outros.

Ademais, vale saber que é comum apontar ainda outras leis avulsas, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90)³ e até da Lei da Improbidade Administrativa (Lei m.º 8.429/92) como integrantes desse microsistema o qual, até que houvesse a promulgação do CPC/15, era estudado considerando, basicamente, os diplomas até então mencionados.

Inclusive, para Didier Jr. e Zaneti Jr. (2019, p. 73), o CPC/73 “havia perdido sua função de garantir uma disciplina única para o Direito Processual, seus princípios e regras não mais continha o caráter subsidiário que anteriormente lhes era natural [...] O processo coletivo era simplesmente não regulado pelo CPC-1973”; logo, por muito tempo tal diploma pouco interagiu com os demais e, assim, o CDC e a LACP assumiam o papel de protagonistas, os quais

[...] se complementam e integram recíproca e integralmente. Os outros diplomas integram esse mesmo sistema de forma secundária, tratando de particularidades de determinadas matérias. Todas estas demais leis são informadas igualmente pelos princípios da Lei da Ação Civil Pública e do Código do Consumidor. É uma técnica de “*complementação recíproca*” entre as disposições daqueles diplomas legais. (VIANA, 2006, p. 5)

Todavia, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, este passou a ter relação de mão dupla com o microsistema, “em um vaivém do núcleo para a periferia (centrífuga) e da periferia para o núcleo (centrípeta)”, afinal, enquanto o microsistema do processo coletivo teria nascido e se desenvolvido fora do CPC/73, “e quase sempre a despeito dele, agora é suposto pelo legislador, que não apenas expressamente passou a fazer menção a esse setor do processo civil, mas, também, trouxe normas jurídicas novas para ele”.

1.2 O Direito do consumidor como fonte e objeto da tutela coletiva

Tendo sido compreendido o grau de proteção que o CDC destina ao consumidor e do seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro, surge a possibilidade de explicar como esse ramo jurídico serviu de resposta às transformações socioeconômicas profundas que se

³ Especialmente a partir do artigo 208 é possível vislumbrar regulamentação correspondente.

agudizaram da metade para o final do século XX e porque a tutela coletiva corresponde a uma das mais refinadas proteções a tais direitos.

Para tanto, pretende-se, demonstrar como a proteção do consumidor por meio da tutela coletiva, consiste num ciclo de retroalimentação, em que tanto esse ramo jurídico se faz uma importante fonte do processo coletivo ao mesmo tempo em que é um dos principais destinatários desse ordenamento.

Afinal o então modelo processualista vigente na época da promulgação do CDC, a saber o Código de Processo Civil de 1973 (Lei n.º 5.869/73), com formatação individualista, mostrava-se “inapto a oferecer soluções eficientes para determinados tipos de conflitos que começaram a emergir na sociedade moderna, conflitos de âmbito *meta-individual*” (VIANA, 2006, p. 5).

Logo, teria sido com a gradativa percepção de que as relações de consumo configuravam um negócio jurídico diferente do que era regulamentado pelo Direito Civil, à época, pelo CC/16, decorre de fatores diversos, sendo um dos mais proeminentes o fenômeno massificação do consumo. Afinal, surgem a produção em larga escala e uma crescente variedade de produtos e serviços disponibilizados pelos fornecedores a ponto de, justificadamente, demandar atenção para que haja melhor regulamentação.

Como relata Robert Reich (2008, cap. 1), em sua obra “Supercapitalismo”, especialmente nos Estados Unidos, no início do século XIX, se verificaram avanços tecnológicos como locomotivas, motores de combustão interna e maquinários que podiam ser desmontados e montados em locais diferentes que facilitavam e barateavam consideravelmente a produção. Desse modo, era praticamente inevitável a produção de bens em larga escala:

“Procter & Gamble conceberam uma nova máquina para produção em massa de sabonetes Ivory. Diamond Match usou uma máquina que produzia e encaixotava fósforos aos milhões. Uma máquina de produzir cigarros inventada em 1881 era tão produtiva que apenas quinze delas satisfaziam a demanda anual dos Estados Unidos por cigarro”.

Nesse rumo, cabe lembrar que não apenas surgem esses numerosos contextos para a compra e a venda, mas também se consolidam maneiras inovadoras de se contratar, as quais inclusive vieram para demonstrar incontestavelmente que a compreensão clássica do contrato estava ultrapassada. Não se podia mais presumir posições paritárias entre as partes contratantes, tanto pela inegável robustez técnica e econômica dos fornecedores, como pelo volume crescente de contratos que precisavam ser elaborados (MARQUES, 2016, p. 68-69).

Inclusive, Marques (2016, p. 70) ainda lembra que essas práticas se consolidaram de maneira tal que, por “economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido a simples adesão dos

consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda essa série de futuras relações contratuais.”.

São os famigerados contratos de adesão, figuras inerentes à sociedade industrializada moderna e que praticamente dominam, segundo Marques, quase todos os setores da vida privada, num contexto em que normalmente há superioridade econômica ou técnica. (MARQUES, 2016, p. 70) Desse modo, pode-se concluir que nitidamente lógico a proposta de se adequar o ordenamento processual a essa nova realidade fática, tanto pelo volume crescente de litígios que possam decorrer de tantas negociações se realizando, bem como por essa pulverização de sujeitos e objetos que decorre dessa massificação⁴.

2. ANÁLISE JUSECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL E DA LITIGÂNCIA CONSUMERISTA

Uma vez apresentadas a origem e o desenvolvimento normativo da proteção judicial do consumidor, bem como dada a pormenorizada justificativa de que a tutela coletiva é ideal para amparar o consumidor, vez que ela é compatível com a massificada dimensão que tais relações assumem, importa verificar esse fenômeno processual sob uma ótica extremamente atual e relevante, que é a Análise Econômica do Direito. Esse ramo de estudos é recente, vez que os primeiros estudos voltados para a pesquisa remontam a meados das décadas de 60 e 70, e tem contribuído de maneira cada vez mais significativa com o estudo da litigância.

Afinal, a busca por uma maior compreensão das escolhas dos sujeitos, que tendem a tentar sempre otimizar vantagens e reduzir custos, se torna pertinente seja para a elaboração de leis que possam regular as condições de acesso à justiça – e.g. regulamentação dos valores das custas processuais como incentivo/desestímulo a litigar – ou mesmo no âmbito das políticas pública judiciárias, que possam adequar o funcionamento – e.g. promover mais mutirões de conciliação – e até na infraestrutura das instituições – e.g. criação de varas especializadas – de uma maneira responsiva ao que se possa analisar a partir do comportamento dos litigantes.

2.1 Breves notas sobre a AED e sua aplicabilidade ao Direito Processual Civil

Em face de uma aproximação epistêmica cada vez mais difundida, a economia tem fornecido ao Direito uma “metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas” (GICO JR, 2010) e que se volta à pretensão deste artigo: compreender o contexto jurídico, e judicial, dos consumidores e fornecedores na reivindicação de seus direitos e na defesa de seus interesses,

⁴ O que Cláudia Lima Marques (2016, p. 69) aponta como despersonalização e desmaterialização dos contratos de consumo.

notadamente pela compreensão do modelo de tutela coletiva, como um sistema que oferece possibilidades diversas da tutela individualizada.

Para tanto é interessante que se faça breve repasse teórico sobre a origem, o desenvolvimento e as principais ideias que integram o campo da Análise Econômica do Direito, a fim de confirmar a pertinência de sua aproximação tanto como o direito processual (civil), como com a tutela coletiva.

Sendo assim, tem-se que as ideias e obras decisivas para a evolução dessa vertente podem ser atribuídas a Guido Calabresi, com a obra *Thoughts on Risk distribution and Law Torts*, e a Ronald Coase, notadamente com seu artigo *The problem of social Cost*, e, por fim, é Richard Posner que é tido por muitos como um dos principais expoentes, pois foi pioneiro em

[...] aplicar as premissas básicas da Microeconomia, subdivisão metodológica da Teoria Econômica, aos diversos ramos do Direito não, especificamente, afeitos ou ligados às políticas econômicas, tais como, Property Rights, Law of Torts e Contract Law, além, é claro, dos demais ramos do Direito norte americano (GONÇALVES; STELZER, 2005, p. 201-202)

A partir de então, desenvolve-se um ramo através do qual seus estudiosos consideram “o direito enquanto um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos” (GICO JR., 2010, p. 21).

Dessa maneira, pode-se dizer que na metodologia juseconômica a normatividade do Direito chega a ser negada, uma vez que nela se investigam as causas e as consequências das regras jurídicas e das organizações na tentativa de prever o comportamento de cidadãos e agentes públicos diante de uma dada regra e como eles alterarão seu comportamento em eventual mudança normativa (GICO JR., 2010, p. 21).

Nesse sentido, tanto se faz necessário que se disponha de uma teoria sobre o comportamento humano, inexistente até então no Direito. E também importa compreender postulados básicos, como o de uma inevitável escassez de recursos na sociedade (e na natureza como um todo) frente a uma infinidade virtual de necessidades, de modo que toda escolha, em face dessa escassez, pressupõe um custo que é designado pelos economistas de *trade off* ou custo de oportunidade (GICO JR., 2010, p. 22).

Transpondo essas noções basilares para o Direito Processual Civil, a partir do que explica Galdino (2005, p. 176), tem-se que o processo é um espaço de defesa de interesses pessoais, de modo que nele se atua conforme uma das premissas elementares da economia, de que pessoas são maximizadoras racionais de seus interesses e, portanto, “efetuam cálculos de custo e benefício para decidirem se farão acordos, se distribuirão ações em busca dos direitos que pensam ou afirmam possuir, se recorrerão em face de decisões que lhes sejam desfavoráveis, etc.”

Inclusive, é fundamental que se alerte que a acepção de racionalidade para a juseconomia não é tão simplória, uma vez que nas ciências econômicas ela já foi relativizada. Lembra Gico Jr (2010, p. 26) que esse conceito técnico, dentre algumas análises possíveis, pode significar o estudo dos meios empregados pelas pessoas para alcançarem seu fim, que seriam seus comportamentos, e não uma teorização sobre os fins que elas buscam, o que recairia no estudo da motivação.

Logo, é a partir dessa verificação mais detida sobre o comportamento humano que se menciona também a relevância de uma área considerada fronteira entre a economia, a psicologia e neurologia, que vem sendo denominada neuroeconomia e que, no contexto de aplicação juseconômica, também vem ganhando espaço. Inclusive, para Gico Jr (2010, p. 28) “[c]ertamente essa é uma das áreas que mais promete contribuir para o desenvolvimento do direito, principalmente em áreas nas quais o elemento volitivo é relevante, desde contratos até defesa do consumidor”.

Desse modo, fica clara a utilidade da correlação que se pode fazer da Juseconomia com o Direito Processual Civil, afinal, como demonstra Galdino (2005, p. 170):

[...] a análise econômica pode auxiliar estrategicamente o comportamento dos litigantes em um dado processo, eis que fornece projeções de riscos, custos e benefícios eventuais, que moldam os respectivos comportamentos. Além disso, a análise econômica pode ajudar a compreender melhor o comportamento dos agentes envolvidos no processo civil, permitindo o desenvolvimento normativo de novos e, se possível, eficientes modelos procedimentais.

Nesse contexto, portanto, em que inúmeras escolhas precisam ser feitas, desde à decisão sobre ajuizar ou não uma ação, perpassando a possibilidade por contratar ou não um advogado – caso a demanda permita tal escolha – e decidir ou não recorrer, verifica-se rico campo de análise, o qual se estuda precisamente a pela ótica da economia, em que se investiga como age o ser humano médio diante de escolhas.

Para o presente artigo, optou-se pela realização de um panorama inicial e geral a partir de pesquisas já realizadas por institutos como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Fundação Getúlio Vargas (FGV), bem como pelo amparo teórico de alguns autores, a respeito da litigância consumerista, a fim de verificar a postura normalmente tomada pelos consumidores e fornecedores nos contextos antecedentes e concomitantes ao ajuizamento das ações individuais.

2.2 Uma análise juseconômica da litigância consumerista individualizada

Diante da constatação de que a Juseconomia volta suas análises eminentemente para os agentes e suas escolhas maximizadoras de recursos, a partir de então serão desenvolvidas

análises tanto dos processos judiciais que envolvam a matéria consumerista, como da perspectiva dos sujeitos litigantes: consumidores e fornecedores.

A metodologia para levantamento dessas verificações se deu primariamente através da análise de pesquisas empíricas realizadas pelo CNJ e pela FGV, havendo ainda aporte teórico de autores como Marc Galanter (1974, p. 95), que desenvolveu a compreensão binária de que existem litigantes eventuais e litigantes habituais.

Primeiramente serão analisados os perfis de litigância dos consumidores brasileiros e em seguida dos fornecedores. Mas antes, tem-se por fundamental destacar a constatação obtida na obra **“Os maiores Litigantes nas Ações Consumeristas na Justiça Estadual: Mapeamento e Proposições”**, realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria, encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015). Conforme se apresenta na Introdução do sumário executivo de tal levantamento

Estudos recentes indicam que ações relacionadas ao direito do consumidor têm grande influência no volume de processos no Poder Judiciário. Somente em 2014, foram mais de dois milhões de casos novos envolvendo responsabilidade do fornecedor ou indenização por dano moral, situando o assunto como o terceiro mais demandado de todos os tribunais, com pelo menos 4% de todas as novas demandas do ano de 2014 (Justiça em Números 2015).

Verifica-se, então, que a litigância consumerista ocupa consideravelmente o fluxo do sistema judiciário brasileiro e que, possivelmente, deva se fazer objeto de atenção das políticas públicas em prol de um funcionamento otimizado e descongestionado do judiciário brasileiro.

Já no que diz respeito aos consumidores brasileiros, apresenta-se uma pesquisa da FGV⁵, de 2011, segundo a qual uma parcela notável dos consumidores entrevistados (72%) conhecia o CDC e sabia quais órgãos poderiam auxiliá-los, como PROCON, Defensoria Pública e os Juizados especiais, mas apenas 11% dos entrevistados afirmou ter consultado o teor do Código e apenas 38% declarou ter o hábito de reclamar sempre ou quase sempre que tem problema com uma empresa.

Segundo o professor Ricardo Morishita Wada, coordenador da pesquisa, os principais argumentos apresentados para não reclamar os seus direitos, de que “não compensa”, segundo a avaliação de 37% dos entrevistados, e também que “demora muito”, segundo 31% deles. “O consumidor acha que a reclamação só vale a pena quando o objeto tem um valor considerável.

⁵ A pesquisa foi realizada em fevereiro de 2011. Para a apuração dos dados quantitativos, foram entrevistadas 1.400 pessoas acima de 18 anos nas áreas urbanas de todas as regiões do país. A amostra seguiu o perfil da população brasileira, conforme os dados da última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD 2009). A margem de erro é de 2%. Também foram realizados quatro grupos de discussão focal com 40 consumidores nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. Disponível em: <<https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/PesquisaCDCCJUS.pdf>> Acesso em 12 de setembro de 2018.

Numa época em que grande parcela do tempo é dedicada ao trabalho, reclamar seus direitos é realmente um desafio para os consumidores”⁶.

Observa-se, portanto, que apesar empenhos em divulgar mecanismos de defesa do consumidor, que pode ser associada ao fato de um elevado número de entrevistados conhecer o diploma legal e os respectivos órgãos de proteção; ainda parecem faltar ao consumidor estímulos que o levem a reivindicar de seus direitos.

Em sentido semelhante se deu a investigação de Barbosa e Gonçalves⁷, que tomando por base os números apresentados pelo CNJ em 2011, com base no Panorama do Acesso à Justiça no Brasil (2004 a 2009), verificou-se novamente a inércia do consumidor brasileiro ao reivindicar seus direitos consumidor. E tal comportamento passivo se torna evidente ao ser comparado com a litigiosidade em outras esferas da vida – como trabalhista ou em conflitos de família – sendo na condição de consumidor o papel em que menos se buscava a superação dos problemas.

Por essa análise cumpre destacar que, ao se falar da reivindicação dos direitos de maneira genérica nesse caso, entende-se tanto como sendo a que se dá em nível judicial, como extrajudicial, mas com a reconhecida pretensão de que – face ao incontestável congestionamento do Poder Judiciário e sua inevitável burocracia, decorrente do devido processo legal – as medidas alternativas, como reclamações ao SAC; junto a Procons e até pelas redes sociais, verificam-se como saídas mais rápidas e até eficazes.

Todavia, cumpre reconhecer que o considerável decurso de tempo entre a época das pesquisas apontadas (2011) até o presente momento da elaboração deste artigo, diante de transformações socioeconômicas e o incontestável avanço das tecnologias, deve ser reconhecida a importância de novos levantamentos pela comunidade acadêmica.

Das poucas constatações que se realizou desde então, cabe indicar o levantamento realizado entre janeiro e fevereiro de 2018 pela empresa Boa Vista SPC sobre os hábitos de consumo, em que se demonstrou que 67% dos brasileiros conhecem apenas pouco ou não conhecem nada dos seus direitos enquanto consumidores. Todavia, 61% dos entrevistados afirmaram que costumam reclamar sempre ou na maior parte das vezes que têm problemas de

⁶ Disponível em: <<https://diretorio.fgv.br/noticia/maioria-dos-consumidores-nao-reclama-por-seus-direitos>> Acesso em 20 de maio de 2019.

⁷ Destaque-se que, apesar de ter direcionado parte de seu raciocínio para a crença de que, no caso de julgamentos que envolvem responsabilidade civil por dano moral, o Poder Judiciário não estaria empregando de maneira adequada a indenização com caráter pedagógico. “Outro fator que fomenta a “indústria” da inércia do consumidor é a falta de conhecimento mínimo jurídico por parte da população. A pesquisa do CNJ utilizada neste trabalho identificou que os serviços de água, luz, telefone e bancos representam a maior porcentagem de pessoas que vivenciaram conflitos e não procuraram solução por não saber que poderiam fazê-lo [...]” (BARBOSA; GONÇALVES, 2018, p. 14).

consumo. Foram entrevistadas 800 pessoas em todo Brasil, segundo reproduzido no domínio eletrônico “Consumidor Moderno”⁸.

Pode-se concluir que, apesar das inúmeras ações que visem fortalecer as instituições de proteção ou a produção de leis que regulem esse novo cenário de consumo desenfreado, ainda não serão suficientes sem que haja efetivas conscientização e participação do consumidor. O problema, aparentemente, é uma desmotivação que os leve a efetivamente reivindicar e participar.

Logo, sob a sucinta descrição de como opera a Análise econômica do Direito, torna-se claro o fenômeno da inércia do consumidor brasileiro diante da possibilidade de reivindicar judicialmente seus problemas, denotando a probabilidade de que os custos da litigância – especialmente os relacionados à sua disposição psico-emocional – podem lhe ser maiores do que os ganhos de judicializar seus problemas.

Assim, resta claro que, no âmbito da tutela individualizada, o consumidor brasileiro está inserido numa estrutura de incentivos que se apresenta notadamente desfavorável à sua proatividade.

No que toca aos fornecedores, embora haja aspectos que podem atender a expectativas já sedimentadas no senso comum forense, como por exemplo o fato de que boa parte das demandas se concentra na figura de poucos litigantes, como se atestou através do estudo já mencionado no início sobre o grau de congestionamento judiciário com relação a demandas consumeristas⁹.

Por outro lado, teria sido verificada a existência de uma postura cooperativa dos fornecedores em solucionar os conflitos com seus consumidores, segundo a Associação Brasileira de Jurimetria:

Com base nas entrevistas, pode-se afirmar que as empresas têm grandes preocupações com ações consumeristas e acreditam que buscar soluções alternativas ao litígio é a melhor forma de solucionar o problema. As empresas também apresentaram preocupações com relação a possível existência de advogados oportunistas e indústrias da gratuidade e do dano moral.¹⁰

⁸ Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2018/03/16/consumidores-conhecem-direitos/> Acesso em 20 de maio de 2019.

⁹ Segundo trecho do sumário executivo do “Justiça Pesquisa: Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições”, “um pequeno grupo de litigantes são réus na maior parte dos processos judiciais. O estudo “100 maiores litigantes” (Conselho Nacional de Justiça 2012) mostra, por exemplo, que, na 1ª instância da Justiça Estadual, os 100 maiores litigantes figuram como uma das partes em 36% dos processos. Na justiça consumerista, espera-se que essa proporção seja ainda maior.”

¹⁰ Os autores do estudo, contudo, reconhece não ter sido possível a verificação empírica de tais resultados, de modo que continuam como hipóteses para futuras pesquisas.

Ainda que haja em tais verificações um aparente contraste, pois uma talvez seja óbvia e a outra um tanto surpreendente, é fundamental que se compreenda também o perfil dos fornecedores e a sua estrutura de incentivos em prol de escolhas maximizadoras.

Essa análise, especialmente para os fornecedores, fica bem delineada através da divisão realizada por Marc Galanter (1974, p. 95) que propôs distinção entre litigantes eventuais (*one-shotters*) e os habituais (*repeat-players*), de maneira que as escolhas estratégicas de litigância variam consideravelmente entre esses dois tipos.

Segundo o autor, os litigantes eventuais são atores da sociedade que recorrem ao judiciário apenas ocasionalmente, como se tem em um divórcio, por exemplo, e os litigantes habituais são os que se engajam em diversas litigâncias semelhantes ao longo do tempo, como é o caso de operadoras de seguros, bancos, etc (GALANTER, 1974, p. 3).

Diante disso, Galanter (1974, p. 4) aponta a necessidade de refinar ainda mais a descrição desses litigantes habituais, apontando sete vantagens que eles têm em face dos litigantes eventuais, estes sendo aqueles que acabam administrando “demandas que são grandes demais (relativamente a seu tamanho) ou pequenas demais (relativo ao custo das providências) para que sejam administradas de maneira rotineira e racional”. Logo, das sete, apresentam-se cinco vantagens do litigante habitual a seguir

- (1) Ter experiência e inteligência antecipada; eles são capazes de estruturar a próxima transação e elaborar registros. É o litigante habitual quem redige o contrato, exige caução etc.
- (2) Desenvolve-se expertise e há acesso a especialistas. Eles se aproveitam da economia de escala e tem baixos custos iniciais para qualquer caso.
- (3) Há oportunidade de desenvolver relações informais com membros institucionais.
- (4) Necessita estabelecer e manter credibilidade como litigante. Os interesses na reputação de barganha servem como recurso para consolidar um compromisso com suas posições de barganha. Sem reputação de barganha a manter, o litigante habitual tem mais dificuldade de se comprometer a barganhar.
- (5) É possível apostar. Quanto maior a disputa em questão em relação ao litigante eventual, mais provável que ele adote uma estratégia “minimax” (minimizar a probabilidade de uma perda máxima). Supondo que as chances são relativamente menores para os eventuais, eles podem adotar estratégias calculadas para maximizar os ganhos ao longo de diversos casos, mesmo que isso implique o risco de perda máxima em alguns casos. (GALANTER, 1974, p. 6-7)

Diante dessas avaliações, não há muito mais o que se demonstrar para que se possa concluir é inegável vantagem detida pelos fornecedores, que em sua maioria se configuram como litigantes habituais perante o consumidor brasileiro.

Essas vantagens permitem concluir que a litigância para os fornecedores é incorporada ao restante de suas atividades com certa naturalidade, de modo que sua estrutura de incentivos não só admite e internaliza o fato de litigar, como ainda lhe permite manusear as experiências

judiciais de maneira a otimizar cada vez mais sua experiência maximizadora de ganhos, como bem apontou Galanter na quinta vantagem aqui exposta.

Assim, é com base no contraste das tendências passivas e inertes do consumidor brasileiro na litigância individualizada e em face das vantagens que os fornecedores detêm pela possibilidade de litigar em larga escala que se apresenta, a seguir, um panorama que demonstre as conquistas e os desafios da tutela coletiva do consumo, ante aos fatores de estímulo e desestímulo existentes.

3. A TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR SOB ANÁLISE JUSECONÔMICA DA LITIGÂNCIA CONSUMERISTA: UM PANORAMA DAS CONQUISTAS E DOS DESAFIOS DA TUTELA COLETIVA

Levando em consideração os fatos e argumentos até então trazidos, acerca da revolução normativa, teórica e sócio-cultural que se pôde verificar da judicialização coletiva da proteção do consumidor brasileiro, importa reconhecer que houve mais entusiasmo e otimismo que rigor crítico sobre tal instituto.

Ocorre que se reconhece fundamental a verificação não apenas das vantagens, mas também das desvantagens decorrentes da utilização de ações coletivas, especificamente em defesa do consumidor, para que se possa considerar o trabalho integralizado e, inclusive, permitir que se façam investimentos em escolhas que possam oferecer, de maneira otimizadora, o máximo de benefícios e o máximo de custos, tanto para as partes envolvidas, como para o próprio sistema jurisdicional.

Dessa maneira, a demonstração das vantagens em realidade torna-se não tão desafiadora, pois além de contar com os levantamentos até então apresentados, é relativamente simples apreciar um caso que demonstre a eficácia da tutela coletiva, no sentido de substituir inúmeras ações judiciais.

Nesse sentido, tomaremos o caso da Ação Civil Pública ajuizada pelo Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) em 07 de maio de 2019, a qual foi distribuída para a 22ª Vara Federal de São Paulo (SP), e que postula a suspensão do aumento anual dos reajustes dos planos de saúde individuais e familiares, bem como a revisão da fórmula de cálculo¹¹.

A referida ação configura o estopim de uma disputa antiga entre a Agência Nacional de Saúde Suplementar, o próprio IDEC e, claro, os consumidores. Afinal, praticamente desde

¹¹ Disponível em: <https://idec.org.br/reajuste-abusivo-dos-planos> . Acesso em 27 de maio de 2019.

quando a respectiva agência fora criada¹², o IDEC vinha buscando meios consensuais de revisar a metodologia dos cálculos de reajuste¹³.

Depois dessas inúmeras tentativas e de ter sido publicado relevante acórdão do TCU, apontando irregularidades na metodologia dos cálculos, o IDEC ajuíza a referida ação, havendo inclusive êxito inicial no deferimento da tutela antecipada, a qual determinou que o aumento seria de 5,72%; mas que teria sido revertida no Tribunal Regional Federal da 3ª Região após recurso da ANS.

Segundo o IDEC, se mantida a decisão do TRF3 “mais de 9 milhões de usuários de planos individuais e familiares serão afetados, cerca de 20% do total de consumidores de planos, terão que pagar valores abusivos calculados de forma inapropriada.”

Assim, torna-se possível concluir que a opção pela tutela coletiva do consumidor denota vantagens por fazer frente às relações massificadas, impedindo as diversas ações judiciais que porventura viessem a ser ajuizadas em larga escala, obstruindo o poder judiciário, e sendo substituídas por uma única ação judicial.

Ademais, tem-se que na tutela coletiva também se encontra uma saída para contornar a inércia que normalmente contagia o consumidor brasileiro na reivindicação de seus direitos, conforme foi verificado nas pesquisas trazidas, e, por fim, ainda se apresenta como a solução para as circunstâncias em que, pulverizados os prejuízos na coletividade, dificilmente se verificaria um dano relevante para judicializar, se fosse considerado individualmente.

De outro lado, no que se refere aos desafios da implementação da tutela coletiva, é possível mencionar dois aspectos centrais, os quais possuem outros desdobramentos, que seriam relacionados a especificidade e complexidade teórica que subjaz o tema da Tutela Coletiva e com a desafetação das verbas indenizatórias ocasionalmente obtidas em condenações. E esses problemas, destaque-se, parecem estar associados à Tutela Coletiva de um modo geral, não apenas à Tutela coletiva do Consumidor.

No que tange à especificidade teórica, cabe apontar outra pesquisa do CNJ, da edição Justiça Pesquisa, intitulada “*Ações coletivas no Brasil: o processamento, o julgamento e a execução das tutelas coletivas*”, de 2017, conduzida pela Associação Brasileira de Direito Público (BRASIL, 2017).

Através da pesquisa teria sido possível evidenciar falhas, em maioria apontadas pelos magistrados e servidores nas “*survey*”, relacionadas a uma baixa preparação teórica para operar tais modalidades de ação judicial. E uma dessas falhas consiste no fato de que

¹² Criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.

¹³ Cf. Linha do tempo. Disponível em: <https://idec.org.br/reajuste-de-planos-de-saude/linha-do-tempo>

[...] os autores das ações intentam a garantia de direitos individuais, não a defesa de direitos coletivos em sentido difuso. Essa estratégia processual converte a ação coletiva em um instrumento com objetivos opostos àqueles a que originalmente se propôs: [...] a proliferação de ações coletivas com vistas a ganhos individuais, distorcendo um instrumento voltado à defesa dos direitos coletivos em sentido estrito ou difusos, e minorando as possibilidades de diálogo e mobilização social. (BRASIL, 2017, p. 12-13).

Essa utilização distorcida segue demonstrada ainda na prevalência do Ministério Público como o principal agente a atuar nessa modalidade de tutela, o que também é questionado pelo estudo ao fazer com que as participações da sociedade civil acabem secundarizadas; bem como aponta-se ainda para a percepção de morosidade na condução dessas ações, num índice de 81,7% e que é associada, segundo os entrevistados, pela complexidade do processamento das referidas ações (BRASIL, 2017, p. 20-21).

Diante dessas verificações, conclui-se pelo que também é admitido pelos próprios magistrados entrevistados na pesquisa, quanto à fragilidade acerca no conhecimento sobre direitos coletivos, no sentido de que

[...] precisamente 63,6% dos juízes que responderam ao *survey* consideraram esse conhecimento parcialmente suficiente. Não obstante, 25,7% das respostas disseram que tal conhecimento é insuficiente. Em termos gerais, 89,3% dos juízes ouvidos não consideraram plenamente adequada a formação da magistratura em temas relacionados aos direitos coletivos e aos instrumentos processuais para tutelar tais direitos.

Superada a constatação de que existe um desafio operacional em lidar com a teoria que fundamenta a tutela coletiva no Brasil, existe ainda o problema da destinação dos recursos financeiros oriundos da execução judicial coletiva – em contra ponto com a execução que possa ser individualizada – que se daria no Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD).

Tal Fundo, criado pela LACP (art. 13) e atualmente regulado pelo Decreto n.º 1.306 de 1994, é composto por representantes da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, do MPF, do CADE, de Entidades civis e outros (art. 3º do Decreto).

Segundo levantamento da revista Consultor Jurídico, que embasou o lançamento do artigo da autoria de Marcos de Vasconcellos (2017), em 2017, “o Fundo recebeu R\$ 1,9 bilhão nos últimos sete anos, mas menos de 3% disso foram aplicados nos fins determinados em lei. O dinheiro quase todo foi para os cofres da União, pela porta dos fundos”.

Somando-se a essa verificação, a revista voltou a abordar o tema através da divulgação da decisão do magistrado Renato Câmara Nigro, da 6ª Vara Federal de Campinas, o qual teria afirmado “que o Judiciário não pode respaldar a insistente prática da União de não aplicar as verbas do FDD para reparação de danos à sociedade” e por isso teria determinado que a União parasse de contingenciar recursos do Fundo para inflar artificialmente o superávit primário (COELHO, 2018).

Dessa maneira, pela breve menção desses fatos, tanto relacionados com a dificuldade de operacionalizar a teoria da tutela coletiva, como pela deturpação das verbas obtidas na tutela de direitos difusos, de uma maneira em que se verifica que se esvazia uma boa parte das pretensões originalmente concebidas para a tutela coletiva, é que se assume as falhas do instituto.

Contudo, a assunção de tais problemas de maneira alguma pode ser óbice à sua consolidação e seu desenvolvimento. Muito pelo contrário, pois é pela verificação do contraste entre as vantagens e desvantagens da tutela coletiva do consumidor que se poderá aperfeiçoá-la com todo o cuidado que, a partir do que apresentou sobre os igualmente nobres avanços da juseconomia, se possa otimizar os benefícios e minimizar os custos das escolhas trágicas.

CONCLUSÕES

O presente artigo permitindo, inicialmente, um relevante repasse histórico sobre o que representou a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) para o sistema jurídico processual brasileiro, viabilizando o acesso à justiça desse novo direito material que se apresentava, também demonstrou como foi inovador e pertinente para complementar e selar o microssistema da tutela coletiva.

Em seguida, houve a necessária contextualização do tema para uma abordagem juseconômica, tida como uma metodologia relevante para compreender a realidade da litigância consumerista e os incentivos, positivos e negativos, que possam fomentar os consumidores e fornecedores a se conformar num padrão de litigância.

Desse modo, foi possível verificar que no caso dos consumidores existe uma inércia quanto à possibilidade de reivindicar seus direitos, e quanto aos fornecedores existe um quadro extremamente favorável, vez que eles são na maioria das vezes litigantes habituais.

Logo, a tutela coletiva é inserida nessa análise juseconômica, uma vez que se mostra como uma solução que permite superar a inércia do consumidor, vez que ele na realidade passa a ser judicialmente representado por uma entidade, bem como verifica-se um avanço no tocante à problemática de congestionamento do poder judiciário, vez que a tutela coletiva permite converter o que poderia ser uma variedade de ações individuais, numa única demanda.

Ocorre que, no desfecho, demonstrou-se fundamental lembrar que não se pode considerar apenas os avanços e vantagens na utilização da tutela coletiva. Apesar de sua irrefutável eficiência econômica, que otimiza recursos, existem desafios.

Tais obstáculos, que foram sintetizados em aspectos básicos, relacionados com a complexidade teórica que a temática representa para os operadores do Direito – notadamente

magistrados e servidores, conforme pesquisa apresentada – e com a problemática de desvio dos valores financeiros arrecadados junto ao fundo previsto na LACP.

Finalmente, mesmo com os reveses, que representam na realidade questões a superar e aperfeiçoar, torna-se possível concluir pelo avanço que o CDC representou para o regime processual brasileiro, pois conferiu uma proteção formal aos direitos dos consumidores e foi decisivo para corroborar com o avanço dessa tutela que, dado o inegável congestionamento do poder judiciário brasileiro, nos é cada vez mais cara.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Reinaldo Denis Viana; GONÇALVES, E. N. A “**Indústria**” da **Inércia do Consumidor**. Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, [s.l.], v. 4, n. 1, p.39-60, 21 ago. 2018. CONPEDI. <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0030/2018.v4i1.4065>

BENJAMIN, A. H. V. A **Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**. in Edis Milaré (org.), *A ação civil pública*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. 1995.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

BRASIL. **Direitos e Garantias Fundamentais. Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. Série Justiça Pesquisa. Relatório Analítico Propositivo. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/799b01d7a3f27f85b334448b8554c914.pdf>

BRASIL. **Justiça Pesquisa. “Os maiores Litigantes nas Ações Consumeristas na Justiça Estadual: Mapeamento e Proposições”**. CNJ. Brasília: 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf> Acesso em 20 de maio de 2019.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 4.

GALANTER, Marc. **Why the haves come out ahead: Speculations on the limits of legal change**. *Law & Soc'y Rev.*, v. 9, p. 95, 1974.

GALDINO, Flávio. **Introdução à análise econômica do processo civil (I) Os Métodos alternativos de soluções controversias**. Revista Quaestio Iuris (Rio de Janeiro). V. 1, n.1. 2005.

GICO Jr., Ivo T. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. *Economic Analysis of Law Review EALL*. V1.n.1 p. 7-33. Jan/Jun 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.18836/2178-0587/ealr.v1n1p7-33>.

GONÇALVES, Everton das NEVES; STELZER, Joana. **O direito e a law and economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito.** JURIS-Revista da Faculdade de Direito, v. 11, p. 199-222, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 36, n. 41, p.99-109, jan/mar. 1999

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.** Revista de Direito do Consumidor, v. 45, p. 34-67, 2004.

REICH, Robert B. **Supercapitalism: The transformation of business, democracy, and everyday life.** Vintage, 2008. *Versão E-book Kindle.*

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Algumas Notas Acerca da Tutela Jurisdicional Coletiva.** Nomos, v. 25, n. 3. 2006.