

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
IDP
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA
E DESENVOLVIMENTO

LUIZ GUSTAVO CAVALCANTI DE ARAÚJO

AS DEMANDAS DE CONSUMO DE MASSA COMO UM PROBLEMA
ESTRUTURAL: uma outra perspectiva sobre as demandas de massa, o
congestionamento do sistema de resolução de conflitos e os incentivos que levam a tal
conjuntura

SÃO PAULO
2020

LUIZ GUSTAVO CAVALCANTI DE ARAÚJO

AS DEMANDAS DE CONSUMO DE MASSA COMO UM PROBLEMA ESTRUTURAL: uma outra perspectiva sobre as demandas de massa, o congestionamento do sistema de resolução de conflitos e os incentivos que levam a tal conjuntura

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direito, Justiça e Desenvolvimento como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Empresas e Contratos, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira.

SÃO PAULO

2020

LUIZ GUSTAVO CAVALCANTI DE ARAÚJO

AS DEMANDAS DE CONSUMO DE MASSA COMO UM PROBLEMA ESTRUTURAL: uma outra perspectiva sobre as demandas de massa, o congestionamento do sistema de resolução de conflitos e os incentivos que levam a tal conjuntura

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direito, Justiça e Desenvolvimento como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Empresas e Contratos, pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

São Paulo, 16 de dezembro de 2020.

Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira

IDP-SP

Prof. Dr. Thomas Victor Conti

IDP-SP

Prof. Dr. Ricardo Morishita Wada

IDP-SP

Dedico este trabalho aos meus avós, não sei se eles pensaram que chegaria aqui, mas se cheguei em grande parte foi por conta deles.

Dedico também este trabalho a todos que dedicam sua vida à Justiça e a construção de um país mais justo, mais ordenado e menos desigual.

AGRADECIMENTOS

2020 não foi um ano fácil. Para além das dificuldades já esperadas, o trabalho, as obrigações dos mestrados e dos demais projetos, tivemos uma catástrofe ao nível sanitário que abalou toda segurança que a normalidade poderia trazer. Quase tudo mudou em alguma medida, e é necessário ser grato, em primeiro lugar, a oportunidade de, nessas horas tão difíceis, ainda ter os meios e as condições de concluir este mestrado.

Desta forma, é necessário agradecer a Deus, à minha família e aos meus amigos por todo suporte e ajuda nestes tempos atribulados. Faço uma menção especial àqueles que conheci e me afeiçoei logo que entrei no mestrado e nossa escola ainda se chamava EDB, e que estiveram comigo nas aulas, nos trabalhos, nos projetos. Se esse ano, sem aulas presenciais, já deixa um gostinho de saudade do café nos corredores, nos próximos à alta será ainda maior. Por sorte, tenho certeza que estes laços firmados não vão se romper, e o que quer que a vida nos reserve, estaremos sempre juntos daqui em diante.

Preciso também fazer uma menção especial a todos da equipe do IDP, dos mestres, passando pelos assistentes e chegando aos colaboradores da biblioteca, todos que tiveram papel essencial na fundação das bases que compõem este trabalho. Neste ponto, preciso fazer um agradecimento especial ao meu orientador, professor Ricardo Silveira, que apesar do nosso contato prejudicado por conta do distanciamento, foi sempre cirúrgico em seus apontamentos e trouxe contribuições que não imaginaria que iriam compor esta pesquisa, pelo menos, não num primeiro momento.

Por fim, mas não menos importante, preciso agradecer a Mariland Pereira, que fez um ótimo trabalho e passou algumas madrugadas me ajudando com os retoques finais deste trabalho. Tudo seria muito mais difícil sem você.

É a estrada que define o destino e cada um de vocês, ao longo destes anos todos, foi fundamental em me ajudar a construir e tomar os rumos certos nessa estrada. Erros e desvios sempre vão existir, mas a existência deste trabalho e tudo que ele representa, são a prova de que nós, juntos, estamos e estaremos colhendo os bons frutos de nossas escolhas.

"Não conseguimos resolver um problema
com base no mesmo raciocínio usado para criá-lo."

Albert Einstein

RESUMO

A presente dissertação discute a problemática das demandas de consumo de massa e sua possível interpretação como um problema de natureza estrutural, com base no ideário de Owen Fiss, apontando-se também a existência de incentivos de ordem econômica que agravariam e manteriam a situação destas demandas. Desta forma, utilizando o método dedutivo-hipotético, parte-se dos dados estatísticos referente a tais problemas de consumo e de massa, bem como de impressões teóricas sobre os mesmos para se atingir os entendimentos alvo da pesquisa. Deste modo, tem-se uma pesquisa dividida em quatro frentes: a primeira, trata da conjuntura do problema de consumo no país, contendo dados de ordem estatística e formulações teóricas concernentes à questão destas demandas, do acesso à Justiça e ao tratamento judicial no Brasil; no segundo capítulo, traz-se a ideia dos processos e problemas estruturais, sendo feita a compatibilização entre o conceito e as características de um problema estrutural com a conjuntura brasileira; no terceiro ponto, são tratados alguns elementos da análise econômica do Direito, se apontando alguns elementos de fato que incentivariam a situação das demandas se apresentar e se manter da forma que se analisa na presente pesquisa; por fim, no quarto e último ponto, se traz um problema de consumo concreto, o das cobranças indevidas, buscando compreender na prática tanto os elementos de um problema estrutural contido nestas demandas, como os possíveis incentivos que pairam sobre estes fatos jurídicos e ocasionam a demanda, daí, remetendo às considerações finais. Portanto, trata-se de uma pesquisa de cunho diagnóstico, visando traçar estes elementos da teoria para o problema na prática, servindo como base para futuro e eventual proposição de reforma ou melhoria do sistema legal.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Acesso à Justiça; Congestionamento Judicial; Problema Estrutural; Incentivos econômicos.

ABSTRACT

The present dissertation debates the problematic of the mass consumerist judicial demands and its possible interpretation as a structural problem, based on the ideas of Owen Fiss, and also pointing to the possible existence of incentives of economic nature that would worsen and maintain the current situation of these suits. Therefore, utilizing and hypothetical-deductive method, we depart from static data and theoretical impressions over the subject to attain the objectives of the present research. This research is divided in four chapters: the first establishes the problem and the conjuncture of the consumerist demands in Brazil, containing the statics data and the theoretical insights over this problem, the access to justice and the legal process in Brazil; the second chapter brings the theory of the structural injunctions and violations and also the subsumption of these concepts over the studied situation; thirdly, are brought some elements of the economic analysis of the Law, pointing some factual elements that correspond to economic incentives for the maintenance of the situation in question; lastly, it is studied a concrete consumerist problem, regarding the improper billings, aiming to comprehend in a practical issue the elements of a structural violation and also possible incentives that maintain the situation as it is. Thus, its and diagnosis type research, that intends to translate theoretical elements to practical issues, serving as bases for an eventual future proposal of reform or upgrade for the legal system.

Keywords: Consumerist Law; Access to Justice; Judicial congestion; Economic incentives.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 DA ATUAL CONJUNTURA DE CONGESTIONAMENTO JUDICIAL COM ENFOQUE NAS DEMANDAS DE CONSUMO DE MASSA.....	10
1.1 O QUE É CONGESTIONAMENTO JUDICIAL E COMO ELE SE APRESENTA NO BRASIL	10
1.2 A SITUAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E SUA CONCENTRAÇÃO DE DEMANDA DE CONSUMO.....	13
1.3 INTENÇÃO VERSUS REALIDADE: A PROPOSTA ORIGINAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS FRENTE A REALIDADE DE FATO DO TRATAMENTO DAS DEMANDAS DE CONSUMO DE MASSA.....	22
1.4 DADOS DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS E EMPRESAS CONCENTRADORAS DE DEMANDA: A EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS ANTERIORES ÀS DEMANDAS	25
1.5 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE A SITUAÇÃO DO CONGESTIONAMENTO JUDICIAL NO BRASIL.....	29
2 DEMANDAS DE CONSUMO NA PERSPECTIVA DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS.....	35
2.1 DEFININDO PROCESSOS E PROBLEMAS ESTRUTURAIS	35
2.2 DIFERENCIAÇÕES ENTRE PROCESSOS DE NATUREZA COLETIVA E PROCESSOS DE NATUREZA ESTRUTURAL	40
2.3 DA APLICABILIDADE E A UTILIDADE DA ANÁLISE ESTRUTURAL ...	44
2.4 QUANTO À NATUREZA COLETIVA E DIFUSA DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR.....	46
2.5 INTERPRETANDO A SITUAÇÃO DAS DEMANDAS DE CONSUMO COMO UM PROBLEMA ESTRUTURAL.....	49
3 INCENTIVOS ECONÔMICOS INCIDINDO EM FAVOR DO CONGESTIONAMENTO JUDICIAL.....	59
3.1 CONCEITOS E FERRAMENTAS UTILIZADAS NA PRESENTE ANÁLISE DE INCENTIVOS.....	59
3.1.1 Racionalidade econômica, escassez e custos de oportunidade e outros conceitos básicos da Análise Econômica.....	60
3.1.2 Custos de transação e o teorema de Coase.....	62
3.1.3 Danos punitivos e aspectos econômicas e decisórios da sua aplicação.....	66
3.1.4 Considerações acerca do ferramental abordado.....	70
3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CONDENAÇÕES E PROCESSAMENTO DE DEMANDAS DE CONSUMO NO BRASIL.....	74

3.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS INCENTIVOS ECONÔMICOS E AS DEMANDAS DE CONSUMO COM CONTEÚDO DE VIOLAÇÃO ESTRUTURAL.....	77
4 ANÁLISE DO FENÔMENO DAS COBRANÇAS INDEVIDAS A PARTIR DA IDEIA DE PROBLEMA ESTRUTURAL E POSSÍVEIS INCENTIVOS PARA A PERSISTÊNCIA.....	89
4.1 O TRATAMENTO DAS COBRANÇAS INDEVIDAS NO CDC E PELO JUDICIÁRIO.....	89
4.2 O FENÔMENO DAS COBRANÇAS COMO UM PROBLEMA DE MASSA E POSSÍVEIS CONTORNOS DE UM PROBLEMA ESTRUTURAL.....	95
4.3 QUANTO À EXISTÊNCIA DE POSSÍVEIS INCENTIVOS PARA QUE A SITUAÇÃO DAS COBRANÇAS INDEVIDAS SUBSISTA.....	98
4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS ACERCA DO FENÔMENO DAS COBRANÇAS INDEVIDAS.....	107
CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS.....	115

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a questão do abarrotamento judiciário, que implica numa série de percalços para o ambiente institucional e econômico do país. O enfoque se dá no setor de consumo, haja vista que este é apontado como um dos mais congestionados no país. Neste sentido, não se poderia discutir as questões de consumo sem que fosse abordada a forma com que tais produtos e serviços são apresentados para o público.

Eis que tendo em vista estes dois elementos: o abarrotamento judicial com enfoque nos problemas de consumo e a forma de atuação dos fornecedores de bens e serviços levanta-se a pergunta: de que forma o comportamento destes fornecedores podem afetar o sistema de resolução de conflitos? Existe correlação entre a forma de oferecimento destes produtos e serviços com surgimento de demandas?

A partir destes questionamentos, a presente pesquisa visa debater uma possível outra forma pela qual as demandas de consumo se apresentam e indicar possíveis concausas desta forma de apresentação, visando compreender o fenômeno e seu resultado final, que seria, ao menos por hipótese, a proliferação destas demandas de forma massiva junto ao Judiciário.

Feitas estas considerações iniciais, traz-se que dados oficiais do Poder Judiciário apontam que a taxa de congestionamento do último ano se deu na casa dos 68%, sendo esta a taxa a medida da vazão de processos em determinado período, apontando para os níveis de efetividade do tribunal ou do Judiciário em geral. O mesmo relatório que traz tais informações aponta que grande parte da causa deste nível de congestão se dá pela abertura de novos processos.

Além disso, uma taxa de congestão em tais níveis culmina num déficit na capacidade de resolução destes processos em tempo razoável, conforme aponta Rodolfo de Camargo Mancuso, além de implicar em prejuízos para a segurança jurídica e para a qualidade das decisões.

Os nortes: da segurança jurídica, celeridade e efetividade das decisões, possuem essencial importância no fortalecimento institucional de modo que se mostra de extrema relevância a realização de diagnósticos aprofundados nesta seara e que possam eventualmente contribuir para políticas públicas voltadas para solucionar o problema da congestão do sistema.

Neste ponto que se insere a presente pesquisa, uma vez que objetivou investigar a proliferação destas demandas judiciais, sendo escolhido o enfoque nas áreas de consumo, concentradas nos Juizados Especiais Cíveis, sendo um marco para a presente pesquisa à proposta da criação de tais Juizados com o intuito de descongestionar o sistema, o que, na prática, não ocorreu, conforme será demonstrado mais à diante.

Ademais, quanto a relação dos Juizados com demandas de consumo, deve-se levantar que cerca da metade das demandas inscritas nestas instâncias tem origem como pano de fundo o Direito do Consumidor.

Tais demandas de consumo são o ponto de partida da presente pesquisa, visto que para além das próprias demandas em si, já inscritas em sede judicial, busca-se compreender os fatos dotados de juridicidade que levam a propositura destas mesmas demandas, sua feição administrativa e seu modo de apresentação como fatos.

Delimitados os fatos pelos quais a pesquisa se debruça, utiliza-se o método dedutivo-hipotético, de modo a indicar um diagnóstico para a situação problema do congestionamento judicial constatado e a possível participação de agentes econômicos na produção de fatos que levam à demanda. A pergunta a ser respondida é se haveria correlação entre a forma de apresentação destes problemas de consumo e a geração de demandas, considerando que estes problemas contribuiriam para o congestionamento do sistema de resolução.

O trabalho é estruturado em quatro capítulos, sendo o primeiro deles um panorama da situação das demandas no Brasil, contendo dados de natureza quantitativa e estatística, bem como impressões teóricas sobre o acesso à justiça, congestionamento judicial e o quadro brasileiro; o segundo capítulo traz a teoria dos processos estruturais e a interpretação das demandas de consumo sob esta ótica; o terceiro contém elementos da análise econômica do Direito buscando encontrar possíveis justificativas para a situação, sobretudo através de incentivos; e por fim, se traz a análise de um fenômeno de consumo específico, visando testar os elementos anteriormente propostos em um evento concreto.

Quanto ao primeiro capítulo em específico, serão trazidos os dados de ordem estatística sobre tais demandas, sendo que para as inscritas em sede judicial, serão utilizados os dados disponibilizados anualmente pelos relatórios da “Justiça em Números”, sendo esta oficial fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário desde 2004, além de dados trazidos outras organizações e quanto aos dados das demandas inscritas em sede administrativa, serão utilizados os dados disponibilizados pelos

Programas e Autarquias de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCONs e pela Secretaria Nacional do Consumidor.

A ideia é traçar um panorama do sistema judiciário e, em seguida, aprofundar no recorte das demandas de consumo nos Juizados Especiais, com base nos dados nacionais compilados pelas pesquisas oficiais.

De forma auxiliar a compreensão destes dados quantitativos, serão também trazidas interpretações teóricas da situação brasileira, por meio da revisão da bibliografia, sobretudo no que tange a ideia e a aplicação do acesso à justiça no Brasil, como, por exemplo, na obra de Rodolfo Camargo Mancuso, Ivo Teixeira Gico Júnior e Julio César Marcelinno Junior.

A partir destes dois elementos: da colação destes dados quantitativos e do levantamento destas impressões teóricas, cria-se a base para o desenho da situação-problema, esta que seria a da suposta proliferação das demandas de consumo, que acabaria por contribuir com o congestionamento do sistema judicial.

Feito este panorama, o trabalho parte para a investigação da situação proposta, utilizando duas frentes principais, visando oferecer um diagnóstico do problema. A primeira delas é a da compreensão de como estas demandas de consumo poderiam possuir características de um problema estrutural.

Posteriormente, na segunda frente, levanta-se a possível existência de elementos econômicos, sobretudo incentivos, que contribuiriam para que a situação-problema exposta se apresentasse e permanecesse na forma em que ela fora anteriormente descrita.

Quanto a primeira destas frentes, será utilizada a ideia de problemas e litígios estruturais como referencial teórico, buscando-se interpretar as demandas de consumo como um problema de natureza estrutural, isto é, um problema com origem no mau funcionamento de uma estrutura organizada em que as violações de direito são apenas resultado deste mau funcionamento. Elas então se diferenciariam de um evento danoso isolado, pontual e seria o resultado de uma organização e soma de forças que culminariam em lesões sistemáticas. Esta seria a forma de apresentação destes problemas que diferiria das demandas comuns.

Nesta parte, será tratado o conceito de problema estrutural e as possíveis razões pelas quais as demandas de consumo, na forma em que se apresentam no Brasil, poderiam ser consideradas um problema desta ordem. Como base, será visitada a bibliografia norte-americana da teoria das "*structural injunctions*" de Owen Fiss, bem

como a discussão nacional sobre o tema, como realizada por Sérgio Cruz Arenhart, Freddie Didier Júnior e Edilson Vitorelli.

No capítulo subsequente, a partir do entendimento de que as demandas de consumo se apresentam em escopo mais alargado, próprio dos problemas estruturais, é levantada a segunda frente, da análise econômica do Direito. Nesta, serão trazidos elementos próprios deste tipo de análise visando compreender a possível existência de mecanismos que reforçariam a manutenção da situação tal qual ela se encontra.

As ferramentas utilizadas serão: a ideia de custos de oportunidade; a ideia de alocação ótima dos custos de transação e das externalidades propostas por Ronald Coase; e também das implicações de natureza econômica das punições, levantadas na obra de Mitchell Polinsky e Steven Shavell.

Estes elementos, somados a noção de problema estrutural, hipoteticamente permitiriam que um quadro geral destas demandas fosse apresentado, compondo tanto a forma de apresentação destas demandas como eventuais mecanismos econômicos de incentivo ou desincentivo para que determinadas práticas fossem adotadas.

No capítulo final, é levantado o fenômeno concreto das cobranças indevidas de consumo, sendo retomadas de forma sucinta as características destas cobranças, bem como algumas considerações de cunho doutrinário acerca do tema. Neste ponto, se faz importante levantar o debate existente no Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do dispositivo do Código de Defesa do Consumidor que determina a devolução em dobro das quantias pagas de forma errônea, e quais as possíveis consequências da decisão e deste debate para o tema.

Feita a explanação deste fenômeno, tentar-se-á compreender o mesmo a partir das duas frentes levantadas: a do problema estrutural, e também, das suas acepções econômicas, visando comprovar o diagnóstico proposto a partir de um caso, levando então para as conclusões do trabalho.

1 DA ATUAL CONJUNTURA DE CONGESTIONAMENTO JUDICIAL COM ENFOQUE NAS DEMANDAS DE CONSUMO DE MASSA

Antes da análise do problema de pesquisa, é necessário estabelecer o recorte da situação estudada, de modo a se observar se tal quadro se trata de consequência ordinária da realidade ou se, de fato, existiram distorções e vícios nestas relações de consumo e que levariam a situação atual e sua problemática.

Para tal, serão trazidos tantos dados da ordem estatística, seja acerca da situação das demandas de consumo em sede judicial, seja das mesmas reclamações e disputas inscritos em organismos administrativos de resolução, sobretudo aqueles de constam nos bancos de dados oficiais, seja do Conselho Nacional de Justiça, doravante CNJ, ou dos PROCONs e demais instância de natureza similar.

Auxiliando tais dados, serão também trazidas concepções teóricas para se interpretar a questão do congestionamento no Sistema Judiciário brasileiro, bem como as questões correlatas encontradas nos sistemas de resolução de conflitos não judiciais, e a compreensão do acesso à Justiça como um todo.

O presente capítulo visa dar contornos mais objetivos ao problema, oferecendo uma melhor compreensão das hipóteses levantadas pelo trabalho nos capítulos subsequentes, sendo estes baseados nos modelos teóricos e interpretativos e que respondem a pergunta-problema do trabalho.

1.1 O QUE É CONGESTIONAMENTO JUDICIAL E COMO ELE SE APRESENTA NO BRASIL

A expansão e fortalecimento das garantias constitucionais inclusas no alçar do princípio do acesso à Justiça ao caráter de direito fundamental é apontado como um dos fatores principais do aumento constante do número de demandas judiciais. Essa concepção, somada ao entendimento de possibilidade de apreciação judiciária quase que geral das questões, num contexto de “cultura demandista”, levariam ao grande número de casos levados ao Judiciário¹.

Com este grande número de demandas, começa-se a discutir o fenômeno da congestão do Sistema Judicial, este reconhecido por organismos do próprio Judiciário a

¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Cap. 2, item 2.1.

partir dos relatórios da “Justiça em Números”. O dado em questão é da taxa de congestionamento, que conforme expõe o próprio CNJ²:

A taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base.

A partir deste índice, num ambiente não congestionado (ou com taxas de congestionamento baixas), os processos seriam resolvidos na mesma medida que adentram o sistema judicial, havendo então um fluxo constante e equiparável tanto de entrada quanto de baixa dos processos. Importante ressaltar que o cálculo também considera os processos já existentes, ou seja, o índice mede a “vazão” judicial.

A taxa congestionamento também revela a morosidade Judicial, que pode ser aventada pela própria taxa de congestão. Em suma, quanto “mais congestionado” maior é o tempo dispendido julgando ações anteriores que não aquelas ajuizadas por último.

Nos dados da série histórica desde o primeiro relatório, datados de 2004 a 2008, na Justiça Estadual, e que concentram os casos de consumo, foi registrada uma taxa de congestão no patamar aproximado de 80%, no que se refere à Primeira Instância e de 50% no que se refere aos Juizados Especiais³.

Já na série histórica dos dados referentes de 2009 a 2019, conforme a imagem a seguir, nota-se que a taxa de congestão geral segue em um patamar médio de 74%⁴.

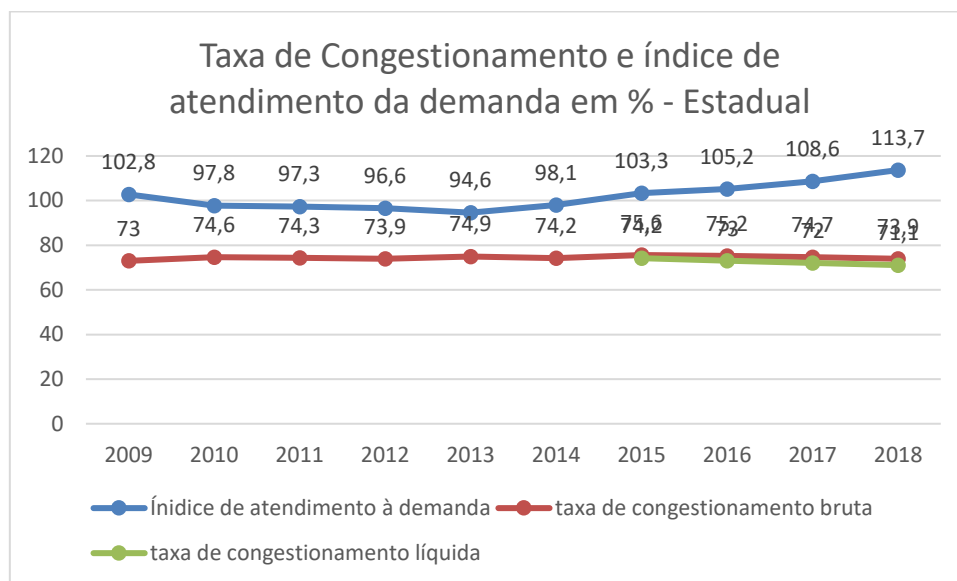
Além disso, a taxa de congestionamento se mantém apesar da variação dos índices de produtividade e do aumento dos gastos com o Judiciário, denotando uma sobrecarga de trabalho ocasionada pela grande quantidade de processos a serem julgados, esta não necessariamente ligada à melhoria das condições (percebida pelo

² Conforme o próprio Conselho Nacional de Justiça, a taxa judiciária é medida pela fórmula “ $1 - \frac{\text{Total de Processos Baixados}}{\text{Total de Casos Novos} + \text{Total de Casos Pendentes}}$ ”, de modo que o resultado alcançado é a vazão dos processos naquele interregno. A analogia utilizada pelo próprio órgão é bastante elucidadora: o índice mede a vazão como a de uma caixa d’água, no qual o índice seria baixo se tanto a entrada (casos novos) quanto a saída (casos baixados) fossem altos. Num cenário diverso, se a vazão for baixa por conta na grande entrada ou na baixa saída, a tendência seria da manutenção e aumento do estoque, o que levaria a um maior índice de congestionamento. In BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Taxa de Congestionamento**. Brasília, DF: CNJ, 201-2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/missao-visao-e-valores-do-poder-judiciario/indicadores/03-taxa-de-congestionamento/>. Acesso em: 22 maio 2020.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números: ano-base 2009: série histórica estadual**. Brasília, DF: CJN, 2009. p. 2.

⁴ Id, 2018, p. 97.

aumento de gastos) ou da produtividade (percebida pelo aumento do número de processos julgados)⁵.



Elaboração Própria. Fonte: Justiça em números (2019).

Observa-se que, apesar da taxa de atendimento da demanda (inclusa numa política de incentivo à resolução dos casos em primeira instância⁶) ter se dado em volume elevado e acima de 100% – ou seja – o número de processos novos é comparável ao número de demandas solucionadas, a taxa de congestão mantém-se acima dos 50%, ou seja, cerca de metade da capacidade Judiciária está comprometida por um “excesso” de processos.

Diante deste quadro podem ser traçadas duas hipóteses: a de que Judiciário possui capacidade menor que a necessária, portanto, deveriam ser adotadas políticas de aumento desta capacidade ou de que existam demandas em excesso, de modo que a quantidade de demandas deveria ser de alguma forma “contida” visando um ambiente menos congestionado.

⁵ CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015. p. 415.

⁶ Nos últimos anos, as políticas adotadas pelo Judiciário visam concentrar seus esforços financeiros e de pessoa na resolução das demandas em primeira instância, em detrimento das soluções recursais. Isso ocorre principalmente pelo alto índice de congestionamento da primeira instância. Detalhes acerca desta política podem ser encontrados na página oficial do Conselho Nacional de Justiça. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Priorização do 1º Grau**: Nossa meta é você. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>. Acesso em: 31 jul. 2020.

Autores apontam para a prevalência da segunda alternativa sobre a primeira, pois existiriam incentivos para a abertura de demandas judiciais, seja por meio da facilitação do acesso à Justiça, exemplificada pela própria existência pelos Juizados Especiais, e também por dispositivos constitucionais que ampliaram tanto os direitos quanto o entendimento de que a quase tudo caberia apreciação judiciária. Estes elementos levariam ao congestionamento do sistema pela via de muitos casos sendo levados ao Judiciário⁷.

Além disso, são expostas outras possíveis concausas para esta situação, como: a hipernomia; a baixa efetividade das condenações; o ativismo judicial; a falta de mecanismos de autocomposição; dentre outras que levariam a um número extraordinário de demandas e que impossibilitaria o julgamento das mesmas de forma adequada⁸.

Portanto, para fins da presente pesquisa e doravante, não se discute a existência ou não do abarrotamento, uma vez que este é reconhecido pelo próprio sistema em dados oficiais, discutindo-se então suas causas e possíveis formas do próprio Judiciário em contê-lo, preservados os princípios de celeridade e eficiência, além do devido tratamento destas demandas, estas prejudicadas em termos de demora na tutela pelo sistema na forma em que ele se encontra.

Além disso, tomar-se-á por premissa a ideia já levantada, de que apesar da importância destes princípios, o sistema de resolução de conflitos acaba por se tornar congestionado por conta do excessivo número de demandas.

1.2 A SITUAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E SUA CONCENTRAÇÃO DE DEMANDA DE CONSUMO

Serão agora apresentados dados acerca das demandas relacionadas ao Direito do Consumidor, dada sua grande presença no escopo geral das demandas Judiciais no Brasil⁹ e sua contribuição no que se entende por abarrotamento¹⁰. As disputas analisadas

⁷ SICA, Heitor. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 13-26, out. 2014.

⁸ FARIAS, Ana Maria de. **Juizados especiais cíveis no contexto do acesso à justiça**: análise de sua efetividade. 2013. 48 f. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) – Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, 2013. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/1329>. Acesso em: 31 jul. 2020.

⁹ As demandas de consumo correspondem a cinco milhões de processo no acervo geral. Demandas de Direito do Consumidor envolvendo responsabilidade do Fornecedor e Indenização por Dano Moral correspondem a 44,6% do montante dos processos judiciais em sede Juizados Especiais Cíveis. Tal

são aquelas presentes nos Juizados Especiais Cíveis, haja vista que os conflitos de natureza consumerista de massa possuem, em tese, menor complexidade e valor¹¹, enquadrando-se, em grande maioria, no disposto da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995¹².

Neste setor específico é importante levantar alguns marcos legais: a alteração do Código de Processo Civil¹³, bem como a alteração feita pela Emenda nº 2 à Resolução nº 125 de 29/11/2010¹⁴, tendo ambos entrado em vigor em março de 2016. Tanto Código de Processo, quanto a referida Resolução, atuaram no sentido de reforçar a utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, que se apresentariam como válvula de escape das demandas represadas.

Neste sentido, a utilização destes métodos tanto aceleraria a resolução de demandas já convertidas em processos, como poderiam contê-las, pois tais métodos trariam maiores incentivos e maior legitimidade para estes procedimentos, promovendo sua adoção de forma segura numa fase pré-processual¹⁵.

montante é ainda maior se levados em conta outras obrigações de consumo, mas que podem ser consideradas e são computadas como civis, como obrigações e contratos, títulos de crédito, entre outros. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números: ano-base 2019**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁰ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Painel Interativo de dados estatísticos do CNJ**. Brasília. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 10 out. 2020.

¹¹ HERMANN, Ricardo Torres. **O tratamento das demandas de massa nos Juizados Especiais Cíveis**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito em Poder Judiciário) - Fundação Getúlio Vargas, FGV, Rio de Janeiro, 2010. p. 44. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7797/DMPPI%20-%20RICARDO%20TORRES%20HERMANN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹² BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 1 set. 2020.

¹³ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.105%2C%20DE%2016%20DE%20MARC%203%20DE%202015.&text=C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.&text=Art.%201%2C%20BA%20O%20processo%20civil,se%20as%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20deste%20C%C3%B3digo. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁵ BRITO, Igor Rodrigues; SANTOS, Ricardo Goretti. O papel do Procon na defesa qualificada dos interesses dos consumidores: o acesso à justiça e os métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 281-306, jul./dez. 2009. p. 295. Disponível em: e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/591. Acesso em: 01 set. 2020.

Importante também mencionar, em linhas gerais, que o Código de Processo Civil de 2015 não se aplica diretamente aos Juizados Especiais Cíveis (regidos pela Lei 9.099 de 1995), mas o mesmo aplica-se subsidiariamente e altera a lógica dos ritos cíveis preexistentes. Neste sentido, aplica-se com intento de ampliar a adoção de formas alternativas de resolução, como a conciliação e a mediação no âmbito das demandas cíveis.

Dito isso, levanta-se que os dados da “Justiça em Números” referentes a 2015¹⁶, isto é, anteriores à mudança legislativa, trazem que demandas de consumo correlatas a “responsabilidade do fornecedor e indenização por dano moral” correspondem a 18,79% do total dos Juizados Especiais. O segundo colocado, “responsabilidade civil e indenização por dano moral”, corresponde a 7,45%, ou seja, menos da metade do primeiro colocado. Na mesma pesquisa, ainda se encontram questões de consumo na oitava, décima, décima-primeira, décima-nova e vigésima posição¹⁷.

Nos dados referentes aos anos de 2016¹⁸, 2017¹⁹ e 2018²⁰ nota-se a mesma tendência: a liderança das questões de consumo frente às demais, inclusive em patamares superiores quando se avalia conjuntamente os dados dos Juizados Especiais Federais, estes que não tratam de demandas de consumo. No ano de 2017, por exemplo, o assunto mais demandado nos Juizados Federais era o de “benefícios previdenciários”, com 4,85% do total de processos, enquanto nos Juizados Cíveis, a categoria “responsabilidade do fornecedor e indenização por danos morais” correspondeu a 15,15% do total.

Em todo o período (2015-2018) o total de processos de consumo, voltados para responsabilidade do fornecedor e reparação por danos morais flutuou na casa do milhão, sendo de pouco mais de 1 milhão de processos em 2015, atingindo um pico de 1,2 milhão de processos em 2016/17 e atingindo a faixa dos 900 mil em 2018. Na pesquisa

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**: ano-base 2015. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

¹⁷ Ibid., p. 143

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**: ano-base 2016. Brasília, DF: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020. p. 170.

¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**: ano-base 2017. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020. p. 183.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**: ano-base 2018. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 01 set. 2020. p. 208.

veiculada no ano de 2020, referente ao ano de 2019, o total de processos chega 1,5 milhões.

Importante ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça - CNJ disponibilizou os mesmos dados quanto aos anos de 2016 e 2017 quanto aos Juizados Especiais, mesmo sempre tomando como base os anos anteriores. Tais informações podem ser verificadas pelo próprio portal do CNJ.

A partir destes dados, observa-se a predominância das demandas de consumo no âmbito dos Juizados Especiais, além da redução baixa em termos percentuais e em termos absolutos. Em todos estes os períodos, a categoria correspondente à “responsabilização do fornecedor e indenização por danos morais” concentra a grande maioria dos casos.

Importante trazer também dados quanto aos índices de conciliação ou acordo entre as partes, haja vista sua apontada importância como ferramenta de redução da quantidade de demandas. Ressalta-se que tais dados não abarcam os procedimentos realizados de forma extrajudicial²¹.

Tal taxa de conciliação é importante, sobretudo para resolver a demanda logo nos estágios iniciais do processo, o que contribui para uma melhor taxa de resolução e baixa dos processos. As alterações legislativas anteriormente citadas operam nesta fase e também no incremento das garantias de validade de transações extrajudiciais, que, em tese, levariam a redução da entrada de novos processos no sistema. Neste sentido, o CNJ traz que, especificamente nos juizados especiais, o índice de conciliação foi de 16%, sendo de 18% na Justiça Estadual e de 11% na Justiça Federal, com as Execuções chegando a 13% em tal sistema, no ano de 2018²².

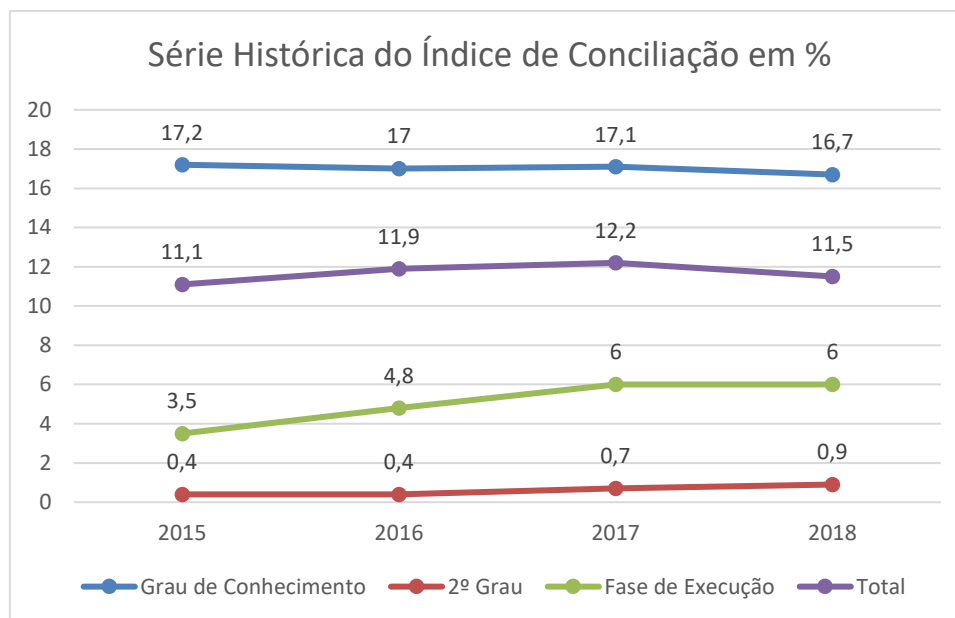
Além disso, tais meios alternativos são propostos como métodos de desafogamento do Judiciário, propondo alguns até que estes sejam etapas anteriores necessárias, sobretudo em casos de litigância habitual, de modo que a tutela jurisdicional se comportasse como *ultima ratio*.

A premissa é que o Acesso à Justiça não se confundiria com a ideia de acesso ao Judiciário, e o oferecimento destas outras vias, tanto ampliaria tal acesso, quanto

²¹ SANTOS, Karinne Goettems dos. Balcão do Consumidor: resolução de conflitos por meio da mediação e conciliação. **Seminário de Iniciação Científica e Seminário Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão**. 24 ago. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/siepe/article/view/11505/0>. Acesso em: 02 out. 2020.

²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça: **Justiça em números**: ano-base 2018. op. cit., p. 143.

contribuiria para o melhoramento do sistema de maneira geral, vez que a gama de possibilidades de resolução de conflitos seria ampliada²³.



Elaboração própria. Fonte: Justiça em números (2018).

Observa-se aqui que os índices históricos de conciliação são ligeiramente descendentes, exceto aqueles inscritos em grau de execução e de 2ª instância, ou seja, quando não existe dúvida quanto à obrigatoriedade da aplicação da sanção ou quando apesar de ainda existir possibilidade de reversão, a lide já tenha algum tipo de decisão. Quanto a este último caso, a demora no processamento do recurso pode levar a algum acordo entre as partes. Em relação a tais dados, levanta-se que tais números estáveis apesar dos reforços normativos no sentido de fortalecimento da utilização de métodos alternativos.

Com base nos dados apresentados, pode se inferir que apesar da ampliação de maiores incentivos a adoção de métodos alternativos, a quantidade de litígios e por consequência, a congestão do sistema como um todo, segue em patamares similares ao período anterior das medidas normativas de fortalecimento dos métodos alternativos de resolução.

²³ CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. 2012. 190 f. Dissertação (Mestrado em Poder Judiciário) – FGV Direito Rio, FGV, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18756/marcelo_cabral.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 out. 2020.

Tal inferência ganha força, vez que no momento da criação dos Juizados, os mesmos buscavam ser mecanismos de absorção das demandas que congestionavam as Varas Cíveis, mas paradoxalmente, eles também se tornaram congestionados, e agora pairam como mecanismos de retroalimentação da grande quantidade de demandas²⁴.

Isso porque, apesar da validade e pertinência da adoção de outras formas de tratamento destes conflitos, para além do tratamento puramente judicial, os meios alternativos podem acabar por ser mais um desaguadouro de demandas represadas e não uma solução para o sistema ou para a reprodução de demandas, tal qual fora o caso dos Juizados Especiais que agora se mostram em situação análoga à das Varas Cíveis.

Isso se daria também, ao menos na experiência dos Juizados Especiais, pela incapacidade de absorção e tratamento adequado destas demandas já que seria impossível a oferta da tutela judicial em massa. Além disso, a tutela massificada, repetitiva e quase automatizada, não consubstanciaria as expectativas de efetividade na solução da questão, além de repetir o problema da congestão em termos quantitativos, tal qual ocorria nas instâncias ordinárias²⁵.

É também nos Juizados Especiais Cíveis que há a predominância de demandas correlatas aos chamados *repeat players* ou litigantes eventuais, que são agentes que acionam ou são acionados repetidamente e em grande quantidade. Nas demandas de consumo de massa, a relação existente é geralmente de um litigante habitual num polo e outro litigante eventual noutro, fato este que por si só, seria um desequilíbrio de forças²⁶.

Estas figuras como levantado na obra de Cappelletti e Garth, se opõem aos litigantes eventuais, que são aqueles que só acionam o Judiciário em circunstâncias específicas, e são desprovidos de diversas vantagens decorrentes de uma imersão mais prolongada na dinâmica processual, judicial e forense²⁷.

²⁴ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do "excesso de acesso". **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun. 2012. p. 5.

²⁵ MANCUSO, 2015, Cap. 5, item 2.9.

²⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 235-268, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/6ea85962ff34254460414154a9541524.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 241.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SA Fabris, 1988. p. 25.

Na seara consumerista, de acordo com dados oficiais, os *repeat players* são geralmente as empresas de telefonia e internet, serviços bancários e prestadoras de serviços públicos, como concessionárias de energia elétrica e água²⁸.

Além disso, estes mesmos setores são aqueles percebidos pelos próprios consumidores como os que mais desrespeitam as normas de consumo. Estes mesmos consumidores, também apontam possuir algum grau de conhecimento do Código de Defesa do Consumidor e que se sentem desprotegidos das práticas abusivas destes agentes econômicos. É levantada a questão da baixa concorrência nos setores que mais desrespeitam os consumidores, sobretudo no que se refere aos provedores de serviços essenciais como causadora da situação²⁹.

Retomando, levanta-se que estes litigantes habituais percebem vantagens pela capacidade da contratação de suporte jurídico mais robusto, e podem também se valer de dilatação de prazos para pagamento, dos benefícios de eventual não-demanda, além de poder testar e manejar teses e procedimentos jurídicos, resultando numa posição privilegiada frente o demandante ordinário, em regra, hipossuficiente e desprovido destes mesmos meios e recursos³⁰.

Além destas vantagens, Cappelletti e Garth apontam: a economia em escala com os custos do litígio; maior experiência na dinâmica jurídica, como já citado; a possibilidade do estabelecimento de relações informais com os membros da instância decisória; e, por fim, a possibilidade de diluir os riscos da demanda por meio do manejo de processos em grandes quantidades³¹.

No mesmo sentido apontou Galanter, vez que se nota que aqueles mais habituados ao sistema judicial, acabam por desenvolver uma *expertise* voltada para melhor

²⁸Em matéria jornalística de 2017, e alinhados com os dados da “Justiça em Números” anteriormente apresentados, tais setores acumulam grande parte das demandas judiciais de consumo, correspondendo, até mesmo, às metades dos processos de consumo em alguns tribunais. BANCOS e empresas de telecom são os maíios acionados na Justiça por consumidores. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 out. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-out-21/bancos-empresas-telecom-sao-processados-consumidores#:~:text=Maiores%20litigantes&text=Os%20bancos%20e%20as%20empresas,pelo%20Conselho%20Nacional%20de%20Justi%C3%A7a>. Acesso em: 01 out. 2020.

²⁹ WADA, Ricardo Morishita; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. 22 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas e desafios. **Revista GV Executivo**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 18-21, 2013. p. 9-11. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/20083>. Acesso em: 01 out. 2020.

³⁰ ARANY, André Dias. **Acesso à Justiça e o litigante habitual**. Orientador: Maria de Fátima Alves São Pedro, 2015. 17 f. Artigo científico (Especialização em Direito do Consumidor e Responsabilidade Social_ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, EMERJ, Rio de Janeiro, 2015. p. 12. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n42015/pdf/AndreDiasArany.pdf. Acesso em: 01 set. 2020.

³¹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 26.

resolução da questão, podendo também observar a dinâmica do(s) litígio(s) no longo prazo, ao passo que os litigantes eventuais apenas lidam com o sistema por um período limitado de tempo e um número menor de casos³².

Quanto à prática forense e particular destes processos de consumo de massa, traz-se também os resultados, a consequência jurídica, destes mesmos processos. Neste sentido, deve-se apontar que, em geral, tais demandas almejam a indenização material quanto aos danos decorrentes da relação de consumo, conjuntamente da indenização a título de danos morais, podendo tal informação ser depreendida pelos assuntos mais demandando em sede dos Juizados Especiais Cíveis, nos relatórios da “Justiça em Números”.

A separação entre tais danos materiais e morais se dá no sentido de que a primeira tem natureza reparatória e de ressarcimento ao dano efetivamente causado, ao passo que a segunda, seria a compensação pela violação ao estado sentimental, moral e de dignidade esperado para com a pessoa lesada, ou seja, sendo correlata aos direitos de caráter imaterial³³.

Nesta toada, importante trazer que as reparações a título de dano moral passaram a adotar outras funções para além daquela correlata à compensação pela lesão causado no âmbito psíquico-moral-valorativo, incidindo, sobretudo na esfera consumerista, as funções de prevenção e de punição do agente lesante de modo que o instituto deixa de ter contornos circunscritos àquela relação de lesão-reparação, para adotar contornos mais alargados e que observam a conjuntura mais ampla de demandas³⁴.

A função punitiva vem como forma de censura do autor do dano e como reforço da rejeição do sistema judiciária de determinadas práticas³⁵ ao passo que a função preventiva vem no sentido de estimular tanto o autor, bem como os demais agentes sociais a respeitar os direitos violados e a adotar práticas que evitem futuras violações. Ambas as modalidades operam no sentido da majoração destes danos morais³⁶.

Também quanto a fixação de tais danos, na tentativa de buscar equilibrar tais vieses compensatórios, punitivos e pedagógicos, há o contraponto da vedação do enriquecimento injustificado do ofendido e também do empobrecimento majorado do

³² GALANTER, Marc. **Por que "quem tem" sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no Direito**. Organização e tradução Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018. p. 48.

³³ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Item 3.5.

³⁴ *Ibid*, Parte 4.1.

³⁵ *Ibid*, Parte 4.1.2.

³⁶ *Ibid*, Parte 4.1.3.

ofensor. Em tese, deveria ser avaliada tanto a capacidade econômica do ofensor, quanto a situação da vítima para que os danos morais não resultassem em acréscimos patrimoniais extraordinários por parte do ofendido. Ao final, o resultado acaba por ser uma análise subjetiva pelo magistrado do caso, sopesando estes elementos³⁷.

Em pesquisa anterior, levantou-se que a vedação do enriquecimento sem causa é um dos argumentos mais levantados no ato do arbitramento dos danos morais, estes que, por sua vez, (no mesmo levantamento) não demonstraram valores exorbitantes quando observado um quadro geral³⁸.

A questão do arbitramento dos danos morais remonta ainda a ideia de uma suposta “indústria dos danos morais”, esta que seria a utilização sistemática do judiciário por agentes privados buscando converter qualquer situação de indisposição no cotidiano em danos indenizáveis. Portanto, seria o caso de uma litigância frívola a ser combatida.

Na prática, por demonstração empírica, depreende-se que os danos morais, mesmo quando levantadas as funções punitivas e pedagógicas, se dão em valores baixos, sem o condão de promover enriquecimento concreto. Além disso, a resposta a tal indústria dos danos morais, consubstanciada na ideia de “mero aborrecimento do consumidor”, se mostra igualmente inefetiva, pois, seria um modo de afastar a imposição de danos morais como consequência da massificação do consumo e a consequente massificação das demandas³⁹.

Não seria o caso de afastar a existência de uma possível litigância frívola, mas estaria marcada pela judicialização de demandas notoriamente fadadas ao insucesso ou ainda pela adoção de medidas protelatórias no bojo da ação, não sendo necessariamente o caso de uma suposta indústria dos danos morais⁴⁰.

³⁷ Ibid, Parte 4.2.

³⁸ PÜSCHEL, Flavia Portella et al. A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência. **Série pensando o direito**. Brasília, n. 37, 2011. Disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando_Direito1.pdf. Acesso em: 10 out. 2020. p. 20.

³⁹ VERBICARO, Dennis; SILVA, João Vitor Penna e; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 26, n. 114, p. 75-99, nov./dez. 2017. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/553/489>. Acesso em: 29 jul. 2020. Parte 3 e 4.

⁴⁰ MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. 302 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, UFSC, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jul. 2020. p. 230.

A conclusão seria então que não deveria se arguir acerca da existência de uma indústria dos danos morais, nem acerca do enriquecimento por parte do consumidor lesado nestas demandas, sendo tampouco de utilidade utilizar a jurisprudência defensiva do mero aborrecimento. O cerne do problema estaria no fato de que as demandas de consumo não deveriam mais ser objeto de uma tutela individualizada e simples, mas sim de uma com natureza mais ampla e complexa, capaz de observar o fenômeno de massa em sua totalidade e promovendo soluções mais amplamente eficazes⁴¹.

Feitas tais considerações e de forma a concluir a presente seção, levanta-se que as causas de consumo são consideradas aquelas de menor valor e complexidade, e isto de fato se observa quando analisadas questões de forma individualizada. Na prática, tais demandas fazem parte de um conjunto mais amplo de ações inseridas na ideia de consumo e violação de massa, fato que levaria a parte destas, possuírem algum grau de natureza coletiva, mas que ainda assim são tratadas de forma individualizada.

Nestas ações individualizadas, conforme também trazido nos dados apresentados pelo “Justiça em Números”, concentram-se demandas visando reparações individuais a título de danos materiais e morais, incidindo quanto a estes últimos, outras modalidades que não apenas a compensação por abalos psicológicos sofridos, mas também a função punitiva e pedagógica, estas que possuem uma noção mais alargada, visando tanto a correção do agente, quanto uma mensagem para outros agentes que determinadas práticas são vedadas pelo ordenamento, sendo estas formas de desincentivo a tais lesões.

1.3 INTENÇÃO VERSUS REALIDADE: A PROPOSTA ORIGINAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS FRENTE A REALIDADE DE FATO DO TRATAMENTO DAS DEMANDAS DE CONSUMO DE MASSA

Como anteriormente trazido, as demandas de consumo na esfera judicial se concentram no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Tal concentração ocorre, pois, as demandas passíveis de serem processadas por tais Juizados, nos termos da Lei 9.099 de 1995, dialogam com as características das demandas de natureza consumerista, quando interpretadas pela lógica individual: seu valor não ultrapassa o teto de quarenta salários mínimos, possuem baixa complexidade, não requerem produção complexa de provas e se dá numa relação de suposta baixa complexidade entre atores privados⁴².

⁴¹ VERBICARO, op. cit., Parte 5.

⁴² TOSTA, Jorge et al. **Juizados especiais cíveis**. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 17.

Tais características adequadas são à proposta inicial e de criação dos Juizados Especiais, que serviu também como um receptor de demandas represadas, trazendo a tutela judicial a situações que anteriormente não eram levadas ao Judiciário, garantindo assim o acesso à justiça. Além disso, os Juizados seriam um ambiente mais simples, oral e informal voltado para tratar de questões afins do cotidiano, promovendo a cidadania, a participação popular e descentralização da Justiça⁴³.

Ocorre que a estrutura destes juizados não fora pensada para tratar de causas de maior complexidade e afetação coletiva, mas sim, conflitos simples, ordinários do cotidiano, majoritariamente envolvendo direitos individuais e passíveis de serem resolvidos por meios amigáveis⁴⁴.

Diante desta disparidade entre a estrutura e ferramentas utilizadas no tratamento da demanda e o verdadeiro conteúdo da própria demanda, que se fala sobre um tratamento inadequado, a partir da ideia de que as demandas de consumo de massa trariam natureza coletiva, apesar de serem tratadas como se individuais fossem.

Tais demandas são as que predominam nos Juizados Especiais, e também aqueças em que há uma redução substancial da realização de acordos e/ou da adoção métodos de conciliação próprios da solução consensual, amigável, componentes da proposta dos Juizados Especiais⁴⁵.

Tal fenômeno, da menor probabilidade de composição amigável nas causas de consumo de massa, teria três causas principais: a intenção do Réu de adiar os pagamentos e os ganhos financeiros provenientes desta demora; certo receio em incentivar novas demandas pela existência de acordo; pela demanda, individualizada, ocultar interesse de natureza coletiva⁴⁶.

Em suma, haveria o tratamento de demandas dotadas de natureza coletiva como se individuais fossem, e este tratamento inadequado acabaria por desnaturar o intuito dos Juizados Especiais, acarretando prejuízos à estrutura Judiciária por conta deste tratamento indevido⁴⁷.

Seria então o caso destas demandas possuírem natureza pseudoindividual, isto é, aquelas que se apresentam como individuais, tratam de assunto supostamente originado

⁴³ SILVA, Thiago de Moraes. **Manual de Juizados Especiais Estaduais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Parte 1.2.

⁴⁴ HERMANN, op. cit., p. 31-32.

⁴⁵ Ibid, p. 32.

⁴⁶ FERRAZ, Leslie Shériida. **Juizados Especiais Cíveis e Acesso à Justiça Qualificado**: uma análise empírica. 2008. 166 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001654819>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 33

⁴⁷ HERMANN, op. cit., p. 155-156.

em direito individual, mas que afeta (ou deveria afetar) toda uma coletividade por conta dos efeitos daquela decisão⁴⁸.

Tais demandas, indevidamente tratadas, seriam, sobretudo aquelas de natureza consumerista, e desaguariam nos Juizados pelo baixo custo e celeridade de tais de processos, inclusos aqui custos com advocacia (também em massa), somada a uma subutilização dos processos de ordem coletiva e atuação das autoridades regulatórias no sentido de combater tais violações de direitos. O resultado é a pulverização destas demandas e o consequente surgimento dos litigantes habituais, resultando no cenário de congestionamento da via Judiciária⁴⁹.

Neste contexto vale citar o texto do Enunciado nº 139 que substituiu o Enunciado nº 32 da FONAJE, que vedava ações coletivas em sede de Juizados Especiais Cíveis. A nova redação determina que o juiz ou tribunal tiver conhecimento sobre fatos e eventos e que possivelmente ensejem propositura de ação civil coletiva, deverá remeter os autos ao Ministério Público ou à Defensoria Pública, para que sejam tomadas as medidas cabíveis. A proposta de tal alteração do enunciado foi de se criar um mecanismo de orientação ao magistrado para que fosse possível a remessa da demanda inicialmente individual, para um meio de tutela coletiva, mais adequada ao perfil daquela demanda.

Apesar de tal orientação, ações de consumo ocorrem predominantemente pela via individual e raramente pelo viés coletivo, apesar do número crescente nos últimos anos, decorrente da reestruturação do Ministério Público⁵⁰.

A explicação para tal fenômeno passaria pela existência de maiores incentivos para que um problema individual fosse objeto de procedimento judicial, ao passo que os incentivos são menores (sobretudo se observados custos maiores) para um procedimento judicial que verse sobre direitos difusos ou coletivos. Alguns destes incentivos e fatores que influenciam na decisão de se acionar a Justiça ou não são melhores detalhados no Capítulo 3⁵¹.

⁴⁸ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006. p. 30

⁴⁹ *Ibid.*, p. 114.

⁵⁰ FORTES, Pedro Rubim Borges. O fenômeno da ilicitude lucrativa. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 104-132, 2019. p. 110. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/361>. Acesso em: 10 out. 2020.

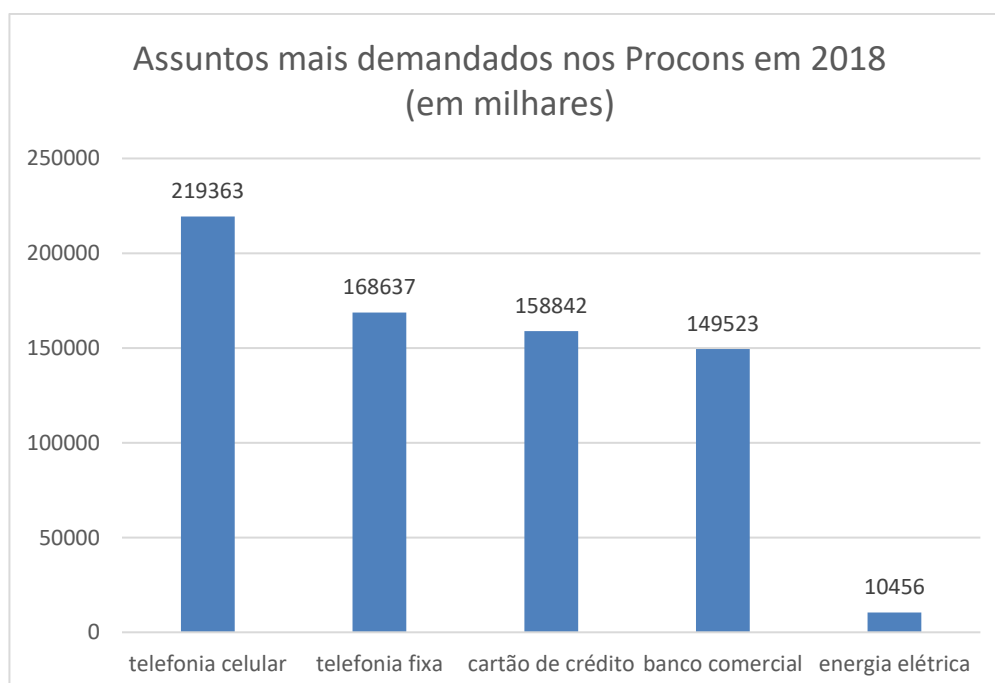
⁵¹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 27-28.

1.4 DADOS DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS E EMPRESAS CONCENTRADORAS DE DEMANDA: A EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS ANTERIORES ÀS DEMANDAS

Feito o panorama das demandas de consumo em juízo, é importante traçar também o aspecto não judicial destas demandas, para que seja possível encontrar evidências de que, para além de demandas judiciais, houvesse problemas de fato, situações demandáveis. A importância de se analisar a via administrativa também se dá pelo fato de que esta não necessariamente traz tantas vantagens ao consumidor lesado (como indenização por danos morais) e é focada na resolução de um problema de consumo concreto, podendo evidenciar tanto a existência de fatos demandáveis na realidade concreta, como algum “desinteresse” em enriquecer através de demandas.

Para que seja feita a análise das questões consumeristas em sede administrativa são trazidas informações acerca destas disputas junto aos PROCONs e outros órgãos que as recebem e buscam intermediar as partes em conflito.

As reclamações levantadas são em grande medida quanto a problemas que envolvem o setor de telefonia e instituições bancárias, conforme gráfico a seguir. Tais dados foram compilados na base comum da Secretaria Nacional do Consumidor, vinculada ao ministério da Justiça e Segurança Pública⁵².



⁵² PALMA, Gabriel; BARBIÉRI, Luiz. Telecomunicações lideram ranking de reclamações de consumidores em 2018. **G1**, Brasília, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/03/15/telecomunicacoes-lideram-ranking-de-reclamacoes-de-consumidores-em-2018.ghtml>. Acesso em: 24 jul. 2020.

Elaboração própria. Fonte: G1 (2018).

Já quanto à natureza das reclamações, a Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON levantou os seguintes dados⁵³:

Principais problemas em 2018			
Posição	Problema	Quantidade	%
1º	Problemas com Cobrança	897.128	40,80%
2º	Problemas com Contrato	366.075	16,70%
3º	Vício ou Má Qualidade do Produto ou Serviço	272.990	12,40%
4º	Problema com SAC	215.931	9,80%
5º	Problemas Diversos com Produtos ou Serviços	133.512	6,10%
	Demais problemas	310.651	14,10%
	TOTAL		100%

Elaboração própria. Fonte: Senacon (2018).

Levantados quais setores mais demandados e problemas mais relatados, traz-se a lista de empresas mais demandas judicialmente, com base na listagem trazida pelo Conselho Nacional de Justiça em 2017.

Antes de ser trazida a listagem, mas ainda a respeito dos maiores litigantes é importante trazer também informações acerca de quanto dos tribunais são ocupados por estes litigantes, neste sentido trouxe o relatório:

a proporção acumulada de processos dos 30 maiores litigantes relativa à totalidade de processos consumeristas. O gráfico verifica a hipótese inicial da pesquisa de que os trinta maiores litigantes concentram pelo menos 50% dos processos. De fato, quatro dos sete tribunais analisados apresentam proporções acumuladas maiores que 70%, e cinco tribunais concentram aproximadamente 50% dos processos apenas com os 10 maiores litigantes. O tribunal com menor concentração dos maiores litigantes é o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), onde para qualquer

⁵³ SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR (Brasil). **Consumidor em Números** ano-base 2018. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. p. 6.

quantidade de maiores litigantes a proporção acumulada de processos por eles manteve-se abaixo do observado nos outros tribunais⁵⁴.

A seguir, segue a referida tabela, tendo-se em mente que tais litigantes estão presentes em mais da metade dos processos de consumo ativos⁵⁵.

⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Propositivo**: Justiça Pesquisa: políticas públicas do Poder Judiciário: os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições. 2018. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020. p. 121.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 122.

Tabela 47 – Maiores litigantes em ações consumeristas.

TRIBUNAL	NOME DA EMPRESA OU GRUPO	FREQUÊNCIA	PERCENTUAL	PERCENTUAL ACUMULADO
TJAM	Manaus Ambiental	2162	14,6%	14,6%
TJAM	Bradesco	1291	8,7%	23,4%
TJAM	Lider	1024	6,9%	30,3%
TJAM	Itaú	895	6,1%	36,4%
TJAM	Amazonas Energia	773	5,2%	41,6%
TJBA	Bradesco	695	9,66%	9,7%
TJBA	Itaú	520	7,23%	16,9%
TJBA	Banco Votorantim	484	6,73%	23,6%
TJBA	Lider	375	5,21%	28,8%
TJBA	Banco Pan	374	5,20%	34,0%
TJDFT	Claro	4725	8,95%	9%
TJDFT	Oi Telecomunicações	2544	4,82%	14%
TJDFT	Vivo	2274	4,31%	18%
TJDFT	Bradesco	1963	3,72%	22%
TJDFT	Banco do Brasil	1865	3,53%	25%
TJMT	Bradesco	14459	9,98%	10%
TJMT	Claro	13042	9,00%	19%
TJMT	Energisa	11114	7,67%	27%
TJMT	Vivo	10234	7,06%	34%
TJMT	Oi Telecomunicações	9723	6,71%	40%
TJRJ	Oi Telecomunicações	226062	12,8%	13%
TJRJ	Itaú	122621	7,0%	20%
TJRJ	Claro	107584	6,1%	26%
TJRJ	Bradesco	84886	4,8%	31%
TJRJ	Claro	107584	6,1%	26%
TJRJ	Bradesco	84886	4,8%	31%
TJRJ	Light	79794	4,5%	35%
TJRS	Oi Telecomunicações	142900	13,0%	13,0%
TJRS	Serasa Experian	96803	8,8%	21,8%
TJRS	Itaú	46323	4,2%	26,0%
TJRS	Boa Vista Spc	45816	4,2%	30,1%
TJRS	Bradesco	40106	3,6%	33,8%
TJSP	Itaú	93263	9,28%	9,3%
TJSP	Bradesco	62701	6,24%	15,5%
TJSP	Vivo	60983	6,07%	21,6%
TJSP	Banco Votorantim	59517	5,92%	27,5%
TJSP	Santander	39995	3,98%	31,5%

Fonte: Elaboração própria.

Fonte: CNJ (2018).

A mesma pesquisa ainda aponta que as trinta empresas que concentram a maior parte das demandas judiciais consumeristas estão concentradas nos setores de telecomunicações, bancos e concessionárias de serviços públicos como água e energia⁵⁶.

Tais dados apontam ainda, que a concentração de demandas que se dá nos mesmos setores empresariais de telefonia, bancário e das empresas e concessionárias de serviços públicos (água, esgoto, energia elétrica), tanto no âmbito judicial quanto no âmbito administrativo.

Este último dado ainda apontaria que os problemas em analisados não seriam “fruto da judicialização”, uma vez que é claro o paralelo entre as demandas administrativas e a das judiciais. A conclusão seria de que as situações-problemas, de fato, existem em grande quantidade, podendo ser judicializadas a partir da não solução pela via administrativa ou ainda sendo diretamente remetidas ao Judiciário.

A partir disso, traz-se a ideia de que não bastariam apenas medidas de controle e racionalização da entrada de demandas no sistema judicial, buscando o presente trabalho compreenderem o problema em seus aspectos anteriores à entrada neste sistema, no sentido de explicitar qual seria a participação destes agentes econômicos na produção destes fatos e sua correlação, ao menos parcial, aos índices de congestionamento levantados.

1.5 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE A SITUAÇÃO DO CONGESTIONAMENTO JUDICIAL NO BRASIL

Como último ponto deste panorama inicial, trazem-se também alguns apontamentos teóricos que auxiliaram a compor as hipóteses do trabalho, bem como apontam causas e elementos da situação-problema estudada.

Primeiro, Orsini e Ribeiro⁵⁷ apontam que não subsistiria o argumento da grande quantidade de demandas estarem alinhadas com a quantidade de contratos e que as demandas seriam resultado natural do grande número de contratos celebrados. Isso porque se argumenta que a alta demanda dos serviços não apenas demonstra a maior possibilidade de problemas no decurso da contratação, mas também, o alto recebimento

⁵⁶ Ibid., p. 122.

⁵⁷ ORSINI; RIBEIRO, op. cit., p. 22.

de recursos, estes, que deveriam ser empenhados com prol do funcionamento regular e adequado a norma posta.

Na visão das autoras, inexistiria proporcionalidade entre as demandas de agentes econômicos menores, estes muitos mais suscetíveis aos impactos de uma condenação eventual, se comparada ao grande número de demandas propostas contra agentes econômicos maiores, muito menos impactados e com recursos o bastante para adotar medidas de prevenção.

Neste tópico, ainda é necessário levantar a questão comparativa quanto propositura de ações no Brasil e em outros países. Para tal, foram trazidos dados compilados pela iniciativa do *World Justice Project*⁵⁸ e que pesquisa o acesso à justiça em diversos países. Neste sentido, no que se refere ao Brasil, os dados compilados pela iniciativa e referentes ao ano de 2019, demonstram que 69% dos consultados apontaram já ter vivido algum problema de ordem jurídica nos últimos dois anos, sendo 32% destes problemas correlacionados a questões de consumo e outros 32% correlatos a débitos e cobranças. Apenas 13% dos entrevistados indicaram terem sido capazes de acessar alguma forma de auxílio com a questão⁵⁹.

Consideraram-se tanto as categorias de consumo quanto de débitos na presente análise uma vez que o setor bancário, pela própria natureza de seus serviços, é responsável por empréstimos, cobranças e financiamentos, e como apontando anteriormente, um dos setores mais demandados na realidade brasileira. Além disso, como já apontado, problemas envolvendo cobranças constam nos problemas mais acionados nas vias de resolução.

A título de comparação, o mesmo relatório, apontou que o México acumulou 38% dos entrevistados que alegaram ter tido algum problema jurídico nos últimos dois anos; com 19% em relação a problemas de consumo, 8% em relação a dívidas, e com 26% dos entrevistados tendo conseguido acessar alguma forma de suporte, de qualquer forma, o dobro da cifra brasileira. Dados do vizinho Uruguai demonstram 43% que

⁵⁸ World Justice Project é uma iniciativa global que visa compreender de forma quantitativa a forma na qual a Justiça se apresenta, compilando dados de ordem estatística nesta área. A principal ideia do projeto é a verificação dos graus de império da lei nos países estudados, através de métricas objetivas como as taxas de ocorrência de problemas jurídicos, respeito a garantias fundamentais e corrupção. WORLD JUSTICE PROJECT. **Who we are**. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/about-us/who-we-are>. Acesso em: 29 jul. 2020.

⁵⁹ Cf. Os dados coletados foram baseados nas respostas de 1.049 entrevistados, nas maiores cidades do país e coletados pela Datum International/About Brazil Market. WORLD JUSTICE PROJECT. **General Population Poll survey module on legal needs and access to justice (2019)**. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Access-to-Justice-2019-Brazil.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

alegam ter tido algum problema, 25% na seara de consumo e 10% relacionados a débitos⁶⁰.

Tais dados demonstram que em outros países, onde existem prestações de serviços semelhantes, os níveis de ocorrência de problemas de consumo são menores. Neste ponto, se considerado que tais empresas consideradas *repeat players* operam em âmbito transnacional, e ainda que, empresas do mesmo porte e setor atuariam de modo mais ou menos semelhante, pode-se aventar que haveria alguma diferença na forma de prestação no Brasil que leve a tal maior número de violação e consequente demanda.

Além disso, tais apontamentos reforçam o fato que, para além da existência de um número elevado de demandas, existe um número elevado de problemas de consumo que podem vir a se tornar demandas administrativas e/ou judiciais, sendo tais demandas evidências destes problemas de consumo preexistentes. Tais informações também levantam a existência de algum grau de demanda reprimida, isto é, pessoas que experienciam problemas jurídicos, mas são incapazes de acessar alguma forma de suporte.

Neste mesmo sentido aponta a obra de Orsini e Ribeiro, uma vez que levantam que ante a inefetividade das medidas preventivas e fiscalizatórias das agências reguladoras, além da forma pela qual se ataca o problema – por ações individuais e sem a aplicação de medidas eficazes voltadas para a prevenção/punição, tem-se um quadro de mau uso do aparato judicial e propagação das violações. Tal propagação, ainda contribuiria para o estado de congestionamento do sistema⁶¹.

Desta forma, aponta-se que o “excesso de acesso” proporcionado pelos meios de acesso à justiça simplificados, como os próprios Juizados Especiais, além de não contemplar a totalidade do acesso, foi convertido em mecanismo de vantagem para aqueles considerados litigantes habituais, isso se considerando as vantagens dos litigantes habituais e a situação demonstrada⁶².

Retoma-se: litigantes habituais seriam aqueles que frequentemente figuram como parte num processo judicial, seja como Autor ou Réu. Estes, sistematicamente inseridos no sistema, percebem vantagens como a existência de vínculos informais com os membros da instância decisória; capacidade de estabelecer uma economia em escala

⁶⁰ Cf. Ferramenta interativa de compilação de dados, separados por país. WORLD JUSTICE PROJECT. **Global Insights on Access to Justice (2019)**. Disponível em: <http://data.worldjusticeproject.org/accesstojustice/#/country/MEX>. Acesso em: 29 jul. 2020.

⁶¹ ORSINI; RIBEIRO, op. cit., p. 23.

⁶² CAPPELLETTI; GARTH; NORTHFLEET, op. cit., p. 24.

de seus processos; possibilidade de planejamento estratégico de seus litígios, problemas e teses; dentre outros.

Estas questões acabam por diluir os riscos da demanda, maximizando eventuais benefícios da propositura ou defesa nestas ações. A exemplo dos grandes conglomerados econômicos, estes que poderiam manejar uma grande quantidade de processos movidos contra si, auferindo lucros através da dilatação dos prazos de pagamento ou realização de acordos⁶³.

Ou seja, apesar do enfrentamento da questão se dar muitas vezes de forma individual pelo tanto pelo consumidor lesado e quanto pelo Judiciário, grandes conglomerados possuem aptidão e recursos o bastante para manejar tais demandas de forma coletiva e de massa, reduzindo seus custos e até mesmo lucrando com a prática. A via preferencial dos Juizados por parte dos prejudicados, devido aos baixos custos para o tratamento da demanda de forma individual, aprofundaria tais vantagens.

Uma das formas de se atacar a questão da disparidade de armas entre as partes litigantes habituais e ordinários seria a adoção de uma lógica pragmática e de racionalização aplicada logo na entrada destes processos no sistema, podendo-se adotar diferentes tratamentos para casos e agentes demandados de forma repetitiva, visando o tratamento adequado das mesmas demandas e coibindo práticas que ensejassem a replicação de demandas⁶⁴.

Outra forma, seria de agrupar agentes considerados habituais e propor medidas na estrutura judiciária de modo que os litigantes eventuais fossem fortalecidos e as vantagens dos litigantes habituais fossem enfraquecidas. Tal tratamento desigual poderia se dar por meio da ação estatal ou pela presença de um agente privado no ato da decisão, restando a proposta de que se deveria impedir que os litigantes habituais fizessem uso das vantagens que obtém pelo uso contínuo do sistema⁶⁵.

Tais as propostas fogem da ideia de tratar os casos de modo isolado, sendo necessário algum grau de reconhecimento anterior acerca destes casos e das situações que os causam visando um enfrentamento adequado destes problemas, para além da mera tutela jurisdicional automatizada.

Independentemente da forma de ataque, não é possível manter a estrutura na forma em que ela se encontra, tampouco expandir da máquina judiciária visando

⁶³ MARCELLINO JUNIOR, op. cit., p. 239.

⁶⁴ Ibid., p. 241.

⁶⁵ GALANTER, op. cit., p. 120-121.

absorver a totalidade de demandas possíveis. Tal movimento já fora testado com a criação dos Juizados Especiais, que absorveram parte da demanda reprimida em primeiro momento, mas que logo mais demonstrou taxas de congestionamento equiparáveis ao restante do sistema.

Deve-se considerar que os recursos do Judiciário são finitos, bem como sua capacidade de julgamento, esta última que acaba por ser comprometida pela grande quantidade de processos. Tal situação culmina no atraso do julgamento, na morosidade judicial e ainda em problemas correlatos à segurança jurídica, todos estes que prejudicam a prestação de serviços públicos judiciários, dotados de natureza essencial⁶⁶.

No mesmo sentido, aponta Mancuso de que a simples ampliação do acesso judiciário não levaria a melhora do quadro, vez que seria oferecido “mais do mesmo” e não o incremento da qualidade de julgamento, tampouco o uso das ferramentas mais adequadas de resolução das demandas⁶⁷.

Concluindo a presente seção e partindo para os capítulos que versarão propriamente pelas hipóteses do presente trabalho, levanta-se que as demandas de consumo correspondem a uma grande parcela das demandas judiciárias brasileiras, estas situadas num contexto de congestionamento ocasionado pela grande quantidade de processos existentes⁶⁸.

Estas demandas de consumo se agrupam em blocos de semelhança, se concentrando em pedidos correlatos à falha na prestação e de indenização por danos morais e materiais, geralmente contra grandes conglomerados empresariais de três setores principais: bancário, telecomunicação e prestação de serviços públicos.

Os membros destes três setores poderiam então ser compreendidos como litigantes habituais, que juntamente da figura dos litigantes frívolos⁶⁹, seriam aqueles

⁶⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Orientador: Bernardo Pinheiro Machado Mueller. 2012. 163 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Departamento de Economia, UnB, Brasília, 2012. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13529/1/2012_IvoTeixeiraGicoJunior.pdf. Acesso em: 25 out. 2020. p. 91-93.

⁶⁷ MANCUSO, 2015, Cap. 2, Item 2.2.

⁶⁸ Conforme dados da “Justiça em Números”, questões consumeristas são um dos assuntos mais demandados no país, correspondendo a quase 50% de todas as demandas inscritas nos Juizados Especiais, incluindo aqui a totalidade destes Juizados Especiais, que incluem os Federais e Criminais. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Painel Interativo de dados estatísticos do CNJ**. op. cit.

⁶⁹ Na obra de Marcellino Junior, o grande número de demandas judiciais no Brasil se daria em torno de duas figuras, os litigantes frívolos e os litigantes habituais. A primeira categoria seria daqueles que se utilizam dos aparatos judiciais para dilatar no tempo obrigações próprias. Exemplo de tais táticas seria o acionamento judicial sem perspectiva de vitória, mas que ao se aproveitar do atual estado de morosidade e insegurança jurídica, poderia tanto lhe assegurar mais tempo para o cumprimento de determinada obrigação que lhe seria imposta, ou ainda, vencer judicialmente um caso a partir de entendimentos

que capazes de obter vantagens decorrentes da inserção de seus problemas no Judiciário, e, portanto, fariam o uso do aparato judicial de forma sistemática visando tais vantagens. Deste modo, estes personagens obteriam benefícios como a dilação de prazos para o cumprimento de obrigações; possibilidade arcar com pagamentos a menor através de acordos; restar livre da responsabilização por erros técnicos judiciários, entre vários outros, que levariam a uma situação em que a existência de demandas, sobretudo em níveis de congestionamento e morosidade, lhes seria vantajoso.

Neste sentido, visa a presente pesquisa oferecer outra forma de interpretação da situação abordada no presente Capítulo a partir da ideia dos problemas estruturais e também traçar alguns dos mecanismos de incentivos aplicáveis a situação. Desta forma, se busca oferecer um diagnóstico possível da presente questão de excesso de demandas de consumo, este não limitado apenas ao aspecto judiciário, já que a situação perpassa também por situações do âmbito comercial, social e econômico.

minoritários ou seria o caso também da interposição de recursos protelatórios. Nestes casos, o Judiciário seria uma ferramenta de vantagem para estes *players* e seria papel do Judiciário detectar e combater este tipo de litigância. MARCELLINO JUNIOR, op. cit., p. 219.

2 DEMANDAS DE CONSUMO NA PERSPECTIVA DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Demonstrado o panorama dos problemas de consumo através das instâncias nas quais tais demandas se apresentam, traz-se o conceito dos problemas e processos estruturais visando interpretar a situação das demandas de consumo a partir deles, oferecendo outra perspectiva sobre a situação-problema relatada.

A proposta do presente capítulo é, após traçar os conceitos acerca dos processos e problemas estruturais, compreender a situação problema levantada no capítulo 1, isto é, o alto número de demandas e violações de direitos do consumidor como um problema de natureza estrutural, sendo tais problemas de natureza estrutural, aqueles que não ocorrem no decorrer da vida de forma natural, mas que decorrem de uma série de elementos que se organizam e se estruturam de modo a causar uma situação incompatível com a lei ou determinadas expectativas.

Características específicas de tais problemas são trazidas a seguir, devendo-se ter em mente a situação de repetição de demandas envolvendo os chamados litigantes habituais, a sua predominância no quadro geral de demandas estudadas e a ideia de que, para além da existência de uma grande quantidade de demandas judiciais e reclamações administrativas, existe um grande número de violações de direito anterior.

Tais características foram então comparadas a alguns dos elementos inscritos na doutrina dos processos estruturais, visando confirmar a hipótese de que as demandas de consumo não são problemas isolados, tampouco resultado natural de contratos de massa, mas sim problema dotados de maior complexidade e decorrentes do modo de funcionamento destes agentes.

2.1 DEFININDO PROCESSOS E PROBLEMAS ESTRUTURAIS

Oriundos da doutrina norte-americana⁷⁰, problemas, processos e sentenças estruturais são aqueles que versam sobre questões decorrentes de um vício na estrutura fática ou burocrática e que acaba por resultar na violação de direitos, ou ainda, por gerar

⁷⁰ A doutrina dos processos estruturais surge a partir do caso *Brown vs. Board of Education*, na qual foi declarada a inconstitucionalidade de práticas segregacionistas na escolha de alunos em escolas. A partir da decisão que se obrigou a matrícula de alunos negros em escolas anteriormente reservadas a alunos brancos, iniciou-se um processo de mudança na estrutura destes processos de admissão, ou seja, uma reforma estrutural no sistema de educação norte americano, que alterou a situação de segregação para uma de maior pluralidade. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020. p. 1.

um estado incompatível com o que normalmente se espera destas estruturas. Questões estruturais são geralmente complexas e com afetação coletiva, não se confundindo com o objeto das demandas coletivas comuns.

Apesar de sua origem envolver violações perpetradas por agentes de direito público, através do mau funcionamento da burocracia estatal, dos vícios de ordem estrutural, nomeados *wrongful system rights violations* ou *structural rights violations* na doutrina originária, também podem ser encontrados em estruturas privadas⁷¹.

O ponto principal é que as violações de direito se originam na forma em que um sistema é organizado e/ou opera, sendo o dano apenas o resultado destas condições, o que leva à necessidade de uma solução que altere as condições de existência e funcionamento destas estruturas, em oposição à ideia de reparação específica dos litígios comuns⁷². Problemas estruturais não seriam acidentes, erros ou lesões pontuais, mas sim resultado do universo ao qual aquela operação pertence⁷³.

Analisando este contexto de violações Fiss, precursor da ideia de um processo voltado para a reforma estrutural, delimitou uma separação conceitual entre duas categorias de injunção, sendo elas as de natureza estrutural e o modelo denominado de resolução de disputas⁷⁴.

Os dois modelos de injunção se diferenciariam em quatro pontos fundamentais, sendo eles, no que se refere ao modelo estrutural: não se enquadra numa lógica bipolar; não parte da disputa de interesses privados, mas sim de valores públicos e fundamentais; visa a alteração do *status quo*; por fim, considera o Judiciário como parte da questão e não como um terceiro imparcial e isolado a tais problemas e decisões.

Por oposição, entende-se que um sistema de resolução de disputas se organiza: sob uma lógica em que a demanda é essencialmente bipolar, entre dois interesses conflitantes; a disputa é sobre interesses de natureza privada; o intento da demanda é de recuperação, compensação ou garantia do *status quo* anterior; e o Judiciário atua como

⁷¹ SHARP, Naomi. **Wrongful system rights violations and the potential of Court-Sponsored Structural Reform**. Contributors: Roderick MacDonald. 1999. Thesis (Masters of Law) – Institute of Comparative Law, McGill University, 1999. Disponível em: <https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/3484zj62w>. Acesso em: 27 jul. 2020. p. 2.

⁷² FISS, Owen. Two models of adjudication. **How Does the Constitution Secure Rights**. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1985. p. 36-49. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020. p. 45.

⁷³ SHARP, op. cit., p. 2.

⁷⁴ FISS, Owen. Modelos de adjudicação/Models of adjudication. **Cadernos de Direito FGV**, São Paulo, v. 1, n. 8, p. 8-57, nov. 2005. p. 5.

um terceiro imparcial isolado e que tem função de árbitro na solução da questão bipolarizada⁷⁵.

Trazendo para a experiência brasileira acerca dos processos estruturais, define Vitorelli⁷⁶:

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.

Já de acordo com Didier Junior, o processo estrutural seria caracterizado por: discutir um problema de natureza estrutural; visar a transição do estado de legalidade e/ou desconformidade para o de legalidade/conformidade; possuir necessariamente duas fases: a do reconhecimento do problema, acompanhado do estabelecimento de um plano e de objetivos e uma fase posterior etapa de reavaliação; possuir certa flexibilidade procedimental, visando comportar as duas fases anteriores; garantir certo grau de consensualidade e adaptação destes mesmos procedimentos⁷⁷.

Didier Junior ainda cita elementos não necessários aos processos estruturais, sendo eles as noções de multipolaridade, complexidade e coletividade. Multipolaridade se daria no sentido da existência de várias partes interessadas no problema; a complexidade no sentido da impossibilidade de resolução do problema através de ato único; e a coletividade no sentido da amplitude das violações, sendo que neste último ponto, divergem Didier Junior e Vitorelli.

Ainda assim, para Tosta e Marçal, demandas individuais podem ter conteúdo de uma demanda estrutural, de modo que se estas questões fossem tratadas visando maior grau de efetividade em sua resolução, seria necessário enfrentar as questões transindividuais do caso, ou seja, o processo pode se dar formalmente em grau individual, mas seu conteúdo acaba por afetar uma coletividade de interesses⁷⁸.

Isso, pois as demandas individuais, inscritas na ideia de resolução de disputas, tem a função apenas de pacificar um problema de forma circunscrita, não sendo

⁷⁵ Ibid., p. 8-10.

⁷⁶ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 284, p. 333-369, out. 2018. p. 6-7.

⁷⁷ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, op. cit., p. 4.

⁷⁸ TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

voltadas para o melhoramento do sistema. Ainda, o tratamento de uma demanda que possui conteúdo estrutural como se individual fosse poderia ainda levar ao agravamento do quadro geral que o processo estrutural buscaria alterar⁷⁹.

Restaria neste ponto a necessidade da existência de dois modelos de adjudicação, tal como apregoa Fiss, um modelo voltado para demandas inseridas numa lógica bipolar de solução de disputas e outro para as questões estruturais. Este segundo modelo, não apenas resolveria disputas privadas, mas zelaria por valores sociais e alteraria a organização social em nome destes mesmos valores⁸⁰.

É neste escopo que se levantam os aspectos de uma decisão de um processo estrutural. Neste sentido, a sentença oriunda de um processo estrutural se apresenta na mesma natureza bifásica do processo e seguiria sua lógica: primeiramente reconhecendo um estado indesejável e determinando medidas para aproximar a situação fática a um patamar ideal a ser alcançado, isto é, norma de conteúdo aberto e que ainda produz norma de conteúdo programático-mandatário, no sentido de instruções de modo para que se alcance o estado ideal preconizado anteriormente. Posteriormente, seguem as etapas de avaliação acerca aplicação das medidas recebidas e da evolução da situação perante a situação-problema original, ou seja, a sentença visa ao fim a alteração do quadro geral e não a mera reparação pontual⁸¹.

Em síntese, busca o processo estrutural ser o motor de transição entre um estado de coisas indesejado para um estado ideal ou mais próximo deste, de modo que o Judiciário ao transigir nesta seara, rejeita o papel de pacificação do caso concreto individualizado, assumindo uma função de maior interferência na atividade das partes, visando reformar o panorama que originou a situação inicial⁸².

Especificamente quanto ao problema estrutural, este que é o objeto de um processo desta mesma natureza, entende-se que ele é a estrutura viciada que ocasiona um estado de ilegalidade ou de desconformidade como que se espera destas estruturas, tendo como parâmetro a lei posta, princípios gerais aplicáveis ou ensejos e vontades do “dever ser”. A estrutura seria a causadora das violações de direitos e valores, sendo ela quem deveria ser corrigida, não apenas com intuito de reparação, mas também com

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ FISS, Owen. Against settlement. **The Yale Law Journal**, v. 93, n. 6, p. 1073-1090, 1984. DOI: <https://doi.org/10.2307/796205>. p. 1085.

⁸¹ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, op. cit., p. 5.

⁸² Ibid., p. 12.

intuito de adequação da mesma a tais valores e a consequente prevenção de violações futuras^{83 84}.

Tais problemas ou litígios não estariam submetidos à lógica bipolar do sistema de resolução de disputas, possuindo características próprias que o distanciariam, sobretudo se for observado sua natureza policêntrica, a coexistência de diversos interesses que não apenas um antagonismo dialético, todas estas questões causadas pela existência de violações decorrentes da organização de uma estrutura⁸⁵.

Neste sentido, baseada na obra de Fiss, Sharp elenca algumas características dos problemas que possuiriam natureza estrutural⁸⁶:

- 1 O malfeitor é uma abstração, ou seja, o problema não repousa na figura de um agente individual, de um ente estatal ou a empresa como personalidade jurídica;
- 2 Intenção ou culpa são irrelevantes, interessando a violação de direitos;
- 3 Danos resultantes apenas evidenciam a existência de uma estrutura viciada;
- 4 Os lesados, em geral, são grupos ou a coletividade, ao invés de indivíduos;
- 5 A violação de direitos se protraí no tempo;
- 6 Existem relações contínuas entre os lesados e lesantes, seja por obrigatoriedade ou necessidade;
- 7 Danos causados são profundos e suas causas complexas;
- 8 Não existe um “ponto de parada” ou um cessar da atividade que leva ao dano.

Estas seriam algumas das características que um problema de ordem estrutural possuiria, sendo que a resolução do mesmo demandaria um procedimento e decisões adequadas a corrigi-las, não apenas voltado a sanar o resultado deste problema pontual, mas dotado de maior profundidade e amplitude em suas soluções possíveis. Retoma-se a ideia de que tal procedimento não poderia ser o mesmo utilizado para a resolução de disputas.

Além disso, os litígios estruturais, por trazer violações em nível sistêmico, não poderiam ser tratadas em processos com pedidos simples, típicos dos processos bipolares. Ao contrário, seriam necessários pedidos condizentes com os intuitos de alteração do quadro, ou seja, da reforma das estruturas que acabam por resultar na violação de direitos^{87 88}.

⁸³ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015. p. 7.

⁸⁴ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, op. cit., p.3.

⁸⁵ COTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. Orientador: Leonardo Silva Nunes. 2019. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, UFOP, Ouro Preto, 2019. Disponível em: <https://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/11613>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 51.

⁸⁶ Tradução livre e adaptada. SHARP, op. cit., p. 45.

⁸⁷ COTA, op. cit., p. 52.

Como pode ser depreendido pelas características listadas por Sharp, se trataria de um problema dotado de causas complexas, em que a violação de direitos ou de expectativas sociais seriam apenas resultado da estrutura viciada.

2.2 DIFERENCIAÇÕES ENTRE PROCESSOS DE NATUREZA COLETIVA E PROCESSOS DE NATUREZA ESTRUTURAL

Como abordado na seção anterior, os problemas estruturais acabam por possuir algum grau de afetação coletiva, apontada a divergência sobre tal característica ser obrigatória para Vitorelli e não obrigatória para Didier Junior. Haja vista tal grau de afetação, se faz necessário diferenciar um processo de natureza coletiva comum de um processo estrutural.

Em primeiro lugar é necessário apontar o que define um processo de natureza coletiva: a natureza jurídica de suas partes. Uma demanda coletiva se diferencia de uma demanda individual uma vez que os direitos tutelados pela primeira passam por uma coletividade, seja na posição de demandante, seja na posição de demandada. Buscar-se-ia então, uma tutela uniformizada para um problema, visando sua correção de forma coerente por decisão jurídica única, como, por exemplo, uma decisão que determina o *recall* e indenização aos adquirentes por um defeituoso de fábrica⁸⁹.

Há também a questão da natureza do pedido, do objetivo de um processo coletivo comum: ele visa à reparação de uma violação a direito, ocorrida no passado, não necessariamente se incumbindo da alteração do quadro futuro, em nome do cessar das violações passadas. Ainda, o objeto destas ações geralmente é certo e determinado, voltado a uma prestação de restauração do *status quo ante* ou à compensação pelo embaraço deste estado.

Estes litígios de ordem coletiva, por mais que tutelem questões de âmbito coletivo, funcionam num sistema de representação, seja através de um órgão estatal ou por meio de uma organização privada. Independentemente do caráter desta organização, esta age apenas em nome desta coletividade, ainda através de mecanismos processuais característicos dos procedimentos individuais, por vezes até agindo em nome desta coletividade sem que esta se manifeste⁹⁰.

⁸⁸ Ibid., p. 124.

⁸⁹ VITORELLI, op. cit., p. 2.

⁹⁰ ARENHART, 2015, p. 2.

Ao fim, o processo coletivo ordinário insere-se na lógica da resolução de disputas e não na dos processos estruturais, sobretudo se observados os quatro paradigmas trazidos por Fiss, quais sejam: extrapolação da bipolaridade; direitos fundamentais ou valores públicos sensíveis; ensejo de alteração do *status quo*; e participação do Judiciário, estes que não são necessariamente atendidos pela lógica do processo coletivo comum⁹¹.

Quando se observa um problema possivelmente de natureza estrutural, a sistemática bipolar não é suficiente para oferecer uma solução efetiva, uma vez que o problema não se limita à oposição de interesses dialéticos, mas a existência de várias visões e interesses intrincados, impossíveis de serem agrupadas em apenas dois blocos. É neste ponto que surge a necessidade da ampliação da ideia de contraditório, além da utilização de ferramentas não usuais, para a apreciação destes vários interesses, como audiências públicas, participação de *amicus curiae*, dentre outras⁹².

É a partir deste ponto que se discute a ideia de um processo estrutural, que para além da afetação coletiva – e não necessariamente da participação de coletividade representada em suas partes – traz consigo um alto grau de variabilidade seja do ponto de vista das suas causas; das partes envolvidas; do grau de lesão; e da participação de cada uma delas, nesta lesão; e da tutela devida. Estes fatores levam à complexidade de atos necessários para resolução do problema e também à necessidade de soluções não uniformes, adequadas a tais complexidades.

No caso do *recall* supracitado, a questão se daria no âmbito estrutural se para além da reparação da questão defeituosa passada, o processo pretendesse investigar e alterar a organização funcional que originou o defeito, exigindo-se posteriormente a correção nesta estrutura que gerou a lesão, ou seja, não bastaria uma decisão única e uniforme em prol da reparação de lesão passada, mas sim uma decisão no sentido da reestruturação da operação que levou a existência do vício e que motivou o *recall*.

Em suma, entende-se que se diferenciam os processos coletivos, em geral, dos processos estruturais, pois, os primeiros, apesar de se darem em natureza e partes coletivas, se enquadrarem tanto na lógica bipolar dos processos individuais e no modelo de resolução de disputas, ao passo que os processos estruturais são voltados para a alteração do *status quo* e são inscritos numa noção de maior complexidade e multipolaridade para além da disputa dialética.

⁹¹ FISS, 2005. p. 8-10.

⁹² ARENHART, 2015, p. 8.

A título exemplificativo de um processo estrutural traz-se a Ação Civil Pública nº 93.8000533-4, proposta pelo Ministério Público Federal, frente o poder público e empresas carboníferas. No caso, demandava-se a recuperação ambiental da área afetada pela exploração de carvão mineral no sul do estado de Santa Catarina.

Em sede de sentença, restaram condenados tanto os entes públicos por omissão na fiscalização, quanto às empresas responsáveis pela degradação da área. A sentença determinava a elaboração de um plano de recuperação a ser cumprido, plano este que deveria ser apreciado pelo Ministério Público Federal. Apesar da interposição de recurso e da remessa necessária, o processo seguiu para a Execução do *mandamus* judicial parcial⁹³.

Importante trazer que o Ministério Público Federal não buscou apenas a sanção das empresas que atuavam na área, mas trouxe para o processo as autoridades municipais e estaduais, agências reguladoras, órgãos representativos da população local, organizações não governamentais e da sociedade civil, entre diversas outras, visando o melhor atendimento do ideal macro de recuperação da degradação ambiental.

Neste ponto, desdobraram-se da ação principal, diversas outras ações correlatas, direcionadas a cada um dos Réus condenados e aos agentes envolvidos, buscando executar procedimentos específicos da sentença principal, que conjuntamente comporiam a recuperação global do bioma degradado. Neste sentido, em momento seguinte, foram adotados parâmetros comuns para a avaliação das medidas de recuperação ambiental.

Estes desdobramentos se deram em diversas fases de determinadas judicialmente, havendo sido criado também um Grupo de Assessoramento Técnico, que emitiu diversos relatórios técnicos que baseavam a atuação judicial. Outro ponto digno de nota é a celebração de diversos acordos em sede do processo principal e os conexos, estabelecendo, por exemplo, cronogramas e atividades direcionados para as áreas afetadas⁹⁴.

Este último ponto, revela o elemento o grau de consensualidade necessário no bojo de um processo de estrutural, apreciando a necessidade de composição destes diversos interesses. No caso, em nome da defesa do valor constitucional de recuperação e preservação ambiental, são convocadas as autoridades públicas, as empresas

⁹³ Ibid., p. 13.

⁹⁴ Ibid., p. 14.

envolvidas, a população local, a academia, dentre outros, visando efetivar estes mesmos valores⁹⁵.

O plano de recuperação tem o presente ano como data final, mas já demonstra seus efeitos na prática carbonífera da área, vez que as empresas da região operam de forma planejada e em acordo com os planos de recuperação preestabelecidos. Além disso, existem maiores incentivos para a adoção de práticas com maior incremento tecnológico, visando reduzir o impacto da atividade⁹⁶.

O processo em questão não se confunde com um processo de natureza coletiva, mesmo que envolva o Ministério Público pleiteando, sob representação, a tutela de direito difuso em face de uma coletividade de empresas do mesmo ramo econômico, já que no processo trazido como exemplo, estão atendidos os pressupostos de Fiss. Explica-se: a degradação ambiental é um valor fundamental sensível; a multipolaridade observada pela multiplicidade de agentes poluidores, órgãos públicos com o dever de fiscalização, população afetada, entre outros; existe de um intento do processo em alterar a situação e promover uma nova forma de exploração da área e não apenas da reparação do dano passado; e, por fim, o Judiciário participando de forma ativa no atingimento destes valores e objetivos almejados.

Desta forma, não seria o caso de uma resolução de disputas inscritas em grau coletivo, mas sim de um processo com intento de alteração do *status quo*, ou seja, uma pretensão de tutela paradigmática para o futuro, não voltada para a reparação passada.

Justamente por estes objetivos ampliados, o processo foi levado a se adequar as circunstâncias próprias do caso, não se aplicando a ideia bipolar e cristalizada da lógica individual das demandas coletivas comuns. Neste caso concreto, pode se entender que o tratamento pela lógica coletiva não teria sido tão efetivo, uma vez que os pressupostos do processo coletivo não contemplariam as características da realidade concreta, tampouco decidiriam de forma tão adequada e participativa para alterar a situação.

Além disso, como se observou, foram necessárias diversas outras medidas judiciais afins no sentido de instrumentalizar as medidas mediatas no transcorrer da readequação, sendo mencionada também a interação destas diversas partes, além de

⁹⁵ Relatórios técnicos, compondo a manifestação destas partes, acordos e relatórios técnicos dos procedimentos adotados podem ser acompanhados pelo *website* criado para dar publicidade para estes atos. ACP Carvão. Disponível em: <http://acpcarvao.com.br/login/index.php>. Acesso em: 6 ago. 2020.

⁹⁶ ZANETTE, Eduardo Netto; CAMILO, Silvio Parodi Oliveira. A recuperação ambiental a partir da ação civil pública no contexto da exploração do carvão mineral no sul de Santa Catarina. **Seminário de Ciências Sociais Aplicadas**, Santa Catarina, v. 6, n. 6, 2018. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/seminariooca/article/view/4682/4280>. Acesso em: 29 jul. 2020. p. 10.

eventuais composições entre elas, medidas estas consideradas extraordinárias nos processos comuns.

Importante se levantar que se trouxe a ACP do Carvão, pois, se tratou de um processo que atendeu as características e objetivos de um processo estrutural, tratando este caso da questão ambiental, com alto valor social e constitucional. No presente trabalho, se busca aplicar as mesmas bases de funcionamento deste processo ao problema de consumo, este também dotado de relevância e valor constitucional.

2.3 DA APLICABILIDADE E A UTILIDADE DA ANÁLISE ESTRUTURAL

Como observado, a tônica dos processos estruturais é voltada para que situações de amplas violações de direitos sejam, de fato, sejam corrigidas. Neste ponto, entra a ideia de tutela coletiva como opção para gerenciar as questões jurídicas em massa, seja para combater a existência de novos litígios idênticos, seja para garantir uma solução justa, previsível e coerente para os mesmos⁹⁷.

Ocorre que, na situação estudada pelo presente trabalho, mesmo os processos coletivos não se mostraram efetivos para o combate da proliferação de demandas de massa com conteúdo idêntico. Entra então a importância da interpretação estrutural, vez que esta análise tem como fundamento o combate à realidade que ocasiona a lesão e não apenas o reparo da lesão em si⁹⁸.

Tal inefetividade se daria, pois, os procedimentos de natureza coletiva ainda obedecem à lógica de um procedimento individualizado. Ao fim, apenas se substitui a parte individual por uma parte coletiva, mantendo-se a principiologia individualizada. Tal forma de tratamento é afastada numa lógica de processo estrutural, vez que o próprio objetivo desta demanda se dá em sentido diferente. Ainda, para mais uma vez a questão dos pedidos: enquanto em um processo coletivo se busca uma ordem simples de reparação e não repetição da conduta, num processo estrutural seriam tratadas questões mais profundas e a verdadeira causa da lesão⁹⁹.

É também necessário apontar o tratamento pela “lógica individualizada” como parte do problema, vez que o direcionamento de causas de grande vulto para o âmbito

⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais:** para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a. Capítulo I.

⁹⁸ SILVA NETO, Francisco de Barros e. Breves considerações sobre os processos estruturais. **Civil Procedure Review**. v. 10, n. 1, p. 75-88, jan./abr. 2019. Disponível em: https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/FranciscoAntoniodeBarroseSilvaNeto/breves_consideracoes_Civil_Procedure_Review_2019.pdf. Acesso em: 15 out. 2020. p. 80.

⁹⁹ ARENHART, 2015, p. 4.

da tutela privada, coletiva ou individual, levaria à atomização das demandas repetitivas, quase idênticas, sendo impossível um tratamento profundo e global da situação-problema. Portanto, seria necessária uma tutela submetida à lógica dos processos estruturais, estes não limitados à ideia de representação de grupos, mas sim para a efetivação das melhores soluções aplicáveis em prol da pacificação da questão e do cessar das lesões.

Isso ainda proporcionaria maior “qualidade” decisória, em detrimento de um suposto *fordismo* judicial e de decisões proferidas em quantidade. Na prática, ocorre o contrário: o excesso de julgamentos pela quantidade acaba por agigantar o sistema, retroalimentando o mesmo em demandas repetitivas, aumentando a capacidade de julgar em números que logo mais se sobrecarrega¹⁰⁰.

Inclusive, o incremento da qualidade de decisão também seria uma das formas de se tolher as vantagens dos considerados litigantes habituais, sobretudo se tal melhora for somada ao incremento das possibilidades dos litigantes em posição de menor poder e também melhorado o aparato institucional e regulatório. Tais melhorias seriam uma forma de equalizar as partes no processo¹⁰¹.

Em última análise, tal modo de atuação atomizado seria uma das concausas para o próprio abarrotamento judicial, vez que ao se tratar de inúmeras demandas – mesmo que num regime fordista – a causa do problema não seria sanada, ao passo em que mais e mais demandas dariam entrada no sistema na busca da mesma solução para casos individuais idênticos. Contudo, ao se aplicar outro tratamento a tais demandas, se poderia encontrar uma forma de atacar a “raiz do problema”, dando azo a uma das possibilidades de combate ao abarrotamento judicial¹⁰².

Tal via de ataque ainda seria útil no deslinde de uma demanda que não possuísse contornos puramente jurídicos, perpassando por questões sociais, como o oferecimento de serviços de alto grau de importância; econômicos, como pelo impacto que estas atividades geram na economia e discutindo os papéis da empresa, dentre outros. Desta forma, entende-se que a resolução de problemas estruturais poderia, ou até mesmo deveria compor políticas públicas, observado o universo no qual aquele problema ocupa, devendo a solução sopesar aspectos multidisciplinares¹⁰³.

¹⁰⁰ MANCUSO, 2015, Parte 3.2.

¹⁰¹ GALANTER, op. cit., p. 105.

¹⁰² MANCUSO, op. cit., Parte 2.8

¹⁰³ Ibid.

Levantados estes pontos, entende-se que uma análise pela ótica estrutural é de grande utilidade não apenas para realizar diagnósticos mais efetivos acerca dos problemas enfrentados, mas também para oferecer soluções práticas voltadas para alterar a situação-problema, sanando a questão geral e não apenas de dirimindo as controvérsias jurídicas em específico.

Estas “vantagens” deságuam na possibilidade de alteração do quadro legal, judiciário, social e econômico, diferentemente do que ocorreria em ações de cunho individual (e até mesmo em demandas coletivas em seu sentido simples), vez que não se pretenderia apenas sanar uma questão de forma *inter partes*, mas sim de proporcionar alterações sistêmicas para possivelmente se chegar à superação do problema.

2.4 QUANTO À NATUREZA COLETIVA E DIFUSA DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR

O ponto da afetação coletiva é especialmente caro para análise dos litígios estruturais, de modo que, apesar de grande parte das tratativas das demandas de consumo se darem através de demandas individuais, deve-se levantar que o direito do consumidor está inscrito no rol dos direitos coletivos e difusos, entendendo-se que a proteção consagrada por tais direitos é aplicável a toda coletividade, não necessariamente individualizável, de consumidores¹⁰⁴.

Desta forma, para além dos direitos aplicáveis e reivindicáveis pelos consumidores em ações privadas, seja por conta de direitos individuais próprios, seja pelo dever de reparar decorrente do descumprimento do mandamento de ordem pública, o Código de Defesa do Consumidor (doravante, CDC) reserva formas de atuação próprios para a defesa coletiva destes interesses.

Marcos do intento do legislador em promover a tutela coletiva estão inscritos no próprio CDC, como, por exemplo, no art. 81, parágrafo único e seus incisos¹⁰⁵, valendo mencionar também a importância das ações civis públicas no tratamento das questões de consumo¹⁰⁶:

¹⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Parte 3, item 2.2.2.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 7 ago. 2020.

¹⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347/85 e legislação complementar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 21.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Como anteriormente trazido, a simples natureza coletiva de um litígio não necessariamente implica na existência de um problema de natureza estrutural, apesar do contrário – ao menos em seus efeitos – poder ser observado. Neste sentido, é importante trazer a justificativa para a defesa do consumidor por ter sido alçada ao patamar dos “direitos coletivos e difusos”.

Tal justificativa encontra-se na própria gênese do direito do consumidor, uma vez que a produção massificada constrói uma relação jurídica caracterizada por um polo “mais forte” que no caso seria o fornecedor e um “mais fraco” que seria o consumidor.

O fornecedor possui mais força na relação, pois além de ser detentor da técnica e da produção, concentra recursos econômicos e de controle ao passo que o consumidor é mais fraco por não possuir controle ou manejo sobre os produtos e serviços que adquire, estando pulverizado no fim das ramificações da cadeia de consumo.

O direito do consumidor surge como intento de regulação destas relações, visando ao menos equiparar às duas partes desiguais através da proteção dos interesses da parte mais vulnerável, promovendo também direitos e garantias com este fim. Deve-se levantar também que a produção massificada leva a relações jurídicas e eventuais lesões na mesma proporção, sendo necessária uma proteção que ao menos vise proteger os consumidores em sua totalidade¹⁰⁷.

A ideia de proteção ampla vem na toada da ideia de direitos difusos, isto é, direitos que pertencem à coletividade e que se dão de modo pulverizado. Por conta desta difusão, poucos seriam os interesses individuais na propositura de um remédio jurídico voltado para que uma lesão ampla fosse corrigida na mesma proporção.

Difícil também seria a reunião de diversos agentes particulares lesados para buscar uma medida coletiva, isso se considerado todos os custos e percalços desta reunião. Isso explicaria a escolha de consumidores lesados pela propositura de ações

¹⁰⁷ MIRAGEM, op. cit., Parte 1, item 1.

individuais e não a aderência por uma solução coletiva, já que existiriam maiores incentivos para buscar a reparação sobre a lesão sofrida individualmente se comparado às dificuldades e custos, além do retorno esperado, de uma medida mais abrangente¹⁰⁸.

Neste ponto, destaca-se então que as ações consumeristas, inscritas em sua modalidade coletiva – ao menos nos casos em que há lesão massiva – seriam mais eficientes no combate à perpetuação destas questões se comparadas às ações individuais, além de concentrar demandas para solução única e uniforme, respeitando a ideia de segurança jurídica e decisões coerentes em casos similares.

A este respeito, o próprio CDC estabelece três eixos básicos que visam maior efetividade da tutela jurisdicional no que tange o microssistema do direito do consumidor, sendo: a possibilidade de provimento antecipatório; ampliação dos efeitos da tutela coletiva, tanto no que se refere aos legitimados para agir, quanto nos efeitos das decisões; e por fim, os mecanismos gerais de facilitação da proteção dos direitos de consumidor, estes elencados no art. 6º do Código, em juízo ou fora dele¹⁰⁹.

Tais nortes programáticos, sobretudo os que valorizam a tutela coletiva e a possibilidade de provimentos antecipatórios e assecuratórios, denotam o intento da legislação consumerista de não apenas reparar o dano, tal qual uma relação cível comum, mas sim, corrigir vicissitudes perpetradas ao longo da cadeia de consumo, não se limitando àquele caso concreto no qual a ação primariamente paire. Tais nortes seguem em linha com os objetivos de um processo que contém natureza estrutural, este que seria um modelo ainda mais eficiente para sanar questões repetitivas que procedimentos coletivos ordinários.

O debate quanto à natureza coletiva das questões consumerista também leva ao debate da competência para um eventual procedimento de natureza estrutural quanto ao tema, parecendo razoável apontar que, seguindo os moldes do CDC, o mais legítimo para propor tais ações seria o Ministério Público, seguindo o estabelecido pelo próprio Código¹¹⁰:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - O Ministério Público,

II - A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

¹⁰⁸ CAPPELLETTI; GARTH; NORTHFLEET, op. cit., p. 27.

¹⁰⁹ MIRAGEM, op. cit., Parte I, item 1.3.3.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. op. cit.

IV - As associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

O mesmo artigo ainda colaciona a possibilidade de iniciativa de entes federativos, entidades temáticas ou até mesmo associações civis, mas haja vista a complexidade e possível alto custo de uma demanda de tal natureza, somados a função de *custus legis* do Ministério Público, este seria o órgão mais capaz de dirimir a ação em momento inicial, sobretudo se se considerar a presença das empresas mais demandas em todo o território nacional, exigindo maior amplitude territorial na atuação.

Contudo, a centralização destes poderes no Ministério Público não pode ser lida de modo acrítico, já que se este é o órgão que concentra a competência e os poderes *de facto* para propor uma ação desta natureza, tais interesses estariam em risco numa eventual inércia do *parquet*. Neste sentido, é importante trazer à baila a importância da atuação dos demais legitimados, estes que também poderão ser partes num eventual processo estrutural sem prejuízo dos demais legitimados, haja vista que tal procedimento é caracterizado pela sua multiplicidade de partes.

Como levantado anteriormente, eventual presença e titularidade inicial da ação em algum órgão desta natureza, não deveria ensejar a adoção de modelo bipolar e de representação na ação, devendo este titular da ação indicar e coordenar o processo nos aspectos essenciais de um processo estrutural, como a multipolaridade e suas diversas etapas, como ocorreu na chamada ACP do Carvão¹¹¹.

Esta competência de iniciativa aventada também não pode desconsiderar a necessidade da participação de diversos atores envolvidos na violação de direitos, apontando-se no presente estudo o impacto destas demandas no âmbito judiciário, a atuação de agências reguladoras, agentes de mercado envolvidos, coletivos de consumidores lesados, dentre diversos outros, estes que podem atuar em prol da correção de um vício estrutural.

2.5 INTERPRETANDO A SITUAÇÃO DAS DEMANDAS DE CONSUMO COMO UM PROBLEMA ESTRUTURAL

Levantada a natureza e a “função” de processos estruturais, bem como o conceito e características de um litígio desta natureza, propõe-se que a situação das

¹¹¹ ARENHART, 2015, p. 13.

demandas de consumo de massa, ao menos daquelas inscritas no panorama anteriormente apresentado, possuiriam características de um problema estrutural.

Desta forma, em primeiro lugar é necessário apontar que o problema estrutural decorre de um desacordo entre o que se espera de uma organização e a realidade. Este aspecto poderia ser observado na replicação de demandas da mesma natureza, de forma não direcionada (pessoalizada) ou circunscrita, decorrentes de práticas comerciais ou contratuais diversas, apesar de decisões condenatórias proferidas repetidamente.

Tal situação estaria em clara contraposição ao que razoavelmente se espera do Judiciário: de que as demandas levadas a ele resolvam a situação concreta, bem como decidam no sentido do problema não voltar a se repetir.

Esta disfunção da estrutura ainda desaguaria na violação de direitos fundamentais e valores públicos sensíveis. No caso das demandas de consumo em grandes quantidades, haveria o não cumprimento sistemático de ordens judiciais e o insucesso na pacificação destes temas, ainda podendo se considerar tais problemas repetitivos como violações de direitos de natureza constitucional.

Neste sentido, citam-se os artigos 5º, XXXII e 170, V, ambos os dispositivos voltados à defesa dos direitos do consumidor, estando o art. 5º alçado ao patamar de garantia individual fundamental e cláusula pétrea. Já sobre a questão judiciária, pode se citar o art. 5º, LXXVIII, que garante a razoável duração do processo e celeridade de tramitação, valores estes afetados pela congestão do sistema judicial. Poderia se citar também, construções oriundas da Teoria do Direito, sobretudo no que tange o Acesso à Justiça e o devido processo legal, tal qual abordado anteriormente na obra de Mancuso. Todavia a conclusão almejada é a de que a situação-problema das demandas de consumo possui contornos de violação de garantias fundamentais¹¹².

Quanto ao problema se dar em ordem coletiva, traz-se novamente a questão numérica e a emergência sistemática de casos análogos diuturnamente tanto no judiciário quanto nas instâncias administrativas. O caso se assemelha com o que fora citado por Fiss no caso da questão educacional nos Estados Unidos, e que culminou no precedente *Brown vs. Board of Education*: casos idênticos continuariam a chegar às cortes caso nenhuma reforma no sistema educacional fosse realizada, e os juízes seriam

¹¹² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

sempre obrigados a decidir individualmente os casos, e, além disso, justificar suas posições¹¹³.

A participação do Judiciário é evidenciada pela situação que ocasiona problemas ao próprio sistema, de modo que ele próprio seria “interessado” numa melhor forma de tratamento das questões de consumo, o que levaria ao último elemento que é o ensejo de alteração do *status quo* e não na reparação em vias de se recuperar um *status quo ante*¹¹⁴.

Importante também retomar que uma demanda de consumo que tratasse de um problema estrutural e seria dirimida por um processo da mesma natureza, e não poderia ser identificável ou mesmo enquadrada como uma demanda coletiva comum. Para que a demanda fosse coletiva e simples, esta deveria possuir um grau de afetação bem delimitado e teria que ser passível de ser resolvida por uma decisão inserida na lógica bipolar de reparação e retorno ao *status quo ante*.

Outro ponto a ser levantado é a situação do tratamento da autoridade judicial frente à demanda com conteúdo estrutural e seus efeitos na resolução da situação. Deve-se inquirir se o tratamento da questão de forma individualizada, no sistema da resolução de disputas, efetivamente solucionaria a questão ou não. No exemplo do *recall*, ao determinar a entrega e conserto do bem perigoso, sana-se aquela questão se ela era limitada àquele lote defeituoso, ao contrário do que ocorreria no tratamento de um problema de natureza estrutural.

Em um caso hipotético de demanda judicial sobre problema estrutural, tratado como se fosse individual, a sentença até poderia solucionar a questão de forma pontual para aquela parte, mas não seria capaz de alterar o quadro geral e não atacaria a “origem do problema”. Trazendo o mesmo exemplo, caso o defeito que motivou o *recall* não fosse limitado àquele lote, mas decorresse de um modo de produção viciado, a simples ordem para entrega e troca do produto não resolveria a questão de fundo, o que levaria a repetição da violação no futuro.

Uma vez que a solução individualizada não se ater à causa que originou a lesão, isto é, o mau funcionamento da estrutura, o processo tampouco serviria como uma solução futura para que se evitassem novos casos daquela mesma natureza. Essa forma de tratamento retardado e não observador tanto da situação fática que ocasiona o

¹¹³ FISS, 2005, p. 13.

¹¹⁴ Id., 1985, p. 48.

dano, quanto da necessária medida de alteração da realidade, pode até mesmo ser interpretada como vantagem à parte lesante¹¹⁵:

Não raro, torna-se cômodo e conveniente para os clientes habituais do Judiciário (v.g., Poder Público, Bancos, empresas de seguro-saúde, entidades de crédito ao consumidor, administradoras de cartões de crédito, empresas de telefonia) deixar que as pendências se judicializem e permaneçam sub judice o maior tempo possível: isso dispensa tais litigantes de investir em recursos humanos e materiais na organização de serviços de atendimento ao público, que, se bem estruturados e manejados, preveniriam pendências e resolveriam aquelas já instaladas. Dado que esse vasto segmento trabalha em economia de escala na sua relação com a Justiça estatal, o custo do acompanhamento dos processos não pesa significativamente, sendo antes um modo inteligente de repassar ao Estado o encargo de gerenciar tais pendências. Não admira que tantas empresas prefiram adotar uma política de apenas pagar direitos trabalhistas em Juízo, assim se poupando do custo de organização e manutenção de seu próprio Departamento Jurídico, assim repassando ao Judiciário (numa sorte de terceirização!) o ônus de analisar a pretensão do ex-empregado, calcular o quantum indenizatório e ainda presidir eventual negociação. (grifo nosso)

Ainda, pode o tratamento individualizado e puramente jurídico culminar em outras questões sócio-jurídicas decorrentes da análise limitada ao problema como se a demanda fosse mera disputa de direito entre dois atores antagônicos. Há uma situação que ilustra tal situação, trazida por Arenhart, ao citar uma ação de reintegração de posse de área ocupada por movimento social.

No exemplo, ao aplicar o direito ao caso como se este possuísse natureza individual, seria reintegrada a posse nos termos do Código Civil. Esta seria a decisão esperada nos termos da lei posta para caso concreto simples. Ocorre que no exemplo, não são consideradas outros elementos, como a situação social, econômica, política, valores constitucionais e outros elementos que, ao final, complexificam a questão. A simples decisão em deferir a reintegração ou não, acaba por ignorar contornos do caso, sobretudo aqueles no sentido de equilibrar garantias fundamentais de moradia com os direitos de propriedade¹¹⁶.

Pensar uma situação como problema estrutural, para eventualmente instaurar um procedimento estrutural bifásico (reconhecimento-avaliação) superaria estes dilemas através do aprofundamento da análise da questão atacada. Nos problemas de consumo, seria o caso de se investigar as causas do problema, apontar para uma correção e posteriormente averiguar o atingimento ou não de nova situação desejada, situação esta

¹¹⁵ MANCUSO, 2015, Parte 3.1.

¹¹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-412, nov. 2013b. p. 3.

mais adequada ao direito e ao que se espera socialmente de uma organização com aquela.

Também existe o elemento da multipolaridade, ou ao menos da multiplicidade de interesses na questão, ainda que a demanda seja formalmente individual ou coletiva¹¹⁷. Para tal, reitera-se que para além do consumidor individual e o fornecedor possivelmente violador de direitos, seria também de interesse da sociedade na totalidade em abrigar empresas adequadas à lei e a seus anseios próprios, além de interesse do poder público no melhor manejo destas demandas, em especial do Judiciário no sentido de combater seu abarrotamento. Ainda se deve fazer menção aos interesses da aplicação e maior efetividade da atuação das agências reguladoras e entidades de proteção, tanto das liberdades econômicas e de mercado, quanto dos consumidores.

Este é o ponto em que a complexidade do problema exige a superação de um modelo interpretativo binário, justificado pelo aumento das partes afetadas e interessadas neste tipo de demandas, visando a participação destes outros atores que não os demandantes “clássicos”, inseridas na lógica do processo comum¹¹⁸.

Feitas estas considerações, retoma-se algumas das características específicas dos problemas estruturais apontadas na obra de Sharp quanto às características dos problemas estruturais¹¹⁹, traçando um paralelo entre tal rol descritivo e a situação delimitada no Capítulo 1.

A primeira a ser apontada é abstração do ente que produz a sanção, ou seja, de que não haveria um agente específico, ou ainda, um responsável pela lesão e que não levaria a uma responsabilização na modalidade de reparação, como no caso de um erro pontual ou sabotagem intencional¹²⁰.

¹¹⁷ MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 44, n. 289, p. 423-448, mar. 2019. p. 2.

¹¹⁸ FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. 2015. 213 p. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR, Paraná, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 59.

¹¹⁹ SHARP, op. cit., p. 45.

¹²⁰ A título exemplificativo, o recente caso da contaminação de um lote de cervejas da marca Backer em Minas Gerais, levou à responsabilização criminal de agentes pessoalizadas pelo vazamento de substância tóxica para os tonéis da bebida. Neste caso, para além da responsabilização da empresa, há responsabilidade (até mesmo criminal) de agentes humanos certos e determináveis, não levando a caracterização de um problema de natureza estrutural. POLÍCIA Civil confirma 7ª morte que pode estar relacionada ao consumo de cerveja da Backer. **G1 Minas**, 09 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/03/09/policia-civil-confirma-7a-morte-que-pode-estar-relacionada-ao-consumo-de-cerveja-da-backer.ghtml>. Acesso em: 27 jun. 2020.

Neste sentido, retoma-se o dado de que as demandas de consumo são concentradas em determinados setores específicos (comunicações¹²¹, bancário¹²² e serviços públicos) estando os maiores *players* elencados como maiores demandados, administrativa ou judicialmente. Da presença destas empresas nos *rankings* de demandadas pode-se interpretar a abstração, uma vez que não seria uma empresa em específico que incorreria na violação da lei de consumo, mas sim a coletividade destes *players*, sem vínculo ou causa específica. Importante retomar que estes agentes mais demandados, detém praticamente a metade dos processos de consumo.

Tal característica deve ser lida conjuntamente com a de que a relação entre a organização responsável pela lesão e aqueles que possuem seus direitos lesados é duradoura, podendo-se entender que por conta de serem os maiores representantes de mercado e com contratos de longa duração, naturalmente estes seriam os mais demandados, justamente pela quantidade em patamares superiores de contratos e clientes ao longo do tempo.

Neste sentido, retoma-se o argumento trazido por Orsini e Ribeiro de que o número de processos ligados aos litigantes habituais não condiz com a respectiva quantidade de clientes e contratos, haja vista que por se tratar de empresas de maior porte, estas possuiriam meios suficientes para adotar medidas preventivas e prestar seus serviços em níveis adequados de segurança e legalidade, condizentes com os das empresas menores¹²³.

De todo modo, não se poderia apenas tomar apenas a quantidade de demandas e o correspondente número de processo dos maiores agentes de mercado nestes ramos em específico para apontar que tais problemas teriam origem estrutural.

Visando alcançar tal compreensão, são trazidas outras características que corroboram com a possível natureza estrutural do problema analisado, de modo que se

¹²¹ Quatro empresas (Vivo, Claro, Tim e Oi) correspondem a 96,9% do mercado de telefonia móvel, sendo também estas aquelas dotadas de maior capacidade de vendas, cobertura e prestação de serviços. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). **Panorama Setorial de Comunicações:** relatório técnico: junho/2020. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4wImc-RnmzXaPciWt9Gv GTx0ILiOkcd-pm5n-FO3tiBJyVOfPT6iisFGpvKtLmGgvYoskbvJxKiqgLOqNZN8y5. Acesso em: 28 ago. 2020.

¹²² Os cinco maiores bancos comerciais do Brasil (Itaú, Bradesco, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e Santander) detém mais de 80% do mercado de crédito, constando todos eles na listagem de empresas mais demandadas, anteriormente apresentada. A informação citada está inscrita na veiculação jornalística, baseada em relatório do Banco Central do Brasil. MARTELLO, Alexandre. Cinco maiores bancos comerciais detinham 83,7% do mercado de crédito no fim de 2019, revela BC. **G1**, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/04/cinco-maiores-bancos-comerciais-detinham-837percent-do-mercado-de-credito-no-fim-de-2019-revela-bc.ghtml>. Acesso em: 5 set. 2020.

¹²³ ORSINI; RIBEIRO, op. cit., p. 22.

compreenda a situação da forma que a presente pesquisa propõe, diferenciando um eventual problema que se dê em grandes números e ampla envergadura de um que não necessariamente atenda a tais atributos, mas que ainda se dê em nível estrutural.

Apointa-se então que os problemas aparentes são meras evidências de uma estrutura viciada, tendo sido a presente característica a origem da presente pesquisa, pois foi a partir da investigação de um fenômeno, a princípio, menor e mais simples, que se interpreta a suposta existência de um vício na estrutura destas empresas, seja na forma de apresentação destes produtos e serviços, seja na maneira em que elas se organizam no mercado.

A presente característica indica que dificilmente a estrutura viciada pode ser encontrada por meio da análise individualizada de casos, já que eles seriam os sintomas do vício estrutural, o resultado de um mecanismo de prestação maculado e que resulta em violações de direito. Com citado por Fiss, a problemática do sistema educacional norte-americano racista foi apenas enfrentada como problema estrutural à medida que diversos casos análogos foram apresentados individualmente na Justiça, indicando para a possível necessidade de reforma no sistema como um todo¹²⁴.

Para o presente estudo, a lesão ao direito do consumidor, e também o dano colateral da infestação de demandas, seriam as evidências desta estrutura viciada, “a ponta do *iceberg*”, que no caso brasileiro, estariam refletidas no número crescente de demandas com natureza e objeto semelhantes. Além disso, a inefetividade do tratamento judicial (ou até mesmo administrativo), no sentido de não correção do comportamento empresarial através das reclamações e condenações, seria mais um elemento que enquadraria a existência destas demandas na característica apontada.

Tal característica dialoga com o elemento da continuidade temporal das violações e da inexistência de um ponto de parada para as mesmas, ambas que podem ser depreendidas dos dados trazidos anteriormente, uma vez que estes demonstram que a quantidade de demandas de consumo foi estável ou crescente ao longo do período analisado, apesar do aumento significativo da taxa de resolução dos casos, em linha com a quantidade de processos novos.

Este valor indicaria uma entrada constante de demandas, de modo que as mesmas continuariam sendo geradas apesar dos esforços judiciários de “dar vazão” a resolução destes casos. Isso indicaria que tal esforço não seria o bastante para

¹²⁴ FISS, 2005, p. 13.

efetivamente reduzir o número total de demandas entrantes, vez que os fatos e as estruturas que originam tais demandas se mantêm intactos.

A mesma conclusão pode ser aventada quando se observam os dados posteriores às medidas de incentivo à mediação, e também das informações trazidas a respeito do momento da criação dos Juizados Especiais, estes que antes serviram como receptores de uma demanda judicial reprimida, mas acabaram por se tornar tão abarrotados quanto às varas da justiça comum. Nos dois casos, apesar das medidas adotadas, ainda se observa um grande número de abertura de novos casos, indicando que ainda haveria demanda reprimida e que as violações não teriam apesar de tais tratamentos.

Sobre a questão da mediação, é importante levantar o posicionamento de Fiss sobre os acordos e medidas alternativas de resolução de conflitos: Fiss entende que tais acordos entre as partes, sobretudo quando se trata de um problema incutido numa estrutura, seriam extremamente prejudiciais para um rearranjo voltado para a não repetição de tais violações.

Explica-se: Fiss entende que o Judiciário é parte do Estado, também possuidor de legitimidade e está inserido no contexto de problemas sociais profundos. A proposição de uma medida alternativa de solução, que não passe pelo crivo do Judiciário, este que poderia adjudicar no sentido da reorganização da estrutura, afastaria o problema da decisão de cunho transformador, mesmo que importasse em vantagem para as partes em composição. Esta fuga para a transação privada dos interesses da coletividade ocultaria o problema e resultaria na repetição da violação atacada.

Em suma, Fiss considera que, apesar de existirem vantagens e incentivos para a realização deste acordo privado, o problema estrutural teria afetação coletiva e não poderia ser negligenciado através de uma solução particular. Tal movimento afastaria a ideia de Justiça¹²⁵.

Voltando para a análise das características trazidas por Sharp, também pode-se apontar a questão da irrelevância da culpa, a afetação coletiva das violações e a complexidade dos danos quando investigados a fundo, porém resta como principal característica àquelas relacionadas à continuidade temporal das violações, vez que se observa a proliferação contínua de demandas de natureza consumerista, e que tal elemento fático se manteve apesar das tentativas Judiciárias de contenção das

¹²⁵ FISS, 1984, p. 1089.

demandas, indicando aparente inefetividade dos comandos voltados para a correção nos casos individuais.

Exemplo de tal recorrência no âmbito do consumo é a Ação Civil Pública nº 0092148-52.2005.8.19.0001, proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, visando coibir a prática da concessionária de energia local, Light, que condicionava a quitação total dos débitos do imóvel para religamento da energia elétrica, mesmo se tratando de novos ocupantes. A sentença coletiva foi favorável à ilegalidade da cobrança, apesar da prestadora ter mantido a prática, anos após a prolação da sentença. A assessoria de imprensa da concessionária, afirmou que não age no sentido do descumprimento, apesar da indicação do MPRJ de que o mesmo ocorria, e que estaria implementando mudanças internas¹²⁶.

No caso foi percebido o surgimento de novos casos individuais apesar da existência de uma ACP, ou seja, um processo de natureza coletiva e que visava uma correção ampla. Diante da manutenção da ilegalidade, apesar do pronunciamento da empresa no sentido de estar buscando por alterações, o MP pleiteia a majoração das punições como incentivo à alteração. Atualmente, o processo segue em fase recursal e serve de exemplo para uma situação própria de consumo onde, apesar da decisão judicial no sentido contrário da prática comercial, a mesma se mantém e acaba por reproduzir demandas judiciais individuais^{127 128}.

Somando estes elementos, pode-se inferir que, ao menos parte das demandas de consumo não se dão de forma isolada ou decorrente de atos concretos e individualizáveis, mas decorrem do próprio funcionamento da estrutura empresarial e das práticas comerciais comumente adotadas. Tais vicissitudes não necessariamente seriam ato volitivo, em tese, mas são fruto desta estrutura, de modo que como consequência ocorreriam tais violações sistemáticas de direito e que contribuiriam, ao fim, para a atual conjuntura de abarrotamento dos sistemas de resolução.

¹²⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **MPRJ requer aplicação de multa à Light, por cobrar de consumidores dívidas contraídas por terceiros.** Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/69324>. Acesso em: 29 jun. 2020.

¹²⁷ CASEMIRO, Luciana. Robô identifica repetição de infrações de empresas no Rio. **O Globo**, Rio de Janeiro, 12 jan. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/robo-identifica-repeticao-de-infracoes-de-empresas-no-rio-24185270>. Acesso em: 29 jun. 2020.

¹²⁸ RIO DE JANEIRO, 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, **Ação Civil Pública nº 0092148-52.2005.8.19.0001**, distribuído em 02/08/2005, disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=0092148-52.2005.8.19.0001> acessada em 29 de junho de 2020.

Importante levantar também o papel destes sistemas de resolução para a manutenção do quadro apresentado, seja pela adoção de medidas ineficientes para a reorganização destas estruturas, seja por uma visão restrita dos problemas que recebe. Além disso, a prevalência de um modelo bipolar agravaria a situação e a aparente inefetividade de órgãos de regulação voltados para a fiscalização e adequação destes agentes aos patamares apropriados, também contribuiriam com o problema.

Desta forma, tanto o abarrotamento, quanto os danos a direitos de consumidor seriam apenas a face revelada de um problema estrutural, sintomas do mau funcionamento na estrutura de certos agentes, que acabariam por culminar nestes problemas. A forma com que tais agentes econômicos operam, oferecem e prestam seus produtos e serviços levariam a propagação de atos demandáveis e a forma de tratar tais problemas depois da sua eclosão também ocasionaria em prejuízos sociais.

Seria o caso de uma situação de retroalimentação, na qual a forma de tratamento inadequado para demandas com possível conteúdo de litígio estrutural levaria ao agravamento das lesões perpetradas e a manutenção do quadro de proliferação de demandas.

Feitos tais apontamentos, indica-se que determinado fenômeno ou problema de consumo poderia sim, em tese, ser avaliado sob a ótica do problema estrutural, buscando no fenômeno concreto as características gerais aqui apontadas e que são verificáveis no quadro geral das demandas de consumo e na situação apresentada, restando elucidar quais seriam os elementos específicos no funcionamento destas entidades levariam a tais fatos e estruturas violadoras de direitos.

3 INCENTIVOS ECONÔMICOS INCIDINDO EM FAVOR DO CONGESTIONAMENTO JUDICIAL

Partindo do que fora anteriormente exposto quanto o possível modo de apresentação das demandas de consumo, isto é, delas se darem ao nível estrutural, se propagando e retroalimentando de modo sistemático, passamos para a análise destes eventos sob a ótica de alguns elementos da análise econômica. A hipótese é de que existiriam incentivos de ordem econômica, comercial e da própria organização que levariam a manutenção atual estado de coisas.

Tal análise parte pelo fato das relações de consumo, para além de suas particularidades jurídicas e a forma de apresentação de massa e coletiva, se darem preponderantemente em regimes de oferta e demanda, bem como em regimes de concorrência, tendo suas formas de atuação influenciadas por estímulos e incentivos voltados para o maior rendimento das empresas e benefícios das partes envolvidas.

Neste sentido, se mostra relevante aventar as teorias que trazem tantos elementos próprios do Direito quanto com aqueles próprios da economia, visando estabelecer a relação entre os regimes de opção e escolha frente a aplicabilidade, efetividade e até mesmo criação da norma posta, de modo a explicitar os efeitos desta norma, na prática.

Outro ponto digno de nota é a questão do olhar da análise econômica voltado para o funcionamento da norma, sem que necessariamente estejam aplicados elementos de natureza financeira ou comercial, observando que tal olhar é útil na medida que se pode definir regimes de incentivo ou desincentivo para determinados atos e fatos que afetam diretamente o regime jurídico e o sistema judiciário.

3.1 CONCEITOS E FERRAMENTAS UTILIZADAS NA PRESENTE ANÁLISE DE INCENTIVOS

Antes da análise propriamente dita, precisam ser estabelecidos os ferramentais utilizados na análise da situação abordada, de modo que tais ferramentas sejam aplicadas ao problema do trabalho posteriormente. Neste sentido, será trabalhada a ideia de custos de oportunidade, escassez e racionalidade econômica num primeiro momento, posteriormente será trazida a ideia dos custos de transação e, por fim, a teoria econômica dos danos punitivos e as consequências econômicas da aplicação de sanções ao nível da análise econômica.

3.1.1 Racionalidade econômica, escassez e custos de oportunidade e outros conceitos básicos da Análise Econômica

A primeira ideia a ser trabalhada é a de racionalidade econômica, tendo ela valor central no restante da análise. A presença desta racionalidade ou não, é fator determinante para se determinar a possível convivência ou ingerência das empresas sobre determinadas situações e/ou práticas comerciais.

Assim, explica-se que a racionalidade econômica se diferente do conceito usual de racionalidade – este entendido como atos inscritos sob certo grau de reflexão, cálculo e lógica, uma vez que estes elementos prescindem certo “planejamento ativo” dos agentes racionais. Ao contrário, a racionalidade econômica se apresenta como a habilidade de escolher prioridades dentre as opções postas possíveis, mas sem que necessariamente haja tal planejamento ativo.

Estas opções se ordenariam de acordo com as possibilidades de satisfação dos interesses daquele que realiza a escolha, visando sempre maximizar a satisfação destes interesses. Desta forma, elementos da realidade incentivariam determinadas escolhas em detrimento de outras, incluído aqui o comportamento do agente, no sentido da satisfação destes mesmos interesses¹²⁹.

Outro elemento que deve ser trazido nessas impressões iniciais é a ideia de risco, sendo este “risco” outro elemento sopesado no ato da realização de uma escolha racional. Neste sentido, risco seria a possibilidade da ocorrência de perdas no ato de determinada escolha, de modo que, em situações normais, os optantes seriam avessos a estes riscos, ou seja, optariam pelas alternativas que providenciassem maiores ganhos e menores perdas no cálculo geral da situação¹³⁰.

Empresas estariam submetidas a esta mesma lógica, uma vez que por possuírem um objetivo claro e definido – obter lucro com a maior eficiência possível – e serem operadas por agentes humanos, operariam optando pelas alternativas que proporcionem o melhor custo-benefício entre dispêndios e retornos, ou seja, a opção que ofereça a melhor perspectiva de lucro¹³¹. Exemplos destas alternativas podem ser: a forma de venda de produtos; formas de atuação e contratação; *marketing*, entre vários outros. Em

¹²⁹ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. **Harvard Law Review**, v. 111, n. 4, p. 869-962, feb. 1998. DOI: <https://doi.org/10.2307/1342009>. p. 23.

¹³⁰ MANKIOW, Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução da 6. ed. Norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2014. p. 552-553.

¹³¹ COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **Economica - New Series**, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/3805762/mod_resource/content/5/coasefirma.pdf. Acesso em: 10 out. 2020. p. 387.

suma, se tem que as escolhas empresariais se dão amparadas numa lógica de maximização de seus lucros e minimização de seus prejuízos¹³².

Como observado por Hayek, tais escolhas se dão em local, tempo e circunstâncias determinados, restando impossível para o optante de se ter conhecimento total sobre a situação. O conhecimento pleno de uma situação levaria a melhor das escolhas, mas tal conhecimento mostra-se impossível, de modo que a realização de transações está sempre sujeita a erros e conseqüentemente, a perdas¹³³.

No âmbito da atuação empresarial, estas escolhas racionais se dariam no sentido da escolha de determinadas práticas comerciais em detrimento de outras, e também na adoção ou não de determinadas políticas de fiscalização, proteção e controle riscos frente a possíveis responsabilizações, tal qual será exposto mais à frente.

Estas escolhas são tomadas num ambiente de escassez e implicam em renúncias, pois os bem sacrificados em nome de uma escolha são necessariamente escassos. A economia trataria justamente do manejo destes recursos escassos, uma vez que num ambiente de recursos e possibilidades ilimitadas, não haveria perda em se optar por uma ou outra alternativa.

A mesma escassez ainda explica a necessidade de otimização dos atos, uma vez que os recursos como material, bens, pessoal, entre outros são limitados e possuem capacidade limitada. Não seria possível adotar medidas perfeitas ou totalmente eficientes, de modo que sempre se buscaria um equilíbrio viável e favorável ao agente através de suas escolhas racionais¹³⁴.

Também correlata a ideia de racionalidade econômica, vem a ideia de custos de oportunidade, sendo estes explicados pela própria lógica econômica. Desta forma, custos de oportunidade são todas aquelas outras opções rejeitadas no ato da realização da escolha econômica racional. Em tese, a opção escolhida é aquela considera menos custosa em termos de oportunidade, ou seja, em que mais se ganha e menos se perde, sendo o custo a perda das demais possibilidades.

Isso, pois optando pela “opção x”, abdica-se de agir de outra forma naquele instante, de modo que se abdicaria das opções “y” “z” “w” e as demais. Agir ou não agir

¹³² HAMMOND, Peter J. Rationality in Economics. **Rivista Internazionale di Scienze Sociali**, Milão, v. 103, n. 3, p.247-288, jul. 1997, p. 3.

¹³³ HAYEK, Friederich A. The Use of Knowledge in Society. **The American Economic Review**, Pittsburgh, v. 35, n. 4, p.519-530, set. 1945, p. 12.

¹³⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Caderno Direito GV 22**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 5-58, mar. 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 19 jun. 2020. p. 16.

de certo modo, é a decisão de não se agir das outras formas afins, tendo em vista o “cálculo” econômico inscrito no ato da realização da escolha. Toda escolha levaria, necessariamente, a um sem número de renúncias¹³⁵.

Desta forma, a dinâmica destes custos será útil para apontar porque empresas atuam de determinada maneira em detrimento de outra, para fins deste trabalho, agindo conforme a legislação ou contrariamente a ela. A partir desta lógica, entender-se-ia que poderá haver situações em que é preferível agir à revelia da lei ou ainda, seja pelos custos da aplicação da lei, seja pelas vantagens da violação ou ambos.

Ainda, custos de oportunidade seguem na mesma lógica trazida anteriormente quanto a opção de um agente em demandar judicialmente ou não, haja vista que abrir um processo é uma escolha que pode trazer ganhos, mas que também tem seus custos e possíveis prejuízos. A facilidade e as possibilidades de ganho no ato da demanda integram a ideia de análise do custo-benefício nesta situação.

3.1.2 Custos de transação e o teorema de Coase

Outro conceito que envolve custos, e útil para a presente análise é a ideia de “custo de transação” sendo eles os custos que se aplicam para a realização de determinado negócio ou transação. Estes custos se impõem sempre, e não são considerados como vantagem a nenhuma das partes, sendo então “o preço do negócio”.

Tal ideia, inaugurada por Coase¹³⁶, e posteriormente alargada por outros autores, determinam que existam custos para a produção e aquisição além da técnica produtiva, uma vez que a prática negocial – a realização das escolhas – traria seus próprios custos¹³⁷.

Exemplos de tais custos poderia ser a identificação de outra parte para se negociar; a elaboração de um contrato; inspeção e fiscalização do andamento do negócio; o tempo e os profissionais mobilizados para realização destas tarefas; todos que não compõem ganho das partes no ato da realização do negócio, mas são necessários para que o mesmo ocorra. Como apontado por Coase, o Direito age justamente sobre estes custos.

Para o caso estudado, os custos de transação seriam, sobretudo, aqueles ligados ao monitoramento e a correta aplicação de um contrato, haja vista que estes mesmos

¹³⁵ MANKIW, 2014, p. 244-245.

¹³⁶ COASE, 1937, p. 12

¹³⁷ BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de. **Encyclopedia of law and economics**. Washington: Edward Elgar Publishing, 2000. v. 1. p. 464.

contratos estariam submetidos à lei e a eles próprios, sendo necessária a devida correção ou indenização do lesado no caso de descumprimento. O Judiciário é, em regra, um dos mecanismos que garantem e operacionalizam a execução destes acordos prévios¹³⁸.

A partir deste entendimento de Coase, extrai-se o teorema no qual se entende que ante a ausência de custos de transação, num ambiente ideal de garantia dos direitos de propriedade e que possibilite trocas voluntárias e o pagamento certo de eventuais prejuízos, a negociação entre as partes (ou o mercado) alcançaria uma solução ótima, eficiente e equilibrada entre as partes em conflito¹³⁹.

No exemplo trazido pelo autor, há um agricultor e um pecuarista no qual o rebanho deste último causa prejuízo à plantação na medida em que aumenta. A solução ótima, neste caso, não consistiria apenas em penalizar o pecuarista pelos danos causados à plantação, mas em averiguar o patamar de custos ideal para que o pecuarista adotasse de uma medida de contenção do rebanho, observada a relação deste custo com o prejuízo o qual ele deveria ser obrigado a ressarcir.

Por esta lógica, o pecuarista apenas implantaria uma cerca, quando o prejuízo a ser pago fosse maior que os custos da cerca ou apenas cessaria o aumento de seu rebanho no ponto em que o prejuízo a ser pago ao agricultor se equiparasse aos seus ganhos¹⁴⁰.

Contudo, a situação não ocorreria numa via de mão única¹⁴¹, sendo o agricultor também um personagem que poderia participar de forma ativa, podendo ele mesmo adotar uma solução para a questão. Deste modo, o agricultor poderia construir uma cerca por si próprio ou até mesmo pagar ao pecuarista para que mantivesse seu rebanho numa proporção que sua lavoura fosse mantida em um nível satisfatório.

Essa dupla feição, levaria a possibilidade de uma solução negociada, que discutiria qual seria o tamanho ideal do rebanho em relação ao proveito e ao dano esperado na plantação. Essa situação, apenas seria possível num ambiente ideal da

¹³⁸ TIMM, Luciano Benetti; ALVES, Francisco Kümmel. Custo de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 2711. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/francisco_kummel_ferreira_alves.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

¹³⁹ COASE, Ronald Harry. O Problema do custo social. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, out. 1960. Traduzido por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2123990/mod_resource/content/1/custosocial.pdf. Acesso em: 02 jul. 2020. p. 3.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid., p. 1.

ausência de custos de transação, responsabilidade de quem lesiona e garantia da propriedade¹⁴².

A solução negociada ideal também é exemplificada noutra exemplo: a de um médico que é importunado em seu trabalho por um confeitiro que opera seu maquinário em um local próximo¹⁴³:

O médico estaria disposto a renunciar seu direito e permitir que o maquinário continuasse em funcionamento se o confeitiro pagasse a ele uma soma de dinheiro que fosse maior que a perda de renda que ele sofreria por ter que se mudar para um local mais caro ou menos conveniente, ou por ter que restringir suas atividades naquele local, ou, como foi sugerido como possibilidade, por ter que construir uma outra parede que levaria ao enfraquecimento do ruído e da vibração. O confeitiro estaria disposto a fazer isto se a quantia que ele tivesse que pagar ao médico fosse menor que a queda na renda que ele sofreria se tivesse que mudar seu modo de operação na sua locação, encerrar seu funcionamento ou mudar sua confeitaria para outra localidade. A solução do problema depende essencialmente em se o uso contínuo do maquinário acrescenta mais a renda do confeitiro do que diminui da renda do médico.

Os exemplos demonstraram como num ambiente sem custos inerentes a negociação, pode-se chegar a uma solução ótima para as partes – nem que seja na compensação para que uma delas abandone sua atividade ou se mude de local. A negociação leva a certo equilíbrio destas forças e também do sistema de preços. Ocorre que em tais situações, observa-se apenas o dano possível entre duas partes conflitantes num contexto ideal, ou seja, trata-se de um modelo ficcional para compreender a natureza do mercado.

Na seara consumerista, a diferenciação entre as partes, bem como a influência de todo o entorno (inclusive judicial e jurídico) age justamente sobre a capacidade de negociação entre as partes, ou seja, sobre os custos de transação, tal qual apontado por Coase. Exemplo disso seria a anulação judicial de determinada cláusula contratual ou de obrigações decorrentes da lei ou de decisões judiciais, medidas estas que podem afetar positiva ou negativamente as transações possíveis entre dois agentes em conflito¹⁴⁴.

À frente, Coase ainda levanta que mesmo na ausência de um sistema de responsabilização, ou seja, em que há obrigatoriedade de um agente arcar com os prejuízos causados a outro, uma solução ótima ainda poderia ser alcançada pela via negocial, desde que mantida a ausência de custos de transação e a garantia de

¹⁴² Ibid., p. 3.

¹⁴³ Ibid., p. 7.

¹⁴⁴ SCOTON, Luis Eduardo Brito. Análise econômica do direito do consumidor: o Código de Defesa do Consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da AMDE**, v. 5, 2012. p. 8

propriedade, tendo em vista que nessas condições as partes ainda poderiam chegar a um acordo que mitigasse os danos¹⁴⁵.

Esta solução ótima e equilibrada preservaria a atividade em conflito em algum grau, bem como levaria a internalização das perdas de bem-estar e o eventual dano das externalidades reclamadas. Ocorre que num ambiente em que existem tais custos de transação, estes se impõem no sentido da manutenção das externalidades e/ou não adoção de medidas para sanar o problema. Isso se dá, pois, tais custos “encarecem” as medidas voltadas para a realização de uma barganha ótima.

Nestas situações hipotéticas, pouco importaria o arranjo legal, ou seja, a definição de quem deveria ceder, ou quem deveria ser responsabilizado, pois, com os direitos de propriedade bem definidos e a inexistência de custos de transação, as externalidades poderiam ser internalizadas através da barganha das partes.

Estas externalidades podem ser definidas como um dano, custo ou benefício oriundo da atividade, mas que não afeta aquele que a desempenhou¹⁴⁶. Neste caso, aplicando a lógica trazida por Coase, tais eventos poderiam ter seus custos incorporados nos custos daquela atividade através da barganha, nas condições ideais prescritas.

Na prática, além da possível interferência de outras forças que não apenas de duas partes negociantes, existem outras circunstâncias que se impõem sobre o problema, podendo também se considerar que os próprios custos de transação colocam em xeque a possibilidade de uma livre negociação entre as partes que se afetam.

Neste universo, emerge a regulação como uma terceira força, produtora destes custos de transação e que não necessariamente operaria no sentido da maior eficiência econômica. Isso, pois regulação teria o papel definir de padrões e direitos, limitando as atividades para patamares socialmente desejados, mas não necessariamente eficientes.

Quanto a atividade regulatória do governo, Coase aponta que a não regulação compensaria apenas naqueles casos em que os ganhos sociais oriundos da regulação fossem menores que os custos envolvidos nesta própria regulação. Ou seja, até mesmo a regulação deveria operar de forma eficiente¹⁴⁷.

Isso, pois a autoridade governamental também age no sentido de sopesar quando interesse coletivo em determinada atividade, deve ou não deve prevalecer sobre os

¹⁴⁵ Ibid., p. 6.

¹⁴⁶ SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999. p. 231.

¹⁴⁷ Seria o caso então de uma normativa governamental determinar os padrões permitidos de ruído, tornando então o caso exemplificado anteriormente apenas uma questão de responsabilização e compensação, ao invés de uma demanda que visa a interrupção da atividade. COASE, 1960, p. 13-14.

eventuais danos que a atividade causa sobre outros indivíduos ou uma coletividade, sendo tal atividade desempenhada no bojo da regulação e/ou regime de permissão de determinadas práticas¹⁴⁸.

O modelo ideal proposto auxilia a compreender que nas situações que envolvem dano e externalidades, a eventual reparação não será eficiente se for concentrada e unidirecional, haja vista que não dialoga com o patamar ótimo adequado inscrito numa barganha equilibrada entre as partes em que se preserva, em alguma medida, os interesses em conflito.

Seria então papel do governo e da regulação, adotando essa perspectiva ampliada, criar condições próximas ao ideal proposto (direitos claros e custos de transação tendentes a zero) para proporcionar um resultado mais eficiente nas negociações¹⁴⁹.

Para o presente trabalho, a contribuição de Coase resta em dois aspectos: o primeiro deles é justamente a questão da regulação, uma vez que se nota que a regulação deverá ser aplicada em níveis eficientes para que a distribuição dos encargos e recursos não inviabilize a atividade.

O segundo é de que se constata que a própria demanda e a negociação entre uma parte lesada e outra que causou a lesão pode ter custos, de modo que pode ser possível um cenário onde que a “barganha” reste impossível ou não compense por seus próprios custos, se mantendo a situação de dano tal qual ela é, alocando custos e prejuízos de forma não eficiente.

Deste modo e feitos tais levantamentos, entende-se que o Direito do Consumidor possui uma feição corretiva, isto é, visa corrigir uma falha ou desigualdade do ambiente externo (no caso, do ambiente de mercado), entendendo-se que tal falha é, em grande medida, a diferenciação de poder de barganha entre as partes em possível conflito¹⁵⁰.

3.1.3 Danos punitivos e aspectos econômicas e decisórios da sua aplicação

Existente na doutrina norte-americana, os danos punitivos são uma forma de “reforço” na responsabilização por atos e fatos danosos (*tort*) e que tem como intenção coibir a prática lesiva, através desta penalidade. Entende-se que a penalidade serve como um desincentivo (*deterrence*) para a prática. Existem correntes doutrinárias

¹⁴⁸ Ibid., p. 21.

¹⁴⁹ Ibid., p. 36.

¹⁵⁰ SCOTON, 2012, p. 6

favoráveis à sua aplicação no Brasil, contudo, não há previsão legal expressa para tal aplicação.

O instituto parte da premissa de que a reparação deverá ser equivalente ao dano (*harm equals damages*), sendo este o viés reparador o principal. Pouco importaria se a questão está sendo encarada através a responsabilidade direta (objetiva) ou se existe limitação da responsabilidade para atos negligentes ou outras formas de responsabilidade específica, pois se considera que, para fins de reparação, a indenização deverá ser equivalente ao dano. Essa equiparação seria o ponto de equilíbrio ótimo para que houvesse o devido desincentivo da prática potencialmente lesiva, sem que ele seja insuficiente (*underdeterrence*) ou demasiado (*overdeterrence*)¹⁵¹.

Necessário levantar que a ideia de desincentivo também engloba a análise se houve ou não adoção de formas de prevenção e cobertura, num valor razoável visando evitar o dano esperado ou previsível. Tal medida, dialoga com as ideias de Coase anteriormente demonstradas, uma vez que a adoção destas medidas deverá possuir custos menores que os da reparação para que seja considerada economicamente eficiente¹⁵².

A questão neste ponto é de que razoavelmente pode se esperar que certas medidas de segurança sejam tomadas visando a prevenção de prejuízos, desde que estas medidas fossem mais baratas que os prejuízos que eventuais danos causem.

Voltando à ideia de equiparação entre o dano e a reparação, assume-se que o dano no caso concreto deverá ser integralmente reparado, de modo que aquele mesmo fato não levará a novos casos no futuro e todos aqueles prejudicados em momento passado seriam devidamente compensados. Neste caso, da análise integral do dano causado, a reparação é mensurada de forma simples, mas o mesmo não pode ser aplicado quando houver possibilidade de “impunidade” do agente¹⁵³.

Visando então a responsabilização pela totalidade dos danos, aplica-se o instituto do dano punitivo, este que considera tanto o dano do caso concreto observável, quanto as prováveis vezes que a mesma conduta restou impune, de modo que através desta penalidade majorada, contemple-se a ideia da indenização se equiparar ao dano causado. Por meio desta interpretação, se alcançaria o estado ótimo de desincentivo da prática.

¹⁵¹ POLINSKY, op. cit., p. 882.

¹⁵² Ibid., p. 884.

¹⁵³ Ibid., p. 886.

Vale destacar que a noção de reparação integral está contida no universo principiológico do CDC, haja vista que se depreende do art. 6º, VI a ideia de reparação e prevenção de danos patrimoniais, sociais, morais em âmbito individual, coletivo e difuso. Tal dispositivo, traduzido em princípio norteador, fundamenta parte da proposta de alguma aplicabilidade de danos punitivos no Brasil e tem como objetivo principal uma tutela que seja efetiva no sentido da abrangência daquele dano¹⁵⁴.

A ideia para tal aplicação advém dos manuais utilitaristas, podendo ser remontada até mesmo da obra de Bentham, no sentido de responsabilização sobre a totalidade dos danos da mesma natureza. A lógica seria a de multiplicar aquele dano observável pelas vezes em que a mesma conduta possivelmente restou impune, seja pela não descoberta, seja pela não persecução judicial ou qualquer outro motivo. A definição sobre qual seria este multiplicador seria dada pelas circunstâncias do caso concreto¹⁵⁵.

No mesmo instituto ainda haveria outros elementos que auxiliariam a compor o multiplicador dos danos punitivos, como, por exemplo, a reprovabilidade da conduta e a riqueza do acusado. Na obra utilizada como base, a reprovabilidade apenas consubstancia uma premissa válida para ultrapassar a barreira do dano equivalente à indenização quando a prática for tomada com intento de causar dano, ao passo que a riqueza do acusado poderia ser apenas um agravante nos casos em que conscientemente se adota medida negligente. Em geral, valeria a regra da noção geral de equivalência entre danos causados e a reparação devida¹⁵⁶.

Outra situação é a da equiparação dos danos punitivos ao ganho oriundo da prática danosa. Mais uma vez, os autores consideram que tais medidas seriam excessivas, só devendo se aplicar a sanção no sentido de coibir tais ganhos decorrentes do ato lesivo, quando estes fossem oriundos de práticas ilícitas, ou houver malícia como no caso da reprovabilidade da conduta. Os autores ainda limitam a aplicação deste fator no cálculo dos danos punitivos para quando eles forem opostos a indivíduos, vez que apenas indivíduos poderiam portar “intenção” danosa, não se aplicando a empresas, apontamento este que será discutido mais à frente¹⁵⁷.

Características do lesado também devem ser consideradas: em geral, quando terceiros “comuns” são lesados, aplica-se o entendimento de forma regular. Caso o

¹⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Método, 2018. Item 2.9.

¹⁵⁵ BENTHAM apud. POLINSKY, op. cit., p. 890.

¹⁵⁶ Ibid., p. 909-912.

¹⁵⁷ Ibid., p. 920.

lesado seja um consumidor, os danos punitivos podem ser minorados se observado que, pela existência daquele dano, o lesante pode ser penalizado economicamente pela não escolha de seus produtos, ou seja, incidiriam perdas de reputação.

Isso porque a existência de uma relação de consumo levaria as empresas a adotarem práticas preventivas e/ou reparatórias pelas próprias vantagens comerciais e imagéticas destas medidas. Ainda há a possível aplicação minorada destes danos nos produtos que possuem risco em seu próprio uso, vez que haveria ciência dos consumidores acerca destes riscos inerentes à sua utilização¹⁵⁸.

Essas relações reforçam a importância da existência de interações de mercado claras nestes casos. Isso se dá, pois, a existência de um dano punitivo provável e até mesmo mensurável, bem como de ferramentas de publicização e reclamação destas reparações, poderiam levar à adoção de precauções e/ou medidas de compensação prévias à litigância. O mesmo ocorreria em sentido contrário: a ciência da inexistência de sanções levaria ao cometimento de práticas lesivas e/ou ilícitas.

Neste sentido, a ciência de uma possível punição majorada incentivaria tanto as medidas preventivas como medidas negociadas anteriores ao litígio, sendo esta uma via de barganha possivelmente ótima. Mais uma vez faz referência à lógica anteriormente trazida, na obra de Coase – uma vez que a solução mais eficiente é incentivada pelo “temor” da sanção punitiva e também pelo próprio conhecimento prévio de danos possíveis¹⁵⁹.

Ainda comporiam o cálculo da aplicação dos danos punitivos: os custos do processo, estes que devem ser considerados para eventual impunidade do acusado; a existência de outros processos privados, que deve ser considerada na mensuração da impunidade do agente; existência de outras penalidades de ordem pública, que não interferem, mas que podem ser usadas como redução dos danos punitivos vez que os prejuízos seriam em parte pagos por estas penalidades; existência de seguro para tais danos, esta considerada possível e aplicável, uma vez que seria ela própria uma medida de precaução, dentre outros¹⁶⁰.

Não comporiam a análise dos danos punitivos os eventuais danos compensatórios¹⁶¹, tampouco seriam cabíveis danos punitivos nos casos de eventuais

¹⁵⁸ Ibid., p. 936.

¹⁵⁹ Ibid., p. 947.

¹⁶⁰ Ibid., p. 925-934.

¹⁶¹ Na doutrina americana, danos punitivos estão incluídos na categoria dos danos de natureza reparatória, logo a premissa da *injuries equals damages*, não confundindo com danos de natureza compensatória,

sanções públicas ou em casos de grande notoriedade e afetação, já que nestes casos não se buscaria mensurar as vezes em que o perpetrador restou impune, levando ao cálculo da reparação simples¹⁶². Em casos envolvendo o direito contratual, seria desejável a aplicação comedida do instituto, haja vista a possível existência de sanções já inscritas no bojo do próprio contrato¹⁶³.

Por fim, a tônica geral da obra é que os danos punitivos são uma ferramenta útil e com feições econômicas, mas que devem obedecer à máxima da equivalência entre dano e reparação. Partindo desta máxima, os demais elementos são utilizados tanto para a correta mensuração, quanto para o devido direcionamento da sanção, visando sua aplicabilidade e eficiência, tentando se evitar tanto a dissuasão insuficiente (*underdeterrence*) quanto a dissuasão excessiva (*overdeterrence*), vez que ambos os casos levariam a prejuízos sociais relevantes.

Portanto, não bastaria apenas determinar judicialmente uma quantia alta e penosa para uma empresa visando sua obediência à lei, uma vez que tais custos poderiam ser integrados em sua operação, levando ao encarecimento do produto ou até mesmo à inviabilidade econômica da atividade. Noutro sentido, penalizar a menor o agente proporciona prejuízo econômico e social pela premiação da conduta socialmente indesejada.

3.1.4 Considerações acerca do ferramental abordado

Diante das informações trazidas nos subitens anteriores, devem ser feitas algumas considerações em vias de aplicar tais ferramentas ao problema proposto, no caso, da reprodução das demandas de consumo e sua possível apresentação em nível estrutural.

A primeira ideia a ser retomada é a lógica do teorema de Coase acerca das externalidades, devendo se observar que as condições ideais propostas pelo teorema, ou seja, a ausência de custos de transação, funcionamento perfeito do sistema de preços e direitos de propriedade bem definidos, não podem ser reproduzidas na prática.

Trata-se de um modelo ideal que orienta a lógica da barganha, porém, no caso concreto as externalidades podem ser suportadas por uma das partes, sem que

estes correlatos a um “ganho” decorrente de algum dano e/ou ilícito causado contra uma pessoa. Incluso nestes danos, estariam as indenizações em sentido estrito, o dano moral, entre outras acepções de natureza não patrimonial e não voltadas para a reparação daquele dano. *Ibid.*, p. 940.

¹⁶² *Ibid.*, p. 891.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 938.

necessariamente essa parte seja amparada pelo direito, e faça jus a reparação que pensa lhe ser cabível.

Ainda, inexistem as condições ideais para que a própria barganha fosse realizada, sendo então a hipótese na qual os custos para a realização desta negociação fossem tão altos a ponto de inviabilizar a negociação. Isso porque, através da análise racional, os envolvidos podem sopesar sobre os custos da barganha serem iguais ou superiores ao ganho possível, podendo ser mantida a situação em que o dano ocorre caso os custos para a barganha superem eventuais e incertos ganhos.

Também sobre a lógica apresentada por Coase, é importante ressaltar que ela fora proposta para o caso das externalidades, ou seja, são tais custos externos serão absorvidos pela sociedade (externos ao agente econômico) ou pelo agente que as produziu mediante a barganha. Contudo, custos de transação ainda se aplicam nas relações negociais já existentes e que podem vir a apresentar falhas no decurso de sua existência.

Quanto aos danos punitivos, instituto este oriundo do Direito externo, é importante levantar que independentemente da existência e/ou aplicabilidade do instituto pelos tribunais pátrios, qualquer modalidade de responsabilização seguida de penalização de um agente estaria sujeita a reflexos análogos e de natureza econômica, contidos neste instituto, especialmente nos casos em que o agente lesivo é um agente empresarial e a dinâmica de custos e incentivos se aplica, especificamente no sentido financeiro.

A diferença crucial restaria, portanto, na forma de cálculo e entendimento de tal modalidade de dano comparado à ideia de dano aplicada no direito brasileiro (em caso das demandas de consumo, indenizações a títulos de dano material e moral, geralmente¹⁶⁴). Resta neste modo de cálculo a principal contribuição do instituto para a presente pesquisa: a ideia de que a sanção não se deveria se limitar ao caso concreto individualizado, mas buscar considerar a totalidade do dano causado por aquele evento, uma vez que se deve equalizar a reparação devida ao dano global causado. Esta seria a forma de encontrar um ponto de equilíbrio entre o dever de restituição e o dano causado e uma situação de dissuasão eficiente.

Entretanto, devem também ser abertas algumas divergências ao que fora proposto por Polinsky e Shavell, sendo a primeira delas referente à certa “imunidade”

¹⁶⁴ ORSINI, op. cit., p. 28.

aos danos punitivos para as firmas no que tange a um possível intento malicioso ou de práticas criminosas, e para os ganhos decorrentes destas práticas. O argumento dos autores é que apenas deveriam incidir danos punitivos majorados nas situações em que há “malícia” do perpetrador do dano ou no caso de algum “ilícito social”. No caso das firmas, a proposta de Polinsky e Shavell é de que as firmas estariam imunes a intentos maliciosos, já que seu intento primordial seria o lucro e ainda, por não serem indivíduos, não seriam passíveis de responsabilização penal.

Neste sentido, quanto a interpretação de “ilícito”, entende-se que tal noção de ilicitude deva ser lida forma mais ampla, sobretudo quando se considera atividades que podem ser lidas como regularmente lícitas (como a cobrança, oferecimento de produtos, etc.), mas que contém na sua prática algum vício que as torna ilícitas nos casos concretos (seguindo os exemplos, uma cobrança injustificada, ou a entrega de bens sem solicitação prévia).

Essa forma de leitura mais ampla da ilicitude serviria para enquadrar atos de consumo prejudiciais que se dão à margem da lei, mas que não necessariamente são enquadrados como crimes ou atos ilegais propriamente ditos, geralmente dependendo de decisão judicial para que se verifique a ilicitude.

Além disso, se traz que o Direito pátrio veda o enriquecimento ilícito¹⁶⁵, independente da forma ou da existência danos. Deste modo, mesmo se tratando de uma prática comercial, visando o lucro, se tal prática é ilícita, dela deveriam resultar punições majoradas, pois, para além-eventual da reparação equivalente, seriam necessários desincentivos em vias de coibir a prática ilícita que resulta em ganhos.

Diferentemente de indivíduos que podem até ser penalmente responsabilizados, não poderiam as firmas se valerem de sua inimputabilidade penal e suposta ausência de interesse que não o lucro, para se escusarem de eventuais responsabilizações de caráter punitivo sobre atos com alguma carga de ilicitude, que por vezes beiram condutas tipificadas penalmente, mas que num plano ideal não são claramente ilegais.

Outra discordância não se dá no campo puramente jurídico, uma vez que contém uma observação de natureza econômica, que é o caso da penalização das firmas de resultar em majoração dos custos para o consumidor e/ou prejuízos a seus acionistas,

¹⁶⁵ Tal se dá por força do art. 884 do Código Civil, este que particularmente se dá em linha do que determina o brocardo de “*injuries equals damages*” vez que a obrigação é de restituir aquilo que foi auferido de forma indevida. Se a prática em si é ilegal, não pode o Direito premiar a mesma responsabilizando apenas pelo dano causado com a prática, devendo também ser o agente responsabilizado descumprimento da norma em si.

estes últimos sem correlação necessária com os atos da empresa. A constatação leva ao apontamento de que a punição seria mais efetiva se fosse individualizável.

Nestes casos, a majoração do preço dos produtos e prejuízo dos acionistas seria então um viés econômico de tais danos, e por mais que distorções sejam indesejáveis, a existência e o risco a tais sanções consubstanciarium num incentivo para a adoção de práticas de segurança, conforme apontado pela própria obra.

A penalização que levasse ao aumento do preço, por exemplo, poderia levar ao desincentivo da compra de determinado produto que lesou o ordenamento, assim como baixa em suas ações e/ou prejuízo da empresa, seria consequência de sua atuação à margem da lei. Seria o caso destes possíveis prejuízos serem mais uma alternativa de dissuasão, portanto, a existência de danos possíveis, previsíveis e anteriores colaboraria com quadro da dissuasão eficiente.

Por óbvio, tais medidas eventuais de prevenção deverão obedecer à lógica do patamar de custo-benefício entre o valor destas medidas e os custos oriundos da sanção e havendo a possibilidade de prejuízos majorados, incentiva-se a adoção destas medidas.

Por fim, levantam os autores a questão das sanções de cunho punitivo deveriam ser minoradas em casos de consumo, vez que os prejuízos causados à imagem e à preferência pelo prestador de serviço já consubstanciarium em sanções econômicas suficientes para a adoção de medidas preventivas.

No caso brasileiro, tal relação de causa e consequência não é tão clara vez que, ao menos nos setores estudados, não há tanta variabilidade e possibilidade de escolha para que o consumidor opte por concorrentes, ao menos, não por concorrentes que não incorram nos mesmos vícios em proporções análogas. Aqui levanta o fato dos setores de comunicações e bancário atuarem mercados altamente concentrados e de que os setores públicos que operam em regime de monopólio, características estas que minorariam a possibilidade de escolha do consumidor.

Feitas tais reflexões, retoma-se o primeiro subitem, referente à ideia de custos de oportunidade, estes que são úteis para o entendimento das escolhas, e que culminam numa ideia de mecanismos de incentivo. Desta os demais elementos, como: os custos de transação, a possibilidade ou impossibilidade de barganha; a existência ou não de sanções; custos dos meios de prevenção; imposição da regulação, dentre outros, funcionam como incentivos ou desincentivos na opção por determinadas práticas comerciais. Além disso, estes diversos elementos, na realidade concreta em que tais

custos se aplicam, podem ser determinantes tanto para a eventual judicialização quanto do cumprimento da norma.

Desta forma estes elementos, em conjunto, comporiam ao menos uma ideia parcial de uma ideia de custos traduzidos em incentivos ou desincentivos para a adoção de determinadas práticas comerciais, que serão aplicados a elementos fáticos na tentativa de analisar a situação problema proposta.

3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CONDENAÇÕES E PROCESSAMENTO DE DEMANDAS DE CONSUMO NO BRASIL

Antes de discutir e aplicar elementos que constituiriam incentivos no problema estudado serão feitos alguns levantamentos sobre a forma pelas quais as condenações se dão no ambiente das demandas judiciais de consumo, visando compreender se pairam alguns dos aspectos dos incentivos analisados sobre tais decisões.

Neste sentido, em geral, os pedidos e condenações em sede de demandas de consumo se dão em torno dos pedidos indenizatórios a título de danos materiais – havendo aqui uma noção clara e objetiva de reparação, e também a título de danos morais – comportando além da ideia de reparação, o valor punitivo-pedagógico voltado para evitar com que fatos semelhantes reocorram.

Ou seja, apesar de não haver previsão legal de danos punitivos no Brasil, na seara consumerista, aplica-se o viés punitivo-pedagógico por meio das condenações de dano moral, ultrapassando a noção de reparação pecuniária dos danos de natureza psíquica¹⁶⁶.

Tal forma de aplicação advém de uma longa construção, que perpassa pela valoração constitucional da proteção do consumo, bem como argumentos de ordem principiológica que culminam no alargamento do instituto, visando justamente a punição-prevenção¹⁶⁷.

Quanto à forma de cálculo de tais danos morais, apesar de alguns expoentes, como a teoria bifásica do dano moral¹⁶⁸, a mesma ainda se dá de modo aberto, o que

¹⁶⁶ FULGÊNCIO, Rafael Figueiredo. As funções da responsabilidade civil por dano moral no direito do consumidor a partir da perspectiva da análise econômica do direito. **Revista da AGU**, Brasília, ano 13, n. 40, p.215-238, abr. 2014. p. 228.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Ana Paula Tomé de; CORDEIRO, Bruna de Oliveira. O arbitramento do dano moral nas relações de consumo. In: **Anais do XI EVINCI: Caderno de Artigos Científicos**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 284-296, 2016. p. 292.

¹⁶⁸ O método bifásico é uma técnica que visa analisar o caso de forma aprofundada de modo a aferir o dano moral de forma mais objetiva. O método consiste, em linhas gerais, em se traçar um valor básico com base em outros casos e na jurisprudência no momento inicial, para numa segunda fase aplicar

levaria a alguma variabilidade, e, portanto, imprevisibilidade no resultado de sua aplicação.

Alguns ainda propõem o desmembramento desta condenação, de modo a se desassociar dos danos morais neste sentido alargado de outras categorias de dano, tal quais os danos sociais, danos punitivos e danos sociais, criando-se institutos específicos e mais previsíveis para tais outras modalidades de dano. Para tal, seria necessária previsão legal que instituísse os danos punitivos e seus respectivos requisitos, bem como para alguma sistematização dos danos sociais, apesar de já haver seu reconhecimento¹⁶⁹. Tal proposta encerraria a celeuma existente quanto ao impasse entre a aplicação de danos morais majorados voltados para contemplar os vieses punitivo-pedagógicos *versus* a vedação de enriquecimento sem causa¹⁷⁰ do Código Civil¹⁷¹.

Nesta forma de cálculo ou sua ausência restaria um dos grandes problemas da aplicação de danos morais com objetivos punitivos-pedagógicos, já que pela teoria dos danos punitivos pode-se chegar a valores vultosos a partir da utilização de bases objetivas, enquanto no direito brasileiro inexistente a previsão específica, e a aplicação destes vieses se dá por arbitramento no caso concreto, sopesado pela questão da vedação do enriquecimento sem causa¹⁷².

elementos os vieses de intento punitivo-pedagógica, inscritos naquele caso concreto. Estes elementos são análogos àqueles citados como bases de análise para os danos punitivos, incluindo graus de responsabilização e reprovabilidade da conduta, repetição, extensão do dano, condição do ofensor, dentre outros. MACHADO, Patrick Gouveia. A Garantia constitucional de reparação por danos morais e a possibilidade de aplicação da teoria do desestímulo pelo STJ: método bifásico no arbitramento da indenização em favor do consumidor. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, Rio de Janeiro, v.29, n. 2, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Artigo-A-GARANTIA-CONSTITUCIONAL-DE-REPARA%C3%87%C3%83O-POR-DANOS-MORAIS-E-A-POSSIBILIDADE-DE-APLICA%C3%87%C3%83O-DA-TEORIA-DO-DESEST%C3%8DMULO-PELO-STJ.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 15-16.

¹⁶⁹ Os danos sociais foram reconhecidos pelo Enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil, que seriam aqueles na qual a coletividade é na qual a sociedade se vê lesada ou “piorada” em razão de ato de algum agente. Cf. **CJF Enunciados**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁷⁰ O art. 884 do Código Civil é invocado em condenações a título de danos morais como mecanismo de limitação do arbitramento de danos morais com caráter punitivo em alta monta. A ideia é que o Direito pátrio veda expressamente o enriquecimento sem causa, e não poderia a indenização reparadora, mesmo adotando vieses punitivos, ser causa de enriquecimento. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 10 out. 2020.

¹⁷¹ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os *punitive damages*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, n. 958, p. 119-147, ago. 2015. p. 22.

¹⁷² SOUZA, Pedro Henrique Andrade. **O instituto jurídico Anglo-Saxão dos *Punitive Damages* e sua aplicabilidade no direito brasileiro**. 2015. 62 f. Monografia (Especialização em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família) – Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1929/1/Monografia_Pedro%20Henrique%20Andrade%20Souza.pdf. Acesso em: 10 out. 2020. p. 43.

Independentemente destes elementos, considera-se que a presente “trava” acaba por ser instrumento de subdissuasão para a repetição de práticas antijurídicas, conforme será especificamente demonstrado mais à frente, além de existirem outras formas de se imporem sanções de maior vulto, sem que estas impliquem em enriquecimento exacerbado por uma das partes – como é o caso das multas, dos próprios danos sociais e da condenações a título de dano moral coletivo, estes que não são direcionados a indivíduos, mas geralmente à algum fundo ou ao poder público.

Vale ressaltar que o possível “enriquecimento” do lesado, opera como incentivo para que o processo seja aberto e também para que a “vítima” não seja tão cautelosa ao ponto de não realizar a negociação/operação, de modo esta se sente “protegida” por uma eventual indenização no caso de dano a ela ou a sua propriedade¹⁷³.

Importante também trazer a questão dos custos processuais nas quais os procedimentos inscritos em sede de Juizados Especiais estão sujeitos, por força dos arts. 54 e 55 da Lei 9.099, precursora dos Juizados Especiais¹⁷⁴.

Nos termos desta Lei, não são cobrados custas, taxas ou despesas no acesso aos Juizados em Primeiro Grau. O dispositivo seguinte determina que as sentenças condenatórias não condenem a parte vencida em custas e honorários, salvo se for demonstrada litigância de má-fé.

A mesma lei dispensa a representação por advogados em causas com valor de até vinte salários mínimos, nos termos do art. 9º da mesma Lei, de modo que a desnecessidade de advogados e eventual pagamento de honorários para estes, reduziria ainda mais os custos, partindo da ideia de que seria possível a protocolização de uma ação através do atendimento dos próprios juizados e/ou existência de grau de instrução suficiente para tal¹⁷⁵.

A imposição de despesas ocorre também, para além dos casos de má-fé, para os casos de interposição de recurso, que requer preparo, e no caso do indeferimento do recurso da parte recorrente, havendo hipóteses análogas a estas mesmas na fase de execução do processo.

Ainda, a inexistência de custos de entrada é um grande incentivo para a abertura de demandas nestes mesmos juizados, sendo ela uma das causas atribuídas ao que se

¹⁷³ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little Brown, 1986. p. 176.

¹⁷⁴ BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. op. cit.

¹⁷⁵ Ibid.

chama de “excesso de acesso”, motivando inclusive a abertura de demandas de natureza frívola ou ainda meramente protelatórias¹⁷⁶.

Ocorre que a inexistência ou baixo valor destes custos não opera apenas para a parte que inicia um processo, vez que ela compõe também o custo da condenação. Desta forma, é preferível que a empresa violadora de direitos seja demandada em sede de Juizados Especial, vez que inexistem condenações a título de honorários e custas, ao contrário do que ocorreria numa Vara Cível, na qual estas despesas se aplicam.

Ao fim, a vantagem, o baixo custo e o “excesso de acesso” não se daria apenas na via demandante, mas também traria vantagens traduzidas em custos para a parte demandada, sem considerar elementos como a morosidade do sistema e a possibilidade do manejo de demandas pelas entidades com poderio para tal, conforme trazido no capítulo anterior.

3.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS INCENTIVOS ECONÔMICOS E AS DEMANDAS DE CONSUMO COM CONTEÚDO DE VIOLAÇÃO ESTRUTURAL

São agora retomadas algumas das características observadas nos problemas encontrados no ambiente de consumo brasileiro e que tem como base a possível natureza estrutural dos ilícitos de consumo, conforme levantando no capítulo 2, interpretados através do ferramental da análise econômica levantada no presente Capítulo.

O primeiro aspecto a ser levantado é a distorção do modelo proposto por Coase, quando ele levanta o viés da “dupla causalidade” dos problemas econômicos. Isso, pois ele propõe que para fins econômicos, tanto o lesado quanto o lesante concorreriam para a existência dos prejuízos. Em exemplo, o rebanho causa danos à plantação, mas não haveria danos à plantação se ela não fosse colocada próxima ao rebanho ou em qualquer outro lugar¹⁷⁷.

Ainda quanto ao modelo de Coase, em termos ideais, a situação de dano passa por uma fase de barganha, isto é, por uma fase em que havido o evento supostamente danoso, podem as partes barganhar em prol de uma solução comum, nem que este seja no sentido da “remoção” de uma das partes prejudicadas da equação – como no caso da

¹⁷⁶ MARCELLINO JUNIOR, op. cit., p. 216.

¹⁷⁷ COASE, 1960, p. 11.

saída do agricultor ou do criador de gado. Não havendo acordo, a desavença seria então julgada por uma autoridade, que direcionaria conforme o Direito posto¹⁷⁸.

Trazendo a ideia para a sistemática processual, existem formas de contato entre as partes lesante e lesada, a disponibilidade de mecanismos de solução administrativa (seja pelos serviços disponibilizados pela própria empresa, seja pelos disponibilizados pelo poder público), além da fase de conciliação anterior ao julgamento nos procedimentos inscritos nos Juizados Especiais. Desta forma, existem “espaços de barganha” nestas situações.

Contudo, como observamos no capítulo anterior, os problemas estruturais partem de certa obrigatoriedade na relação entre aqueles que tem seus direitos violados e aqueles envolvidos na violação. Essa é uma das características dos problemas estruturais, tal qual foi levantado por Sharp e dificulta uma barganha “livre”, ou ao menos, mina alguma das possibilidades desta barganha¹⁷⁹.

A título exemplificativo, a cobrança de débitos oriundos de moradores antigos perpetrados pela concessionária de energia elétrica do Rio de Janeiro, *Light*, acaba por ser uma externalidade suportada pelos novos moradores, majorada pelo fato de os novos residentes serem obrigados a contratar com a exata mesma empresa. No caso de não haver obrigatoriedade na contratação, seria um problema alheio à relação obrigatória, ou seja, uma externalidade, mas como a relação é obrigatória e o contrato de prestação é “o mesmo”, o novo morador é cobrado por um débito anterior e que não deu causa no seio da contratação que realizou, de forma quase que compulsória com a mesma prestadora¹⁸⁰.

No problema estudado, para além da questão da relação entre consumidores e fornecedores possuir certo grau de importância e obrigatoriedade, levanta-se também a impossibilidade barganha, não apenas no sentido da escolha de outra e da não existência de uma alternativa livre dos problemas, mas também no sentido de impossibilidade de se chegar a um acordo amigável e necessidade de demanda para a correção da conduta.

Ainda, a judicialização, em números considerados altos, se apresenta como solução possível para o problema de forma individualizada, mas existem evidências de que parte dos indivíduos não busca o judiciário, podendo ser a causa desta não opção os

¹⁷⁸ MARCELLINO JUNIOR, op. cit., p. 202.

¹⁷⁹ SHARP, op. cit., p. 45.

¹⁸⁰ JUSTIÇA condena Light por exigir que novos proprietários paguem débitos de antigos moradores. **Jornal Extra**, Rio de Janeiro, 27 set. 2018. Disponível em: <https://extra.globo.com/economia/justica-condena-light-por-exigir-que-novos-proprietarios-paguem-debitos-de-antigos-moradores-23104489.html>. Acesso em: 29 set. 2020.

próprios custos do litígio. Essa escolha leva os lesados a suportarem os danos da relação viciada integralmente¹⁸¹.

As evidências destes dois elementos estariam contidas tanto na existência de fatos demandáveis, mas que não levam necessariamente à propositura da ação, como nas opções limitadas no ambiente econômico estudado, que levaria a certa compulsoriedade na contratação com estas mesmas empresas¹⁸².

A situação se agrava quando se levanta a incerteza jurídica decorrente da grande quantidade de casos individualizados e da existência de vários resultados possíveis, sem algum norte racional. Este elemento ser lido como a não distribuição clara dos direitos e responsabilidades¹⁸³.

Isso, pois um grande número de casos e seus diferentes resultados levam à incerteza jurídica e remetem à falta de sentido claro nas decisões, culminando na não realização de barganhas ótimas, não apenas na questão do favorecimento do fornecedor ou do consumidor, mas também quanto a valores e resultados econômicos, decorrentes desta imprevisibilidade¹⁸⁴.

Ainda sobre a questão do duplo sentido da barganha, proposta por Coase, deve-se levantar que tal incerteza não seria apenas um problema para que o lesado, em regra consumidor, realize uma barganha ótima frente o fornecedor de produtos e serviços. Tal indeterminação e imprevisibilidade levaria a um estado não-ótimo no sentido de impossibilitar a melhor decisão empresarial acerca da situação de responsabilização ou não, e conseqüentemente para a necessidade de se adotar medidas de prevenção ou de simplesmente absorver os custos das condenações. O problema seria o cenário de incerteza na totalidade, e não necessariamente concentração dos custos em uma das partes.

Em sentido contrário, há aqueles que consideram que tal situação de incerteza, pode e é capturada pelos agentes econômicos, que poderiam até mesmo aferir lucro a

¹⁸¹ WORLD JUSTICE PROJECT. **General Population Poll survey module on legal needs and access to justice (2019)**. op. cit.

¹⁸² Com o foco nos setores bancários, de telecomunicações e de prestação de serviços públicos temos a situação de, no caso dos bancos a existência de um número de demandas em linhas parecidas entre os maiores fornecedores bancários. No caso das telecomunicações, temos quatro empresas (Vivo, Claro, Tim e Oi) correspondendo à 96,9% do mercado de telefonia móvel, sendo também dotadas de maior capacidade de vendas, cobertura e prestação de serviços. Quanto às prestadoras de serviços públicos, sabe-se que a prestação se dá sob regime de prestação direta ou de concessão, mas nestes casos há monopólio do órgão prestador. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). **Panorama Setorial de Comunicações**. op. cit.

¹⁸³ OLIVEIRA, op. cit., p. 11.

¹⁸⁴ Ibid., p. 3.

partir destas circunstâncias, pois estes agentes possuiriam os meios de realizar o manejo racional destas demandas em prol de seus próprios interesses.

Isso, pois estas empresas teriam alguma capacidade de gerenciamento destas lides por conta do volume destas demandas, pelo fato delas serem *repeat players* e serem dotadas de ferramentas capazes de “atribuir ordem ao caos” das demandas. Desta forma, se aproveitando da morosidade e da variabilidade nestas decisões, tais agentes conseguiriam deprender vantagem da situação, por meio da testagem de teses; da dilatação de prazos das suas obrigações; pela compensação perdas maiores nas condenações maiores, entre outros. Ao fim, o aparato estatal de solução de litígios seria utilizado como um terceiro que tutela das responsabilidades próprias das empresas, que afeririam lucro através da situação posta¹⁸⁵.

Um exemplo desta utilização do Judiciário está contido na obra de Parizzi, ao exemplificar o ganho de um banco ao deliberadamente desrespeitar o direito e decisões judiciais reiteradas, estas na seara trabalhista.

No caso, é trazida a situação do não pagamento voluntário de uma determinada verba trabalhista, apesar do dever legal e de certa pacificação jurisprudencial quanto ao tema. A empregadora opta pelo não pagamento voluntário por conta de uma série de supostas vantagens decorrentes do pagamento ser feito apenas após a prolação de uma ordem judicial¹⁸⁶.

A primeira destas vantagens decorreria da morosidade do sistema: a empresa ganharia em termos de tempo e depreciação do valor à medida que o Judiciário é lento e o pagamento apenas seria realizado após a decisão judicial final. A segunda decorreria da eventual não judicialização voltada para o pagamento deste valor, que apesar de ter se dado em quantidades de comprovadamente baixas, representa ganhos à instituição bancária.

Este “ganho com a demora” não seria apenas a detenção inerte do valor até que fosse expedida a ordem judicial para o pagamento, haja vista que são aplicáveis índices de correção monetária, outras indenizações e verbas afins, mas se dá pelo fato que o agente que lesa o ordenamento possui uma quantia disponível maior que deveria, podendo aplicar ou investir o montante impróprio até seja acionado para o pagamento. O caso trazido por Parizzi torna este ganho evidente, haja vista que se tratou de

¹⁸⁵ MANCUSO, 2015, Parte 3.1.

¹⁸⁶ PARIZZI, João Hagenbeck. **Os atores da crise numérica**: uma análise econômica da cadeia de incentivos da litigância abusiva. Belo Horizonte: UEMG, 2019. p. 108.

instituição financeira, plenamente capaz de gerar rendimentos a partir do montante que detém.

O autor levanta ainda que quanto mais o processo se dilata no tempo, maior é o custo deste mesmo processo, ao passo que quanto maior a demora na decisão, mais aquele devedor pode capitalizar e adiar a obrigação, diluindo tais custos ao longo do tempo em suas próprias operações. A capacidade de operar da empresa tampouco é comprometida por tais demandas, de modo que o que há, de fato, é o adiamento da obrigação no tempo e o aumento do custo da demanda para o Judiciário neste ínterim¹⁸⁷.

Soma-se a tais elementos a questão da insegurança jurídica, uma vez que diante de vários casos no mesmo sentido, pode haver erros por parte da pessoa demandante, decisões favoráveis ao banco por conta de technicalidades processuais, perdas de prazo, dentre outros fatores que excluem suposta presunção de sucesso da parte credora daquele débito trabalhista. Isso acaba por resultar num incentivo para que a instituição bancária opte pela judicialização em detrimento de um acordo ou do pagamento voluntário regular¹⁸⁸.

Estes fatores levariam a um estado de enriquecimento ilícito por parte da instituição bancária, não necessariamente de forma de acréscimo financeiro direto, mas também como uma vantagem geral decorrente do ato ilegal, que resta na possibilidade de adiamento dos pagamentos que lhe são devidos e eventuais insucessos dos prejudicados na justiça. Além disso, a corporação transfere para o Judiciário, obrigações que lhe seriam próprias, como, por exemplo, o cálculo destes haveres¹⁸⁹.

Na mesma linha levanta Fortes, uma vez que este observa que a inexistência de penalização em níveis ótimos levaria ao estado de subdissuasão anteriormente citado. Além disso, as punições observadas normalmente seriam inefetivas para a alteração do comportamento e empresas violadoras afeririam lucro através das práticas ilegais não penalizadas de modo eficiente¹⁹⁰.

Hipoteticamente, se uma empresa cobra R\$ 10,00 indevidamente de uma determinada carteira de clientes, independentemente da ilegalidade da cobrança, o não ressarcimento à integralidade dos clientes cobrados ilegalmente importaria em “lucro”

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid., p. 103.

¹⁹⁰ FORTES, 2019, p. 120.

da empresa, oriundo de todas aquelas cobranças realizadas de forma irregular, mas não ressarcidas¹⁹¹.

Numa aplicação perfeita do Direito a situação de não cometimento do ilícito e reparação por completo são equivalentes, uma vez que não há prejuízo ou ganho desproporcional. Ocorre que tal situação de aplicação do direito de forma plena não se verifica na prática, já que nesta situação são somados outros elementos como os custos de transação (sobretudo burocráticos e de oferecimento da demanda a algum órgão), a possibilidade de manejo das demandas pelos litigantes habituais, além da própria aplicação imperfeita da lei.

Fortes exemplifica a situação de ilicitude lucrativa no caso do evento que veio a ser conhecido como *Dieseltgate*¹⁹², a partir de suas consequências judiciais no Brasil e também em outros países afetados pela violação perpetrada¹⁹³.

A questão foi tratada na ação civil pública n.º 0412318-20.2015.8.19.0001, proposta pela Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e do Trabalhador, atuando o Ministério Público do Rio de Janeiro como fiscal da lei.

No caso, foi levantado inicialmente a venda 84 000 unidades de automóveis defeituosos para, em tese, o mesmo número de consumidores, todos estes prejudicados pelas unidades afetadas. A ação visou a condenação da empresa *Volkswagen* em danos materiais, morais coletivos e sociais, além da substituição das unidades.

Em primeira instância, restou condenada a Volkswagen ao pagamento de R\$ 54.000,00 por danos materiais e R\$ 10.000,00 a título de danos morais para cada um dos 17 057 consumidores comprovadamente afetados, não valendo a condenação para os demais por falta de provas. Além destas condenações voltadas para os consumidores de forma individual, houve a condenação da empresa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de danos morais coletivos.

¹⁹¹ Ibid., p. 126.

¹⁹² O caso *Dieseltgate* foi um escândalo de proporções globais no qual foi constatado que a montadora Volkswagen fazia uso de um *software* que modulava as emissões de poluentes dos motores de alguns modelos durante testes controlados. O resultado prático era a aprovação dos motores para as normas de emissão de gases poluentes, mesmo com as emissões reais sendo acima do permitido. Entre 2009 e 2015, mais de onze milhões de carros possuíam tal configuração, que levou a sanção da empresa mundialmente. "IT WAS installed for this purpose," VW's U.S. tells Congress about defeat device. **National Public Radio**, 08 oct. 2015. Disponível em: <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2015/10/08/446861855/volkswagen-u-s-ceo-faces-questions-on-capitol-hill>. Acesso em: 5 set. 2020.

¹⁹³ FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. A insustentável leveza do ser? A quantificação do dano moral coletivo sob a perspectiva do fenômeno da ilicitude lucrativa e o 'caso Dieseltgate'. **Revista IBERC**, v. 2, n. 3, p. 1-30, set./dez. 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iber/article/view/85/65>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 10-12.

Observa-se que o número de indenizados não foi o mesmo ou aproximado de unidades defeituosas vendidas, de modo que já se observa neste ponto a não cobertura total do dano causado pela oferta e venda dos produtos viciados.

O Ministério Público e a empresa recorreram da decisão, requerendo o *parquet* que as indenizações fossem majoradas, valendo mencionar o pedido para que o dano moral coletivo alcançasse o patamar de R\$ 10.507.112.000,00 (dez bilhões, quinhentos e sete milhões, cento e doze mil reais), quantia mais de dez mil vezes maior que a definida inicialmente. Os argumentos utilizados para se chegar a tal cálculo foram baseados na pujança econômica da Ré, as implicações de cunho comercial e ambiental da fraude cometida, o benefício obtido destas vendas, dentre outros.

A decisão do tribunal foi no sentido de negar o recurso do Ministério Público, tendo sido adotada a mensuração dos danos morais coletivos em patamares mínimos, apesar dos elementos de quantificação apresentados, vez que o caso brasileiro não seria semelhante ao mesmo em outros países, em que haveria maior amplitude dos danos causados¹⁹⁴.

Fortes discorda de tal decisão, entendendo que ocorrera o fenômeno da ilicitude lucrativa, uma vez que os efeitos sociais, negociais e ambientais, bem como os elementos de cálculo levantados pelo Ministério Público, deveriam levar a majoração da condenação. Na forma em que ela restou, a condenação seria irrisória para representar devidos incentivos para a adoção de técnicas de precaução, ou ainda, para a não adoção de prática fraudulenta como se observou no caso¹⁹⁵.

Importante levantar que no caso em tela, não se pretendia a analisar aspectos de natureza de problema estrutural, e tendo em vista a existência de dano com origem certa e em objetos delimitáveis, com nexos comuns, dificilmente entender-se-ia que tal problema operasse neste sentido. Ainda assim, os aspectos econômicos da punição são úteis na análise destes incentivos.

Deste modo, conclui o autor que o cumprimento da norma pode ser escolha menos atrativa frente o descumprimento da mesma, caso haja tantos incentivos suficientes para o descumprimento da lei, estes traduzidos em ganhos possíveis, quanto desincentivos, traduzidos em custos para adequação à lei. Ainda, na existência de uma

¹⁹⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0412318-20.2015.8.19.0001**. Relator: Desembargador Adolpho Andrade Mello. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040D207797EC37D5DA59ADE7DF9F8B7964C50A2D601C41&USER=>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹⁹⁵ FORTES; OLIVEIRA, op. cit., p. 12/24.

situação de “nenhuma perda e nenhum ganho” no atendimento do dever legal, não seria interessante dispendir recursos em prol da adequação. Deste modo, se considerado o “norte” empresarial o da aferição de lucro, os incentivos levariam ao descumprimento¹⁹⁶.

O autor ainda assevera esta conclusão¹⁹⁷:

Não é difícil chegar à conclusão de que, consignadas essas premissas, o próprio cumprimento (*compliance*) de normas jurídicas pelos atores sociais também é resultado e uma ponderação de custos e benefícios. Diante da possibilidade de não serem responsabilizadas ou de enfrentarem uma sanção branda, empresas certamente tentarão, por exemplo, se esquivar do pagamento de tributos ou do respeito a normas reguladoras de sua atividade econômica, da mesma forma que um homicida se sentiria mais tentado a matar alguém, não fosse o sistema persecutório e as elevadas penas previstas para esse tipo de crime.

A questão da quantificação baixa ou incerta, sem consequências econômicas sensíveis também se daria no sentido de incentivar a conduta ilegal, ou seja, aquém do patamar ótimo no sentido da dissuasão. Tal quantificação seria decorrente da não aplicação de um modelo quantificação objetivo e adequado ao caso concreto¹⁹⁸.

A aplicação correta seria àquela mais próxima daquela existente na doutrina norte-americana, trazidas ao presente trabalho na obra de Polinsky e Shavell, pois ela levaria diversos outros fatores em consideração, como: a possibilidade de impunidade do agente; custos do processo; existência de outras ações no mesmo sentido; dentre outras, que levariam à quantificação mais precisa em relação à dimensão do dano causado e ao devido grau de dissuasão.

Esta “virada-matemática” em sede judicial seria elemento chave para que fosse alterado o estado de subdissuasão para um, no qual os incentivos para se adotar a norma seriam superiores àqueles de descumpri-la, ou seja, cenário oposto ao de ilicitude lucrativa¹⁹⁹.

Tanto no exemplo voltado para a seara consumerista levantado por Fortes, quanto naquele que estuda a questão trabalhista, trazido por Parizzi, existem incentivos de ordem econômica, voltados para o não cumprimento da norma posta, bem como da jurisprudência, sendo ainda levantado neste segundo caso, a participação do Judiciário para a propagação destes casos. Cita-se²⁰⁰:

¹⁹⁶ FORTES, op. cit., p. 129-130.

¹⁹⁷ FORTES; OLIVEIRA, op. cit., p. 4.

¹⁹⁸ Ibid., p. 12/24.

¹⁹⁹ Ibid., p. 25.

²⁰⁰ PARIZZI, op. cit., p. 124.

Não se previra, no início, que o próprio judiciário fosse um dos principais, senão o maior, causador da litigiosidade. Essa foi a maior surpresa e talvez a conclusão mais importante decorrente da pesquisa realizada. **O Judiciário, por não investir no capital jurídico, isto é, na segurança jurídica, faz com que a ausência de previsibilidade de suas decisões crie um hiato de expectativas em relação às chances de êxito das partes em determinada ação. Ora, se apesar de haver centenas de milhares de causas idênticas, não há decisão unânime e sedimentada sobre a questão jurídica, ou mesmo havendo uma decisão desse tipo, as partes sentem que a mesma pode ser modificada a qualquer tempo, então não há qualquer incentivo para evitar o litígio.** Talvez a grande conclusão deste livro seja exatamente essa: em vez de as partes evitarem o litígio, elas se perguntam se existe algum tipo de prejuízo ao adotar um comportamento litigioso. Não há motivos para evitar um litígio, mesmo sabendo que se tem apenas 30% de chance de êxito, e as custas são tão baixas e insignificantes que apostar não se mostra um comportamento completamente irracional. (grifo nosso)

A partir disso, se entende que a questão da insegurança jurídica serve tanto de causa como de consequência para o ambiente de hiper litigiosidade, leia-se, aquele em que existem incentivos para que os problemas sejam levados e tratados pela esfera judicial. Também, observando estes elementos econômicos, nota-se que o Judiciário é prejudicado pela existência destes incentivos, independentemente de dar causa a estes ou não. Estes mesmos incentivos acabariam por ser um meio de enriquecimento por parte destes agentes econômicos²⁰¹.

Haja vista a decorrência de tais ilícitos lucrativos, Rosenthal prega que necessário uma aplicação normativa que ultrapassasse a ideia de retorno a um *status quo ante*, ou seja, da tutela compensatória no caso concreto, mas sim de uma forma de análise mais alargada e que contemplasse os vieses punitivos e pedagógicos²⁰².

Tal premissa vai ao encontro da premissa dos processos estruturais, que é de justamente de não se amparar com a ideia de retorno ao *status quo ante*, mas de impulsionar a mudança da estrutura no sentido da alteração do quadro, como proposto por Fiss e apresentado anteriormente²⁰³.

Voltando à obra de Rosenthal, a conduta de ilícito lucrativo estaria fundada em três aspectos principais: a noção de alguma impunidade, ou seja, o mesmo de um dos pressupostos dos danos punitivos; certa “apatia racional” na não demanda em caso de ofensas menores; e por fim, na certa noção dos infratores de que os lucros advindos da prática ilegal serão maiores que os prejuízos decorrentes de eventual demanda²⁰⁴.

²⁰¹ Ibid., p. 104.

²⁰² ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. **Revista IBERC**, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/48>. Acesso em: 10 out. 2020. p. 3.

²⁰³ FISS, 2005, p. 5.

²⁰⁴ ROSENVALD, op. cit., p. 5.

Estes aspectos principais seriam correlatos à análise de incentivos anteriormente trazida, seja no sentido da opção por litigar, baseada na ideia de custos do litígio; seja no que se refere à escolha de determinados agentes econômicos em operar racionalmente de forma contrária à lei posta; e também quanto a necessidade da aplicação de uma modalidade de punição que contemplasse a totalidade de atos lesivos, para que o dano causado seja equiparado à indenização, levando ao estado de dissuasão ótimo.

Portanto, não se fala em punição majorada ou ainda elevada por conta destes descumprimentos, mas sim do estudo da real proporção em que estes eventos de ilicitude lucrativa possivelmente operariam, visando estabelecer as compensações e punições adequadas. Tais sanções adequadas não deveriam visar apenas o retorno ao *status quo ante*, mas sim a adoção de uma forma de prevenção da proliferação de condutas antijurídicas, como aquela combatida em primeiro lugar²⁰⁵.

Esta visão, mais alargada, dialoga com a ideia de problema e processo estrutural e não estaria limitada a aspectos limitadores encontrados em casos individuais – como a própria questão do enriquecimento sem causa do vencedor, isso, nos casos de consumo.

Em conclusão para o presente capítulo, a partir dos elementos propostos e que culminam em mecanismos de incentivo e desincentivo para adoção de certas práticas comerciais, bem como da proposição de demandas ou não, levantam-se os pontos a seguir, partindo da ideia de que demandas em consumo se dariam em alguma medida com conteúdo estrutural, ou seja, sem origem definida e com efeitos amplos e alargados.

Desta forma, afirma-se em primeiro lugar que existem incentivos para a propositura de ações consumeristas, sobretudo em sede dos Juizados, como o não pagamento de custas e honorários. Os mesmos incentivos valem para a parte demandada, que não é condenada no pagamento das mesmas despesas de eventual condenação.

Apesar de tais incentivos, violações de direito não necessariamente se convertem automaticamente em demandas, seja pelo baixo valor da violação no caso individual ou pela existência de custos e riscos na propositura desta demanda, de modo que a existência de uma “não demanda” é traduzida em algum ganho do ofensor. Neste ponto, restaria a questão da impunidade, aventada pela teoria dos danos punitivos.

²⁰⁵ Ibid., p. 7.

Quando se abre a demanda, independentemente dela se dar na forma administrativa ou judicial, o ofensor ganharia em termos de tempo, pois ganharia tanto com a suposta a moratória (decorrente da posse de valores e vantagens que não lhe são de direito, usufruindo de todas as facilidades e possibilidades desta posse) daquela questão em discussão quanto em eventuais vitórias no caso. Tais vitórias da parte demandada, e que cometeu a violação, poderiam se dar por technicalidades jurídicas, ausências de documentos hábeis, falha na prestação de serviços jurídicos, possíveis ganhos de causa fundamentados inscritos num ambiente de insegurança jurídica dentre outros, observado a inexistência (e até mesmo, impossibilidade) de uma ordem superior cogente no sentido contrário a determinada prática e uma análise destes casos 100% uniforme.

Sobre o ganho com a morosidade, haveria então mais um incentivo para que mais demandas (sobretudo aquelas consideradas de baixo custo) fossem iniciadas, uma vez que quanto maior o número de demandas, maior o congestionamento do sistema e maiores os ganhos com a “moratória”, anteriormente citada.

A adoção de demandas de natureza individual, ou ainda, de demandas de natureza coletiva, mas inscritas numa lógica dual e da solução de disputas e que somados a isto, não englobam técnicas de cálculo e interpretação adequadas, asseveram o problema e contribuem para algum tipo de ganho decorrente da subdissuasão do ilícito.

Eis que a interpretação estrutural, que partiria de uma visão mais alargada do problema, para além dos casos individuais que chegam a superfície, e teria como papel buscar tanto a origem do problema, quanto a real dimensão de afetados – e nesta incluíse o próprio Judiciário – visando estabelecer um diagnóstico e medidas de resolução apropriadas, para que somente neste ponto final, se possa avaliar uma sanção eficiente, que equipare danos causados e reparações devidas.

Tal proposta passaria também pela investigação de eventuais mecanismos viciados e formas de correção destas mesmas vicissitudes, sendo possível a proposição de fases de composição entre os envolvidos, como apontado no capítulo anterior.

Também deve-se considerar o contexto destes agentes, estes inseridos uma dinâmica de custos e incentivos, em que naturalmente optar-se-ia por aquelas práticas comerciais que contemplem lucro e que, em simultâneo, impliquem nos menores custos, seja na escolha, seja na realização das transações.

Por fim, sobre tais formas de transacionar, é importante trazer o papel do Judiciário, que pode acabar por ser terceiro que suporta parte dos custos de transação no que tange as obrigações e responsabilizações decorrentes do cometimento de ilícito e das reclamações afins destes agentes econômicos, isto porque ficaria a cargo deste a verificação da existência de conduta ilegal, a monta que deverá ser indenizada, os cálculos e o processamento dos atos destes agentes econômicos em última análise.

Tal desenho, que acaba por ter uma natureza retroalimentante, e leva mais uma vez para a questão do problema possuir natureza estrutural, vez que não seria o problema de uma empresa e sua atuação defeituosa apenas, mas da convergência destes incentivos, bem como de certas possibilidades judiciárias que levariam a escolha de tais formas de atuação, requerendo então uma análise mais aprofundada destes problemas.

Desta forma, as eventuais medidas e remédios propostos, devem necessariamente, passar pela análise destes incentivos, pois tais propostas deverão ser mais benéficas que os eventuais custos da sanção para que o quadro seja alterado.

4 ANÁLISE DO FENÔMENO DAS COBRANÇAS INDEVIDAS A PARTIR DA IDEIA DE PROBLEMA ESTRUTURAL E POSSÍVEIS INCENTIVOS PARA A PERSISTÊNCIA

Estudado o problema em teoria, parte-se para análise de uma questão em concreta visando averiguar os pressupostos alcançados pelos estudos anteriores. A proposta é a partir das duas hipóteses e seus elementos constitutivos anteriormente traçados: a da apresentação do fenômeno de consumo como problema estrutural e a existência de incentivos para que tal fenômeno ocorra e se repita, se buscando o respaldo de tais características num problema concreto.

O problema escolhido foi o das cobranças indevidas, no caso, realizados num ambiente da relação de consumo entre a fornecedora de produtos e serviços no âmbito das companhias estudadas e consumidores, sejam contratantes ou não (neste caso, incidindo a categoria do consumidor por equiparação). Se observam altos índices de ocorrência de problemas correlatos a cobranças indevidas, tanto nos tribunais, quanto nas instâncias administrativas de resolução, fato este que motivou a escolha deste fenômeno.

Além disso, a questão das cobranças possui tratamento diferenciado com previsão legal específica no CDC, estando tal questão em discussão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e dialogando com alguma das questões levantadas pela presente pesquisa.

Deste modo, após apontadas e verificadas algumas considerações acerca de um fenômeno em específico de consumo e sua similaridade com a situação geral posta, além do possível enquadramento como um problema estrutural e da existência de um regime de incentivos aplicável, busca-se o fim do presente trabalho, que é de diagnosticar a situação como um problema como nos moldes daquele descrito.

4.1 O TRATAMENTO DAS COBRANÇAS INDEVIDAS NO CDC E PELO JUDICIÁRIO

Cobranças indevidas na seara consumerista são quaisquer quantias requeridas ou debitadas automaticamente dos consumidores, contratantes ou não de determinado serviço, e que tem como característica principal sua ilegalidade, seja decorrente da inexistência de contratação daquele serviço, seja quando a cobrança é feita em formas e valores diversos àqueles previamente pactuados.

A resposta a tais cobranças errôneas é, em regra, a contestação das mesmas pela via judicial ou administrativa, sendo tais reclamações uma das mais recorrentes no que tange as questões de consumo, sobretudo no que se referem aos ramos empresariais abordados na presente pesquisa, considerados litigantes habituais²⁰⁶.

Já no que tange o CDC as limitações aplicáveis às cobranças se dão sobretudo no art. 42 e 42-A, em que são dispostas as limitações do poder de cobrança dos fornecedores²⁰⁷:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Art. 42-A. Em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente.

Importante levantar que o mesmo dispositivo, deve ser lido conjuntamente da sua contraparte penal, no caso, o art. 71²⁰⁸:

Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Conforme traz a doutrina, o dispositivo em questão não trata da formulação ou de componente formal do contrato, mas sim, da execução deste mesmo contrato, estabelecendo limites no poder do credor em realizar a cobrança do que lhe é devido. Em grau de proibição absoluta, ela elenca a utilização de ameaça ou coação e também o emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas.

Já em grau de proibição relativa, é definido o restante do *caput* do art. 71, isto é, a questão da exposição ao ridículo e quanto a importunação do trabalho, lazer e descanso. A diferenciação se dá, pois, as últimas duas hipóteses, se dão em caráter

²⁰⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório Consumidor em Números ano-base 2018**. Brasília, 2019. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94/arquivos/boletim-sindec-2018.pdf>. Acesso em: 7 out. 2020.

²⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. op. cit.

²⁰⁸ Ibid.

injustificado, vez que a cobrança por si só, poderá interromper as atividades ordinárias e causam certo grau constrangimento²⁰⁹.

A sanção do tipo penal trazido é limitada as pessoas físicas, ou seja, ao agente da cobrança em si, não sendo aplicável à empresa ligada a cobrança. Contudo, como forma de sanção aplicável aos agentes empresariais, traz-se o parágrafo único do art. 42, este que determina o pagamento da monta paga e cobrada indevidamente em dobro, não possuindo este dispositivo natureza penal.

É necessário fazer um parêntese quanto a diferenciação entre sanções de natureza penal e natureza cível, uma vez que caso a cobrança se dê em moldes tipificados pela lei penal, mas seja realizada por uma empresa, não se aplicam as sanções penais, mas a situação poderá ser enquadrada como clara hipótese de dano moral, este que traria a questão punitiva-pedagógica, mas principalmente a questão da lesão aos direitos da personalidade, sobretudo no que tange o bom nome e o sossego.

Tal sanção do art. 42, parágrafo único se dá em duas hipóteses: na que existe o débito e a relação credor-devedor no bojo da relação de consumo, mas se observa algum vício num elemento fundamental da cobrança (valor, prazo, forma, entre outros); e também quando é realizada a cobrança, porém, inexistente vínculo negocial entre as partes, sendo então a cobrança, por si mesma, indevida²¹⁰.

Esta sanção, nos termos da doutrina, possui pressupostos de viés objetivo e subjetivo. Aqueles que se dão no plano objetivo seriam: a necessidade de ser uma cobrança de dívida, ou seja, existe nexos causal de prestação e uma relação de credor-devedor ao menos pretendida pela parte credora nesta relação; que tal cobrança se dê em âmbito extrajudicial, ou seja, ela não se dá através do uso do aparato judicial, mas sim dos meios próprios do cobrador; e por fim, ter a origem numa relação de consumo, para que seja aplicável o regramento do microssistema do CDC²¹¹.

O elemento subjetivo se daria quanto a justificabilidade ou não da cobrança em erro, deste modo, aplicando-se a modalidade da culpa (ou seja, não seria necessário dolo, apenas imprudência, imperícia ou negligência) para aplicação da sanção disposta. Tal justificabilidade seria então motivo razoável para o não reembolso dobrado²¹².

²⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 403.

²¹⁰ MIRAGEM, op. cit., Parte II, item 2.3.2.2

²¹¹ GRINOVER, op. cit., p. 407.

²¹² Ibid., p. 410.

Ainda há aqueles que consideram que o elemento subjetivo para a aplicação do art. 42, parágrafo único seria o da existência de má-fé no ato da cobrança, sendo tal corrente uma das existentes no âmbito no Superior Tribunal de Justiça, concorrendo esta tese com outras que variam entre a necessidade apenas de comprovação da culpa, ou até mesmo da não aplicabilidade de requisitos de natureza subjetiva.

Haja vista a discordância há o movimento de unificação visando a pacificação destes entendimentos dissonantes no âmbito do da corte, havendo a proposta de unificação das posições no enunciado dos ministros Benjamin e Salomão:

A repetição em dobro prevista no parágrafo primeiro do artigo 42 do CDC revela-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva.

No julgamento, a ministra Andri ghi levantou sua posição, bem como a da ministra Moura, questionando “O artigo 42 do CDC não fala em boa-fé, má-fé, dolo, culpa. Por que na tese vou usar a expressão boa-fé?”. O julgamento segue suspenso, e até a data não se tem uma tese firmada²¹³.

A decisão final deve ser realizada no bojo dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 676.608/RS²¹⁴, contudo, na ocasião da análise de um dos casos conexos²¹⁵, sustado por pendência do processo comentado, o ministro Benjamin pontuou que a necessidade da comprovação de má-fé se trataria de prova impossível, diabólica, portanto, inexigível para o consumidor²¹⁶.

No mesmo sentido, Tartuce considera imprópria a adoção de um sistema de análise de elementos subjetivos, vez que a natureza da responsabilidade adotada pelo CDC nas relações de consumo é a de natureza objetiva, com algumas exceções, como no caso dos profissionais liberais nos termos do art. 14, § 4º do mesmo código.

²¹³ RACANICCI, Jamile. STJ se aproxima de tese sobre devolução em dobro após cobrança indevida. **JOTA**, São Paulo, 5 mar. 2020. Disponível em <https://www.jota.info/justica/stj-se-aproxima-de-tese-sobre-devolucao-em-dobro-apos-cobranca-indevida-05032020> acessado em 26 de maio de 2020 (requer cadastro prévio).

²¹⁴ Trata-se de recurso especial na qual consumidora da empresa de telefonia “OI”, requisitou a repetição em dobro em caso de cobrança indevida. No caso, fora concedida a restituição na forma simples sob o argumento da não comprovação de má-fé da cobradora, sendo levantado o descumprimento de norma federal (CDC) no que tange a não aplicação do art. 42, parágrafo único, dentre outros fundamentos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 676.608/RS**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500497769. Acesso em: 26 maio 2020.

²¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 664.888**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500355072 acessado em 26 de maio de 2020.

²¹⁶ ALVEZ, Pedro. Corte Especial analisa se devolução em dobro do CDC exige má-fé. **JOTA**, São Paulo, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stj-repeticao-de-indebito-ma-fe-20022019>. Acesso em: 26 maio 2020 (requer cadastro prévio).

Além disso, se na lei civil ordinária, no que tange o erro, há anulação para aqueles erros perceptíveis em situação normal²¹⁷, não poderia o CDC que trata de proteção específica e partes desiguais, possuir um regime análogo, e ainda, apenas afastar a sanção pela existência de erro injustificável.

Neste sentido, tanto Tartuce, quanto Marques utilizam um pressuposto inverso, pregando que apenas não se aplicaria a sanção, caso o erro fosse justificado, ou seja, a partir das escusas possíveis dos artigos 12 §3º e 14§ 3º do CDC. A ideia é que a justificativa ao erro afasta a compensação em dobro, em contrariedade à necessidade de haver a comprovação de um elemento subjetivo que levaria a imposição da sanção²¹⁸.

Marques ainda levanta a questão da baixa aplicação do dispositivo em casos práticos, apesar desta norma ser um instrumento de natureza preventiva e pedagógica, erroneamente afastado sob justificativa de se evitar enriquecimento sem causa. Mais uma vez, a oposição entre a aplicação de entendimentos com viés punitivo-pedagógico e choca com a ideia da vedação do enriquecimento sem causa.

Para a doutrinadora, a causa do enriquecimento seria o ato de cobrança irregular feito pelo pretense credor, causa esta amparada por lei. A autora ainda levanta a situação de vulnerabilidade do consumidor e o fato de que enriquecimento sem causa se daria ao cobrador que realiza cobranças indevidas e recebe o que não lhe cabe, não o contrário.

Desta forma, a regra geral aplicável seria a da devolução na forma dobrada, inclusa as hipóteses de inserção em sistema de cobrança, cláusulas de reajuste consideradas abusivas, dentre outras, cabendo ao fornecedor justificar a falta com elementos de prova suficientes para que a sanção fosse afastada²¹⁹.

Ainda, no mesmo sentido, posiciona-se o professor Miragem²²⁰:

É de perceber que não se exige na norma em destaque, a existência de culpa do fornecedor pelo equívoco da cobrança. Trata-se, pois, de espécie de imputação objetiva, pela qual o fornecedor responde independente de ter agido ou não com culpa ou dolo. Em última análise, terá seu fundamento na responsabilidade pelos riscos do negócio, no qual se inclui a eventualidade de cobrança de quantias incorretas e indevidas do consumidor. A única hipótese do fornecedor se exonerar do pagamento deste valor será a demonstração de que se tratou de erro justificável. Note-se, contudo, a dificuldade de produção

²¹⁷ No caso, o autor se refere ao instituto do erro, disposto do art. 138 do Código Civil, no qual é anulável a obrigação caso haja erro perceptível em condições normais de diligência e igualdade entre as partes. Ibid.

²¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio, op. Cit., Item 7.5.

²¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Capítulo V, Seção V.

²²⁰ MIRAGEM, op. cit., Parte II, item 2.3.2.2

desta prova pelo fornecedor, uma vez que, como refere Claudia Lima Marques, no sistema do CDC, **o fornecedor deve, como profissional dominar todos os tipos de erros prováveis em sua atividade, erros de cálculo, impressão do valor errado no computador, trocado nome do computador.** (grifo nosso)

Filia-se o presente trabalho na ideia de que, independentemente da existência ou não de má-fé, o controle dos mecanismos de cobrança é do fornecedor, ou de preposto do mesmo, fato que corrobora a ideia de que haveria margem de manobra no agir destes cobradores para aprimorar seu modo de cobranças e não incorrer em tantos erros.

Tal possibilidade culmina na possibilidade destes fornecedores de reduzir das reclamações e eventuais demandas, tanto administrativas quanto judiciais. Deste modo, a aplicação da devolução na forma dobrada como modo de sanção geral, com excludente possível na demonstração de justificativa daquela cobrança errônea, parece a posição mais acertada.

Para estes casos, pouco interessaria a aplicação de má-fé, o ferimento da boa-fé objetiva ou qualquer outro elemento de cunho subjetivo, mas sim o fato do fornecedor possuir responsabilidade acerca do modo de que tais cobranças operam, nos moldes da responsabilidade objetiva, padrão do CDC.

Deve ser observado também, no tocante às cobranças, a existência da condenação a título de danos morais, estas que acompanham a reparação material da cobrança realizada (em dobro ou não). Quanto a imposição de tais acréscimos reparatórios, aponta-se, a partir do relatório de Püschell, que apontou que os danos morais em casos de cobranças indevidas flutuaram entre o mínimo de R\$ 1.500,00 e R\$ 14.563,23. Nestes valores, 69,06% dos casos restaram em condenações até R\$ 5.000,00, 21,7% entre R\$ 5.000,00 e R\$ 9.999,99 e os demais, referente a 8,7% e apenas dois casos, entre R\$ 10.000,00 e R\$ 15.000,00²²¹.

Os dados anteriormente apresentados foram compilados em 2011, versando sobre casos distribuídos em diversos tribunais, sendo os Estaduais os do Rio Grande do Sul, São Paulo, Sergipe, Pará e Mato Grosso, e tratam do tratamento e quantificação dos danos morais em sede judicial no país²²².

Na análise total de 1044 acórdãos, que inclui os tribunais estaduais supracitados, além de outros da justiça federal e do trabalho são descritos os critérios de cálculo para os danos morais. Nestes, a extensão dos danos causados e a vedação do enriquecimento sem causa configuram como os argumentos mais invocados (195 e 206 casos,

²²¹ PÜSCHEL, op. cit., p. 20.

²²² Ibid., p. 15.

respectivamente). A questão punitiva também é levantada em 66 casos e a pedagógica em 45 deles, mesmo havendo indenizações consideradas baixas pela pesquisa, vez que indenizações acima dos R\$ 100.000,00 ocorreram em apenas 3% do total de casos²²³.

Quanto a estes fatores, sobretudo daquele correlato à vedação do enriquecimento sem causa e que acaba por avaliar mais a situação econômica do ofendido do que do ofensor, propõe-se que os danos morais aplicáveis possuam o viés de dissuasão próprio dos danos punitivos. O debate quanto a dimensão e os valores destes danos se dão no sentido da sua majoração, visando justamente tal efeito punitivo-pedagógico e o atendimento a ideia de dissuasão eficiente²²⁴.

Apresentadas tais informações acerca do contorno em que o fenômeno das cobranças se apresenta, bem como suas facetas no judiciário, parte-se para a interpretação deste fenômeno à luz do que fora apresentado anteriormente.

4.2 O FENÔMENO DAS COBRANÇAS COMO UM PROBLEMA DE MASSA E POSSÍVEIS CONTORNOS DE UM PROBLEMA ESTRUTURAL

Quanto a tais cobranças, em primeiro lugar traz-se que as cobranças indevidas, sobretudo inscritas num ambiente de consumo de massa, não ocasionam dano circunscrito à parte cobrada, mas sim a valores sensíveis e ao nível macro, citando-se neste sentido a lesão à livre concorrência, através da obtenção de lucros ilegítimos e que se colocam como vantagem competitiva frente os demais agentes de mercado e também os danos ao próprio mercado e à sociedade em sentido difuso, podendo este ser traduzido na crise de confiança dos consumidores e quebra de suas expectativas²²⁵.

A aferição de vantagens competitivas frente aos demais concorrentes poderia ser considerada um incentivo para que outros agentes adotem as mesmas técnicas, observando um possível estado de impunidade e a necessidade de maximização de lucros, em linha com os demais *players* daquele setor, na qual alguns deles faz uso destas práticas.

Citado os possíveis impactos no mercado, traz-se também a afetação ao próprio sistema Judiciário, dado através da proliferação de demandas, vez que as demandas

²²³ Ibid., p. 25 e 16.

²²⁴ FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; BRITTO, Igor Rodrigues. Danos morais no direito do consumidor e *punitive damages*: pedagogia para o judiciário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 26, n. 110, p. 117-138, mar./abr. 2017. Parte 5.

²²⁵ BETTI JUNIOR, Leonel Vinicius. A cobrança indevida no direito do consumidor: estrutura da relação jurídica e efetividade. In: XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CONPEDI, 17., 2008, Salvador. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI**, Salvador: CONPEDI, 2008. p. 5071

voltadas para a correção da situação da cobrança indevida se dão em grande quantidade, além de ter sido apontado pelo diretor de relações institucionais do Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC, de que a situação é a mesma desde a publicação do CDC, em 1990²²⁶.

Ainda, conforme o relatório “Consumidor em números” referente ao ano de 2018, problemas relacionados a cobranças corresponderam a 40,8% de um total superior a dois milhões de reclamações no âmbito dos PROCONs, distribuídos nos vinte e seis estados e no distrito federal. Tais dados correspondem apenas a reclamações feitas no âmbito administrativo dos PROCONs²²⁷.

Em sentido semelhante, demonstra o relatório da Secretaria Nacional do Consumidor, no qual 43,1% dos problemas relatados na plataforma “consumidor.gov”²²⁸ são relacionados a cobranças. Quando observado o setor de telecomunicações, o problema das cobranças alcança o patamar de 49% das reclamações, sendo tais reclamações a de maior concentração²²⁹.

O padrão se repete no setor bancário, vez que cobranças e contestações correspondem a 62,1% e também no setor de energia elétrica, correspondendo as cobranças à 57,4%²³⁰.

Os dados anteriormente trazidos são apenas aqueles registrados na plataforma “consumidor.gov”, não se confundindo com aqueles inscritos nos PROCONs ou no Judiciário através de processos judiciais e os dados do CNJ.

Importante retomar também que os casos de cobranças indevidas podem pairar tanto sobre contratos já existentes, nas quais são realizadas cobranças a maior ou de modo diverso do que fora pactuado na relação de consumo já existente, quanto também em casos aleatórios, nos quais o indivíduo é surpreendido com uma cobrança sobre bem

²²⁶ VELOSO, Ana Clara. Brasil registra mais de um milhão de reclamações de cobrança indevida em 2019. **O GLOBO**, Rio de Janeiro, 15 mar. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/brasil-registra-mais-de-um-milhao-de-reclamacoes-de-cobranca-indevida-em-2019-24305851>. Acesso em: 7 out. 2020.

²²⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório Consumidor em Números ano-base 2018**. op. cit.

²²⁸ O “consumidor.gov” é uma plataforma interativa governamental que possibilita o contato entre o consumidor e a empresa reclamada. Nesta plataforma, empresas cadastradas se comprometem a averiguar as reclamações registradas pelos consumidores. É conferido um prazo para o contato da empresa demandada, sendo então classificada a demanda como resolvida ou não. A proposta da plataforma é oficializar o contato entre o consumidor lesado e as empresas, visando a solução amigável de eventuais demandas.

²²⁹ BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. **Boletim Consumidor.gov – 2019**. Relatório técnico. Ministério da Justiça e Segurança Pública. 2020. Disponível em <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/> acessado em 7 de outubro de 2020. p. 8.

²³⁰ *Ibid.*, p. 10-14.

ou serviço que não contratou ou efetivamente utilizou, como pode ser exemplificado no julgado abaixo²³¹:

Direito do Consumidor. Serviço de telefonia fixa e internet. **Serviços não contratados. Cobrança indevida.** Danos Morais. Apelação parcialmente provida. 1. Os serviços de telefonia fixa e internet são essenciais na vida moderna e a apelante, como concessionária de serviços públicos, tem o dever legal de prestá-los de modo adequado e eficiente. **2. Cobrou por serviços que não comprovou que foram, de fato, contratados pelo apelado. 3. Ante a insistência nessas cobranças, mesmo após inúmeras reclamações, restou configurada a má-fé da concessionária.** Repetição do indébito em dobro, na forma do art. 42, parágrafo único, CDC. 4. O valor da indenização por danos morais deve, no entanto, ser reduzido ante o tempo de duração da privação dos serviços. 5. Apelação a que se dá parcial provimento. (grifo nosso)

No caso, houve cobranças sobre serviços não contratados pelo consumidor, na qual a empresa demandada não fora capaz de demonstrar que o consumidor havia contratado e ainda, fora levantada a questão da má-fé, decorrente da resistência da empresa em sanar a questão pela via administrativa, mesmo sem provas da contratação.

Deste caso ilustrativo pode-se trazer algumas características anteriormente apontadas no que tange os processos estruturais, já partindo da ideia de que os interesses do consumidor possuem uma dimensão coletiva, difusa e de massa, e que também representam valores fundamentais constitucionais²³².

Neste sentido, primeira destas características é justamente a da afetação coletiva, vez que o número de casos nas mais diversas instâncias é considerável, atingindo também aqueles não necessariamente contratantes dos serviços, mas que ainda assim são cobrados de forma irregular. A cobrança parte quase que aparentemente a esmo, e leva a diversas reclamações nos mecanismos de resolução em geral, dos PROCONs ao Judiciário.

O relato de Britto²³³, representante do Instituto de Defesa do Consumidor, aponta ainda que além da grande quantidade de casos desta natureza, a situação é duradora no tempo. Como apontado por Fiss, os casos continuam a aparecer, apesar da

²³¹RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação nº 00130183220188190203.** Relator Horácio dos Santos Ribeiro Neto, julgado em 03 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201800182260>. Acesso em: 15 set. 2020.

²³² Vide os artigos 5º XXXII e 170, V da Constituição Federal.

²³³ GONÇALVES, Siumara. Em seus 30 anos, Código de Defesa do Consumidor tem desafio de sobreviver à era digital. **A Gazeta**, Espírito Santo, 11 set. 2020. Economia. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/codigo-de-defesa-do-consumidor-completa-30-anos-porem--desatualizado-0920>. Acesso em: 20 set. 2020.

existência de solução individualizada e pontual²³⁴, dialogando também pelos pontos específicos levantados por Sharp, no que tange a inexistência de um ponto de parada nas lesões e sua continuidade temporal, elementos que indicariam para o problema possuir origem sistêmica²³⁵.

Ainda poderia se apontar a questão da abstração do agente, vez que o padrão de reclamações se repete nas maiores empresas e nos três setores apontados pelo trabalho como litigantes habituais, no caso os setores de telefonia, bancos e serviços de natureza pública. Tais setores também remete à questão dos contratos longos e com algum grau de compulsoriedade, como trazido anteriormente. Tais últimas características contribuem com a interpretação, consideradas como principais as características anteriores ligadas a duração no tempo das lesões e sua afetação coletiva.

O que faltaria seria o intento, próprio dos processos estruturais, de alteração do *status quo* e não apenas o enfrentamento do caso individual inscrito na lógica bipolar e de resolução de disputas. Ainda, tratativas individuais e amigáveis operariam em sentido contrário ao da alteração do quadro de lesões contínuas de Direitos²³⁶.

Este intento próprio de um eventual processo que tratasse da questão das cobranças como um litígio estrutural, deverá estar inscrito na dimensão coletiva e difusa de tais problemas, indo ao encontro de soluções voltadas para a correção futura, partindo não da ideia de “infrator *versus* vítima”, mas de uma análise em sentido macro, que interprete as relações sociais, consequências econômicas e o devido cumprimento da norma²³⁷.

Além disso, este processo deveria conter com as duas fases: a de análise e disposição de medidas de alteração, seguida da fase de avaliação visando aferir se os pressupostos intencionados (no caso, a correção da estrutura viciada e o cessar dos efeitos traduzidos em violação de direitos) foram atingidos.

4.3 QUANTO À EXISTÊNCIA DE POSSÍVEIS INCENTIVOS PARA QUE A SITUAÇÃO DAS COBRANÇAS INDEVIDAS SUBSISTA

Como apresentado anteriormente, a questão das cobranças se dá em ambiente macro, com afetação coletiva e duradoura no tempo, o que leva a hipótese de que

²³⁴ FISS, 2005, p. 13.

²³⁵ SHARP, op. cit., p. 42.

²³⁶ FISS, 1984, p. 1075.

²³⁷ BETTI JUNIOR., op. cit., p. 5069.

haveriam incentivos para que tais comportamentos subsistissem, tal como proposto no Capítulo 3.

Levanta-se então, primeiramente, os incentivos que operam contra tal situação, ou seja, que vão de encontro à situação posta, devendo se levantar que a presente pesquisa é uma análise parcial e com recursos limitados, não pretendendo ser os presentes apontamentos um diagnóstico definitivo quanto ao caso concreto.

Desta forma, traz-se a própria existência da norma, sobretudo da norma consumerista que se dá no sentido da proibição das cobranças errôneas, por ora, independente da questão ser penalizada com a devolução em dobro ou não. Portanto, em primeiro aspecto, existe uma proibição legal clara a tais cobranças.

Segundamente, traz-se o baixo custo da demanda, levantado então a gratuidade de se acionar os PROCONs e o sistema “consumidor.gov”, para além da não cobrança de custas nos Juizados Especiais Cíveis e até a desnecessidade de acompanhamento por advogado nas causas de até vinte salários mínimos.

Neste baixo custo, ainda pode-se levantar a grande oferta de advogados (e o possível baixo custo na contratação destes serviços) e a possibilidade da indenização a título de danos morais, que resultaria em vantagens monetárias para os consumidores lesados que optarem pela demanda em sede judicial²³⁸.

O tempo para a recompensa destas indenizações, sobretudo individuais e sediadas nos Judiciais Cíveis também é um fator a ser levantado, podendo ser considerado baixo, sobretudo se a demanda estiver inscrita numa análise repetitiva, quase automatizada e sob a crença que tais demandas teriam complexidade baixa e de importância secundária²³⁹.

Feitas tais observações, pontua-se que existem incentivos para que as empresas cumpram com a lei, haja vista a proibição contida na norma e a “facilidade” em demandar aquela empresa, sobretudo se analisada a possibilidade da condenação em danos, que poderia ser considerado um prejuízo possível para o fornecedor e evitável pelo cumprimento da lei.

Ainda assim não se pode afirmar que inexistiriam ônus para o consumidor que inicia uma ação, já que pairariam custos com a demanda observáveis pelo dispêndio de tempo, procura por profissional habilitado, acompanhamento, deslocamento para

²³⁸ VERBICARO, op. cit., Item 2.

²³⁹ Ibid., Item 3.

instâncias de governo, de modo que por mais que a demanda seja “gratuita”, o consumidor lesado deverá dispendir recursos para efetivar seu direito de demanda.

A situação se agrava quando o objeto e a possibilidade de demanda se limitam a reestabelecer o *status quo ante*, ou seja, apenas compensaria restaurar a situação anterior à da cobrança errônea quando o prejuízo causado por esta cobrança é superior ou igual aos custos da demanda, de modo que tal demanda se torna viável. Este seria o caso do uso da racionalidade econômica no sentido de se observar a existência ou não de vantagens no ato da escolha por abrir um processo frente uma lesão causada.

Este último caso, se levanta também a questão de a média geral das pessoas ser avessa ao risco, contendo também elementos nesse risco a possível demora da tutela jurisdicional (e a perda decorrente desta demora) e eventual derrota, sendo este segundo cenário um no qual o consumidor dispendeu recursos sem obter o retorno esperado.

Parte-se agora para os incentivos para que as empresas mantenham o regime de cobrança atual, este entendido como sistemicamente falho, tendo em mente a ideia de que a restauração do *status quo ante* não seria a solução ótima, sobretudo se interpretado o problema de modo mais amplo, pois a própria demanda, por menores que sejam seus custos, envolve uma escolha econômica, e que a situação anterior de não-lesão não é idêntica à da situação de lesão seguida de reparação²⁴⁰.

Levanta-se então o ponto de que existe a possibilidade, para os litigantes habituais de: gerenciamento das demandas, sobretudo judiciais, em massa, possibilitando a testagem de teses; eventuais vitórias, apesar do cometimento de ilícito (tecnicidades, prazos, variabilidade na jurisprudência, etc.); condenações pouco substanciais; a aplicação da outra feição da gratuidade dos Juizados Especiais, que é a da não condenação em custas da parte demandada.

Conjuntamente, cita-se a economia em escala oriunda do mesmo gerenciamento de demandas; o desenvolvimento de relações informais entre os membros da instância decisória; o ganho com a dilação temporal de suas obrigações; e ainda, a diluição do peso financeiro das derrotas, frente eventuais vitórias²⁴¹.

Também se aponta que a massificação das demandas ocasionada pelas violações sistemáticas de direito, perpetrados pelos litigantes habituais, acabaria por possibilitar uma “terceirização” das obrigações destes litigantes para o poder público. Neste movimento, é possível repassar atribuições próprias e gastos internos das empresas

²⁴⁰ FORTES, op. cit., p. 127.

²⁴¹ MARCELLINO JUNIOR, op. cit., p. 238.

(como o cálculo de haveres e determinação de pagamentos) ao erário estatal, através da judicialização ou de outros mecanismos de resolução administrativa²⁴².

Ainda, levantou-se que inexistente pesquisa empírica acerca de risco consumerista, ou seja, o levantamento indica que ao contrário do que fora trazido por Shavell e Polinsky²⁴³, o risco reputacional e econômico oriundo das más práticas consumeristas no ambiente negocial brasileiro é desconsiderado, possivelmente por irrelevância e baixa concorrência no mercado, fatos que mitigam possibilidades de fuga para outras empresas, por exemplo²⁴⁴.

Seriam estas as vantagens e incentivos aplicáveis às empresas, sobretudo aos litigantes habituais e aqueles agentes capazes de manejar o grande número de demandas propostas contra si, agora sendo tratadas quais seriam as vantagens próprias no caso das cobranças.

Neste sentido, quanto às cobranças em específico, aponta-se que tais vantagens se dão em dois aspectos iniciais: O primeiro, na vantagem obtida pela cobrança seguida de pagamento pelo consumidor, desacompanhados de demanda ou reembolso posterior; e o segundo numa eventual demanda, decorrente de todas as possibilidades da demanda (indeferimento, perda de prazo, entre outros) e o tempo transcorrido entre o recebimento indevido e a decisão que possivelmente determinará a reparação.

No primeiro caso, a inação do lesado levaria a ganhos diretos e no segundo, havendo demanda, existem ganhos no que se refere ao tempo transcorrido (é como se o cobrador fizesse um empréstimo e pagasse valor menor que tomou) e também no que se refere a possível reparação incompleta, isso se aplicada a ideia anteriormente trazida de que há no Brasil uma situação de subdissuasão, ao contrário do que ocorreria caso aplicada a teoria dos danos punitivos²⁴⁵.

Existe ainda a possibilidade de condenação a título de danos morais, que culminaria em vantagens ao demandante, e em tese, prejuízos financeiros ao demandado. Nesta seara, levanta-se que as condenações a título destes danos são irrisórias para os litigantes habituais²⁴⁶, além de existirem as hipóteses de exclusão

²⁴² Ibid., p. 239.

²⁴³ POLINSKY, op. cit., p. 934-935.

²⁴⁴ FORTES, op. cit., p. 131.

²⁴⁵ POLINSKY, op. cit., p. 959.

²⁴⁶ PÜSCHEL, op. cit., p. 20-21.

destes danos como a do “mero aborrecimento” e que acaba por afastar tal condenação²⁴⁷.

É levantado que no caso destas condenações, as mesmas não obedecem a uma lógica ou patamar racional previsível, retornando a questão da capacidade dos litigantes habituais de manejar tais demandas, condenações e teses aplicáveis em vias de obter o melhor resultado econômico a partir desta²⁴⁸.

A questão do ressarcimento em dobro surge justamente neste sentido, uma vez que havendo aplicabilidade da indenização na forma dobrada, o desincentivo financeiro decorrente do dever de ressarcir é virtualmente dobrado. Diante das constatações anteriores, poderia se arguir que a punição dobrada não necessariamente corresponderia ao dobro em matéria de incentivos, pois a empresa demandada “ganharia” em outros aspectos, mas de toda sorte, o pagamento dobrado aumentaria em algum grau os incentivos para a não-realização da prática lesiva, fortalecendo a ideia de dissuasão.

Ainda, o próprio debate jurisprudencial no STJ sobre aplicação do ressarcimento dobrado ao consumidor²⁴⁹ traria incentivos ou desincentivos para a realização de cobranças no presente modo: caso seja decidido no sentido da devolução em dobro sem necessidade de comprovação de má-fé, aumentam-se os desincentivos para a prática; em caso contrário, tais desincentivos seriam menores. Enquanto a situação é incerta, pode-se entender que os incentivos são no sentido da realização da cobrança indevida, haja vista a capacidade de gerenciamento das demandas em massa no ambiente de insegurança.

Exemplo deste manejo seria o fato das empresas optarem pelo oferecimento de acordos naqueles juizados e varas que aplicam determinada linha jurisprudencial mais favorável ao consumidor, de modo que a empresa pode não oferecer o mesmo acordo, tampouco recorrer da decisão, naquelas outras instâncias em que as condenações são mais baixas, logo, preferíveis.

O debate quanto a necessidade da comprovação da má-fé do agente cobrador, sobretudo quanto a imposição deste requisito para que o lesado obtivesse uma compensação majorada, incrementaria os custos para o consumidor no sentido da

²⁴⁷ VERBICARO, op. cit., Item 3.4.

²⁴⁸ Em pesquisa coordenada por Flavia Portella Püschel, em 2011, termos gerais em sede do STJ, indenizações que ultrapassassem cem mil reais não correspondiam a 3% do total de casos analisados, havendo padrões similares nos Tribunais Estaduais. PÜSCHEL, op. cit., p. 16.

²⁴⁹ RACANICCI, op. cit.

obtenção destas provas e o posterior convencimento do magistrado a respeito deste elemento da má-fé.

A questão da cobrança de um valor ilegal é o exato mesmo exemplo apresentado por Pedro Rubim Fortes determinar que a situação de lesão seguida de reparação não pode ser considerada idêntica à situação de não lesão, situação esta que tampouco dialoga com a realidade, vez que numa situação real, outros custos, incentivos e desincentivos para ambas as partes também se aplicam²⁵⁰.

Estes elementos revelam então o peso das decisões judiciais nas políticas empresariais, que acabam por incentivar, ou até mesmo determinar, formas de apresentação e de negócios, inclusa aqui a atual situação-problema estudada²⁵¹.

A partir disso, restaria a necessidade da aplicação de danos em sentido eficiente, ou seja, que cumpram o papel de dissuasão, sem que tais danos sejam majorados no sentido de inviabilização da atividade, inscritos num estágio de dissuasão excessiva, este também considerado ineficiente²⁵².

Sobre tal aplicação é necessário retomar a questão do cálculo específico dos danos punitivos, estimados a partir da probabilidade de impunidade do agente, mas que de acordo com Shavell e Polinsky, não consideraria, para fins de danos punitivos, a repreensibilidade da conduta; lucros decorrentes do malfeito; custos da litigância; a questão de danos morais e pessoais; além da minoração dos mesmos casos seja uma questão de consumo²⁵³.

Quanto à questão de consumo, a mesma fora replicada por conta do ambiente de relações quase obrigatórias e de baixa concorrência brasileiro, sobretudo nos setores mais demandados e que são os mesmos observados quando se trata do problema das cobranças. Quanto aos demais elementos, salienta-se que mesmo não servindo para a composição dos danos punitivos especificamente, elas podem ser contempladas em outras modalidades de dano (reparatórios, por exemplo) e sua majoração ou minoração alteram o regime de incentivos que ao final resultam em determinados comportamentos da firma.

²⁵⁰ FORTES, op. cit., p. 128.

²⁵¹ LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula; PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. O Dano eficiente e análise econômica do direito: uma visão consumerista. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, v. 9, n. 53, p. 62–87, out./dez., 2013. Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_24551030_O_DANO_EFICIENTE_E_ANALISE_ECONOMICA_DO_DIREITO_UMA_VISAO_CONSUMERISTA.aspx. Acesso em: 1 out. 2020.

²⁵² LANA, op. cit., Parte 6.

²⁵³ POLINSKY, op. cit., p. 961.

Desta forma, especificamente quanto às cobranças, e para fins da aplicação de penalizações gerais voltada para a obediência de uma ideia de dissuasão eficiente, é que sobrevém a penalização dobrada inscrita no art. 42, parágrafo único do CDC.

Neste sentido, o debate acerca da devolução na forma dobrada seria apenas um dos elementos que podem ser apresentados como incentivo para adoção das práticas preventivas e desincentivo para o descumprimento da lei, mesmo que ele se debruce apenas pela questão ao final, já tendo sido realizada a cobrança e já sido aberto uma demanda judicial. Destarte, é evidente que o dispositivo inscrito no art. 42, parágrafo único, possui viés de natureza punitiva-pedagógica²⁵⁴.

Necessário retomar também o sentido estrutural da questão: observando esta lógica de incentivos, nota-se que o problema da condenação e eventual devolução em dobro ou não, traz implicações na adoção ou não de determinadas políticas comerciais e/ou adoção de técnicas e medidas de prevenção, demonstrando que o problema não é a questão pontual ao final da cadeia de consumo, mas sim a existência destes mecanismos que operam no sentido da violação. Isso, pois, independentemente do sentido no qual o STJ julgar a questão, esta decisão causará efeitos no mecanismo de incentivos aplicáveis no momento de escolha destas práticas.

No mesmo sentido pairam os apontamentos acerca da possível aplicação de danos punitivos majorados no Brasil, pois se entende que a tutela individualizada ou ainda a coletiva, mesmo quando resulta na condenação, não contempla valores ótimos no sentido de serem equiparados à totalidade do dano causado, sendo estes interpretados como ganhos e que resultam na não alteração do comportamento empresarial.

Quanto às cobranças, seria a questão já citada dos ganhos decorrentes da cobrança paga e não ressarcida ou daqueles valores que serão ressarcidos tardiamente num regime insuficiente da aplicação de danos, de modo que para que a situação lesiva fosse atacada de modo ótimo, deveria ser aplicada a lógica dos danos punitivos em “contabilizar” a cifra daqueles possíveis casos de impunidade²⁵⁵.

Por fim, ilustrando um quadro da situação abordada, quanto as demandas judiciais, têm-se os incentivos para que o consumidor individualmente proponha uma ação no caso das cobranças: a própria ilegalidade da cobrança; a ausência de custas em

²⁵⁴ GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. A previsão do art. 42 do CDC de restituição e dobro da quantia indevidamente cobrada ao consumidor a título de corretagem imobiliária e a prova de má-fé: compreendendo a *Ratio Legis*. **Revista da EJUSE**, Sergipe, n. 21, p. 317-334, out. 2014. p. 325.

²⁵⁵ GONZAGA, Fernanda Chagas Moniz de Aragão. **A aplicação dos *punitive damages* ao direito do consumidor no Brasil**. 2017. 30 f. Artigo (Graduação em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, 2017. p. 23.

sede dos Juizados Especiais; a perspectiva de ganhos a título de danos morais; baixos custos decorrentes do excesso da oferta de serviços advocatícios; além do tempo “célere” para a aquisição destas vitórias financeiras. Ainda há a possível aplicação da indenização na forma dobrada, mas esta ainda é incerta na seara judicial brasileira.

Contra o consumidor correriam: os custos em termos de tempo, procura, contratação e organização para a propositura da demanda; os mesmos com serviços jurídicos caso opte pela sua contratação, ressaltado que estes seriam baixos. Deve-se destacar que todos esses custos serão “contabilizados” em relação ao dano sofrido e a perspectiva de ganhos de reparação decorrente destes danos.

Importante levantar também, a partir de uma ideia de prejuízo social²⁵⁶, possíveis custos ou afetações para a coletividade, como a existência de prejuízos à ordem econômica²⁵⁷ e também para a organização judiciária pela banalização do procedimento judicial²⁵⁸, estes oriundos da proliferação de atos jurídicos demandáveis e as consequências destes atos no que tange a celeridade, eficiência e qualidade da tutela jurisdicional, tal qual exposto no Capítulo 1²⁵⁹, aplicáveis ao fenômeno das cobranças.

Já para a empresa que ocasiona a lesão, citam-se os incentivos da: possível existência da possibilidade de manejo das demandas e eventuais vantagens decorrentes deste manejo, sobretudo no caso dos litigantes habituais como vantagens informais obtidas por estes próprios litigantes habituais no bojo da prática forense; as indenizações pouco vultosas, sobretudo se observado a questão da *underdeterrence* e da aplicação insuficiente de condenações com viés punitivo-pedagógico; o último leva também à ausência de punições econômicas e regulatórias no sentido da alteração de conduta frente a produção de novos fatos jurídicos demandáveis análogos; baixos custos na demanda no sentido da inexistência de condenações em custas pela parte vencida; possíveis baixos custos por ação para a tutela destas ações e serviços advocatícios.

Quanto às cobranças indevidas, necessário trazer a situação incerta sobre a aplicação da devolução em dobro, ao passo que o próprio debate e a incerteza quanto ao assunto, representa vantagem àquele que eventualmente deixa de ser penalizado na forma dobrada; os ganhos daqueles valores cobrados indevidamente, pagos e não

²⁵⁶ Prejuízo social no sentido de que instituições e aparatos da vida pública e social acabam por ter seu funcionamento regular e esperado prejudicadas por atos ou pela soma de diversos atos em sentindo mais ou menos coordenado.

²⁵⁷ BETTI JUNIOR, op. cit., p. 5071.

²⁵⁸ VERBICARO, op. cit., Item 3.2.

²⁵⁹ MANCUSO, 2015, Parte 3.2.

ressarcidos; e o ganho em razão do tempo, decorrente do pagamento indevido até a efetiva devolução da quantia, independente se realizado na forma dobrada ou não.

Ainda, quanto a tais incentivos, deve-se salientar que os mesmos não ocorrem numa lógica de antagonismo, ou seja, os incentivos que favorecem a demanda do consumidor, não necessariamente anulam os incentivos das empresas em optar por práticas que culminam na lesão de direitos, de modo que pelo quadro exposto, é possível traçar algum grau de interdependência entre tais incentivos.

Explica-se: não seria porque os custos da demanda são baixos e as perspectivas de vitória por parte do consumidor são altas (e até consideradas por alguns como lucrativas para este consumidor individual), que os incentivos voltados para a manutenção do presente modo de operação empresarial seriam nulificados. Ao contrário: a forma pela qual o sistema de demandas opera, sobretudo de forma individualizada, com excesso de casos e indenizações ineficientes do ponto de vista econômico, seria mais um incentivo para a manutenção do sistema como ele se apresenta.

Apesar disso, não se pode perder de vista que não há proporcionalidade ou algum nível de igualdade entre as partes, tal qual o próprio CDC revela: os custos e riscos para o consumidor são mais altos que aqueles que incidem para as empresas. Como exemplo: o vulto patrimonial dispendido por um consumidor ao contratar um advogado ou a acionar a Justiça como litigante habitual é proporcionalmente muito maior que o mesmo elemento se analisado pela perspectiva de uma grande empresa, litigante habitual.

No tocante às cobranças indevidas a questão é ainda mais flagrante vez que a própria cobrança em si, nos patamares apresentados, configura lucro efetivo por parte da empresa lesante tanto quando a cobrança é feita e o lesado não busca o ressarcimento, seja por negligência ou opção pela não demanda, seja quando se observa as vantagens obtidas pela dilação temporal e os benefícios oriundos da não aplicação de danos eficientes, de modo que se conclui que existem incentivos para que, economicamente, as empresas dos setores estudados, sobretudo as consideradas litigantes habituais, operem em contrariedade à lei posta e mantenham seus sistemas de cobrança da forma em que ele se encontra.

4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS ACERCA DO FENÔMENO DAS COBRANÇAS INDEVIDAS

Delimitado o escopo do funcionamento e o tratamento das demandas originadas nas cobranças indevidas, aventada também sua participação no escopo geral das demandas, sejam administrativas, sejam judiciais, considera-se que tais violações de direito se apresentam como um problema estrutural, isto é, decorrentes da própria estrutura de funcionamento destas empresas e que acabam por culminar em demandas judiciais, majoritariamente visando reparações individuais.

O fator preponderante para que se entenda tal fenômeno como algo estrutural, para além da grande quantidade de casos neste sentido, é o surgimento ininterrupto destes casos ao longo do tempo, mesmo com tratativas, sobretudo decisões judiciais, no sentido de considerar tais cobranças ilegais.

A partir disso, traçaram-se alguns incentivos que proporcionariam tanto a proliferação destas demandas, isto é, de consumidores acionando a Justiça ou outros canais de resolução administrativos buscando reparar os danos causados por estas cobranças para si, quanto para a manutenção do estado de coisas que acaba por ocasionar a proliferação destes mesmos fatos jurídicos – as cobranças – e que levam a tais demandas.

Estes elementos reforçam a compreensão de que problemas de consumo não podem ser relegados apenas a questões menos complexas e secundárias²⁶⁰, devendo estes ser interpretados a partir de uma escala macro, que consiga efetivamente compreender o ambiente do qual decorre tal fenômeno, e que não apenas trate as demandas individuais como fenômenos jurídicos isolados, aplicando-se tais primados ao caso das cobranças, haja vista o que fora anteriormente apresentado.

Portanto, uma eventual ação ou procedimento que vise corrigir a questão das cobranças, este dotado de natureza estrutural, deverá considerar não apenas a questão puramente jurídica aplicável ao caso de forma ordinária, mas também a valoração constitucional sensível da proteção do consumidor, o viés de massa e coletivo, já estudado, e os incentivos que levam a tal situação de fato. Ainda, qualquer exigência que sobrevenha no bojo deste processo deverá ser equiparável a estes mesmos incentivos, caso contrário, haveria o risco de tais mandamentos continuarem a ser sistematicamente descumpridos.

²⁶⁰ VERBICARO, op. cit., Item 3.

Isso se dá, pois, a opção pela correção da estrutura viciada e o não cometimento de práticas ilegais deverá ser a opção mais atrativa para os agentes envolvidos nestas operações e não apenas uma ordem judicial dispositiva comum.

Neste sentido, deveriam ser esmiuçados detalhes da operação, tal qual sistema e agentes de cobrança; bancos de dados de clientes; modos de oferecimento, categorização e entrega de produtos; dentre vários outros elementos próprios do negócio, visando aferir quais seriam as peças que levam às tais cobranças ilegais.

Feita tal investigação, se seguiriam para tomadas de providências que alterassem tais engrenagens e sanções correspondentes caso tais alterações não fossem observadas. Também deveria ser mantido um observatório constante acerca da efetividade das medidas adotadas e sua correlação com a não-chegada de novos processos ou reclamações administrativas, sendo estas últimas o “termômetro” do problema tanto no momento inicial, concomitante ou final.

Quanto a esta última ferramenta de análise, aponta-se que esta deveria possuir um sistema próprio de análise e computo, haja vista que não bastaria apenas as ferramentas já existentes de análise dos números judiciários, estes que dependem em grande medida da atribuição dos casos no ato do protocolo das ações. Ferramentas como a inteligência artificial, utilizada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro na análise do acervo geral de processos podem se mostrar valiosas para este tipo de fiscalização²⁶¹.

Ainda, deverá haver algum mecanismo que recepcione ações que surjam durante o deslinde de um processo estrutural, haja vista que sustar ações correlatas é um mecanismo próprio das ações coletivas que aguardam uma decisão única, e tais ações não se confundiriam com os processos estruturais.

Uma solução possível seria trazida por analogia na obra de Didier Junior, vez que ele aponta que processos de recuperação judicial são, por excelência, processos de natureza estrutural. Desta forma, novos procedimentos que adentrassem ao sistema, seriam remetidos ao bojo da ação principal e poderiam ter decisões (sobretudo indenizações) particulares para aquele caso, mas sem desnaturar o ensejo de alteração da estrutura. Estes outros casos poderiam funcionar numa sistemática análoga ao da habilitação, por exemplo²⁶².

Como apontado pelo próprio Didier Junior, processo estruturais poderiam ser caracterizados por certa fluidez procedimental, de modo que cada caso poderia trazer

²⁶¹ CASEMIRO, op.cit., p. 56.

²⁶² DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, op. cit., p.3.

possibilidades e necessidades específicas não encontradas na lógica dos processos inscritos no sistema de resolução de conflitos²⁶³.

Tais seriam algumas das receitas possíveis para a análise do fenômeno das cobranças como um litígio estrutural, dirimido no bojo de um processo desta mesma natureza. Outros elementos de análise, bem como tentativas de resolução e apontamentos de outros agentes poderão surgir ao longo do processo, tal qual ocorreu na ACP do Carvão, devendo se citar alguns dos possíveis atores participantes numa demanda deste tipo, como as próprias empresas envolvidas; agências reguladoras; poder público; representantes do Judiciário; organizações da sociedade civil; e órgãos de defesa do consumido, dentre outros.

De todo modo para além de uma exigência legal ou um *mandamus* judicial no sentido da reestruturação, a opção pela correção da estrutura viciada e o não cometimento de práticas ilegais futuras deverá ser a opção mais atrativa para os agentes envolvidos nestas operações, pois estes agentes operam numa lógica de análise de custo-benefício.

²⁶³ Ibidem, p. 4.

CONCLUSÃO

Observamos no primeiro capítulo de que a seara das demandas de consumo é uma das mais congestionadas no sistema Judiciário brasileiro, e a partir desta constatação, sobretudo daquela que advém do reconhecimento do próprio sistema, observamos que o padrão de demandas também se repete nas instâncias administrativas, indicando para que para além da profusão de demandas, existe uma grande quantidade de fatos jurídicos, leia-se violações de direitos, que acabam por culminar em demandas, judiciais ou não.

As tratativas para adoção de formas alternativas de solução destes conflitos, por mais válidas e úteis que sejam para a pacificação social, não parecem ser efetivas para o tratamento destas demandas em especial, uma vez que ao contrário daquelas originalmente pensadas para serem tratadas nos Juizados Especiais, estas possuiriam natureza complexa, impacto massivo, mesmo sendo tratadas como demandas simples, individuais, comuns nestes Juizados.

Nesta primeira sessão também fora trazida a ideia dos litigantes habituais, isto é, pessoas e organizações que rotineiramente são parte de uma demanda judicial, no caso do consumo, sendo tais as empresas ligadas aos bancos, telefonia e concessão de serviços públicos. Tais empresas são demandadas fatias consideráveis dos tribunais, e no caso dos Juizados Especiais, estão em mais da metade dos casos encontrados nestes juízos. Essa posição favoreceria o manejo destas demandas, manejo este que seria privilegiado pela própria situação da replicação desmedida de ações individuais.

Ainda, delimitado os setores econômicos, notou-se que os maiores agentes de mercados nestes setores, são demandados em linha mais ou menos parecida, de modo que até mesmo a ideia de concorrência para uma empresa que não incorresse nas mesmas lesões ficaria prejudicada.

Tais constatações remeteram a ideia dos processos estruturais, estes tratados no Capítulo 2 e que descrevem problemas dotados de quatro características fundamentais: violação de princípios constitucionais e garantias fundamentais; impacto coletivo; necessidade de alteração do *status quo* para reversão do quadro; e o Judiciário tem parte para com o problema.

As características principais do processo estrutural foram encontradas no panorama estudado, já que: os interesses do consumidor possuem respaldo constitucional e compõem o rol dos direitos fundamentais; apesar de tratadas como se individuais fossem, demandas de consumo possuem um viés coletivo e de massa; a

necessidade da mudança do quadro requereria uma alteração do *status quo* posto, haja vista a ineficácia das condenações judiciais nos moldes próprios das demandas individuais; e por fim, por se entender que o Judiciário é também parte do problema, vez que a forma pela qual ele se apresenta e gerencia tais demandas, este acaba por incentivar a litigância massiva e individualizada, o que culmina numa piora de eficiência em sua própria função.

Ainda, foram trazidas as características específicas dos problemas de natureza estrutural também aplicáveis ao caso, em especial àquelas correlatas a questão coletiva destas demandas e a inexistência de um ponto de parada, isto é, a continuidade do aparecimento destas demandas repetitivas apesar das decisões condenatórias nestes casos, fato que requereria uma intervenção mais adequada ao problema.

Todas estas características remeteram à necessidade da superação da ideia de um processo bipolarizado, isto é, circunscrito à parte lesada e a parte supostamente lesante e demandada, de modo a se buscar uma noção mais aprofundada do problema que se ataca. Reitera-se que a tutela ordinária dos Juizados Especiais fora construída no sentido de tratar de demandas simples, e não comporta problemas coletivos e mais complexos, que extrapolam essa lógica.

É neste sentido que é proposta a ideia de um processo estrutural, este que seria capaz de dirimir com profundidade tais questões, superando a ideia de contraditório bipolarizado vez que admite outras formas de participação no processo, bem como traz à baila outros personagens como o próprio Judiciário, o poder público, agências reguladoras, e demais agentes envolvidos naquela estrutura de violação. Este seria o modelo aplicável e efetivo se compreendido que a violação de direitos atacada não é um fato pontual, mas sim um resultado que decorre da estrutura de funcionamento de determinados agentes.

O levantamento da complexidade da questão levou ao questionamento sobre a existência de forças não necessariamente jurídicas, legais ou de políticas judiciárias que levariam à sistemática propositura de demandas e às também sistemáticas violações de direitos de forma quase que generalizada nos setores de consumo estudados. Essas possíveis forças foram traduzidas em incentivos, estes oriundos do pensamento econômico, mas aplicados a *práxis* judiciária.

Neste ponto, foram levantadas três linhas principais de ferramentas econômicas para auxiliar a análise: o conceito de racionalidade econômica e a necessidade da realização de escolhas racionais voltadas para a satisfação dos próprios interesses num

ambiente de escassez; a questão dos custos de transação, o teorema de Coase, a ideia de custos que não necessariamente corresponderiam a vantagem de uma das partes, os impactos de possíveis prejuízos ocasionados pela atuação de um terceiro e a viabilidade ou não de uma barganha; e por fim, a dinâmica econômica da aplicação das penalidades, baseada na obra de Shavell e Polinsky, em que resta claro que quaisquer punições devem se dar em nível ótimo, de modo a não recompensar o agente pela lesão de direitos, mas também não prejudicá-lo de modo a tornar sua atividade inviável. A ideia proposta pelos autores é que as punições devem ser equiparáveis aos níveis de cautela esperados, de modo que seja preferível evitar o dano que pagar pelas perdas decorrentes deste dano.

A conclusão deste ferramental leva a uma ideia de incentivos baseada na premissa geral de que custos maiores desincentivam comportamentos e custos menores os incentivam, ao mesmo tempo, que a existência de sanções maiores que os custos da eventual precaução, incentivaram a adoção da medida preventiva, sendo o oposto também verdade: é preferível a sujeição as sanções caso elas sejam menos custosas que as medidas preventivas esperadas.

Feitas tais considerações, partiu-se para a análise do panorama apresentado no capítulo 1, a partir da noção de que as demandas de consumo se apresentam como de massa, ou seja, com impactos coletivos, chegando-se a ideia de ilicitude lucrativa, que é a ideia de que os custos da demanda e da sanção são baixos, ao ponto que é preferível a opção de lesar a lei e eventualmente ser acionado, do que de arcar com os custos de cumpri-la. Neste aspecto, a presença do Judiciário volta à baila, vez que modo de tratamento das demandas, apesar dos baixos custos da litigância para o consumidor, levaria a situação da qual infração da lei pode ser convertida em lucro.

Tais lucros adviriam da possibilidade de manejo destas demandas coletivamente, vez que as partes demandadas seriam litigantes habituais. Além disso, existiriam os ganhos oriundos da “não-demanda”, os provenientes da dilatação temporal do pagamento de quantias devidas, e os que decorrem da delegação ao Judiciário de setores de pagamento e cobrança. Haveria também incidência de alguns incentivos que pairam para o consumidor lesado, como o baixo custo da demanda e de assessoria jurídica e a perspectiva de algum ganho financeiro.

Trazendo tais apontamentos para um fenômeno de concreto, exemplificou-se o presente estudo no fenômeno das cobranças indevidas, tão comuns, na prática forense. A partir do exemplo, foi traçada a aplicação dos apontamentos teóricos levantados

anteriormente, isto é, a presença desta demanda de forma quase que geral e sem cessar, que apontava para a questão estrutural, e a manutenção do quadro, trazendo questões correlatas às condenações e à prática Judiciária, indicando a presença dos incentivos.

Outro ponto digno de nota foi a situação da aplicação ou não da devolução em dobro no caso das cobranças, estando esta questão em debate no STJ. Neste sentido, levanta-se que a depender da tese que será firmada, haverá incentivos maiores ou menores para a manutenção das práticas comerciais que levam as cobranças indevidas.

Nesta seção, também foi abordada a situação de que os incentivos para que o consumidor demande um litigante habitual não necessariamente vão de encontro aos incentivos para que as empresas infrinjam a lei. Ao contrário, a propositura de demandas individuais, inscritas numa lógica insuficiente para a tratativa das demandas com conteúdo coletivo, acaba por congestionar ainda mais o sistema e favorece o manejo e as vantagens decorrentes deste gerenciamento para empresas que violam a lei.

Desta forma, partindo para as conclusões finais, é possível diagnosticar que ao menos parte dos problemas de consumo podem ser lidos como um problema estrutural, isto é, decorrente do modo como se organizam as empresas e também o Judiciário, uma vez que há incentivos para que as violações ocorram como resultado destas estruturas e para que as demandas resultantes sejam tratadas de forma inefetiva, asseverando a situação. O resultado é um sistema de favorecimento de demandas de massa que opera de modo a se retroalimentar, apesar das tratativas justas e necessárias inauguradas pelas novas formas de tratamento da demanda, sobretudo as inscritas na ideia de métodos alternativos de resolução de conflitos e de outros sistemas administrativos.

Não se poderia ler o excesso de demandas, a “cultura demandista brasileira”, ou ainda, a “indústria do dano moral” sem que se pense na outra faceta do problema, que é a reprodução sistemática de fatos demandáveis e que não são devidamente tratados pelo Judiciário, tampouco pelas instâncias administrativas que apenas operam como balcão prévio de atendimento das demandas individuais.

Por óbvio, qualquer tratativa que pretenda a solucionar a questão requer informações e conhecimentos profundos do problema a ser enfrentado, mas inegável que as demandas que acabam por desaguar no Judiciário são apenas a face revelada do problema, mero resultado de estruturas e incentivos em prol da violação da lei, de princípios gerais e das expectativas sociais sobre estes organismos.

Outro ponto é que, eventuais tratativas para estas demandas, em sede de ação coletiva, processo estrutural ou qualquer mecanismo que vise alterar tal panorama,

deverá considerar os incentivos que se aplicam ao caso, de modo que os pedidos deverão se dar em patamares ótimos, isto é, aplicando sanções eficientes que levem a mudança de comportamento. Para tal, a opção de adequação a lei deverá ser preferível ao pagamento das sanções que porventura sejam recebidas.

A conclusão, levando em conta os avanços inaugurados por Owen Fiss, é que o Judiciário não pode ser mero cartório de tratamento de problemas particulares, pois a sociedade evoluiu e tornou-se mais complexa. Se o Judiciário, como parte do Estado, é detentor de prerrogativas públicas de solução de conflitos e efetivação de direitos, não pode ele restar conivente ao uso abusivo que alguns fazem dele próprio, caso contrário, do que serviria a sinalização do Judiciário contra determinadas práticas e atos, se estes mesmos atos voltam a se repetir de forma deliberada e sistemática?

Além disso, levantada a complexidade do problema tratado na presente pesquisa, não basta apenas o tratamento judiciário dos casos que lhe são remetidos, mas é necessário um esforço coletivo em prol da readequação destas estruturas para que as mesmas atendam a lei democraticamente posta e também às expectativas não só dos consumidores, mas da sociedade como um todo.

Este esforço deverá ser necessariamente multiplexo, não devendo levar em conta apenas o Judiciário, mas também todos aqueles envolvidos nessa intrincada relação: das empresas, aos agentes públicos e regulatórios, passando pela sociedade civil e chegando aos comportamentos individuais. Todos estes deverão estar, em algum grau, comprometidos com uma mudança que reordene as estruturas.

REFERÊNCIAS

ACP Carvão. Disponível em: <http://acpcarvao.com.br/login/index.php>. Acesso em: 6 ago. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Brasil). **Panorama Setorial de Comunicações**: relatório técnico: junho/2020. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4wImc-RnmzXaPciWt9GvGTx0ILiOkcd-pm5n-FO3tiBJyVOfPT6iisFGpvKtLmGgvYoskbvJxKiqgLOqNZN8y5. Acesso em: 28 ago. 2020.

ALVEZ, Pedro. Corte Especial analisa se devolução em dobro do CDC exige má-fé. **JOTA**, São Paulo, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stj-repeticao-de-indebito-ma-fe-20022019>. Acesso em: 26 maio 2020 (requer cadastro prévio).

ARANY, André Dias. **Acesso à Justiça e o litigante habitual**. Orientador: Maria de Fátima Alves São Pedro, 2015. 17 f. Artigo científico (Especialização em Direito do Consumidor e Responsabilidade Social_ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, EMERJ, Rio de Janeiro, 2015. p. 12. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n42015/pdf/AndreDiasArany.pdf. Acesso em: 01 set. 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-412, nov. 2013b.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 1, n. 2, p. 211-229, jul./dez. 2015.

BANCOS e empresas de Telecom são os maíores acionados na Justiça por consumidores. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 out. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-out-21/bancos-empresas-telecom-sao-processados-consumidores#:~:text=Maiiores%20litigantes&text=Os%20bancos%20e%20as%20empresas,pelo%20Conselho%20Nacional%20de%20Justi%C3%A7a>. Acesso em: 01 out. 2020.

BETTI JUNIOR, Leonel Vinicius. A cobrança indevida no direito do consumidor: estrutura da relação jurídica e efetividade. *In*: XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CONPEDI, 17., 2008, Salvador. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI**, Salvador: CONPEDI, 2008.

BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de. **Encyclopedia of law and economics**. Washington: Edward Elgar Publishing, 2000. v. 1.

BRASIL, Banco Central do Brasil. **Relatório de Economia Bancária**. 2019, Brasília. Disponível em https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/REB_2019.pdf acessado em 5 de setembro de 2020. P. 128-129.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 664.888. Disponível em:** https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500355072 acessado em 26 de maio de 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números: ano-base 2015**. Brasília, DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números: ano-base 2009: série histórica estadual**. Brasília, DF: CJN, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Painel Interativo de dados estatísticos do CNJ**. Brasília. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Priorização do 1º Grau: Nossa meta é você**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Propositivo: Justiça Pesquisa: políticas públicas do Poder Judiciário: os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições**. 2018. Disponível em: <https://abj.org.br/wp-content/uploads/2018/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números: ano-base 2019**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Taxa de Congestionamento**. Brasília, DF: CNJ, 201-2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/missao->

visao-e-valores-do-poder-judiciario/indicadores/03-taxa-de-congestionamento/. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça: **Justiça em números: ano-base 2018**. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça: **Justiça em números: ano-base 2017**. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça: **Justiça em números: ano-base 2016**. Brasília, DF: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.105%2C%20DE%2016%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202015.&text=C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.&text=Art.%201%C2%BA%20O%20processo%20civil,se%20as%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20deste%20C%C3%B3digo. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 1 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=a5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório Consumidor em Números ano-base 2018**. Brasília, 2019. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94/arquivos/boletim-sindec-2018.pdf>. Acesso em: 7 out. 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. **Boletim Consumidor.gov – 2019**. Relatório técnico. Ministério da Justiça e Segurança Pública. 2020. Disponível em <https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo/> acessado em 7 de outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 676.608/RS**. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201500497769. Acesso em: 26 maio 2020.

BRITO, Igor Rodrigues; SANTOS, Ricardo Goretti. O papel do Procon na defesa qualificada dos interesses dos consumidores: o acesso à justiça e os métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 4, p. 281-306, jul./dez. 2009. p. 295. Disponível em: publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/591. Acesso em: 01 set. 2020.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. 2012. 190 f. Dissertação (Mestrado em Poder Judiciário) – FGV Direito Rio, FGV, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18756/marcelo_cabral.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 out. 2020.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 413-438, mar. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SA Fabris, 1988.

CASEMIRO, Luciana. Robô identifica repetição de infrações de empresas no Rio. **O Globo**, Rio de Janeiro, 12 jan. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/robo-identifica-repeticao-de-infracoes-de-empresas-no-rio-24185270>. Acesso em: 29 jun. 2020.

CJF Enunciados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>. Acesso em: 10 out. 2020.

COASE, Ronald Harry. O Problema do custo social. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, out. 1960. Traduzido por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2123990/mod_resource/content/1/custosocial.pdf. Acesso em: 02 jul. 2020.

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **Economica - New Series**, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3805762/mod_resource/content/5/coasefirma.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

COTA, Samuel Paiva. **Do Pedido e da participação**: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. Orientador: Leonardo Silva Nunes. 2019. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, UFOP, Ouro Preto, 2019. Disponível em: <https://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/11613>. Acesso em: 10 out. 2020.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 235-268, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/6ea85962ff34254460414154a9541524.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 303, p. 45-81, maio 2020.

FARIAS, Ana Maria de. **Juizados especiais cíveis no contexto do acesso à justiça: análise de sua efetividade**. 2013. 48 f. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) – Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, 2013. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/1329>. Acesso em: 31 jul. 2020.

FERRAÇO, André Augusto Giuriatto; BRITTO, Igor Rodrigues. Danos morais no direito do consumidor e *punitive damages*: pedagogia para o judiciário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 26, n. 110, p. 117-138, mar./abr. 2017.

FERRARO, Marcella Pereira. **Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural**. Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. 2015. 213 p. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR, Paraná, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39322/R%20-%20D%20-%20MARCELLA%20PEREIRA%20FERRARO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 10 out. 2020.

FERRAZ, Leslie Shérída. **Juizados Especiais Cíveis e Acesso à Justiça Qualificado: uma análise empírica**. 2008. 166 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001654819>. Acesso em: 10 out. 2020.

FISS, Owen. Against settlement. **The Yale Law Journal**, v. 93, n. 6, p. 1073-1090, 1984. DOI: <https://doi.org/10.2307/796205>.

FISS, Owen. Modelos de adjudicação/Models of adjudication. **Cadernos de Direito FGV**, São Paulo, v. 1, n. 8, p. 8-57, nov. 2005.

FISS, Owen. Two models of adjudication. GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, Willian A. **How Does the Constitution Secure Rights**. Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1985. p. 36-49. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os *punitive damages*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, n. 958, p. 119-147, ago. 2015.

FORTES, Pedro Rubim Borges. O fenômeno da ilicitude lucrativa. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 104-132, 2019. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/361>. Acesso em: 10 out. 2020.

FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. A insustentável leveza do ser? A quantificação do dano moral coletivo sob a perspectiva do fenômeno da ilicitude lucrativa e o 'caso Dieselgate'. **Revista IBERC**, v. 2, n. 3, p. 1-30, set./dez. 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/85/65>. Acesso em: 10 out. 2020.

FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS (Brasil). **Enunciados**. Disponível em: <http://fonaje.amb.com.br/enunciados/>. Acesso em: 10 out. 2020.

FULGÊNCIO, Rafael Figueiredo. As funções da responsabilidade civil por dano moral no direito do consumidor a partir da perspectiva da análise econômica do direito. **Revista da AGU**, Brasília, ano 13, n. 40, p.215-238, abr. 2014.

GALANTER, Marc. **Por que" quem tem" sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no Direito**. Organização e tradução Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 115-145, 1998.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário**. Orientador: Bernardo Pinheiro Machado Mueller. 2012. 163 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Departamento de Economia, UnB, Brasília, 2012. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13529/1/2012_IvoTeixeiraGicoJunior.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. A previsão do art. 42 do CDC de restituição e dobro da quantia indevidamente cobrada ao consumidor a título de corretagem imobiliária e a prova de má-fé: compreendendo a *Ratio Legis*. **Revista da EJUSE**, Sergipe, n. 21, p. 317-334, out. 2014.

GONÇALVES, Siumara. Em seus 30 anos, Código de Defesa do Consumidor tem desafio de sobreviver à era digital. **A Gazeta**, Espírito Santo, 11 set. 2020. Economia. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/codigo-de-defesa-do-consumidor-completa-30-anos-porem--desatualizado-0920>. Acesso em: 20 set. 2020.

GONZAGA, Fernanda Chagas Moniz de Aragão. **A aplicação dos *punitive damages* ao direito do consumidor no Brasil**. 2017. 30 f. Artigo (Graduação em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HAMMOND, Peter J. Rationality in Economics. **Rivista Internazionale di Scienze Sociali**, Milão, v. 103, n. 3, p.247-288, jul. 1997.

HAYEK, Friederich A. The Use of Knowledge in Society. **The American Economic Review**, Pittsburgh, v. 35, n. 4, p.519-530, set. 1945.

HERMANN, Ricardo Torres. **O tratamento das demandas de massa nos Juizados Especiais Cíveis**. 2010. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito em Poder Judiciário) - Fundação Getúlio Vargas, FGV, Rio de Janeiro, 2010. p. 44. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7797/DMPPJ%20-%20RICARDO%20TORRES%20HERMANN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 out. 2020.

“IT WAS installed for this purpose,” VW’s U.S. tells Congress about defeat device. **National Public Radio**, 08 oct. 2015. Disponível em: <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2015/10/08/446861855/volkswagen-u-s-ceo-faces-questions-on-capitol-hill>. Acesso em: 5 set. 2020.

JUSTIÇA condena Light por exigir que novos proprietários paguem débitos de antigos moradores. **Jornal Extra**, Rio de Janeiro, 27 set. 2018. Disponível em: <https://extra.globo.com/economia/justica-condena-light-por-exigir-que-novos-proprietarios-paguem-debitos-de-antigos-moradores-23104489.html>. Acesso em: 29 set. 2020.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula; PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. O Dano Eficiente e Análise Econômica do Direito: uma Visão Consumerista. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, v. 9, n. 53, p. 62–87, out./dez., 2013. Disponível em http://www.editoramagister.com/doutrina_24551030_O_DANO_EFICIENTE_E_ANALISE_ECONOMICA_DO_DIREITO_UMA_VISAO_CONSUMERISTA.aspx. Acesso em: 1 out. 2020.

MACHADO, Patrick Gouveia. A Garantia constitucional de reparação por danos morais e a possibilidade de aplicação da teoria do desestímulo pelo STJ: método bifásico no arbitramento da indenização em favor do consumidor. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, Rio de Janeiro, v.29, n. 2, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Artigo.A-GARANTIA-CONSTITUCIONAL-DE-REPARA%C3%87%C3%83O-POR-DANOS-MORAIS-E-A-POSSIBILIDADE-DE-APLICA%C3%87%C3%83O-DA-TEORIA-DO-DESEST%C3%8DMULO-PELO-STJ.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347/85 e legislação complementar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MANKIW, Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução da 6. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 44, n. 289, p. 423-448, mar. 2019.

MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. 302 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, UFSC, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jul. 2020.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTELLO, Alexandre. Cinco maiores bancos comerciais detinham 83,7% do mercado de crédito no fim de 2019, revela BC. **G1**, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/04/cinco-maiores-bancos-comerciais-detinham-837percent-do-mercado-de-credito-no-fim-de-2019-revela-bc.ghtml>. Acesso em: 5 set. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **MPRJ requer aplicação de multa à Light, por cobrar de consumidores dívidas contraídas por terceiros.** Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/69324>. Acesso em: 29 jun. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor.** 7. ed. São Paulo: Método, 2018.

OLIVEIRA, Ana Paula Tomé de; CORDEIRO, Bruna de Oliveira. O arbitramento do dano moral nas relações de consumo. **Anais do XI EVINCI: Caderno de Artigos Científicos**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 284-296, 2016.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlim Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do "excesso de acesso". **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.** Belo Horizonte, MG, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun. 2012.

PALMA, Gabriel; BARBIÉRI, Luiz. Telecomunicações lideram ranking de reclamações de consumidores em 2018. **G1**, Brasília, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/03/15/telecomunicacoes-lideram-ranking-de-reclamacoes-de-consumidores-em-2018.ghtml>. Acesso em: 24 jul. 2020.

PARIZZI, João Hagenbeck. **Os atores da crise numérica: uma análise econômica da cadeia de incentivos da litigância abusiva.** Belo Horizonte: UEMG, 2019. 164 p.

POLÍCIA Civil confirma 7ª morte que pode estar relacionada ao consumo de cerveja da Backer. **G1 Minas**, 09 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/03/09/policia-civil-confirma-7a-morte-que-pode-estar-relacionada-ao-consumo-de-cerveja-da-backer.ghtml>. Acesso em: 27 jun. 2020.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. **Harvard Law Review**, v. 111, n. 4, p. 869-962, feb. 1998. DOI: <https://doi.org/10.2307/1342009>

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law.** 3. ed. Boston: Little Brown, 1986.

PÜSCHEL, Flavia Portella et al. A quantificação do dano moral no Brasil: justiça, segurança e eficiência. **Série pensando o direito.** Brasília, n. 37, 2011. Disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando_Direito1.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

RACANICCI, Jamile. STJ se aproxima de tese sobre devolução em dobro após cobrança indevida. **JOTA**, São Paulo, 5 mar. 2020. Disponível em

<https://www.jota.info/justica/stj-se-aproxima-de-tese-sobre-devolucao-em-dobro-apos-cobranca-indevida-05032020> acessado em 26 de maio de 2020 (requer cadastro prévio).

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Ação Civil Pública nº 0092148-52.2005.8.19.0001**, 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, distribuído em 02 ago. 2005. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=0092148-52.2005.8.19.0001>. Acesso em: 29 jun. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação nº 00130183220188190203**. Relator Horácio dos Santos Ribeiro Neto, julgado em 03 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201800182260>. Acesso em: 15 set. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0412318-20.2015.8.19.0001**. Relator: Desembargador Adolpho Andrade Mello. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040D207797EC37D5DA59ADE7DF9F8B7964C50A2D601C41&USER=>. Acesso em: 15 set. 2020.

ROSEVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. **Revista IBERC**, v. 2, n. 2, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/48>. Acesso em: 10 out. 2020.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Caderno Direito GV 22**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 5-58, mar. 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em: 19 jun. 2020.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Ação civil pública n. 93.80.00533-4 (SC) – 0000533-73.1993.4.04.7204. 4**. Vara Federal de Criciúma. Juíza: Louise Hartmann, julgado: 18 de agosto de 2019. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=5000476-90.2018.404.7204&selOrigem=SC&chkMostrarBaixados=S&selForma=NU&hdnRefId=&txtPalavraGerada=. Acesso em: 15 out. 2020.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Karinne Goettems dos. Balcão do Consumidor: resolução de conflitos por meio da mediação e conciliação. **Seminário de Iniciação Científica e Seminário Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão**. 24 ago. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/siepe/article/view/11505/0>. Acesso em: 02 out. 2020.

SCOTON, Luis Eduardo Brito. Análise econômica do direito do consumidor: o Código de Defesa do Consumidor como norma corretiva no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da AMDE**, v. 5, 2012.

SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR (Brasil). **Consumidor em Números** ano-base 2018. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019.

SHARP, Naomi. **Wrongful system rights violations and the potential of Court-Sponsored Structural Reform**. Contributors: Roderick MacDonald. 1999. Thesis (Masters of Law) – Institute of Comparative Law, McGill University, 1999. Disponível em: <https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/3484zj62w>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SICA, Heitor. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 13-26, out. 2014.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. Breves considerações sobre os processos estruturais. **Civil Procedure Review**. v. 10, n. 1, p. 75-88, jan./abr. 2019. Disponível em: https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/FranciscoAntoniodeBarroseSilvaNeto/breves_consideracoes_Civil_Procedure_Review_2019.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

SILVA, Thiago de Moraes. **Manual de Juizados Especiais Estaduais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SOUZA, Pedro Henrique Andrade. **O instituto jurídico Anglo-Saxão dos *Punitive Damages* e sua aplicabilidade no direito brasileiro**. 2015. 62 f. Monografia (Especialização em Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família) – Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1929/1/Monografia_Pedro%20Henrique%20Andrade%20Souza.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

TIMM, Luciano Benetti; ALVES, Francisco Kümmel. Custo de transação no contrato de seguro: proteger o segurado é socialmente desejável. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 2711. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/francisco_kummel_ferreira_alves.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

TOSTA, Jorge *et al.* **Juizados especiais cíveis**. São Paulo: Elsevier, 2010.

VELOSO, Ana Clara. Brasil registra mais de um milhão de reclamações de cobrança indevida em 2019. **O Globo**, Rio de Janeiro, 15 mar. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/brasil-registra-mais-de-um-milhao-de-reclamacoes-de-cobranca-indevida-em-2019-24305851>. Acesso em: 7 out. 2020.

VERBICARO, Dennis; SILVA, João Vitor Penna e; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo Judiciário brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 26, n. 114, p. 75-99, nov./dez. 2017. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/553/489>. Acesso em: 29 jul. 2020.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 284, p. 333-369, out. 2018.

WADA, Ricardo Morishita; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. 22 anos do Código de Defesa do Consumidor: conquistas e desafios. **Revista GV Executivo**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 18-21, 2013. p. 9-11. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/20083>. Acesso em: 01 out. 2020.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006.

WORLD JUSTICE PROJECT. **General Population Poll survey module on legal needs and access to justice (2019)**. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Access-to-Justice-2019-Brazil.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

WORLD JUSTICE PROJECT. **Global Insights on Access to Justice (2019)**. Disponível em: <http://data.worldjusticeproject.org/accesstojustice/#/country/MEX>. Acesso em: 29 jul. 2020.

WORLD JUSTICE PROJECT. **Who we are**. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/about-us/who-we-are>. Acesso em: 29 jul. 2020.

ZANETTE, Eduardo Netto; CAMILO, Silvio Parodi Oliveira. A recuperação ambiental a partir da ação civil pública no contexto da exploração do carvão mineral no sul de Santa Catarina. **Seminário de Ciências Sociais Aplicadas**, Santa Catarina, v. 6, n. 6, 2018. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/seminarioocsa/article/view/4682/4280>. Acesso em: 29 jul. 2020.