

INEFICIÊNCIA ECONÔMICA NA ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESÁRIA: ANOTAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DA PROTEÇÃO CONSUMERISTA SOBRE O MERCADO¹

ECONOMIC INEFFICIENCY ON THE ALLOCATION OF ENTREPRENEURSHIP LIABILITY: NOTES ON THE MARKET EFFECTS OF CONSUMER PROTECTION

ANDRÉ LUIZ LAMIN RIBEIRO DE QUEIROZ²
FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ³

RESUMO: Baseado na necessária evolução concomitante das práticas empresariais e das normas jurídicas que as conformam, o presente trabalho analisou especificamente a origem, a evolução, os efeitos e as consequências do sistema de responsabilidade civil estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor sobre os fornecedores que atuam de forma coligada no atual mercado de consumo. Buscou-se identificar, em uma perspectiva econômica, eventuais regras anti-isonômicas responsáveis por causar incongruências no tratamento de determinados empresários e que poderiam criar falhas de mercado capazes de prejudicar e desacelerar o próprio desenvolvimento do mercado nacional. Pretendeu-se, ainda, ponderando-se os princípios da livre iniciativa, livre concorrência, e proteção do consumidor, buscar soluções para a ineficiência econômica de uma atribuição desigual de riscos, responsabilidades e custos.

Palavras-chave: contratos coligados; responsabilidade civil; consumidor; risco empresarial; isonomia.

¹ QUEIROZ, A. L. L. R. ; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin . INEFICIÊNCIA ECONÔMICA NA ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EMPRESÁRIA ANOTAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DA PROTEÇÃO CONSUMERISTA SOBRE O MERCADO. Revista Direito Empresarial (Curitiba), v. 3, p. 01-20, 2014.

² Advogado. Especialista em Direito Empresarial (UNICURITIBA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Graduando em Administração pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

³ Advogado. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais (UFPR); Especialista em Direito e Negócios Internacionais (UFSC) e em Direito Empresarial (IBEJ). Professor integrante do Núcleo Stricto Sensu em Direito da UNOCHAPECÓ. Coordenador dos Cursos de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil (2011 a 2014), Direito Contratual (2013 e 2014) e Direito Empresarial (2011) do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor convidado de diversos cursos de Pós-graduação. Membro do Conselho Editorial de vários periódicos especializados nacionais e da Revista Education and Science without Borders (Cazaquistão). Vice-presidente da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB/PR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Diretor Científico do INTER (Instituto de Pesquisas em Comércio Internacional e Desenvolvimento). Componente da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP).

ABSTRACT: Based on the necessary and simultaneous evolution between business practices and law, this article analyzed specifically the origin, the evolution, the effects and the consequences of tort doctrine established by Brazilian Consumer Protection Code and directed to suppliers acting together through linked contracts in the consumer market. The aim was to identify, in an economic perspective, rules capable of producing inequality between those agents and, therefore, imply in market failures which damage and slow down overall market development in Brazil. Also, balancing the principles of free competition, free enterprise and consumer protection, tried to find solutions for the economic inefficiency arisen from an irregular allocation of risks, responsibilities and costs.

Keywords: linked contracts; tort doctrine; consumer; business risk; equality.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A proteção da vulnerabilidade do consumidor frente à dispersão da atividade empresarial; 2. A influência do regime de responsabilidade civil sobre os custos da atividade empresária: perspectiva brasileira; 2.1 Responsabilidade civil objetiva e desconsideração da culpa; 2.2 Inversão do ônus da prova em favor do consumidor e a transferência dos riscos do consumo; 2.3 Responsabilidade solidária dos empresários da cadeia de consumo e a aproximação à teoria do risco integral; 2.4. A vedação expressa à denunciação da lide e os custos de oportunidade; 3. Notas conclusivas. Referências bibliográficas.

CONTENTS: Introduction. 1 The consumer vulnerability protection against the spread of business activity; 2. The influence of the civil liability regime on the cost of entrepreneur activity: Brazilian perspective; 2.1 objective liability and disregard of guilt; 2.2 Reversal of burden of proof in consumer favor and the risk transfer from consumption; 2.3 Entrepreneurs joint liability in the consumption chain and the approach to the integral risk theory; 2.4. The denunciation prohibition and the opportunity cost; 3. Concluding Remarks. References.

INTRODUÇÃO

É certo que o Direito se deixa influenciar pela realidade social e econômica. O próprio mercado, por meio de seus agentes, exige o aprimoramento de suas regras com o objetivo de trazer a necessária segurança às novas espécies contratuais e negociais surgidas com o tempo.

Por outro lado, não se pode deixar de notar que a ordem jurídica posta também influencia a realidade. O estabelecimento de padrões de conduta, princípios e regras, ao definir limites ao exercício da livre iniciativa e da liberdade de contratar, direcionam o caminho a ser seguido pelos agentes econômicos. Há, portanto, uma via de mão dupla: o Direito conforma e é conformado pelo mercado.

Intimamente ligado ao ambiente transacional, o Direito comercial nasce da necessidade de se regulamentar as trocas e a atividade econômica de maneira a diminuir a incerteza, adequando-se às novas situações que surgem com o passar do tempo. Adapta-se a eventuais falhas no percurso, porém sempre baseado em um conjunto de regras que balizam e indicam a direção a ser seguida⁴. Em outras palavras, o que ocorre é uma verdadeira seleção natural dos usos e costumes praticados no comércio, impondo-se as práticas mais adequadas sobre aquelas menos aptas à solução de problemas e ao funcionamento do mercado⁵.

Nesse ambiente, destaca-se o empresário como agente fomentador da mudança e, ao mesmo tempo, destinatário principal das regras criadas para conformar o ambiente negocial. É o empresário que providencia a progressão econômica, seja pela otimização da utilização dos fatores de produção existentes na natureza, seja pela criação de novos métodos produtivos e novos objetos de consumo, ou pela descoberta de novas necessidades e novos mercados. E, ao mesmo tempo, também é ele quem precisa se adaptar às obrigações, aos riscos e aos custos decorrentes das normas geradas para conformar essa mesma atividade.

Dentre as normas criadas para conformar o trato empresarial destacam-se aquelas direcionadas à “proteção” do consumidor ou das relações de consumo, regras estas que no Brasil foram consideradas um marco na regulamentação da atividade empresarial. Questiona-se, no entanto, se, ao lado de proteger os direitos do consumidor vulnerável, não seria possível identificar, em certos momentos, nestas mesmas legislações, causas de externalidades negativas sobre o mercado.

Por exemplo, analisando-se a aplicação conjunta de certas regras dispostas em diferentes trechos do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁶ verifica-se potencial para a consolidação de um mercado ineficiente, pois o tratamento genérico então estabelecido impõe a alguns agentes custos e riscos

⁴ NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University, 1971 *apud* FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012. p.188.

⁵ FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012. . p.193

⁶ BRASIL. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 out 1990.

superiores aos efetivamente necessários para o sucesso da proposta de proteção do consumidor. Em prol de um tratamento igualitário da classe empresária, desconsidera-se a manifesta diferença entre agentes que, apesar de atuarem em conjunto e de forma coordenada para viabilizar a satisfação do consumidor final, individualmente considerados possuem expectativas e funções manifestamente distintas dentro dessas redes empresariais.

O objetivo inicial deste artigo, portanto, é identificar como o regime da responsabilidade civil empresarial estabelecido pelo regime normativo brasileiro foi alterado pelas normas protetivas do consumo. Na sequência, a análise se debruçará sobre os efeitos da aplicação simultânea de dispositivos legais selecionados, identificando-se as potenciais consequências econômicas dessa conjunção de obrigações então imposta aos empresários.

Por fim, contrastando os efeitos das normas analisadas até então com as diferentes expectativas objetivamente observáveis em diferentes pontos das cadeias de consumo, pretende-se identificar as eventuais falhas de mercado decorrentes do tratamento anti-isonômico dos diferentes empresários coligados dentro de uma mesma cadeia. O desafio é estabelecer parâmetros para a otimização da redução de custos incidentes sobre a atividade dos fornecedores sem descuidar da necessária proteção aos consumidores constitucionalmente prevista.

1. A proteção da vulnerabilidade do consumidor frente à dispersão da atividade empresarial.

Especialmente a partir da Revolução Industrial, a atividade empresária sofre uma virada em razão do desenvolvimento da manufatura. O desenvolvimento técnico-industrial então difundido altera o modo de produção então estabelecido, causando efeitos sobre todo o mercado e, conseqüentemente, sobre o Direito.

Aos poucos desaparece a figura do empresário que, por si só, elabora a ideia, produz o bem de consumo e o leva ao consumidor. Diversos agentes distintos passam a intervir eventualmente sobre essa relação antes bilateral, de modo a permitir a sua concretização. Destacam-se os fornecedores independentes de matérias-primas, força de trabalho e maquinários; os

agentes responsáveis pelo armazenamento e transporte de produtos, os intermediários responsáveis pelo escoamento da produção, dentre outros agentes que, em conjunto com os produtores, viabilizam que os consumidores possam usufruir da produção em escala predominante no mercado.

Com o advento da produção em massa, a oferta de bens de consumo cresce. Porém, na mesma medida, cresce a demanda por esses bens em razão do ingresso dos novos trabalhadores do ramo industrial no mercado de consumo. Dali em diante, o mercado também deixa de ser local e ganha facetas cada vez mais globais, o que somado aos fatores anteriores implica na necessidade de adaptação da atividade empresária para atender mercados cada vez maiores e mais exigentes.

Neste momento, a criação de uma rede de relações comerciais entre os vários atores independentes já mencionados passa a ser imprescindível para o sucesso e a consolidação da atividade empresarial. E, dada essa notória e crescente complexidade tanto objetiva quanto subjetiva dos novos negócios pactuados, constata-se a utilização pelos agentes do mercado da conjugação de diversos acordos distintos, originados de múltiplas relações jurídicas aparente e formalmente desconexas, porém voltados à realização de apenas uma determinada operação econômica.

Diante dessa modificação das estruturas de mercado, tornou-se necessária a alteração de paradigmas jurídicos anteriormente enraizados. Neste sentido, se por um lado os estudiosos do Direito contratual buscaram adaptar as teorias já postas de modo a acompanhar as novas tendências do modelo de produção em massa e em rede, o legislador também não se absteve de intervir sobre essa nova situação.

Admite-se que esse novo paradigma econômico cria um desequilíbrio negocial entre os agentes do mercado, privilegiando o empresário em detrimento dos interesses do consumidor. Neste sentido, reconhece-se a necessidade de regulamentar os efeitos de uma série de práticas empresariais que vinham causando prejuízos aos consumidores dos bens de consumo lançados no mercado, o que ocorre com o advento de normas protetivas da relação de consumo.

Polariza-se então a relação negocial em apenas dois sujeitos de direito – fornecedor e consumidor – aos quais são atribuídas obrigações e garantias

distintas a depender de sua posição. De um lado são colocados indistintamente todos aqueles que mobilizam os fatores de produção e concentram o poder de direção da atividade mercantil; e, de outro lado, aqueles que exaurem a função pretendida pelo produto colocado no mercado, recebendo-os para utilização de acordo com o fim a que se destina.

A base principiológica dos novos estatutos consumeristas é essencialmente calcada na ideia de vulnerabilidade do consumidor. Esses princípios visam garantir direitos mínimos à parte mais fraca da relação, de modo que ainda que não seja franqueada ao consumidor uma intervenção direta sobre os termos das relações jurídicas por ele travadas no mercado, o próprio ordenamento impeça que lhes sejam impostas situações abusivas e que violem garantias fundamentais previstas no ordenamento. Para tanto, mitiga-se, por vezes, inclusive, o princípio clássico do *pacta sunt servanda*, viabilizando novas formas de interpretação e aplicação dos contratos usualmente replicados pelo fornecedor de forma massificada de forma a evitar prejuízos indevidos à parte mais fraca da relação.

Obviamente, essa proteção voltada ao consumidor traz consequências sobre a atividade do empresário que lhe é antagonista. A imposição de diversas novas obrigações a pautarem a sua atuação no mercado cria, por sua vez, novos custos a serem internalizados no exercício da atividade. E, conseqüentemente, em havendo maiores custos o equilíbrio econômico de determinadas atividades empresárias é diretamente afetado.

Da mesma forma, por exemplo, se a essência do contrato sempre foi a promessa de que algo será cumprido no futuro nos termos contratualmente estabelecidos⁷, as novas regras consumeristas criam um fator de imprevisibilidade ao possibilitar a sua modificação e afastamento a qualquer tempo independentemente da vontade das partes, bastando a identificação de um potencial prejuízo ao consumidor ainda que não tenha sido levado em consideração no momento da contratação. E se a previsibilidade é essencial à

⁷ “O vínculo contratual (vínculo jurídico) instala uma situação de certeza e segurança jurídicas. Vale dizer, as partes acreditam (=crêem) que o vínculo jurídico que as une é apto a gerar responsabilidades; se houver o descumprimento do acordado, o prejudicado poderá recorrer a vias jurídicas adequadas à reparação por esse descumprimento, ou mesmo à execução coativa da avença” (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. O Estado, a empresa e o contrato. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 16.)

redução de custos de transação⁸, as novas regras criadas atuam no sentido contrário, aumentando-os e, conseqüentemente, sendo capazes de inibir determinados investimentos em razão da incerteza criada⁹. Exige-se, pois, que o empresário calcule peremptoriamente seu próprio risco.

Tal situação abre margem para que alguns ramos sejam desestimulados, especialmente quando a soma dos custos operacionais com o custo-direito então majorado extrapola as potenciais vantagens a serem percebidas. Ou seja, possibilita-se a ocorrência de uma distorção artificial – ainda que não necessariamente maléfica – do mercado.

Percebe-se, assim, um aparente conflito entre a eficiência econômica das atividades empresárias estimuladas pelos princípios da livre iniciativa e concorrência e a eficácia da proteção do consumidor. São colocados em lados distintos da balança o consumidor e o fornecedor, cabendo aos operadores do direito encontrar meios para que se permita um equilíbrio entre tais partes, protegendo seus interesses individuais e, ao mesmo tempo, os interesses da coletividade.

Torna-se necessário, para tanto, ponderar os princípios acima expostos por meio da análise dos efeitos atuais e potenciais de sua aplicação, de modo que se viabilize a definição da medida ótima de sua concretização em termos sociais e econômicos¹⁰.

2. A influência do regime de responsabilidade civil sobre os custos da atividade empresária: perspectiva brasileira.

⁸ Ronald Coase, ao discorrer sobre os custos de transação, indica que na realização de trocas no mercado os custos não se restringem àqueles negociados entre as partes, mas envolvem também aqueles de descobrir os potenciais negociadores, de informar o interesse em negociar e os termos da proposta, de negociação *stricto sensu*, de elaboração de um contrato, de fiscalizar a sua efetivação, entre outros que criam custos acessórios não considerados no custo principal. (COASE, R.H. The problem of social cost. Journal of Law and Economics. v.3, 1960, p.15-16).

⁹ “[...] direitos de propriedade que não são perfeitamente seguros desestimulam os investimentos, o que traz, portanto, importantes conseqüências sobre a performance econômica” (MUELLER, Bernardo. Direitos de propriedade na nova economia das instituições e em direito & economia. In: SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio (org.). Direito & Economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p.92).

¹⁰ Neste sentido, Ronald Coase indica que o desafio imposto ao direito é o de, ao estabelecer novas regras a incidir sobre determinada atividade, permitir o aumento ou, no mínimo, a manutenção dos benefícios percebidos por todas as partes envolvidas, sob pena de se afetar o equilíbrio do mercado estabelecido pelo ordenamento anteriormente vigente. (COASE, op. cit., p.16-17) Completa, ainda, dizendo que o que tem que ser analisado é se o ganho de se prevenir o dano é maior do que o de se prevenir a ação que produz o dano. (Ibid., p. 27, 44).

Dentre outros pontos que fogem ao objeto do presente trabalho, instituiu-se no Brasil, por meio da edição da Lei nº 8.078/1990 (CDC), um regime especial de responsabilidade civil aplicável aos fornecedores no trato com o consumidor. Seu objetivo seria a proteção destes últimos – consumidores – em face dos danos que poderiam advir de suas relações com os empresários responsáveis pelos produtos consumidos.

Como legislação especial, suas regras alteram em parte o regime geral previsto pelo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002), ao estabelecerem (arts. 12 a 25), por exemplo: a) a responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos decorrentes do mercado de consumo; b) a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor; c) a solidariedade entre os diversos agentes de uma mesma cadeia de consumo (com exceções); e d) a impossibilidade de denúncia da lide em processos judiciais.

É necessário considerar, no entanto, que, ao alterar o regime de responsabilidade civil previsto no Código Civil, modificaram-se os custos incidentes sobre as atividades empresárias submetidas a esse novo regramento¹¹. E, como se verá a seguir, tal alteração no padrão de custos a ser suportado pelos empresários tem potencial para influenciar o próprio mercado como um todo, estimulando ou desestimulando determinadas atividades em razão do grau de obrigações e deveres impostos a partir de então.

2.1 Responsabilidade civil objetiva e desconsideração da culpa.

O primeiro ponto a se destacar é que, em contraposição à responsabilidade civil subjetiva aplicável às demais relações privadas¹², o CDC estabelece um sistema de responsabilidade civil objetiva, que prescinde da culpa para a apuração do dever de indenizar. Não se trata de novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois, por exemplo, tal regime já fundamentava o regime do inadimplemento do contrato de transporte ferroviário. A questão, contudo, foi a generalização de sua aplicação.

¹¹ O atual Código Civil embora tenha entrado em vigor em 2002 e entrado em vigor em 2003, em grande parte mantém as alterações propostas no projeto de 1975. Daí porque seu regime é “anterior”, “em mentalidade”, ao regime da legislação brasileira de consumo.

¹² A regra geral neste caso, no regime legal brasileiro, seria o art. 927 do Código Civil.

Neste sistema permite-se aos consumidores exercerem judicialmente suas pretensões com base em fatos ocorridos sob a esfera de atuação dos fornecedores ainda que não se verifique, no caso concreto, a existência de imperícia, negligência, imprudência ou intenção de causar qualquer prejuízo¹³. A apuração da responsabilidade, nestes casos, se basearia essencialmente na identificação de um duplo nexos causal: entre a conduta do fornecedor e um defeito no produto ou serviço oferecido, e entre esse defeito e o dano causado ao consumidor, seja físico, moral ou exclusivamente financeiro¹⁴.

Na apuração dos requisitos para a configuração do dever de indenizar, afasta-se o caráter subjetivo da conduta do fornecedor para centrar a análise no dano ocorrido e na reparação do consumidor prejudicado. Aumenta-se, por consequência, o dever do fornecedor de zelar pela regularidade do processo produtivo, atribuindo-se àquele a obrigação de antever e impedir – ou reparar, caso não se impeça a tempo – quaisquer condutas capazes de causar defeitos que, por sua vez, possam causar prejuízos ao consumidor.

Tal regra, individualmente considerada, não atrai maiores ressalvas. Afeta, sim, o mercado ao atribuir maiores custos à atividade empresária, pois impõe ao fornecedor o dever de zelar pela qualidade e segurança e proteção dos destinatários dos produtos de sua atividade¹⁵ (aspecto preventivo), bem como diminui os entraves para uma eventual reparação dos danos decorrentes do consumo (aspecto reparatório). No entanto, tal opção do legislador é justificável com base no dever de proteção constitucionalmente estabelecido, reequilibrando a balança antes desequilibrada em prejuízo do consumidor.

¹³ “Nessa seara delimitada pela exigência de uma reparação e de valorização do dano (que se fez centro e para o qual as luzes se dirigem) – para que a vítima esteja sempre e sempre protegida e ressarcida, e considerando o desenvolvimento do risco e a fragmentação e anonimato das relações sociais – viu-se a velha responsabilidade civil obrigada a encontrar outros supedâneos e fundamentos, diversos da chamada culpa individual, inferida de um comportamento sobre o qual o agente teria algum poder de opção, procurando, todavia, ocultar a culpa social que a substituiu.” (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9.ed. rev. atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 215)

¹⁴ A classificação de ‘dano ao consumidor’ ora exposta é genérica e abrange, assim, tanto o fato quanto o vício do produto, pois se o primeiro causa dano direto, o segundo causa ao menos dano financeiro.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008. p. 240.

2.2 Inversão do ônus da prova em favor do consumidor e a transferência dos riscos do consumo.

Considere-se, em um segundo momento, as normas que possibilitam a inversão do ônus da prova de fatos alegados pelos consumidores. Se a regra processual geral antes vigente era no sentido de que ao demandante caberia comprovar o fato constitutivo de seu direito, enquanto o demandado teria o ônus de provar apenas eventuais fatos modificativos, extintivos ou impeditivos da pretensão do primeiro; o novo regramento transfere em determinados momentos ao empresário-demandado o dever de desconstituir os alegados fatos constitutivos do direito do consumidor-demandante.

Mais uma vez, o objetivo é centrar a análise endoprocessual da responsabilidade civil no dano, facultando-se ao consumidor lesado apenas comprovar o prejuízo sofrido e simples indícios de que decorreria de um defeito imputável ao empresário fornecedor no exercício de sua atividade, cabendo a este último o ônus de apresentar eventuais excludentes de responsabilidade.

O principal argumento aqui utilizado é o de que tal providência permitiria a socialização dos custos dela decorrentes. Defende-se, em suma, que essa espécie de dano deveria ser predominantemente solucionada ou ressarcida pelos agentes capazes de absorvê-los de forma menos lesiva – no caso, os empresários – pois a estes seria possível internalizar e repartir os riscos inerentes à sociedade de consumo por meio dos mecanismos de preços ou dos seguros sociais¹⁶.

Entretanto, de plano é possível verificar que essa inversão do *ônus probandi* pode, em determinadas situações, implicar em dificuldade extrema de afastamento do nexo de causalidade, criando a chamada prova diabólica especialmente quando houver a necessidade de comprovação de fato negativo indefinido. Tome-se, por exemplo, os casos cada vez mais comuns em que se alega a existência de animais ou outros corpos estranhos em embalagens de produtos alimentícios: nestas situações é praticamente impossível comprovar que o defeito não decorreu de qualquer conduta do fornecedor.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Programa de Direito do Consumidor. p. 240.

Em outras palavras, a inoção de falha no processo produtivo que possa ter levado ao defeito que, por sua vez, teria gerado o dano alegado pelo consumidor não é algo capaz de ser provado inequivocamente, o que pode dificultar a defesa do empresário-fornecedor¹⁷. No entanto, dada a proteção consumerista genérica então estabelecida, somente ao fornecedor recairão os ônus dessa inviabilidade fático-processual, o que demonstra um ligeiro desequilíbrio da balança em seu prejuízo.

Conclui-se, neste momento, que a conjugação das regras de responsabilidade objetiva e de possibilidade de inversão do ônus da prova acerca da existência ou não de defeitos capazes de gerar o dano alegado pelo consumidor transfere deliberadamente os riscos do consumo ao fornecedor e, conseqüentemente, implica a elevação das obrigações e dos custos impostos aos empresários em geral.

Por outro lado, mais uma vez tal proposição seria justificável na medida em que aos empresários seria possível internalizar tais riscos e minorar os potenciais prejuízos deles decorrentes por meio do repasse dos custos correlatos ao preço de revenda, o que não seria possível ao consumidor. Assim, em um *trade-off* entre diferentes potenciais efeitos danosos dos inevitáveis acidentes de consumo, opta-se por onerar a classe empresária como forma de minorar os efeitos sobre o mercado.

2.3 Responsabilidade solidária dos empresários da cadeia de consumo e a aproximação à teoria do risco integral.

Somado às regras acima expostas, com base na já reconhecida interferência de diversos agentes sobre uma mesma cadeia de consumo o CDC também estabelece responsabilidade solidária entre os vários empresários que dela tenham feito parte, ainda que não tenham participado do fato gerador do dano indenizável, não tenham obtido qualquer vantagem com o

¹⁷ Sobre o tema da dificuldade de prova de fato negativo, os professores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini já tiveram a oportunidade de lecionar: “O fato negativo indefinido, que não comporta prova, é aquele que demonstra uma universalidade de inoção. Não se pode provar que alguém jamais viajou a Roma, ou que nunca possuiu um anel. A indefinição é que não se prova, e não o fato negativo” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. V.1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11.ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2010. p. 486)

risco criado, ou sequer pudessem evitá-lo¹⁸. Permite-se, assim, imputar responsabilidade a qualquer deles ainda que não se possa identificar uma relação direta entre a conduta de cada um e o dano ocorrido.

Aqui reside o primeiro grave problema. Em uma perspectiva econômica, os custos decorrentes das já mencionadas regras de responsabilidade objetiva e solidária são impostos não só a um agente, mas a todos os fornecedores de uma determinada cadeia de consumo. E, neste ponto, a internalização de riscos em diversos níveis da cadeia distorce os mecanismos de preço do mercado, criando externalidades negativas prejudiciais à economia.

Explica-se: a internalização obrigatória de riscos decorrentes de atos de terceiros tem o potencial de gerar um aumento exponencial do custo final de produção e distribuição dos produtos, na medida em que o cálculo dos custos individuais de cada uma das atividades da cadeia eventualmente incorporará o risco (custo-direito) da possível imputação de responsabilidade. Esses custos internalizados individualmente terão reflexo no preço de saída a ser estabelecido em cada uma das fases da cadeia contratual, multiplicando-se a cada nível. Em termos muito sucintos: o risco de cada um dos integrantes da cadeia, em última análise, é repassado ao agente seguinte da cadeia sob a figura do aumento do custo da mercadoria, até chegar ao consumidor.

Por exemplo, considere-se uma cadeia da qual façam parte uma indústria, um distribuidor atacadista e o supermercado varejista que vende o produto final ao consumidor. A partir do momento em que se estabelece responsabilidade solidária entre todos os agentes da cadeia de consumo – indústria, atacadista e varejista – todos eles são obrigados a internalizar esse risco, e, conseqüentemente, os potenciais custos dele decorrentes. Obviamente, cada um deles o fará no momento da concretização de sua relação com o agente situado logo em seguida na cadeia de consumo, por meio do aumento do preço a ser cobrado deste. Assim, em se tratando de três negociações distintas necessárias para que o produto chegue ao consumidor final, tem-se que essa internalização de riscos feita por cada agente da cadeia implica na possibilidade de três aumentos sucessivos do custo do produto

¹⁸ Convém, contudo, advertir que estas conclusões não se aplicam, automaticamente, àquelas hipóteses previstas no art. 13 do Código de Defesa do Consumidor.

baseados única e exclusivamente em um risco de prejuízo decorrente da responsabilidade solidária estabelecida pelo estatuto consumerista.

Em outras palavras, a impossibilidade de antecipação e de prevenção de determinadas contingências criadas exclusivamente por terceiros eleva a imprevisibilidade dos custos de todos os empresários pertencentes ao complexo contratual. E, se o risco de ter que responder pelos danos sofridos pelo consumidor não é bem atribuído, acaba sendo diluído entre todos os potenciais afetados que, em um exercício de futurologia, se veem compelidos a considerá-los em suas previsões. Eleva-se assim o custo de cada agente da cadeia e, conseqüentemente, o preço final dos produtos a serem oferecidos no mercado.

Há ainda outras externalidades negativas criadas pela conjugação dessa regra de responsabilidade solidária com as regras de responsabilidade objetiva e de inversão do ônus da prova em favor do consumidor já mencionadas. Uma delas reside no fato de que se o risco da atividade empresária já havia sido elevado partir do momento em que se dificultou a exclusão de responsabilidade ao se imputar ao fornecedor o ônus da prova da ausência de veracidade dos fatos narrados pelo consumidor, a partir do momento em que se estende a obrigação de reparar independentemente da apuração efetiva de culpa e até mesmo de conduta o tratamento conferido a certos empresários da cadeia se aproxima da teoria do risco integral, admitido pelo ordenamento apenas em situações excepcionais.

Em uma análise de um potencial investimento, a própria prudência indica a necessidade de se considerar os maiores custos e as menores receitas possíveis como forma de permitir uma maior confiabilidade das informações analisadas. Partindo desse pressuposto, e observando-se os efeitos do custo-direito então imposto da perspectiva do investidor, é possível concluir ainda que em sendo imprevisíveis as conseqüências de determinada atividade e em sendo arriscado às empresas ter de responder por atos de terceiro que podem lhe trazer prejuízos “não asseguráveis”, as decisões de investimento ficam também artificialmente viciadas, distorcendo-se o equilíbrio do mercado. Quanto maior a cadeia, mais vulneráveis estariam os empresários que dela fazem parte. Conseqüentemente, quanto maiores os riscos, menos atrativo seria o investimento nessas empresas.

Mesmo diante de todas as externalidades acima mencionadas, mais uma vez seria possível justificar tal proposição com base na necessidade de reequilíbrio da balança em favor do consumidor. O objetivo, em última análise, seria estabelecer uma gradação dos interesses a serem tutelados em caso de danos decorrentes do consumo, tendo como principal objetivo a solução do problema do consumidor por qualquer dos empresários pertencentes à cadeia. Por sua vez, a análise da imputação definitiva da responsabilidade seria possível em momento posterior, por meio da apuração da existência do nexo causal apenas entre o empresário demandado e o empresário causador do dano.

Há lógica na referida argumentação, porém tal proposição desconsidera um fator essencial: o tempo. A postergação da análise da responsabilidade civil entre os empresários causa prejuízos àquele que, demandado inicialmente, somente pode buscar o ressarcimento de seu prejuízo frente ao real causador do dano em momento posterior. E, neste sentido, há de se analisar uma última norma consumerista que, em conjunto com a regra supracitada, torna o sistema notoriamente ineficiente ao elevar as obrigações impostas aos empresários sem que haja um benefício correlato ao consumidor.

2.4. A vedação expressa à denunciação da lide e os custos de oportunidade.

A denunciação da lide, como se sabe, é instrumento voltado à transferência endoprocessual da responsabilidade civil, permitindo ao denunciante exercer imediatamente o direito de regresso que lhe caberia frente ao denunciado de forma a possibilitar a sua reparação imediata, caso seja condenado¹⁹. Permite-se, da mesma forma, que se traga o responsável final e definitivo por determinada reparação ao processo, pois passa a ser tratado para todos os efeitos como litisconsorte do denunciante durante o trâmite processual.

Demonstrou-se anteriormente que a atribuição do dever de reparar independentemente de nexo causal causa custos imprevisíveis aos empresários afetados pela solidariedade legal então estabelecida. Indicou-se,

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Programa de Direito do Consumidor. p. 288

da mesma forma, que ainda que se lhes permita analisar posteriormente qual o real responsável pelo dano ao qual deverão ser imputados de forma definitiva os custos decorrentes de sua conduta, a simples postergação dessa discussão – o fator tempo – é capaz de causar prejuízos.

Conforme se vê em seu artigo 88, o CDC prevê que a ação de regresso de um empresário contra outro poderá ser ajuizada apenas em processo autônomo, sendo vedada a denúncia da lide no processo movido pelo consumidor. Ao fazê-lo, o legislador obsta aos empresários não praticantes da conduta lesiva trazer imediatamente o real causador do dano aos processos em que sejam indicados como réus. Impõe, da mesma forma, que, caso demandados por fato de terceiro com base na já citada responsabilidade solidária entre os agentes da cadeia de consumo, aqueles tenham necessariamente que assumir imediatamente a defesa dos interesses e, eventualmente, o prejuízo causado por outrem.

A primeira consequência dessa regra remonta à já citada dificuldade de prova da existência de excludente de responsabilidade. Se a regra de inversão do ônus da prova já cria obstáculos para a exclusão da responsabilidade do fornecedor aparentemente ligado ao dano sofrido pelo consumidor, a defesa dos demais empresários da cadeia torna-se praticamente impossível sem a intervenção do agente danoso. Voltando ao exemplo do animal na embalagem de alimento: como impor que o varejista comprove que não houve falha no envase?

Outra consequência da regra em questão é que o direito de regresso conferido pelo CDC não afasta os danos decorrentes da deterioração do valor do dinheiro no tempo. E não se está falando aqui da depreciação do valor da moeda – que pode ser corrigida parcialmente pelo acréscimo de juros legais e correção monetária – mas sim dos custos de oportunidade da imobilização de capital.

A simples indisponibilidade de valores por determinado período para cumprir obrigação de terceiros pode causar prejuízos irreversíveis. Exemplos não faltam, como a eventual necessidade de obtenção imediata de empréstimos bancários para recompor o caixa – empréstimos estes que, notoriamente, custam mais do que os juros legais a serem recuperados posteriormente. Ou, ainda, a impossibilidade de realização de certo

investimento em razão do desfalque financeiro decorrente da obrigação de reparar o dano sofrido pelo consumidor por ato de terceiro. Estes e outros exemplos mostram situações em que o valor do dinheiro no tempo se modifica em proporção distinta da recomposição legalmente prevista, causando prejuízos àquele que fica à mercê da agilidade do Poder Judiciário.

Em suma, ainda que se estabeleça meios para se recompor o patrimônio do empresário demandado por fato de outrem em momento posterior, a vedação expressa à denúncia da lide causa inequívocas externalidades negativas decorrentes da imposição imediata e inafastável da absorção de custos de oportunidade – ligados à renúncia aos benefícios que poderiam advir de determinada conduta – que não poderiam ser prevenidos ou previstos por determinados empresários.

Observe-se, por outro lado, que essa imposição não corresponde a um benefício correlato ao consumidor. A este, o importante é se ver ressarcido de eventual dano, não importa de quem seja a responsabilidade. Não há, assim, justificativa plausível para a vedação à inclusão de um ou mais fornecedores da cadeia no mesmo processo judicial iniciado pelo consumidor, o que abre margem para uma evolução do sistema rumo a uma maior eficiência econômica global.

A proteção do consumidor, ainda que necessária, não pode ser tão exagerada a ponto de prejudicar outros agentes do mercado que também se encontram em posição de vulnerabilidade. Neste sentido, mostra-se indicado dividi-los em diferentes classes, diferenciadas em diversos graus de responsabilidade, imputando-se os riscos do consumo de forma equitativa para evitar a ocorrência das externalidades negativas já apontadas.

Estabelecendo-se a responsabilidade direta e imediata do real causador do dano (teoria do risco criado) e, subsidiariamente, do agente diretamente beneficiado pela criação do risco (teoria do risco-proveito) já se permitiria ao consumidor ver-se ressarcido de eventuais danos sofridos. E, por outro lado, em se facultando àqueles eventualmente demandados mesmo sem relação com a conduta danosa trazer o real responsável imediatamente ao processo – seja por meio da denúncia da lide ou pelo reconhecimento de litisconsórcio necessário – permitir-se-ia tanto a otimização da produção de provas quanto a redução dos potenciais custos decorrentes da imputação de responsabilidade

desvinculada da apuração denexo causal, o que seria um grande passo rumo a uma maior eficiência econômica do ordenamento consumerista.

Entende-se ainda que, desta forma, seria atingido o ideal de proporcionalidade entre os princípios da proteção do consumidor, da livre concorrência e da livre iniciativa, na medida em que: (i) por um lado, fica mantida a proteção já estabelecida em favor do consumidor, que continua provido de várias alternativas para buscar a reparação do dano sofrido; (ii) e, por outro lado, reduzem-se os custos de determinadas atividades empresárias e, conseqüentemente, as distorções artificiais do mercado causadas pela atribuição ineficiente daqueles.

3. Notas conclusivas.

O objetivo do presente trabalho, como já apontado no início, era identificar como regras de responsabilidade civil de proteção de relações de consumo afetam a isonomia no tratamento jurídico-econômico aplicável aos diferentes agentes que atuam coligadamente no mercado nacional.

Interpretando-se a *ratio legis* da legislação consumerista brasileira foi possível identificar a intenção do legislador em atribuir ao empresário contemporâneo os riscos do consumo. Foram criadas novas obrigações e impostos novos ônus distintos do regime de responsabilidade civil tradicional, com base na premissa econômica de que a criação de um estímulo negativo – custo da reparação dos acidentes de consumo de forma objetiva – induziria a uma resposta positiva – alteração nos padrões de produção – no sentido de prevenir a ocorrência dos potenciais danos.

Restou evidente, no entanto, que a proteção do consumidor influencia diretamente os custos dos empresários – sejam custos reais decorrentes da imprevisibilidade trazida pelo novo sistema, custos de oportunidade ou de transação – e, conseqüentemente, as decisões de investimento dos potenciais investidores do mercado.

Verificou-se, por um lado, que a atribuição da responsabilidade civil objetiva pelos danos decorrentes do consumo é até capaz de proteger o consumidor ao lhe garantir a reparação de seu dano contra qualquer dos integrantes da cadeia pela qual passou o bem adquirido, evitando em última

instância que seu prejuízo reste não ressarcido. Mas, por outro lado, ficou claro que essas regras podem viciar artificialmente o mercado ao atribuir riscos e custos sem a apuração de nexos causais, causando falhas de mercado que afetam tanto a liberdade de iniciativa ao alterar artificialmente os custos de potenciais investimentos futuros, quanto à liberdade de concorrência ao permitir a consolidação de um tratamento anti-isonômico entre empresários pertencentes a complexos contratuais.

Foi possível concluir também que o tratamento genérico da reparação dos danos então estabelecido privilegia o infrator e prejudica os demais empresários a ele coligados, pois ao atribuir a estes últimos custos decorrentes de riscos alheios à sua atividade torna-os tão vulneráveis frente a atos de terceiros – no caso, outros empresários da cadeia – quanto o próprio consumidor. E, neste ponto, deve-se lembrar, ainda, que a alguns destes “empresários” os riscos são transferidos, também, de forma massificada, multiplicando o potencial danoso dessa falha de mercado induzida pela legislação consumerista.

Em outras palavras, não obstante as novas regras de responsabilidade civil empresária trazidas pelo CDC pretendam compensar a vulnerabilidade do consumidor frente ao poder dos empresários produtores que ditam o funcionamento do mercado de consumo, foi possível reconhecer que a uniformização do tratamento viola a isonomia material e induz, inevitavelmente, a distorções no mercado decorrentes da aplicação das mesmas consequências jurídicas – e os custos que delas decorrem – a agentes expostos a diferentes graus de regulamentação, riscos, custos, entre outras forças de mercado que conformam a atividade empresária.

Mas, por outro lado, identificou-se a existência de certa margem de atuação para que se possa reduzir a ineficiência econômica estabelecida pelas normas supracitadas, uma vez que algumas delas criam custos aos empresários sem que haja benefícios correlatos ao consumidor. E, neste sentido, a simples viabilização da denúncia da lide em processos que envolvam a apuração de responsabilidade civil por danos no mercado de consumo poderia impedir a imposição artificial de riscos a fornecedores que, na estrutura organizacional e jurídica vigente, também podem ser vulneráveis frente aos reais responsáveis pelas condutas danosas.

Se o princípio da isonomia constitucionalmente previsto propõe, com base no ideal aristotélico, que se trate igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade²⁰, em sendo possível diferenciar as funções exercidas por cada um dos agentes componentes desses modernos complexos contratuais, seria adequado diferenciar também, ainda que em situações específicas, o tratamento jurídico a ser conferido a cada um deles, evitando assim a imposição de obrigações – e o custo-direito delas decorrentes – desnecessárias.

Conclui-se, por fim, que a aplicação dos pressupostos supracitados evitaria as falhas de mercado decorrentes da incerteza atualmente dominante, dificultando a ocorrência de situações como a fuga de investimentos em razão da possibilidade de atribuição de custos inesperados e incontroláveis, ou ainda o encerramento de atividades pela ocorrência dos mesmos motivos. E, da mesma forma, permitiria a otimização da concretização dos princípios da proteção do consumidor, da livre iniciativa e da livre concorrência, trazendo benefícios aos empresários e ao mercado sem que houvesse qualquer prejuízo aos interesses já estabelecidos em favor dos consumidores.

²⁰ BARBOSA, Rui. Oração aos moços; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999. 5. ed. p. 26. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.Pdf>. Acesso em: 21.09.2013

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999. 5. ed. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_Rui_Barbosa_Oracao_aos_mocos.Pdf>. Acesso em: 21.09.2013

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1969

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. **Lex**: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan 1973.

BRASIL. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 out 1990.

BRASIL, Lei n. 10.406/2002 de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan 2002.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.162.307, 1ª S., Rel. Min. Luiz Fux, J. 24.11.2010, DJ 03.12.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1025607&sReg=200902075526&sData=20101203&formato=PDF>. Acesso em 23.09.2013.

CALMON DE PASSOS, J. J. O imoral no dano moral. **Informativo INCIJUR**, nº 46, maio/2003, Joinville. p. 1-6

COASE, R.H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v.3. n.1. p. 1-44, 1960. Disponível em: <http://grecof2.econ.univpm.it/esposti/wiki/lib/exe/fetch.php?media=didattica:coase_je1960.pdf>. Acesso em 21.09.2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**, 10ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2012

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

FORGIONI, Paula Andrea, GRAU, Eros Roberto. **O Estado, a empresa e o contrato**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. 352p

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University, 1971

RODRIGUES, Frederico Viana. (Org.). **Direito de Empresa no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9.ed. rev. atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. (Orgs.) **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

VERSIGNASSI, Alexandre. **Crash**: uma breve história da economia: da Grécia Antiga ao século XXI. São Paulo: Leya, 2011. 320p.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. V.1. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11.ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2010.