

REGULAÇÃO BASEADA EM EVIDÊNCIA NO DIREITO DO CONSUMIDOR: POR QUE APENAS BOAS INTENÇÕES NÃO ASSEGURAM BONS RESULTADOS?

EMPIRICALLY-BASED REGULATION FOR CONSUMER LAW: THE REASON FOR WHY GOOD INTENTIONS BY THEMSELVES DO NOT CARRY OUT DECENT OUTCOMES IN REGULATION

IVAN PEREIRA REMOR

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Advogado.
Ivan.remor@mh.adv.br

ORLANDO CELSO DA SILVA NETO

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Professor adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Advogado.
osilvaneto@cmtlaw.com.br

Recebido em: 30.11.2019
Aprovado em: 19.05.2022

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O Direito do Consumidor caracteriza-se pelo grande número de normas protetivas do consumidor. Apesar do legítimo objetivo de conferir maior proteção ao consumidor, muitas das normas criadas acabam tendo efeito contrário ao pretendido, além de não existir um controle de resultados de sua aplicação. O presente artigo, com base nos "paradoxos da regulação" apresentados por Cass Sunstein (e em outras experiências), busca analisar as consequências imprevistas e indesejadas das normas consumeristas, apresentando a relevância da Análise Econômica do Direito como ferramenta para evitar a criação de normas contraproducentes, que não protegem o consumidor.

ABSTRACT: Consumer Law is formed by a vast array of consumer protection rules. Notwithstanding the legitimate goal to award greater protection to consumers, many rules end up having an effect contrary to the desired policy goal. The following paper, based on the "paradoxes of regulation" presented by Cass Sunstein (and in other experiences), seeks to analyze the unforeseen consequences of consumer protection rules and to show the relevance of the Economic Analysis of Law as a tool to avoid the creation of self-defeating rules.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor – Análise Econômica do Direito – Regulação – Análise de Impacto Regulatório (AIR) – Análise de custo-benefício.

KEYWORDS: Consumer Law – Economic Analysis of Law – Regulation – Regulatory Impact Analysis (RIA) – Cost-benefit analysis.

SUMÁRIO: Considerações iniciais. 1. O método da Análise Econômica do Direito. 2. Efeitos indesejados da regulação (paradoxos da regulação). 2.1. Sobrerregulação (*overregulation*) produz sub-regulação (*underregulation*). 2.2. Regulação muito restritiva de novos riscos leva ao aumento dos níveis de risco agregado. 2.3. Exigir o uso da melhor tecnologia disponível é retardar o desenvolvimento tecnológico. 2.4. Regulações distributivas podem prejudicar aqueles na base da pirâmide socioeconômica. 2.5. Mais informação deixa as pessoas menos informadas. 3. Os paradoxos da regulação no direito do consumidor. 3.1. Aumento do risco agregado: o caso da obrigatoriedade de *airbags* e freios ABS nos carros novos. 3.2. Regulações redistributivas que prejudicam aqueles na base da pirâmide: o caso dos subsídios cruzados. 3.3. Informações obrigatórias que tornam os consumidores desinformados. 3.4. O caso da interpretação mais benéfica. Considerações finais: por uma regulação empiricamente embasada. Referências bibliográficas.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A intervenção estatal na atividade econômica encontra-se presente desde a alvorada da civilização. Embora as formas dessa intervenção sejam diversas e as preferências tenham se modificado ao longo do tempo, pode-se dizer que superado o paradigma do Estado-Empresário, majoritário no Brasil até o terceiro quarto do século passado, a intervenção do Estado na economia deixa de ocorrer de maneira direta e passa a se dar de forma indireta, por meio da regulação da atividade econômica exercida pelos entes privados.

Mediante regulação, o Estado passa, então, a interferir na atividade econômica com a tentativa deliberada de restringir, alterar, obrigar ou induzir comportamentos com objetivos definidos.¹ Sob a óptica do Direito Público, regulação é definida como:

“[o] conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.”²

1. WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de Direito Administrativo*, v. 264, set.-dez. 2013. p. 22.
2. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico de regulação da economia. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 122, abr. 2001. p. 47.

a criação de uma regulação que de fato atinja seus objetivos de proteção eficiente do consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito jurídico de regulação da economia. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 122, p. 38-47, abr. 2001.
- BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; RICKER, Raldal C. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard Press, 1998.
- BAR-GILL, Oren; BEN-SHAHAR, Omri. Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law. *Common Market Law Review*, v. 50, p. 109-142, 2013.
- BASU, Kaushik. *The republic of beliefs*. Princeton: Princeton University Press, 2018.
- BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, CARL. *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*. Princeton University Press, 2016.
- BERTRAN, Maria Paula. *A interpretação contratual e a análise econômica do direito: o caso da revisão dos contratos de leasing*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BODART, Bruno. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar os consumidores. *Economic Analysis of Law Review*, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan.-jun. 2017.
- BROWN, Charles; GILROY, Curtis; KOHEN Andrew. The Effect of The Minimum Wage on Employment and Unemployment. *Journal of Economic Literature*, v. 20, n. 2, p. 487-528, 1982.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- COASE, Ronald H. The nature of the firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.
- COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Trad. Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FRIEDMAN, David D. *Law's Order: What Economics Has to Do with Law and Why It Matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- GABAN, Eduardo Molan; SANTA CRUZ, André; DOMINGUES, Juliana Oliveira (Coord.). *Declaração de direitos de liberdade econômica: comentários à Lei 13.874/2019*. Salvador: JusPodivm, 2019.

- GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*. São Paulo: Almedina, 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- LORES, Raul Juste. *São Paulo nas alturas: a revolução modernista da arquitetura e do mercado imobiliário nos anos 1950 e 1960*. São Paulo: Três Estrelas, 2017.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 1, p. 69-93, jan. 2003.
- MENEGUIM, Fernando Boarato; SAAB, Flavio. *Análise de impacto regulatório: perspectivas a partir da Lei de Liberdade Econômica*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/Conleg/Senado, 2020.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães (Coord.). *Direito do consumidor: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- PELTZMAN, Sam. The effects of Automobile Safety Regulation. *Journal of Political Economy*, v. 83, n. 4, p. 677-726, 1975.
- POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?* São Paulo: Saraiva, 2010.
- 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 Associação Mineira de Direito e Economia*, v. 5, p. 33-44, 2011.
- SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- SILVA NETO, Orlando Celso da. Aspectos jurídicos pré-contratuais da concessão de crédito ao consumidor: existência de deveres acessórios complementares às obrigações genéricas previstas no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 24, n. 98, p. 15-35, mar.-abr. 2015.
- SILVA NETO, Orlando Celso da. *É possível a análise econômica do direito do consumidor?* In: GONÇALVES, Everton Das Neves; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; VIEIRA, Susana Camargo (Coord.). *Direito econômico e desenvolvimento – XXIV Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

- SILVA NETO, Orlando Celso da. O design ideal do Direito de proteção e defesa do consumidor: uma descrição das técnicas regulatórias mais usadas, o que funciona (o que não), vantagens e desvantagens. In: MAIOLINO, Isabela; e TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Singular, 2019.
- SILVA NETO, Orlando Celso da; DE BONA FILHO, João. Notas sobre o livre convencimento do consumidor e interpretação contratual. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 86, p. 253-271, 2013.
- SUNSTEIN, Cass R. Empirically informed regulation. *University of Chicago Law Review*, v. 78, n. 4, p. 1349-1429, 2011.
- SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of the regulatory state. *University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 2, p. 407-441, 1990.
- SUNSTEIN, Cass R. *The cost-benefit revolution*. Cambridge: MIT Press, 2018.
- VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de Economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VENTURIN, Eduardo Luiz. *Análise Econômica do Direito Regulatório: a (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.
- VISCUSI, W. Kip. Does Product Liability Make Us Safer? *Regulation*, v. 35, p. 24-31, 2012.
- WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *Revista de Direito Administrativo*, v. 264, p. 13-56, set.-dez. 2013.
- ZALUSKI, Wojciech. *Game theory in Jurisprudence*. Krakow: Copernicus Press, 2013.