

# **Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: uma análise econômica**

**Bernardo E. Lins**

**Programa de Pós-Graduação em Economia**

**Universidade de Brasília**

**Endereço eletrônico: [belins@unb.br](mailto:belins@unb.br)**

**César Mattos**

**Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados.**

**Endereço eletrônico: [cesar.mattos@camara.gov.br](mailto:cesar.mattos@camara.gov.br)**

## **Resumo**

O artigo discute a inversão do ônus da prova em ações interpostas pelo consumidor nos casos de ocorrência de falha, dano ou inadequação ao uso do bem. O juiz poderá determinar, nesse caso, que cabe ao fornecedor demonstrar que tomou todas as providências razoáveis para que o problema apontado não viesse a surgir, não lhe cabendo a imputação da responsabilidade pelo chamado “fato do produto”. O trabalho examina as implicações de eficiência social dessa inversão e os efeitos adicionais quando combinada à possibilidade de ação civil coletiva.

## **Abstract**

We examine the burden of proof inversion in cases regarding product-caused injuries, breach of warranties, or strict liability in tort, when the consumer alleges a product failure, fraud, or unfitness for use. The Brazilian consumer protection law states that the judge will decide whether the burden of proof is shifted from the plaintiff to the defendant, whenever he considers the allegation to be reasonable or the claimant to be unable to face the costs of the investigation. We discuss the social efficiency of this practice and its effects when combined to the provision of collective claims.

**Palavras-chave:** economia do direito, inversão do ônus da prova, proteção do consumidor, responsabilidade pelo fato do produto

**Keywords :** consumer protection, law and economics, product liability, proof inversion

**Classificação JEL:** K13, K41

## 1 Introdução

A Proteção ao Consumidor foi regulada no Brasil pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que trouxe ao direito brasileiro princípios e práticas já adotadas nos países desenvolvidos (Viscusi, 1991; CCH, 1996; Faure, 2000). Popularmente chamado de Código de Defesa do Consumidor, o texto tem enorme sucesso, sendo amplamente conhecido e bastante respeitado, o que não deixa de ser surpreendente em um país indigitado pela ineficácia de sua Justiça.

Há vários motivos para esse reconhecimento. Práticas padronizadas de comércio são em geral adotadas em todos os mercados e a própria competição encarrega-se de disseminá-las. Diante do risco do desprestígio junto ao consumidor e da conseqüente perda de participação, as empresas tendem rapidamente a adaptar-se a boas práticas que são publicamente reconhecidas. Além disso, a estrutura administrativa de apoio ao consumidor e de intermediação de conflitos consolidada a partir da entrada em vigor da Lei nº 8.078/90, em especial as fundações de proteção e defesa do consumidor (Procons), constitui um sistema que assegura acesso rápido a informações e facilidade para pressionar fornecedores no caso de falhas, dano, acidentes ou práticas comerciais ilícitas.

Não menos importantes são as disposições da Lei no caso de prosseguimento do processo na Justiça. Dois dispositivos, em particular, induzem a possibilidade de custos elevados para o fornecedor. Um é a inversão do ônus da prova, objeto do art. 6º, inciso VIII, que examinaremos neste trabalho. O outro é a possibilidade de propor ação civil coletiva, objeto do art. 91 e seguintes, que pode resultar em condenação genérica, abrindo margem para outras execuções além da promovida pelos reclamantes.

A inversão do ônus da prova é um direito do consumidor estabelecido na Lei nº 8.078/90 nos seguintes termos:

*“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*

.....

*VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;*

.....”

A inversão do ônus da prova tem dois efeitos importantes. O primeiro é reduzir os custos processuais para o consumidor. Este fica obrigado, apenas, a caracterizar o fato do produto, ou seja, a ocorrência de falha, dano ou inadequação ao uso do bem, para admissão da ação. Não lhe cabe a obrigação de recolher provas de comportamento indevido, de informação enganosa ou de falha no processo produtivo, de controle ou distribuição, da estrutura de oferta do bem. Desse modo, evita-se que um procedimento oneroso sirva de barreira à ação, dado que os dados e fatos que caracterizariam a responsabilidade do fornecedor teriam que ser recolhidos dentro de suas instalações e mediante inspeção de seus procedimentos. O consumidor, se tivesse que incorrer no ônus da prova, seria cerceado no acesso à empresa e teria que operar sobre um volume de informações eventualmente inadmissível.

O outro efeito esperado da inversão do ônus da prova é uma elevação da qualidade do produto. De fato, existindo a ação, a empresa terá de provar a inexistência de

responsabilidade sobre o fato do produto. Deverá dispor, portanto, de um sistema de acompanhamento e controle da produção que assegure a rastreabilidade dos procedimentos levados a cabo na produção do bem. E essa documentação deverá convencer o juiz de que a empresa cumpriu todos os procedimentos razoáveis para que inexistisse a falha apontada. A informação deve existir, deve ser revelada e deve ser comprovada.

Neste artigo, examinaremos o dispositivo buscando examinar as seguintes questões:

(Q1) Qual seria a atitude da firma no caso de inexistir a inversão, ou seja, quanto ela estaria disposta a aplicar para cercear a informação e comprometer a iniciativa do consumidor?

(Q2) Qual é o efeito da inversão sobre a eficiência social?

(Q3) Que efeitos adicionais podem ser derivados da previsão de ação coletiva?

Para tal, construiremos um jogo que, genericamente, pode ser assim formulado: de início o regulador estabelece uma norma para a compensação de danos oriundos do uso de um bem; a seguir, o produtor e o consumidor tomam decisões a respeito dos respectivos esforços a serem aplicados para evitar esse dano e o bem é comercializado; poderá então apresentar uma falha ou incidente em uso e resultar em um dano, devendo a regra inicialmente estabelecida ser aplicada, sujeitando uma das partes a apresentar evidência de sua posição em juízo.

O esforço aplicado pelo produtor consiste tipicamente em procedimentos de projeto, de controle da qualidade e de informação ao consumidor que elevam os seus custos de produção. Já no caso do consumidor, o esforço é aplicado diretamente, na forma de cuidados e precauções no uso do bem, e será subtraído da utilidade percebida.

O artigo está assim organizado: na próxima seção apresentaremos um modelo de comercialização do bem, definindo os problemas do produtor, do consumidor e do planejador benevolente, e introduzindo a discussão sobre informação incompleta. Na seção 3, é discutido o procedimento de defesa e as implicações da inversão do ônus da prova. Aspectos relacionados à ação coletiva são comentados na seção 4. Apresentam-se, enfim, as conclusões.

## **2 Comercialização do bem e decisões da firma**

### **2.1 Estrutura de oferta e demanda**

O modelo usado nesta seção é adaptado de Miceli (1997: 29-33) e examina um mercado em que um bem é ofertado em regime de concorrência monopolística. Um número limitado de  $J$  empresas ocupa um mercado. Por simplicidade, admite-se que uma única mercadoria é produzida, sendo a diferenciação decorrente da informação transmitida pela marca e associada a um nível de esforço  $\hat{x}$  que a empresa produtora afirma ou sugere realizar. A propaganda informativa é o instrumento de escolha para veicular essa informação e faz parte do contrato de compra e venda.

No mais, admite-se que as empresas sejam idênticas em sua tecnologia e no *rationale* de suas decisões de produção. No modelo básico, a informação corresponde precisamente à decisão tomada pela empresa.

Cada empresa produz uma quantidade  $q_j$  de mercadoria e incorre em um esforço  $x_j$ , tanto para caracterizar a diferenciação quanto para evitar que um certa taxa de dano  $D(x_j, y_j)$  por unidade onde

$$D(x_j, y_j) = L(x_j, y_j) \cdot a(x_j, y_j) \quad (1)$$

Na expressão,  $y_j$  está relacionado com o esforço do consumidor em usar adequadamente o bem  $j$ ,  $L$  é a grandeza do dano e  $a$  a probabilidade de que ocorra. Ambas as funções são assumidas decrescentes e convexas em seus argumentos, ou seja,  $D_x < 0$ ,  $D_y < 0$  e  $D_{xy} > 0$ ,  $D_{xx} > 0$ ,  $D_{yy} > 0$ .

Definimos uma função de demanda inversa  $p_j = p_j(q_j, x_j)$ , sendo  $\frac{\partial p_j}{\partial x_j} > 0$ , onde  $q_j$  é a produção da firma  $j$ , tal que  $Q = \sum q_j$ , de modo que o lucro de cada firma resultará de

$$p_j = p_j(q_j, x_j) \cdot q_j - c_j(q_j, x_j) - s \cdot q_j \cdot D(x_j, y_j) \quad (2)$$

onde  $s$  é a parcela do dano a ser coberta pela empresa, caso este venha a ocorrer. Essa parcela é por ora assumida como prefixada pelo regulador.

Os custos da firma comportam-se como é usual, admitindo-se que  $c_q$  e  $c_x$  sejam crescentes e convexas.

Os consumidores são idênticos e cada qual consome uma certa quantidade do total  $q_j$  de produção de cada empresa, que chamaremos de  $z_j$ . Para cada consumidor, o bem-estar decorrente do consumo individual é dado pela expressão

$$v(a) = v_1(a_1) + v_2(a_2) + \dots + v_J(a_J) \quad (3)$$

onde  $a_j = (1 + x_j) z_j$ . O consumidor, portanto, deriva utilidade não apenas da quantidade consumida do bem, mas também da sua qualidade. Admitiremos que  $v_j$  seja positiva, crescente e côncava em  $a_j$  e que o consumidor tenha preferência pela variedade, ou seja

$$\lim_{a_j \rightarrow 0} \frac{\partial v_j}{\partial a_j} = +\infty \quad (4)$$

Cada consumidor faz uma taxa de esforço individual  $y_j$  para usar adequadamente uma unidade do bem  $j$ . Suporemos que os  $M$  consumidores desse mercado sejam homogêneos e suas decisões sejam idênticas, de modo que o bem-estar agregado seja dado por

$$V = \sum_{j=1}^J [M \cdot v_j[(1 + x_j) z_j] - p(q_j, x_j) \cdot q_j - q_j \cdot y_j - (1 - s) \cdot q_j \cdot D(x_j, y_j)]$$

*s.a*

$$M \cdot z_j = q_j \quad (5)$$

$$\sum_{j=0}^J p \cdot q_j \leq R$$

Onde  $R$  é o orçamento dos consumidores para uso na compra das mercadorias, assumido como dado, e  $(1 - s)$  é a parcela do dano a ser assumida pelo consumidor, caso este venha a ocorrer.

O bem-estar agregado percebido por um planejador social é dado, portanto, pela expressão

$$W = \sum_{j=1}^J \left[ M \cdot v_j \left[ (1+x_j) \frac{q_j}{M} \right] - c(q_j, x_j) - q_j \cdot y_j - q_j \cdot D(x_j, y_j) \right] \quad (6)$$

onde  $J$  é o número de firmas do mercado.

## 2.2 O benchmark de equilíbrio socialmente eficiente

### 2.2.1 A decisão do planejador benevolente

O planejador social maximiza a expressão (6) obtendo as condições de primeira ordem para suas escolhas de  $q_j$ ,  $x_j$  e  $y_j$ , para  $j = 1, \dots, J$ , dadas por

$$v'_j \cdot (1+x_j) = c_{q_j} + y_j + D(x_j, y_j)$$

$$v'_j = D_{x_j} + \frac{c_{x_j}}{q_j} \quad (7-a,c)$$

$$D_{y_j} = -1$$

A notação foi simplificada. Lembre que  $v'_j = v'_j [(1+x_j) \cdot q_j / M]$ . Veja que, na situação particular das funções de utilidade e de custo serem iguais para todos os bens, a solução será um equilíbrio simétrico. Incorporando esse resultado simétrico, a solução do consumidor torna-se estritamente crescente e linear em  $J$ . Se o planejador puder arbitrar a variedade de bens, escolherá, portanto, o valor de  $J$  que esgote, ou mais se aproxime de esgotar, a restrição orçamentária. Nesse caso, a solução do problema será dada por

$$v' \cdot (1+x) = c_q + y + D(x, y)$$

$$v' = D_x + \frac{c_x}{q} \quad (8-a,d)$$

$$D_y = -1$$

$$J = \frac{R}{p \cdot q}$$

As expressões resultarão nos valores  $J^P$ ,  $q^P$ ,  $x^P$  e  $y^P$ .

### 2.2.2 A solução de mercado com informação completa

#### a. Estrutura do jogo

Um jogo em que todas as decisões são observáveis pode ser definido da seguinte forma: em  $t_1$  o regulador declara a parcela  $s$  a ser adotada e em  $t_2$  as firmas e os consumidores decidem simultânea e publicamente os esforços a aplicar e suas decisões de compra.

#### b. Decisões do produtor e do consumidor em $t_2$

O problema do produtor  $j$  resulta então na escolha de  $q_j$  e de  $x_j$  tais que

$$p_{q_j} \cdot q_j + p(q_j, x_j) = c_{q_j} + s \cdot D(x_j, y_j)$$

$$D_{x_j} = \frac{p_{x_j} - \frac{c_{x_j}}{q_j}}{s} \quad (9-a,b)$$

E se as funções de demanda inversa e de custo forem iguais para as firmas, o equilíbrio de produção será simétrico e todas as firmas tomam a mesma decisão.

As escolhas de  $q_j$  e  $y_j$  por um consumidor representativo resultarão, por sua vez, em

$$v' \cdot (1 + x_j) = p_{q_j} \cdot q_j + p(q_j, x_j) + y_j + (1 - s)D(x_j, y_j)$$

$$D_{y_j} = -\frac{1}{1 - s} \quad (10-a,b)$$

### c. Discussão de um equilíbrio simétrico

Em um equilíbrio simétrico, as expressões (9) e (10) nos darão os valores de  $q^S$ ,  $x^S$ ,  $y^S$  e  $p^S$ . Da expressão (9-a) e de (10-a) obtemos

$$v' \cdot (1 + x) = c_q + y + D(x, y)$$

que resulta ser a expressão (7-a). Ou seja, o mercado irá satisfazer essa condição (7-a) se admitirmos que o regulador estabeleça *ex-ante* a parcela  $s$  do ônus de danos ao fornecedor. A *relação* entre as decisões de quantidade adquirida e das taxas de esforço de firma e consumidor é, portanto, a mesma nos casos do planejador central e do mercado.

A intuição decorrente desse resultado é a de que, em uma situação em que tanto o produtor como o consumidor detenham informação sobre o comportamento da demanda inversa, eles exploram esse conhecimento de modo a obter um equilíbrio de mercado eficiente.

Esse equilíbrio, no entanto, está associado não apenas à quantidade e ao preço, mas também aos esforços, e pode haver quádruplas distintas  $(q, x, y, p)$  que satisfaçam essa condição de equilíbrio.

Em particular, os valores de  $x^S$  e  $y^S$  obtidos a partir das expressões (9-b) e (10-b) são *diferentes* dos valores de  $x^P$  e  $y^P$  das expressões (7-b,c). As expressões que determinam os esforços privados do consumidor induzem, na situação de um idêntico esforço da firma  $x^S = x^P$ , um resultado *menor* de equilíbrio para o esforço do consumidor se  $s$  for maior que zero, ou seja,  $y^S \neq y^P$ .

Lembre, nesse sentido, que  $s$  é a parcela do dano atribuída à firma. Ao aumentar  $s$ , o consumidor, portanto, tem um incentivo a esforçar-se menos.

Quanto ao esforço do produtor, não é possível obter uma conclusão sobre a direção da mudança. Por um lado, a firma tende a esforçar-se menos na medida em que seja menor a parcela do dano que lhe é atribuída pela regra *ex-ante*, dada por  $s$ . Por outro lado, essa redução está condicionada ao comportamento da demanda inversa em função de  $q$  e  $x$ . Quanto mais elástica em relação ao esforço for a demanda inversa, maior será o esforço resultante. O equilíbrio, em suma, será eventualmente obtido em um nível diferente de  $q, x$  e  $y$ .

#### d. O caso em que o consumidor é um tomador de preços

Uma variação do problema resulta de supor que o consumidor observe  $x_j$  mas não seja capaz de obter informações sobre o comportamento da demanda, sendo um mero tomador de preços. Nesse caso, sua decisão resultará em

$$v' \cdot (1 + x_j) = p_j + y_j + (1 - s)D(x_j, y_j) \tag{11-a,b}$$
$$D_{y_j} = -\frac{1}{1 - s}$$

Nesse caso, a expressão (11-a) muda em relação à expressão (10-a). E a expressão (7-a) não é reproduzida pelo esquema de mercado, pois o consumidor não logra explorar um conhecimento a respeito do comportamento da demanda inversa. De qualquer modo, em condições de igualdade do esforço da firma, a solução resulta novamente em  $y \neq y^P$ .

### 2.3 O problema de informação incompleta sobre o esforço da firma

#### a. Estrutura do jogo

Para resolver o problema de mercado admitindo que os esforços não são plenamente observáveis, devemos reformular o jogo. Admitiremos que este se processa em três períodos: em  $t_1$  o regulador declara a parcela  $s$  a ser adotada; em  $t_2$  as firmas e os consumidores decidem simultaneamente os esforços a aplicar, mas as firmas declaram uma informação  $\hat{x}_j$  que determina o comportamento da curva de demanda inversa; em  $t_3$  executam, enfim, suas decisões de produção, de esforço e de compra.

Existe nesse problema uma assimetria de informações. Enquanto a firma conhece o consumidor e sabe a forma da função de dano, o consumidor não conhece o tipo da firma, ou seja, não possui informação a respeito da sua curva de custo. O consumidor, na lógica do jogo, irá aceitar a declaração da firma a respeito do seu esforço  $\hat{x}_j$  e será essa informação a que determina *ex-ante* o comportamento da demanda inversa.

Quanto à função de dano, esta passa a diferir entre consumidores e firmas. Os primeiros acreditam na informação veiculada de  $\hat{x}_j$  e sua função dano dependerá dos valores declarados da firma. Já as firmas observam os valores verdadeiros  $x_j$  na decisão de produção.

#### b. Decisões de quantidade e esforço em $t_3$

Veja que, de (10), dada a decisão do legislador a respeito de  $s$  e das firmas a respeito do  $\hat{x}_j$  declarado, a escolha de esforço de  $y$  está determinada. Portanto, esse esforço é conhecido *ex-ante* e qualquer declaração do consumidor não será crível se diferir desse valor.

Nesse caso, o problema do produtor em  $t_3$  será

$$\max_{x, q} p_j = p(q_j, \hat{x}_j) \cdot q_j - c(q_j, x_j) - s \cdot q_j \cdot D(x_j, y_j) \tag{12}$$

e o problema do consumidor representativo será

$$\max_{y_j, z_j} V_m = \sum_{j=1}^J [v_j[(1 + \hat{x}_j)z_j] - p_j \cdot z_j - z_j \cdot y_j - (1-s) \cdot z_j \cdot D(\hat{x}_j, y_j)]$$

s.a

$$z_j = q_j / M$$

Admitindo que os consumidores sejam tomadores de preços, a solução em  $t_3$  de mercado será dada por

$$p_{q_j}(q_j, \hat{x}_j) \cdot q_j + p(q_j, \hat{x}_j) = c_{q_j}(q_j, x_j) + s \cdot D(x_j, y_j)$$

$$D_{x_j}(x_j, y_j) = -\frac{c_{x_j}(q_j, x_j)}{s \cdot q_j} \quad (14-a,d)$$

$$v'(q_j, \hat{x}_j) \cdot (1 + \hat{x}_j) = p_j + y_j + (1-s)D(\hat{x}_j, y_j)$$

$$D_{y_j}(\hat{x}_j, y_j) = -\frac{1}{1-s}$$

A declaração de informação é portanto uma questão central no modelo, pois condiciona as decisões de quantidade e de esforço. Em particular, nos interessa constatar que a decisão da taxa de esforço  $y$  é reduzida por uma declaração de um  $\hat{x}$  mais alto. De fato, considere a expressão

$$D_{y_j}(\hat{x}_j, y_j) + \frac{1}{1-s} = 0$$

Pelo teorema da função implícita obteremos

$$\frac{dy_j}{d\hat{x}_j} = -\frac{D_{\hat{x}_j y_j}}{D_{y_j y_j}} < 0 \quad (15)$$

Veja que tanto o numerador quanto o denominador são positivos. Portanto o lado direito é negativo. Em suma, um aumento de  $\hat{x}$  reduz o  $y$  escolhido. E de qualquer modo, mais uma vez, para um mesmo esforço da firma, a solução resulta em  $y \propto y^P$ . Observe, portanto, que o esforço real do consumidor é substituído do esforço declarado pela firma.

### c. A declaração de esforço da firma em $t_2$

Em  $t_2$  o produtor irá declarar um esforço de modo a maximizar seu lucro. Ele resolverá, então

$$\max_{\hat{x}} p_j = p[q_j(x_j), \hat{x}_j] \cdot q_j(\hat{x}_j) - c[q_j(\hat{x}_j), x_j(\hat{x}_j)] - s \cdot q_j \cdot D[x_j(\hat{x}_j), y_j(\hat{x}_j)] \quad (16)$$

e a CPO, consideradas as expressões de (13), será

$$\frac{\partial p}{\partial \hat{x}_j} + \frac{s}{1-s} \frac{dy_j}{d\hat{x}_j} = 0 \quad (17)$$

o que resultará em um valor de  $\hat{x}_j$  de equilíbrio. Esse valor *independe da tecnologia disponível à firma*, sendo resultante da regra de compensação e de considerações que o



produtor faz *ex-ante* a respeito do comportamento conhecido do consumidor, expressadas nas formas funcionais da demanda inversa e da função de dano.

Não é de se esperar, portanto, que haja coincidência entre o valor declarado e o valor efetivamente implementado, se a regra do legislador for apenas a de arbitrar uma regra de compensação. Rescreva, de fato, a expressão (14-b) como

$$D_{x_j}(x_j, y_j) = -\frac{c_{x_j}(q_j, x_j, I)}{s \cdot q_j} \quad (18)$$

No caso,  $I$  é um parâmetro que condiciona o comportamento dos custos de produção. Cada firma, portanto, teria uma função de custos distinta, extraída de uma família de curvas, caracterizada por  $I$ . Suponha que os custos fixos sejam idênticos para todas as firmas e que, spg,  $c_x$  seja crescente em  $I$ . Veja, então, que uma firma com  $I$  mais alto terá um custo que cresce mais rapidamente e diremos, portanto, que será menos eficiente.

Nesse caso, se impusermos a condição de que a solução de (14) resulte em um  $x_j = \hat{x}_j$ , obteremos um valor de  $I$  compatível com essa condição. Para uma empresa menos eficiente, com  $I > \hat{I}$ , a expressão resulta em um esforço menor, pois

$$\frac{\partial x_j}{\partial I} = -\frac{\partial c_{x_j} / \partial I}{s \cdot q_j \cdot D_{x_j x_j} + c_{x_j x_j}} < 0 \quad (19)$$

Portanto, empresas com tecnologia menos eficiente do que a tecnologia de corte tenderão a implementar valores reais de esforço mais baixos, ficando aquém da sua promessa. Já empresas com tecnologia mais eficiente atenderão ou, eventualmente, excederão o esforço declarado.

O comprador perceberá a qualidade da mercadoria no momento em que a adquirir, se esta for observável por inspeção, ou no momento em que efetivamente ocorrer uma falha ou dano  $L(x_j, y_j)$ . Nesse caso, porém, a transação comercial já terá sido concluída e ele nada poderá fazer, a não ser reclamar uma compensação, seja em nível administrativo, seja recorrendo à justiça. Este último aspecto será objeto da próxima seção.

### 3 Implicações da inversão do ônus da prova para a defesa do consumidor em juízo

#### 3.1 O problema com informação completa

##### a. Motivação

O resultado da seção anterior ressalta a dificuldade da defesa do consumidor em juízo. Ocorrida efetivamente a falha e apresentada a reclamação, o juiz não saberá *ex-ante* se a empresa honrou o contrato expressado pela propaganda, implementando o esforço prometido. Ou seja,  $x$  não é observável *ex-ante* pelo regulador. Se admitirmos a situação mais simples, em que apenas duas tecnologias estão disponíveis, o juiz poderá estar, por um lado, confrontando uma empresa com tecnologia eficiente, ou seja, com custos baixos, que terá excedido as especificações prometidas. Por outro lado, a

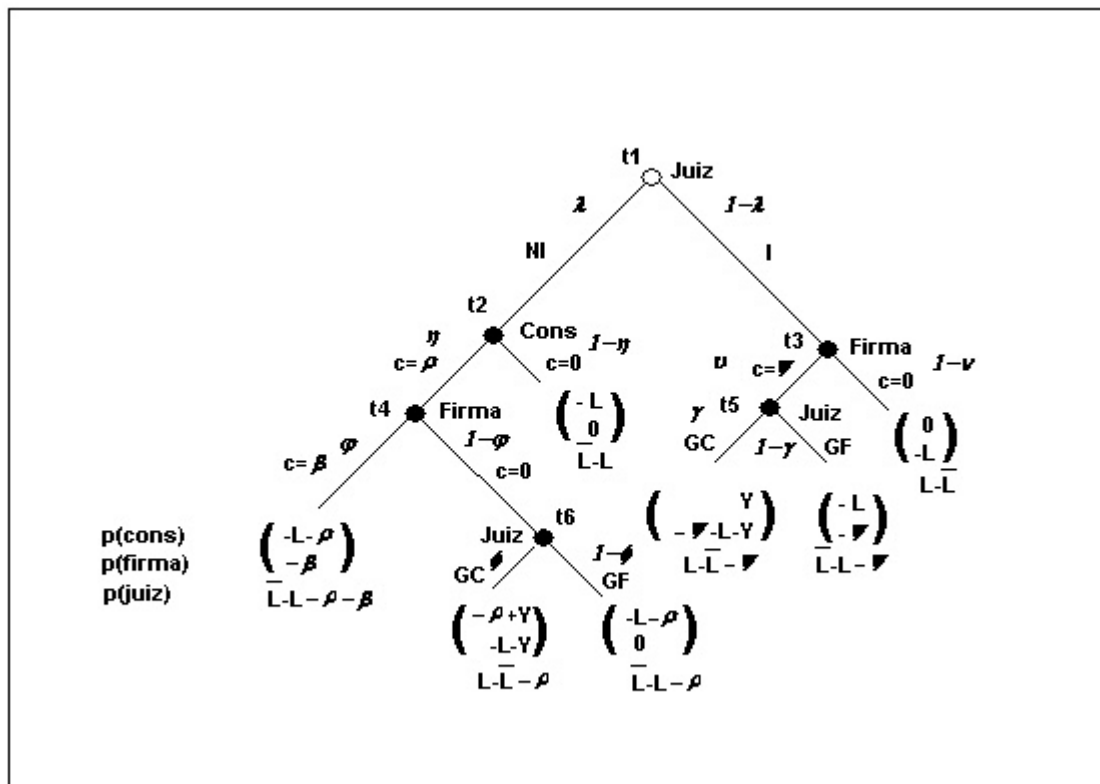
empresa poderá adotar tecnologia ineficiente, com custos elevados, e conseqüentemente ficar aquém do seu compromisso.

Se não houver a inversão do ônus da prova, caberá ao consumidor provar que o fornecedor não implementou o esforço declarado, e essa prova será obtida a um elevado custo de revelação  $r$ , pois depende da explicitação da tecnologia adotada pela firma.

### b. Estrutura do jogo

Considere então a situação em que um consumidor comprova perante o juiz a ocorrência de falha em uma mercadoria e requer uma compensação pelo dano  $L$  efetivamente ocorrido. A ação é admitida. Para analisar esse episódio, será proposto o jogo da figura 1.

Figura 1 – Jogo da defesa do consumidor em juízo



No jogo, o procedimento judiciário é simplificado de modo a dar destaque apenas aos aspectos estratégicos que ora nos interessam. Admite-se que o atendimento do usuário a um nível adequado de precaução no uso do bem já tenha sido constatado, pois presume-se que o custo de revelação do esforço do usuário seja moderado se comparado ao do esforço da firma. O problema está focado no comportamento da firma. O juiz de início determina (com probabilidade  $1 - I$ ) se será invertido o ônus da prova.

Se não houver a inversão (NI), caberá ao consumidor decidir se investiga os procedimentos da firma a um custo  $r$  ou se abandona a causa. Havendo a investigação,

a firma poderá aplicar um montante  $b$  para bloquear a investigação, ou não reagir. Coletadas as provas, o juiz decide a ação. Na árvore do jogo estão indicadas, também, probabilidades  $h$ ,  $n$ ,  $j$ ,  $g$  e  $f$ , de escolha de um ramo, que serão usadas em algumas passagens mais adiante.

Havendo a inversão (I), caberá à firma apresentar evidências, devendo para isso coletar os dados ou aproveitar as informações disponíveis em seu sistema de rastreabilidade das atividades de produção e oferta do bem. O custo  $y$  é o custo da firma para provar que não foi negligente. Poderá alternativamente abdicar de apresentar fatos e dados, incorrendo na derrota.

Quanto aos *payoffs* dos agentes, se o consumidor for derrotado terá que arcar com o dano  $L$  e, quando for o caso, incorrer em custos de revelação  $r$ . Já no caso de ser vencedor, o dano  $L$  será compensado e o juiz aplicará algum tipo de compensação indenizatória  $Y$ . É uma forma de antevermos uma ação civil do consumidor nesse sentido. Já no caso do fornecedor, se for derrotado incorrerá na plena compensação do dano  $L$  e na indenização  $Y$ . Caso contrário, seu *payoff* é zero. A esses valores devem ser adicionados os custos de bloqueio ou de coleta, quando for o caso.

No jogo considerado, o juiz aplica a lei em  $t_5$  e  $t_6$ . Seus *payoffs* associados representam, portanto, o reconhecimento de um nível de segurança considerado socialmente eficiente, dado por  $\bar{L}$ , cujo valor é exógeno e dado *ex-ante*, e a aversão a custos. Ele ficará insatisfeito se condenar uma firma que provocou um dano muito baixo ou se inocentar uma firma que provocou um dano muito alto.

Resultados apontados em alternativas de  $t_2$ ,  $t_3$  e  $t_4$  correspondem a situações em que os agentes impõem resultados devido a suas decisões, não tendo o juiz como dispor de outro modo, a não ser que incorresse em erro, alternativa que por simplicidade não foi considerada.

### c. Solução do jogo com o tipo da firma conhecido *ex-ante*

Excluída a possibilidade de erro do tribunal, vamos examinar o jogo por indução retroativa sob informação completa, ou seja, supondo primeiro que o tipo da firma seja conhecido *ex-ante*.

Se a firma é eficiente, ou seja, com custos baixos, irá implementar o esforço declarado e a revelação sempre resultará no ganho para a firma. Nesse caso, em  $t_6$  o juiz dará ganho à firma (GF) pois

$$L < \bar{L} \quad (20)$$

Em  $t_4$ , portanto, a firma opta por não bloquear e em  $t_2$  o consumidor preferirá não custear a ação. O *payoff* desse ramo será, portanto,  $(-L, 0, \bar{L} - L)$ , sendo estes, pela ordem, os *payoffs* do consumidor, da firma e do juiz. No outro ramo do jogo, em  $t_5$  o juiz dá ganho à firma e em  $t_3$  a firma preferirá perder a ação se

$$L < y \quad (21)$$

Caso contrário, irá arcar com  $y$  e proceder à defesa. Em  $t_1$ , finalmente, o juiz preferirá não inverter o ônus da prova (NI), para assegurar o resultado eficiente.

Se a firma é ineficiente, em  $t_6$  essa ineficiência será revelada, pois a firma não bloqueia a investigação. O juiz dá ganho ao consumidor (GC). Já se em  $t_4$  a firma bloqueia a

revelação, recebe por default o ganho. Em  $t_4$ , então, a firma preferirá bloquear se puder fazê-lo a um custo

$$b < L + Y \quad (22)$$

Caso contrário, preferirá perder a ação. E em  $t_2$  o consumidor investirá na investigação se

$$r < (1 - j).(L + Y) \quad (23)$$

Senão, desistirá da ação. Veja que  $(1 - j)$  é a probabilidade da firma não bloquear a ação. Sendo a firma ineficiente, essa probabilidade dependerá da condição (22).

No outro subjogo, em  $t_5$  o juiz dá ganho ao consumidor (GC). Conseqüentemente, em  $t_3$  a firma prefere desistir da ação e o *payoff* alcançado é  $(0, -L, L - \bar{L})$ . Em  $t_1$ , portanto, o juiz preferirá inverter o ônus da prova (I), para garantir a compensação ao consumidor.

Sob informação completa, portanto, a inversão do ônus da prova é a melhor alternativa diante de uma firma ineficiente, mas diante da firma sabidamente eficiente é preferível que não seja adotada a inversão.

## 3.2 O desconhecimento *ex-ante* do tipo da firma

### a. Estrutura do jogo

O problema torna-se mais interessante quando o tipo da firma não é conhecido *ex-ante*. O jogo é duplicado, pois o juiz não sabe *ex-ante* se a firma é de tecnologia alta, atendendo aos requisitos de segurança, ou baixa, não os atendendo. O juiz forma, em  $\{t_1, t_7\}$ , uma conjectura de qual a probabilidade  $e$  da firma ser do tipo eficiente. Por construção, assumimos que esta probabilidade seja precisamente a que de fato ocorre<sup>1</sup>. A firma, por outro lado, conhece o seu tipo, e o consumidor adquire conhecimento do tipo a partir da observação do dano, o que resulta no jogo descrito na figura 2.

O jogo da figura 2 é uma duplicação do jogo da figura 1. Inicia-se no conjunto de informação  $\{t_1, t_7\}$ , em que o juiz deve decidir se inverte o ônus da prova sem conhecer o tipo da firma que está sendo confrontada em juízo.

A partir dessa decisão, se a firma for eficiente, o jogo será o do lado esquerdo da figura. A firma terá custos baixos e terá implementado o esforço declarado. Portanto, o dano será menor, pois  $L_x < 0$ . Chamamos esse nível de dano de  $L_{ef}$ .

Por outro lado, se a firma for do tipo ineficiente, com uma tecnologia de custos altos, terá implementado um esforço menor que o declarado e o dano decorrente será  $L_{in} > L_{ef}$ .

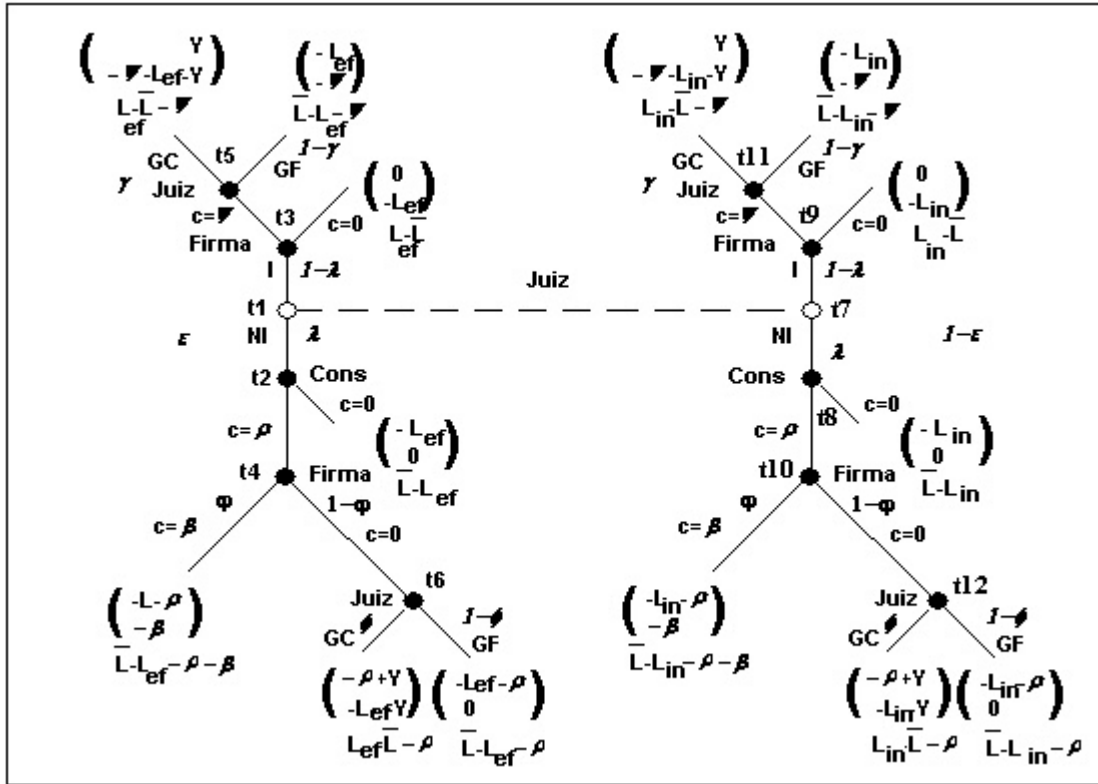
### b. Soluções dos subjogos: um comentário

Neste caso, no lado esquerdo da figura 2, a solução para ambos os subjogos, por indução retroativa, é a mesma do jogo da figura 1 para a firma eficiente, até chegarmos em  $t_2$ . O mesmo ocorre com a firma ineficiente, do lado direito, até chegarmos a  $t_5$ .

<sup>1</sup> Veja que, nesse caso, como a eficiência reduz também a probabilidade de ocorrência do dano, teremos  $a_{in} > a_{ef}e$ , portanto,  $e < 1/2$ .

Interessa-nos, pois, examinar a decisão do juiz no conjunto de informação  $\{t_1, t_7\}$ . A conjectura subjacente a esse problema é que o juiz terá que tomar essas decisões antes da real medida do dano e do tipo da firma serem observados. Transcorrida essa decisão inicial, porém, essas informações serão reveladas ao longo do processo.

Figura 2 – Jogo estendido



### c. A decisão do juiz em $\{t_1, t_7\}$

Em  $\{t_1, t_7\}$  o juiz preferirá inverter o ônus da prova se tivermos que

$$\frac{1}{2}[(1-e)h.r + (1-e)j.h.b - en.y] > (1-e)(1-h+j.h).(\bar{L} - L_{in}) + e(1-n).(L_{ef} - \bar{L}) \quad (24)$$

Observe, no lado esquerdo da expressão, que  $(1-e).h$  é a probabilidade do consumidor investigar a firma em  $t_8$ , dado que esta é ineficiente, que  $(1-e)j.h$  é a probabilidade da firma bloquear a investigação em  $t_4$ , dado que é ineficiente e o consumidor decidiu enfrentar o custo de investigar, e que  $en$  é a probabilidade da firma custear a investigação em  $t_3$ , dado que é eficiente.

Já no lado direito da expressão, veja que  $(1-e)(1-h+j.h)$  é a probabilidade de uma decisão indesejada em  $t_5$  ou  $t_6$ , e que  $e(1-n)$  é a probabilidade de uma decisão indesejada em  $t_3$ .

Veja, portanto, que dada a construção do jogo, o juiz preferirá inverter o ônus da prova se o custo médio líquido envolvido na obtenção da prova pelo consumidor for mais elevado do que a perda esperada decorrente de uma decisão incorreta.

Lembre porém, de (21), (22) e (23), que

- Se  $L_{ef} > y \mathbf{P} \mathbf{n} = 1$ , caso contrário  $\mathbf{n} = 0$ ;
- Se  $\mathbf{b} < L_{in} + Y \mathbf{P} \mathbf{j} = 1$ , caso contrário  $\mathbf{j} = 0$ ;
- Se  $\mathbf{r} < (1 - \mathbf{j}).(L_{in} + Y) \mathbf{P} \mathbf{h} = 1$ , caso contrário  $\mathbf{h} = 0$ .

Portanto:

- Se a expectativa de haver firmas ineficientes crescer ( $\mathbf{e}$  pequeno), cresce a probabilidade de inversão do ônus da prova, pois o lado esquerdo da expressão (24) torna-se mais positivo; isto é apenas um comportamento compatível com o jogo de informação completa da seção anterior: diante de uma frequência alta de firmas ineficientes, o juiz inverte o ônus da prova para assegurar a compensação ao consumidor.

Tal situação reflete um mercado em que a tecnologia ineficiente é mais usada, ou seja, em que prevalece a oferta de bens inferiores. Uma intuição é a de que, para mercados com baixo poder aquisitivo médio, pouca capacidade tecnológica ou dificuldades de capitalização, em que essas mercadorias sejam relativamente mais ofertadas, será vantajoso inverter o ônus da prova.

- Se o dano provocado pela empresa eficiente for pequeno, a compensação  $L_{ef}$  é baixa diante do custo da firma investigar  $y$  e ela não investiga ( $\mathbf{n} = 0$ ). Se, por outro lado, o dano da empresa ineficiente ou a indenização forem altos e seja compensador o bloqueio ( $\mathbf{j} = 1, \mathbf{h} = 1$ ), haverá inversão do ônus da prova, pois (24) resulta em

$$\frac{1}{2}(1 - \mathbf{e}).(\mathbf{b} + \mathbf{r}) > 0 > (1 - \mathbf{e}).(\bar{L} - L_{in}) + \mathbf{e}.(L_{ef} - \bar{L})$$

Nesse caso, a preocupação do juiz é a de assegurar que o consumidor seja sempre compensado, pois isso satisfaz sua preferência por minimizar os custos de defesa.

Um exemplo é o de mercados em que seja grande a diferença de tecnologia, e conseqüentemente de qualidade, entre bens normais e inferiores. Então, será vantajoso inverter o ônus da prova.

Por outro lado, seria preferível não inverter o ônus da prova diante de mercados com tecnologia relativamente homogênea e eficiente, que tendam a oferecer produtos com elevado grau de segurança mesmo quando confrontados com um ambiente não regulado.

- Se o custo da empresa bloquear for alto em relação à compensação ( $\mathbf{j} = 0$ ), haverá inversão do ônus da prova se

$$(1 - \mathbf{e}).\mathbf{r} > \mathbf{e}y$$

Ou seja, inverte-se o ônus se o custo relativo de investigação pelo consumidor acerca da firma ineficiente for maior do que o custo relativo de revelação pela firma eficiente.

Um exemplo é o de bens de consumo de massa. Nesse caso, o custo de investigação pelo consumidor é alto, pois a estrutura de oferta é grande e complexa. Por outro lado, o custo de investigação da firma é baixo, pois ela usualmente disporá de um

sistema de controle da produção e de inspeção dos final dos bens ofertados. E o custo para bloquear acaba sendo superior à compensação individual.

Por outro lado, não se inverteria o ônus da prova nos casos de mercados muito especializados, com oferta individualizada e nos quais o poder econômico do ofertante e do consumidor sejam equivalentes. Alguns exemplos são a oferta de bens artesanais, o mercado de bens de luxo, e a compra e venda entre pessoas físicas no mercado secundário, ou seja, de bens usados.

- Se o custo para que o consumidor investigue a firma for muito alto em relação à compensação esperada ( $h = 0$ ), haverá inversão do ônus da prova se a firma eficiente preferir investigar e

$$e \cdot y < 2(1 - e) \cdot (L_{in} - \bar{L})$$

Um exemplo em que a inversão é vantajosa é o de mercadorias que resultem em dano grave. Por outro lado, se a tecnologia da firma ineficiente induzir uma escolha de esforço que esteja muito próxima da eficiência social, o juiz preferirá não inverter o ônus da prova.

Esses resultados sugerem que poderá haver situações em que não inverter o ônus da prova poderia ser uma alternativa preferida de um juiz que reconheça um nível de segurança considerado socialmente eficiente e com aversão a custos.

O Código foi construído tendo como referência o caso específico de bens produzidos em grande escala e com variação de tecnologia entre as firmas, destinados ao consumo final. Nesses casos, em geral, os custos de bloqueio da empresa e de revelação são significativamente menores do que os custos de investigação pelo consumidor. Tipicamente, portanto, caracteriza-se uma situação em que é vantajoso inverter o ônus da prova.

Há, porém, situações em que a inversão é indesejável. É, por exemplo, o caso em que os danos de uma empresa ineficiente são pequenos, ficando próximos de um nível socialmente admissível, associado a um custo de investigação pelo consumidor  $r$  que seja alto ou a um custo de bloqueio elevado. Trata-se de uma situação menos incomum do que pareceria à primeira vista. De fato, quando a defesa do consumidor torna-se amplamente praticada, as empresas, em virtude da experiência acumulada em ações de defesa do consumidor, adotam padrões de contrato, de instruções de uso e de publicidade bastante precisos, de modo que a possibilidade de ocorrência de inadequação ao uso seja minimizada e os danos sejam moderados, o que torna pouco estimulante a possibilidade de bloqueio.

Outro caso em que a inversão é indesejável é o de mercados pequenos e especializados, como os de bens artesanais e de transações entre pessoas físicas no mercado secundário, sendo a compensação pequena.

#### **4 Direitos homogêneos, difusos e coletivos: o que pode ser esperado**

Um problema importante no exame da responsabilidade pelo fato do produto (ou por vício de quantidade ou qualidade) é o da situação em que uma falha esteja relacionada a uma situação específica de produção, embalagem ou distribuição, de modo a que seja legítimo esperar que tal falha venha a reproduzir-se em outros bens produzidos no mesmo lote ou na mesma linha de produção.

Tais situações são relativamente frequentes, como atesta a regularidade com que são realizados *recalls* de bens duráveis, e caracterizam uma situação conhecida como de direitos ou interesses homogêneos, por serem decorrentes de uma origem comum.

Outra situação importante é a de uma falha ou inadequação que resulte em dano a um grupo de indivíduos que tenha entre si uma relação contratual ou com alguma base jurídica, o que se chama de direito coletivo, ou que estejam meramente ligadas pela ocorrência do fato, o que se chama de direito ou interesse difuso.

Nesses casos, a Lei nº 8.078, de 1990, prevê a defesa coletiva, o que modifica a ordem de grandeza da compensação devida pela firma (arts. 81, 91 e seguintes).

Uma forma de entendermos essa situação com o uso do modelo anterior é modificar os *payoffs* da firma quando esta for condenada a compensar os consumidores, fazendo com que, nesse caso, por exemplo

$$L_{dif} = L \mathbf{a}(x_j, y) \cdot M \quad (25)$$

Lembre, de fato, que  $\mathbf{a}$  é a probabilidade de que o dano ocorra. Nesse caso, um subconjunto do total de consumidores, cujo tamanho esperado é dado pela expressão  $\mathbf{a} M$ , será vitimado pelo dano e terá direito à compensação.

Retornando ao jogo da figura 2, uma forma simples de aproximar uma interpretação do resultado da ação coletiva resulta de agregarmos o restante das compensações à compensação prevista no jogo. No caso, então, o resultado de uma única ação condicionaria a compensação devida pela firma a um número grande de consumidores. No caso de falha sob produção eficiente teríamos

$$L_{dif} = L_{ef} \mathbf{a}(x_{ef}, y) \cdot M \quad (26)$$

e no caso da firma ineficiente

$$L_{dif} = L_{in} \mathbf{a}(x_{in}, y) \cdot M + Y \quad (27)$$

Diante de uma compensação tão elevada, ocorre uma situação em que se caracteriza tanto a possibilidade investigação pela firma como de bloqueio ( $\mathbf{j}=1$  e  $\mathbf{n}=1$ ). A investigação pelo consumidor, por outro lado, estará condicionada ao benefício individual, havendo propensão a que não ocorra ( $\mathbf{h}=0$ ). Tal configuração resultará, por parte do juiz, em motivação para impor a inversão do ônus da prova. De fato, (24) fica reduzida a

$$(1 - \mathbf{e}) \cdot [L_{in} \mathbf{a}(x_{in}, y) \cdot M + Y - \bar{L}] > \frac{1}{2} \mathbf{e} \cdot y$$

A assimetria entre consumidor e firma pode ser de tal ordem que, extrapolando as intuições do jogo, levaria a empresa a pressionar o consumidor individual a desistir da ação, ou a induziria a mudar sua organização empresarial para isolar a responsabilidade em uma unidade fabril menor ou a optar por uma falência estratégica (Ringleb e Wiggins, 1990). Tal argumento justifica o dispositivo do código que determina a participação do Ministério Público (art. 92).

Veja que, diante da ação coletiva, mesmo um dano muito próximo do nível socialmente aceitável resultará, pela ampliação a todo o rol de consumidores prejudicados, em níveis que justifiquem a inversão. Poderá haver, portanto, da parte do juiz, motivação para impor a inversão do ônus da prova também neste caso.



Já em mercados de bens artesanais e de transações individuais a previsão de ação coletiva usualmente não se caracteriza, excetuados eventos em que o uso do bem resulte em danos a terceiros, sendo estes equiparados pela lei aos consumidores no que tange à compensação (art. 17).

## 5 Conclusões

O Código de Defesa do Consumidor tornou-se, a partir da sua introdução em 1990, um dos casos mais bem sucedidos de ampla adoção de uma lei no Brasil. Neste artigo, analisamos um dos instrumentos que mais contribuíram para esse sucesso, a inversão do ônus da prova.

Na primeira parte do trabalho construímos um modelo em que mostrou-se que o consumidor, confrontado a um mercado competitivo, tende a adotar níveis de precaução inferiores ao socialmente eficiente. Mostrou-se, também, que o produtor, quando instado a declarar *ex-ante* o nível de precaução que será adotado na produção do bem, decide esse nível considerando principalmente o comportamento do consumidor, o que poderá resultar em uma implementação de níveis melhores do que o declarado, se a firma tiver uma tecnologia eficiente, ou inferiores a este, se a tecnologia for ineficiente.

Diante do quadro, examinamos o problema da defesa do consumidor em juízo mediante a construção de um jogo em que o consumidor confronta uma firma que pode ter dois tipos, eficiente ou não. O juiz deverá decidir, antes de conhecer o tipo da firma, se determinará a inversão do ônus da prova.

Os resultados do jogo sugerem que, diante de uma situação *standard*, em que o consumidor individual de bens produzidos em escala industrial, com opções de tecnologia diversificadas, confronta uma estrutura de oferta de grande porte, a inversão do ônus da prova é a decisão de escolha do juiz. Tal escolha é reforçada quando se caracterizar a possibilidade de defesa coletiva em juízo.

No entanto, pode haver situações em que o juiz julgaria ser mais eficiente não proceder à inversão. Uma é a de mercados de bens artesanais e de transações individuais em mercados secundários, ou seja, de bens usados. Outra, mais interessante, é de uma estrutura industrial cujas opções de tecnologia assegurem um nível elevado de qualidade ou, pelo menos, um limite inferior de qualidade muito próximo do nível socialmente desejável.

Essa última inferência do modelo levanta uma questão de grande interesse para pesquisa futura. Na medida em que as empresas, adestradas pela experiência acumulada em ações de defesa do consumidor, adotam métodos de produção mais rigorosos, bem como padrões de contrato, de instruções de uso e de publicidade bastante precisos, de modo que a possibilidade de ocorrência de inadequação ao uso seja minimizada e os danos sejam moderados, pode-se evoluir para organizações de mercado em que a inversão do ônus da prova venha a tornar-se indesejável.

Não haveria, então, uma alternativa nitidamente superior. A eficácia da norma dependeria do modo como as relações de produção e de consumo evoluem no tempo, requerendo, pois, um exame periódico das práticas de mercado.

### **Referências bibliográficas**

CCH Inc. (1996). Managing for Products Liability Avoidance. Chicago, IL (EUA): CCH.

FAURE, Michael G. (2000). “Product liability and product safety in Europe: harmonization or differentiation?”. *Kyklos*, 53(4): 467-508.

MICELI, Thomas J. (1997). Economics of the Law. Oxford (GB): Oxford University Press.

PRIEST, George L. (1991). “The modern expansion of tort liability: its sources, its effects, and its reform”. *The Journal of Economic Perspectives*, 5(3): 31-50.

RINGLEB, Al H. e Steven N. WIGGINS (1990). “Liability and large-scale, long-term hazards”. *The Journal of Political Economy*, 98(3): 574-595.

VISCUSI, W. Kip (1991). “Product and occupational liability”. *The Journal of Economic Perspectives*, 5(3): 71-91.