

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Amanda Celli Cascaes

**A REDUÇÃO EQUITATIVA DA INDENIZAÇÃO E AS ATIVIDADES DE RISCO
PREVISTAS NO ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL: UMA
ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA**

Porto Alegre/RS

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Amanda Celli Cascaes

**A REDUÇÃO EQUITATIVA DA INDENIZAÇÃO E AS ATIVIDADES DE RISCO
PREVISTAS NO ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL: UMA
ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre/RS, maio de 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Adriana e Naige, por sempre terem me apoiado e acreditado no meu potencial. Agradeço por terem me ensinado o valor da educação e terem investido em mim, certos de que eu poderia realizar todos os meus sonhos através do conhecimento.

Agradeço ao meu orientador, Professor Cesar Santolim, que confiou na minha capacidade e na minha proposta de pesquisa, abrindo as portas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para mim e prestando todo o auxílio necessário ao longo dessa jornada. Suas contribuições foram muito valiosas e eu espero ter sido uma orientanda à altura da sua elevada competência docente.

Agradeço ao Professor Fernando Araújo, que me acolheu na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, permitindo que a pesquisa conduzida na biblioteca da FDUL, as lições em sala de aula e as discussões que tivemos sobre o tema (especialmente estas últimas) pudessem engrandecer este trabalho. As experiências que vivi e o conhecimento que adquiri durante o período em que estive em Lisboa foram excepcionais, assim como o privilégio de ter convivido com um grande mestre.

Agradeço à minha grande amiga Anelize Caminha, que compartilhou a experiência de viver em Lisboa e que tornou todos os momentos especiais, com o seu companheirismo e alegria constantes.

Por fim, agradeço ao Veirano Advogados e aos meus colegas do escritório, pela compreensão, apoio e paciência. Registro meu agradecimento especial à Graciela Travessas, bibliotecária competente e dedicada, cuja contribuição foi essencial durante todo o meu Curso de Mestrado.

RESUMO

A presente dissertação visa a analisar a cláusula de redução equitativa da indenização, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002. A aplicação da referida norma suscita intensos debates na doutrina e jurisprudência brasileiras, em especial no que tange à possibilidade de aplicação aos casos de responsabilidade objetiva. Nesse sentido, poder-se-ia argumentar que a redução da indenização impactaria na finalidade da norma expressa no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, inclusive no que tange aos incentivos para prevenção de danos. A partir de uma análise do contexto, evolução jurídica do conceito e seus elementos e funções, é realizada uma avaliação da possibilidade de aplicação e respectivos requisitos para a utilização do instituto de forma sistêmica e em consonância com o ordenamento jurídico vigente. Considerando que a *Law and Economics* permite ao intérprete antever os impactos da aplicação da norma na conduta dos agentes econômicos, em especial na internalização dos custos de prevenção, que são consequência direta de uma análise de custo e benefício entre a prevenção e o pagamento da indenização pela causação de um dano, consiste em importante ferramenta à disposição da comunidade jurídica para a análise do tema proposto. Deste modo, o tema será analisado à luz da doutrina da *Law and Economics*, que traz importantes contribuições para a discussão do tema, que afeta de forma direta o comportamento dos agentes de mercado que desenvolvem atividades consideradas de risco.

Palavras-chave: Teoria do risco. Fixação do valor da indenização. Redução equitativa da indenização. Análise econômica da responsabilidade civil. Eficiência. Segurança. Prevenção. Prevenção de danos.

ABSTRACT

The present dissertations aims at analyzing the equitable reduction of indemnification, introduced in Brazilian legal system through article 944, sole paragraph, of the Civil Code of 2002. The application of such rule raises intense debates in the Brazilian doctrine and case law, especially with regard to the possibility of application to cases of strict liability. In this sense, it could be argued that the reduction of indemnification would affect the purpose of the rule foreseen in article 927, sole paragraph, of the Civil Code, including with regard to incentives to the prevention of damage. From an analysis of the context, legal evolution of the concept and its elements and functions, an evaluation is conducted to assess the applicability and respective requirements for the use of the institute in a systemic way and in accordance with the current legal system. Given that *Law and Economics* allows the interpreter to foresee the impacts that the application of the rule will have on the conduct of economic agents, especially regarding the internalization of prevention costs, which are a direct consequence of a cost and benefit analysis between prevention and payment of compensation due to a damage caused, it is an important tool available to the legal community for the analysis of the proposed theme. Therefore, the subject will be analyzed in light of the *Law and Economics* doctrine that brings important contributions to the discussion, which directly affects the behavior of market agents who carry out activities considered risky.

Keywords: Risk theory. Fixing the amount of the indemnification. Equitable reduction of the indemnification. Economic analysis of civil liability. Efficiency. Safety. Precaution. Prevention of damages.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O IMPACTO DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADES DE RISCO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA	13
1.1 A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO COMO AFETAÇÃO DA CONDUTA DOS AGENTES ECONÔMICOS QUE EXPLORAM ATIVIDADES DE RISCO	13
1.1.1 O nível ótimo de precaução e os seus reflexos sobre o <i>quantum</i> indenizatório .	13
1.1.2 A prevenção de danos (<i>deterrence</i>) e os níveis de atividade.....	24
1.2 A CAUSALIDADE COMO ALTERNATIVA PARA A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NA TEORIA DO RISCO	32
1.2.1 O Teorema de Coase e o princípio do <i>cheapest cost avoider</i>	32
1.2.2 A alocação de responsabilidade de acordo com a contribuição causal dos agentes econômicos	51
2. A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E A SUA APLICAÇÃO À LUZ DA TEORIA DO RISCO.....	69
2.1 A CLÁUSULA DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO E SUA APLICAÇÃO A CASOS SUBMETIDOS AO DISPOSTO NO ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL	69
2.1.1 A cláusula de redução da indenização (artigo 944, parágrafo único, do Código Civil)	69
2.1.2 A finalidade do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil e as consequências da aplicação da cláusula de redução de indenização	80
2.2 A CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA PARA A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO ÂMBITO DA TEORIA DO RISCO	97
2.2.1 Behavioral Law and Economics	97
2.2.2 A proposta de desvinculação entre responsabilidade e indenização (<i>decoupling</i>): a culpa reduzida <i>lato sensu</i> e a função social da atividade de risco	108
2.2.3 As regras de proteção e regulamentação de direitos proposta por Calabresi e Melamed (<i>property and liability rules</i>)	114
CONCLUSÃO.....	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	129

INTRODUÇÃO

Mesmo diante de uma relação privada, envolvendo agentes econômicos plenamente capazes, o Direito possui um papel fundamental no balizamento da conduta das partes e, em especial diante da ocorrência de danos. A análise econômica do direito, ao incorporar a metodologia econômica ao pensamento jurídico, mostra-se uma ferramenta capaz de auxiliar o legislador e o julgador na avaliação do impacto que as suas decisões terão no comportamento dos agentes e na sociedade como um todo. Ainda que estejamos frente a indivíduos exercendo a sua autonomia privada, as decisões por eles tomadas são diretamente afetadas pelo sistema de incentivos que o direito lhes fornece.

A premissa central da *Law and Economics* consiste na constatação de que o ser humano busca aquilo que considera ser o melhor para si, agindo de maneira racional, no intuito de maximizar a sua utilidade. Nesse sentido, os indivíduos são influenciados pelos incentivos que recebem do meio em que vivem, gerados a partir de regras legais, que podem ser avaliadas com base na eficiência econômica originada pela sua aplicação.¹

Historicamente, a relação entre o Direito e a Economia foi marcada por certa hostilidade. Contudo, essa visão tem se modificado ao longo do tempo, justamente pela constatação da necessidade de interação entre as duas matérias. O embate entre o Direito e a Economia cresceu na década de 1980 no Brasil, com a avalanche de planos econômicos e com a Constituição Federal de 1988, que abriu novas fronteiras para o Poder Judiciário. Conforme aponta José Eduardo Faria, o Direito está preparado para decidir entre o legal e o ilegal, não sendo sua atribuição zelar pela estabilidade do mercado ou outros aspectos econômicos. Contudo, o Poder Judiciário não pode ser insensível ao sistema econômico e ao que ocorre no mercado, quando atua nos limites da sua capacidade operativa.²

A Economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento dos agentes econômicos. Através da comparação do custo da segurança com o custo implícito de acidentes, e visando à maximização dos seus lucros, o agente tende a ajustar a segurança da sua atividade até que o custo efetivo da segurança adicional seja igual ao

¹ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

² FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

preço implícito de acidentes adicionais. Percebe-se, portanto, que a Economia fornece uma teoria de ordem comportamental, para prever como as pessoas reagem às leis e às decisões judiciais. Nesse sentido, incorporar a metodologia econômica ao pensamento jurídico (objetivo da *Law and Economics*) faz com que problemas jurídicos sejam melhor resolvidos, através de uma análise de custo/benefício, das escolhas feitas pelos agentes racionais e das perspectivas que envolvem a tomada de decisões.

Na visão da *Law and Economics*, há três conceitos fundamentais: maximização, equilíbrio e eficiência. Os economistas geralmente supõem que cada agente econômico maximize algo. Os consumidores maximizam utilidade (felicidade ou satisfação), as empresas maximizam lucros, os políticos maximizam votos, por exemplo. O comportamento maximizador é visto na prática porque a maioria das pessoas são racionais, e a racionalidade exige a maximização. Uma concepção de racionalidade sustenta que um agente racional pode classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado.³

O equilíbrio, por sua vez, é um padrão de interação entre agentes maximizadores que, segundo a doutrina da *Law and Economics*, persiste a menos que seja perturbado por forças externas. Os economistas geralmente pressupõem que as interações tendem ao equilíbrio, independentemente de ocorrerem em mercados, clubes, jogos, empresas ou casamentos.⁴ Por fim, em termos estritamente econômicos, a eficiência refere-se à relação entre os benefícios e os custos agregados a uma dada situação. Diz-se que um processo de produção é eficiente quando qualquer uma das duas condições está presente: (i) não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando uma combinação de insumos de custo menor ou (ii) não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos.⁵

No processo de maximização da utilidade, os indivíduos reagem aos incentivos que recebem do ambiente em que vivem, incluindo o sistema de preços. As regras legais moldam os incentivos a que os indivíduos estão submetidos e, portanto, influenciam nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento, etc. Assim, as regras podem ser avaliadas com base na eficiência econômica gerada pela sua aplicação, podendo ser submetidas a prescrições normativas que tenham como intuito promover a eficiência do sistema econômico e social.

³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

⁴ Ibid.

⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

O Direito e a Economia, ao se aproximarem, tornaram-se essenciais um para o outro. As leis devem estar baseadas em incentivos (positivos ou negativos) para o seu cumprimento e, mais do que isso, para que atinjam os objetivos pretendidos. Além disso, o Direito tem um papel fundamental na definição das regras de acesso e de saída do mercado, e ainda regula a competição e a conduta nos setores em que há problemas de concorrência. Sobre o diálogo entre o Direito e a Economia, Diogo Mendonça⁶ refere:

Eliminar qualquer possibilidade de diálogo entre direito e economia, além de ser postura pretenciosa, contrária a uma plêiade histórica de autores das duas áreas do conhecimento, configura uma visão míope, com perigosos efeitos antissociais. O debate pode ser producente, aí sim, quando se questiona a medida em que o direito, uma ciência axiológica e normativa, deve considerar questões ligadas à eficiência.

No âmbito das políticas públicas, a Economia revela-se extremamente útil para o Direito em sua formulação. Se o Direito é visto como um conjunto de incentivos para determinar o comportamento humano por meio de incentivos econômicos, sua atuação equivale à de um indutor de condutas. Portanto, é nesse sentido que se torna um aliado das políticas públicas que conferem eficácia, garantia de segurança e estabilidade do sistema.

Nesse cenário, surge o binômio eficiência e justiça. A eficiência é fundamental para o economista, e a justiça é o elemento que rege a discussão jurídica. A dificuldade reside justamente em ajustar a eficiência econômica (que parte de comportamentos racionais) com a busca pela justiça baseada no comportamento humano. Ainda que haja dificuldade de comunicação entre as duas áreas, a Economia pode atuar em colaboração com os juristas, a fim de perseguir a justiça com eficiência. Sobre o tema, Cooter e Ulen⁷ afirmam:

A resolução da maioria das disputas jurídicas – como, por exemplo, se o réu precisa pagar ressarcimento de danos ou se ele tem de desistir de uma atividade específica – tem valor monetário. O valor monetário que está em jogo é o risco na disputa. Decidir um litígio jurídico quase sempre implica alocar o risco entre as partes. A decisão a respeito de quanto do risco cada parte recebe cria um incentivo para o comportamento futuro, não só das partes

⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 28.

⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 30.

específicas envolvidas nessa disputa, mas de todas as outras que estiverem numa situação semelhante.

A partir dessa premissa, o presente trabalho propõe-se a analisar uma importante inovação no âmbito da responsabilidade civil trazida pelo Código Civil de 2002, que consiste na possibilidade de redução equitativa do valor da indenização, nos termos do artigo 944, parágrafo único – regra a ser aplicada de forma excepcional, tendo em vista o princípio da reparação integral do dano (previsto no artigo 944, *caput*, do Código Civil). O foco da análise será outra importante inovação prevista no referido diploma legal, qual seja, a cláusula geral fundada no risco da atividade, prevista no artigo 927, parágrafo único.

Esclarece-se desde já que, neste trabalho, serão abordadas apenas as atividades de risco empreendidas por agentes econômicos visando ao lucro. Ainda que existam cláusulas específicas de responsabilidade objetiva (como ocorre no âmbito do Direito do Consumidor e Direito Ambiental, por exemplo), optou-se por analisar a questão do ponto de vista da cláusula geral do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

O intuito do legislador ao desvincular a obrigação de reparação do dano à noção de culpa do causador visa ao reestabelecimento de um equilíbrio social, rompido ante a maior exposição a riscos de acidentes e a incerteza da sua reparação em decorrência da dificuldade em se perquirir e comprovar a culpa.⁸ A preocupação do legislador reflete fatos próprios da evolução e mutabilidade da sociedade, na medida em que a inovação e a massificação das relações jurídicas expuseram a sociedade a riscos maiores, aos quais a teoria subjetiva não propunha soluções adequadas. Sobre o tema, Alvino Lima⁹ destaca:

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa, não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de

⁸ ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁹ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 119-120.

diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano.

Na responsabilidade pelo risco, a fixação da indenização pelos danos causados por tais atividades pressupõe a observância da finalidade pretendida com a norma de objetivação da responsabilidade. Na visão de Manuel Carneiro da Frada¹⁰:

Em todo o caso, há que ter em conta o estabelecimento de limites quantitativos a esta responsabilidade – que podem ser importantes para garantir a susceptibilidade de segurar o risco, e a existência de causas gerais de exclusão da mesma, como a força maior ou um facto imputável ao lesado. Uns e outros contrabalançam uma responsabilidade independente de culpa.

Nesse sentido, a redução equitativa do valor da indenização pode ser vista como uma cláusula incompatível com a responsabilização objetiva, por perquirir a graduação da culpa ou pela possibilidade afetar a própria finalidade do instituto. Por outro lado, a cláusula de redução da indenização, ainda que em âmbito de responsabilidade objetiva pela exploração de atividades de risco, pode consistir em uma alternativa hábil a incentivar comportamentos eficientes pelos agentes económicos, no que tange à prevenção de danos. Como aponta Fernando Araújo, as regras de responsabilidade civil interferem na conduta dos agentes e nas estratégias de prevenção de danos que serão por eles adotadas:

É que, como dano pode ser evitado por um adequado nível de prevenção, a teoria económica da responsabilidade delitual está assente numa “economia da prevenção” – um universo de “estratégias óptimas” entre estranhos que provocam lesões fora dos âmbitos contratuais ou fora da estrutura de mercado, assente na ideia básica de que os regimes indemnizatórios fornecem os incentivos à actividade económica das pessoas, interferindo com a respectiva racionalidade na escolha de níveis de risco e de actividade.¹¹

O estudo tem como ponto de partida o exame da teoria e importantes contribuições da doutrina da *Law and Economics*, fornecendo os elementos para que a análise específica da possibilidade ou não de aplicação da cláusula de redução da indenização às atividades de risco seja feita já sob a ótica e de acordo com os conceitos económicos de racionalidade, eficiência, incentivos à prevenção de danos, e com a proposta de alocação de responsabilidade com base na contribuição causal dos agentes económicos. Na segunda parte do trabalho, abordar-se-á a controvérsia jurídica existente sobre o tema, em especial as finalidades pretendidas pelo

¹⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito civil, responsabilidade civil: o método do caso**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 84.

¹¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 841.

legislador com as normas em questão (artigo 944, parágrafo único, e artigo 927, parágrafo único, ambos do Código Civil) e a avaliação da possibilidade de aplicação conjunta de tais preceitos. Ainda, abordar-se-ão as propostas e contribuições específicas da *Law and Economics* ao tema deste estudo, que poderiam ser aplicadas no âmbito de resolução de controvérsias para permitir um atingimento mais eficaz do binômio eficiência e justiça.

1. O IMPACTO DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADES DE RISCO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA

1.1 A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO COMO AFETAÇÃO DA CONDUTA DOS AGENTES ECONÔMICOS QUE EXPLORAM ATIVIDADES DE RISCO

1.1.1 O nível ótimo de precaução e os seus reflexos sobre o *quantum* indenizatório

A análise da responsabilidade civil ganhou novas perspectivas a partir da disciplina da *Law and Economics*, que consiste em valiosa ferramenta para a ampliação da concepção e avaliação do tema para além do modelo jurídico tradicional. A partir da premissa de que os indivíduos são racionais e reagem aos incentivos que recebem do meio em que vivem, a *Law and Economics* provou ser um instrumento valioso para auxiliar outras áreas do direito na avaliação das reações e consequências de várias medidas e sanções judiciais na conduta dos agentes.

Para os economistas, as sanções são semelhantes aos preços, uma vez que as pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos de determinado produto. Quando se trata da lei, as pessoas reagem a duras sanções legais praticando menos daquela atividade sancionada.¹² Nesse sentido, a jurista Rachel Sztajn¹³ ressalta:

O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta (dever-ser) que modelam relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos, os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia e as organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional.

A análise econômica constitui uma abordagem consideravelmente mais objetiva do tema, na medida em que a responsabilização é desejável se fornece os incentivos adequados para que o agente adote um nível ótimo de precaução no exercício da sua atividade. Assim, a fixação da indenização assume papel central diante do desenvolvimento de atividades de risco,

¹² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

¹³ SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 102.

na medida em que pode gerar incentivos inadequados aos agentes.¹⁴ Na visão do autor português Manuel Carneiro da Frada¹⁵, o *quantum* indenizatório está diretamente relacionado às funções da responsabilidade civil e à forma como elas interagem:

A mais importante dessas funções é a ressarcitória, destinada a eliminar um dano, ora mediante restauração natural, ora através de um equivalente indenizatório, ora, nos danos não patrimoniais, por via (*stricto sensu*) compensatória.

Deve, em todo caso, dar-se especial atenção à função de prevenção, que aflora em algumas soluções legais e que se predica essencialmente da responsabilidade civil por infracção de regras de agir. Para além desta, é objecto de discussão o alcance e o sentido de uma função retributiva, ligada também à violação *regulae agendi*. Sobretudo em articulação com o mecanismo de seguro, há que ponderar igualmente uma função social (re)distributiva.

A função preventiva da responsabilidade civil é uma questão que merece atenção especialmente quando se está diante de um dano causado por um agente econômico no desenvolvimento de uma atividade considerada lícita. Cooter e Ulen ressaltam que as indenizações têm o objetivo de “devolver a vítima ao nível de utilidade ou curva de indiferença que ocupavam antes do ato ilícito”, mas também são um mecanismo de fixação do preço que o causador do dano deve pagar por ter prejudicado a vítima.¹⁶

Nesse sentido, a estipulação do valor da indenização mostra-se essencial à finalidade de desestimular ou inibir determinadas atividades de risco, para determinar o nível de prevenção e segurança que deverá ser adotado pelo agente no desempenho da atividade, e também como um importante elemento de concretização das políticas públicas concernentes a determinadas atividades de risco. Justamente porque se espera que o agente econômico que desempenha tal atividade tome decisões racionais baseadas em uma comparação dos custos e benefícios relacionados à adoção de medidas de prevenção de danos.¹⁷

A finalidade do instituto está atrelada, portanto, à dissuasão da prática de certo comportamento social, contribuindo para observância do dever de segurança e precaução. Sobre

¹⁴ PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Belo Horizonte, v. 20, p. 309-338, 2010.

¹⁵ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito civil, responsabilidade civil: o método do caso**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 64.

¹⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 381.

¹⁷ *Ibid.*

o tema, Mackaay e Rousseau referem que “[o] custo do prejuízo estimado ou do acidente determina em que medida a adoção de mecanismos de precaução se justifica”.¹⁸ O jurista Cesar Santolim¹⁹ explica que o conhecimento, pelos demais agentes econômicos, das consequências sofridas pelo causador do dano funciona como um sinalizador, induzindo medidas de prevenção:

O adequado funcionamento dos mecanismos de responsabilidade civil funciona como sinalização, seja para aquele que é reconhecido como o causador do dano, seja para terceiros, acerca das consequências do ato praticado, dissuadindo-os quanto a uma eventual recorrência. Na relação direta com a efetividade das soluções jurídicas de responsabilização civil está a possibilidade de estas consequências serem percebidas a priori pelos sujeitos potencialmente envolvidos, induzindo medidas de prevenção.

Na lição de Hugo Acciarri, a responsabilidade a que o agente econômico estará exposto na hipótese de ocorrência de danos operam como um incentivo para que este agente faça ou deixe de fazer investimentos na prevenção de danos. Diante de consequências diversas, a conduta do agente no que tange ao cuidado tomado no desenvolvimento da atividade, ao investimento em prevenção e à intensidade com que a atividade é desenvolvida também não será a mesma:

Se este [provável autor do dano] não responder de nenhum modo, seu interesse em prevenir previsivelmente seria (senão zero) menor do que se encarasse uma indenização. Por outro lado, se antever que deverá responder, investir em prevenção não será para esse sujeito mais que um meio destinado a evitar uma consequência desagradável (pagar uma indenização).²⁰

Em sua obra, Antonio Porto e Lucas Gomes trazem um exemplo bastante elucidativo. No caso *Adams v. Bullock*, um garoto de 12 anos, ao atravessar uma ponte que cruzava os trilhos de uma empresa ferroviária, atirou um fio de metal que atingiu a parte elétrica dos trilhos, provocando um choque elétrico que lhe causou sérios ferimentos. Ao analisar o processo judicial iniciado pelos familiares do garoto, os julgadores posicionaram-se em favor da parte ré (empresa ferroviária), concluindo que a probabilidade da ocorrência de acidente semelhante era

¹⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 372.

¹⁹ SANTOLIM, Cesar. Nexos de causalidade e prevenção responsabilidade civil. **Revista da AJURIS**, V. 41, N. 146, Porto Alegre, 2014. p. 93.

²⁰ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

excessivamente reduzida, ao passo que os custos para prevenção do acidente (por meio de isolamento do material elétrico) era excessivamente alto e, portanto, não se justificava.²¹

A análise econômica do direito defende, primordialmente, que a responsabilização do lesante deve equivaler à extensão fiel dos danos por ele causados, sob pena de gerar consequências socialmente indesejáveis (resultados ineficientes).²² Isso porque, ao responder pelos danos causados em sua integralidade, os agentes econômicos que desenvolvem atividades de risco teriam incentivos adequados para a adoção de medidas eficientes de precaução, ou seja, medidas que possuem custos inferiores à respectiva redução nos danos esperados do desenvolvimento de determinada atividade de risco. Esse é o entendimento de Hugo Acciari:²³ sobre o tema:

[...] o potencial causador do dano enfrenta uma decisão entre o benefício que lhe proporcionará realizar uma atividade de acordo com certas bases (por exemplo, adotando certos níveis de precaução) e o custo que lhe infligirá assumir a indenização de um dano, no caso deste ser produzido.

Desta forma, os ganhos do empreendedor com o desenvolvimento da atividade devem sempre exceder à soma dos danos esperados (que deverão ser indenizados) e dos custos com medidas de prevenção de danos, sob pena de inviabilizar a exploração de atividades socialmente valiosas.²⁴ Por outro lado, a fixação da indenização em montante inferior ao dano causado pela atividade (*underdeterrence*) – em virtude da aplicação da cláusula de redução equitativa da indenização – tenderia a provocar uma dissuasão inferior ao patamar considerado ótimo, conforme pontuam Cooter e Ulen²⁵:

Se o ressarcimento concedido pelo tribunal fica consistentemente aquém da indenização perfeita, o autor do dano externalizará parte do custo do dano acidental; assim, terá incentivos para tomar precauções deficientes. [...] Em geral, erros consistentes dos tribunais ao deixarem de responsabilizar os

²¹ PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Belo Horizonte, v. 20, p. 309-338, 2010.

²² POLINSKI, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Punitive damages: an economic analysis**. Cambridge (USA): Harvard Law Review. v. 111, 1998.

²³ ACCIARI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 64.

²⁴ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Nexos de causalidade e responsabilidade civil: uma abordagem econômica. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Coord.). **Direito e Economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 349.

autores dos danos sob uma regra de responsabilidade civil objetiva faz com que os autores de dano subsequentes tomem menos precauções.

Nesse sentido é o entendimento de Richard Posner²⁶ sobre o tema: “[p]otential injurers subject to a rule of strict liability will automatically take into account possible changes in activity level, as well as possible changes in expenditures on care, in deciding whether to prevent accidents”. Sob esse enfoque, o dano pode ser considerado uma externalidade negativa do exercício da atividade, em relação ao qual o agente deve escolher o nível de precaução e de atividade a ser adotado.

Na visão dos referidos autores, a indenização poderia ser fixada em patamar inferior ao dano causado por um erro do tribunal, mas a mesma lógica poderia ser aplicada aos casos de redução da indenização com base no disposto no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil. Um potencial causador de danos poderá deixar de tomar certas medidas de prevenção de acidentes se tiver ciência de que, em caso análogo, o julgador reduziu o valor da indenização, externalizando tais custos.

Hugo Acciarri destaca que há dois tipos de prevenção (*general* e *specific deterrence*), com diferentes consequências, assim definidas:

Nesta dimensão da prevenção [*general deterrence*], o potencial causador do dano enfrenta *uma decisão entre o benefício que lhe proporcionará realizar uma atividade de acordo a certas bases (por exemplo, adotando certos níveis de precauções) e o custo que lhe infligirá assumir a indenização de um dano, no caso deste ser produzido*. Logo, nesse cenário, decidirá *por si só*, se irá empreender essa atividade ou não, e que precauções adotar nesse caso. Na *specific deterrence*, diferentemente da anterior, haverá uma decisão estatal que impedirá a realização de certas atividades, subtraindo do causador do dano a decisão sobre realizá-las ou não.²⁷ (Grifo no original)

No caso da *general deterrence*, caso o custo social de uma determinada atividade seja superior ao benefício obtido pelo agente econômico que a explora, tais atividades deixarão de ser desenvolvidas:

Mais precisamente: se um sistema jurídico impusesse, a título de indenização, um valor idêntico ao dano que essa atividade fosse infligir aos outros, só se

²⁶ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 9. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2014. p. 205.

²⁷ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 64.

realizariam atividades que excedessem esse custo e, portanto, que tenham um benefício social preciso. Caso contrário, empreender a atividade seria ruinoso, pois o benefício esperado desta não compensaria o custo que seria irrogado ao autor em empreendê-la.²⁸

Além disso, diante de agentes econômicos com solvência nula ou limitada, a ameaça de pagamento de indenização pode não ser suficiente para gerar um incentivo de prevenção, de forma que a *general deterrence* não será uma alternativa eficiente. Por outro lado, levando-se em consideração a *specific deterrence*, deve-se observar que as partes podem ter um nível diferente de informação quando à atividade e aos custos dos danos sofridos. Espera-se que o agente econômico que desenvolve uma atividade de risco tenha mais conhecimento sobre tal atividade (ou possa obter tal informação mais facilmente) do que o Estado. Assim, “o sistema de responsabilidade, dispositivo gerador típico de *general deterrence*, muitas vezes lida melhor com o balanço entre custos e benefícios sociais que as medidas de *specific deterrence*”.²⁹

Ainda, Guido Calabresi menciona a existência de uma *market deterrence*, que parte das premissas de que (i) um agente econômico tem mais conhecimento dos riscos e das formas de mitigá-los do que os demais; (ii) este agente está em melhores condições de eficientemente escolher a alternativa mais barata para a prevenção de danos e (iii) está em melhor posição para adotar ou propor modificações de comportamento nas situações nas quais tais modificações representam a forma mais eficiente para reduzir a ocorrência de acidentes ou a gravidade dos danos.³⁰ Nas palavras de Guido Calabresi:

Operating in a world in which perfect markets do not and cannot exist, a market deterrence approach places injury costs on those actors who can best decide whether avoidance is cheaper than bearing costs. The object is to place the incentives for choosing between accident costs and their avoidance on those actors who, as a practical matter, we believe will choose most effectively.³¹

Assim, o agente econômico que, na prática, combina tais elementos é o *cheapest cost avoider* (cuja análise será aprofundada mais adiante neste trabalho), que seria responsabilizado pelos danos oriundos do acidente de acordo com o padrão de *market deterrence*. Contudo, a

²⁸ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 69.

²⁹ Ibid. p. 69.

³⁰ CALABRESI, Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. **University of Chicago Law Review**, V. 43, N. 1, 1975. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol43/iss1/20>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

³¹ Ibid. p. 84.

presença de nexos causal é indispensável para a *market deterrence*, pois pressupõe que o agente econômico avalie e decida se é eficiente investir em segurança e prevenção de danos, como explica Guido Calabresi:

This function is performed by the creation of an actuarial basis from which actors can decide whether future safety costs are cheaper or more expensive than future injury costs. Which party should be the one to make this decision depends, in part, on the existence of a causal link, a prediction of future risks.³²

A regra de responsabilidade objetiva deriva da constatação de que, diante da responsabilização independentemente de culpa, os agentes econômicos tomarão medidas adicionais para a prevenção de danos, justamente porque eles são os conhecedores do risco da sua atividade. Os agentes econômicos estariam em melhores condições de identificar os riscos e agir para preveni-los:

The same one-sidedness of risk creation that points to the fairness of strict liability also supports this safety rationale. To minimize risks courts should look to the enterprise that creates those risks, not the innocent bystander or neighbor. [...] Enterprises engaged in hazardous activities, not their potential victims, are in the best position to know of or learn about potential risks and to act to minimize those risks.³³

A identificação do nível eficiente de precaução estimulou um juiz-norte americano a desenvolver a chamada “Regra de Hand”, no processo *United States v. Carroll Towing Co.* No referido processo, várias barcaças foram amarradas com uma única corda de ancoragem a diversos píeres, no porto de Nova Iorque. O réu na ação judicial havia sido contratado para levar uma das barcaças para fora do porto, e, ao realizar tal tarefa, reajustou as cordas de ancoragem por não ter localizado ninguém a bordo das barcaças. Contudo, o ajuste não foi feito corretamente, de forma que uma das barcaças veio posteriormente a se soltar, colidindo com outra embarcação e afundando. O proprietário da barcaça afundada processou o proprietário do rebocador, que alegou, por sua vez, que o barqueiro havia sido negligente por não ter deixado um barqueiro a bordo para ajustar as cordas de ancoragem.³⁴

³² CALABRESI, Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. **University of Chicago Law Review**, V. 43, N. 1, 1975. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol43/iss1/20>>. Acesso em: 05 fev. 2017. p. 85.

³³ NOLAN, Virginia E.; URSIN, Edmund. The Revitalization of Hazardous Activity Strict Liability. **North Carolina Law Review**, v. 65, n. 2, p. 257-314, jan. 1987. p. 292.

³⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Ao analisar o caso, o juiz Learned Hand formulou uma regra para atribuição de responsabilidade baseada no nível eficiente de cuidado, levando em consideração três variáveis: (i) a probabilidade de que a embarcação vá se soltar; (ii) a gravidade do dano resultante; e (iii) o ônus da tomada das precauções adequadas. No caso em questão, a conclusão foi no sentido de que o ônus de manter um barqueiro a bordo era inferior à multiplicação do dano pela probabilidade da sua ocorrência ($O < PR$, sendo 'O' o ônus, 'P' a probabilidade e 'R' o dano). Logo, o proprietário da barcaça foi considerado negligente por não ter mantido um barqueiro a bordo durante o expediente.³⁵

Sobre o tema, Cooter e Ulen³⁶ explicam que, quando aplicada incorretamente pelos tribunais, a regra de Hand estimula os agentes econômicos a tomarem precauções em nível inferior ao que seria considerado eficiente:

A regra marginal de Hand afirma que o autor do dano é culpado se o custo marginal de sua precaução é menor do que o benefício marginal resultante. Portanto, o autor do dano é responsável sob a regra de Hand quando a precaução adicional se justifica em termos de custos. [...] Os tribunais norte-americanos têm errado consistentemente na aplicação da regra de Hand de uma forma que afeta significativamente os resultados. Ao aplicar a regra de Hand, os tribunais precisam contrabalançar o ônus do autor do dano contra o benefício *total* da precaução.

Na visão de Diogo Mendonça, a fórmula de Hand representa um aprimoramento dos conceitos de *bonus pater familias* e do *reasonable man*, que consistem em padrões amplos de diligência, incapazes de refletir a complexidade de relações que existem na sociedade moderna:

A regra de Hand possibilita que sejam criados standards aplicáveis a cada situação, considerando as circunstâncias do caso concreto, especialmente os comportamentos adotados pelos sujeitos envolvidos. Ainda, a aplicação da regra de Hand pode se mostrar adequada para a criação de parâmetros regulatórios de condutas avaliadas à luz de um nível eficiente de precaução, como, por exemplo, na definição da velocidade permitida em ruas e estradas.³⁷

Uma questão a ser levantada, sob este enfoque, reside na constatação de que o Poder Judiciário, por meio da majoração ou minoração do *quantum* indenizatório nas hipóteses de ocorrência de danos, poderia consistir em relevante mecanismo a afetar o comportamento dos

³⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

³⁶ *Ibid.* p. 346-347.

³⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

agentes de mercado, em especial no que diz respeito aos deveres de segurança e prevenção de danos. Ainda na visão de Cooter e Ulen³⁸:

A chave para atingir o ótimo social onde há externalidades é induzir os maximizadores de lucro privados a restringir sua produção ao ponto socialmente ótimo, e não ao ponto privadamente ótimo. Isto é feito por políticas públicas que levem a empresa a operar ao longo da curva do custo marginal social, e não ao longo da curva do custo marginal privado. Quando se atinge isso, diz-se que a externalidade foi *internalizada*, no sentido de que a empresa privada agora a leva em consideração.

Nessa linha, pode-se dizer que os agentes econômicos, quando adotam medidas de precaução, internalizam os custos daí decorrentes, computando-os como custos para o desenvolvimento da atividade de risco por eles explorada. Howell Jackson et al.³⁹ referem:

[...] the socially optimal behavior of injurers can be determined in two steps: (1) first by finding the level of care that minimizes total accident costs incurred each time injurers engage in their activity and (2) then by raising the level of activity as long as the marginal utility injurers derive exceeds the increment to total social costs.

Na visão de Steven Shavell⁴⁰, estando o agente empreendedor da atividade de risco obrigado a ressarcir todos os danos causados à vítima, o seu interesse estará alinhado ao objetivo de redução dos custos sociais, levando-o a adotar o nível ótimo de prevenção:

Under the rule of strict liability, injurers must, by definition, pay for all accident losses that they cause. Hence, injurers' total costs will equal total social costs; and because injurers will seek to minimize their own total costs, injurers' goal will be identical to the social goal of minimizing total social costs. Consequently, strict liability induces injurers to choose the socially optimal level of care.

Assim, uma indenização dita perfeita estaria diretamente atrelada à finalidade econômica dos incentivos aos agentes que atuam no mercado. Isso porque, “[s]e os autores dos danos em potencial são responsáveis pelo pagamento de indenizações perfeitas, então tentarão

³⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 62.

³⁹ JACKSON, Howell; KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven; VISCUSI, W. Kip; COPE, David. **Analytical Methods for Lawyers**. New York: Foundation Press, 2003. p. 403.

⁴⁰ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge (USA): Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 179-180.

internalizar os prejuízos externos causados por acidentes, o que criará incentivos para que tomem precauções eficientes”.⁴¹

Nessa perspectiva, a fixação da indenização em patamar inferior ao dano produzido (ainda que amparada pela cláusula de redução equitativa, e não decorrente de um erro do julgador) poderia incentivar os agentes econômicos a tomarem medidas preventivas deficientes, considerando que tais medidas representam um custo que poderia não compensar frente à indenização que será arbitrada pelo tribunal no evento da ocorrência do dano. Assim, ainda que a cláusula de redução da indenização esteja amparada em uma noção de equidade, é possível afirmar que, do ponto de vista econômico, a sua aplicação poderia impactar negativamente na conduta dos agentes econômicos que exploram atividades de risco, induzindo-os a adotar um nível deficiente de precaução e aumentando, conseqüentemente, os episódios de ocorrência de danos.

Por outro lado, a sinalização, para o agente econômico, de que o valor da indenização poderá ser reduzido quando o julgador verificar que ele adotou medidas idôneas para fins de prevenção de danos poderia funcionar como um incentivo para o exercício eficiente do dever de segurança. Em sede de atividades consideradas perigosas, a finalidade da responsabilização objetiva reside justamente no incentivo ao desenvolvimento da atividade em seu nível mais seguro (levando-se em consideração, por óbvio, os custos de investimento em segurança frente ao valor da indenização a ser paga), de forma que a sinalização de uma possível redução do *quantum* indenizatório pelo julgador poderia influenciar positivamente a conduta dos agentes de mercado, em especial quando os danos em potencial relacionados à atividade tendem a ser de grandes proporções, dando origem a indenizações vultuosas.

Em uma visão funcional, a responsabilidade civil é vista como um meio para o atingimento de objetivos externos, como é o caso da eficiência quando se está diante de uma análise econômica. Diogo Mendonça salienta que a discussão acerca do fundamento filosófico da responsabilidade civil divide-se entre uma compreensão formalista, baseada na ideia de justiça corretiva aristotélica, e uma concepção funcionalista, que encara o direito privado de uma perspectiva externa, “como um instrumento para a obtenção de fins econômicos e

⁴¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 382.

sociais”.⁴² Há autores que defendem que o direito privado somente pode ser compreendido a partir de uma perspectiva interna, como é o caso de Ernest Weinrib, que questiona a visão de que a responsabilidade civil possa ser vista a partir dos seus objetivos, como é o caso da prevenção de danos, compensação da vítima, observância de níveis eficientes de precaução e de atividade.⁴³ Sobre o tema, Weinrib⁴⁴ afirma:

For example, compensation and deterrence, the two standard goals ascribed to tort law, have no intrinsic connection: nothing about compensation as such justifies its limitation to those who are the victims of deterrable harms, just as nothing about deterrence as such justifies its limitation to acts that produce compensable injuries. Understood from the standpoint of mutually independent goals, private law is a congeries of unharmonized and competing purposes.

Em contrapartida, é possível considerar a responsabilidade civil a partir da sua visão funcional, ou seja, como um instrumento existente para a concretização de um determinado objetivo desejável socialmente. No caso de danos ocorridos a partir de atividades consideradas de risco, objetivos como a dissuasão ou a prevenção de danos poderiam ser mais facilmente atingidos por meio da utilização de conceitos da análise econômica, a partir da constatação de que agentes de mercado reagem aos incentivos oriundos de decisões judiciais ou legislativas. Sobre o tema, Diogo Mendonça⁴⁵ destaca:

É também o que sustenta, do ponto de vista do Direito e Economia, a regra segundo a qual os custos de um acidente devem ser atribuídos àquele que estava em melhor posição para ter evitado o dano (cheapest cost avoider). Em resumo, a igualdade absoluta, que abstrai os méritos e as necessidades dos sujeitos envolvidos na relação, passa a conviver com a igualdade material ou proporcional também na disciplina da responsabilidade civil.

Eugênio Battesini aponta que a visão funcional da responsabilidade civil, amparada nas noções de prevenção e de maximização do bem-estar social, é relevante, mas não a qualquer preço. Segundo o autor, “o objetivo da responsabilidade civil deve influenciar o comportamento

⁴² MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.

⁴³ WEINRIB, Ernest J. **The Idea of Private Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁴⁴ *Ibid.* p. 364.

⁴⁵ MENDONÇA, Diogo Naves. *Op. Cit.* p. 47.

das pessoas para que elas previnam acidentes que possam ser prevenidos sob a perspectiva do bem-estar social”.⁴⁶ Analisando essa posição, Diogo Mendonça⁴⁷ pontua:

A análise econômica, embora seja uma das mais notáveis manifestações desse modo de pensamento, é apenas um dos vários exemplos da compreensão do direito privado a partir de seus fins. Quer se defenda a maximização da riqueza, a prevenção dos atos lesivos, a manutenção da liberdade ou a socialização dos danos, a diferença estará apenas na escolha do objetivo a ser perseguido, mantido o ponto comum consistente na busca por algum fim externo à racionalidade do direito privado.

Note-se que a previsão normativa de redução do valor de indenização com base na equidade (artigo 944, parágrafo único, do Código Civil) extrapola a visão simplista de ganho ilícito do causador do dano e perda da vítima, uma vez que leva em consideração aspectos externos, denotando o seu caráter funcional. A finalidade de incentivar a prevenção de danos e a análise da posição econômica do ofensor, presentes na fixação do *quantum* indenizatório em razão do disposto na cláusula de redução equitativa da indenização, compreendem uma “lógica econômica fundada na teoria dos incentivos”.⁴⁸

1.1.2 A prevenção de danos (*deterrence*) e os níveis de atividade

Os agentes econômicos que desenvolvem atividades de risco deveriam adotar um nível de precaução eficiente, a fim de evitar a ocorrência de danos sem comprometer a eficiência da sua atividade. Contudo, a falta de indicação, por parte dos tribunais, de como a precaução tomada pelo agente será avaliada diante da ocorrência de um dano pode acarretar precauções em níveis considerados não eficientes, ou excessivos. Os autores Cooter e Ulen sinalizam que “[a] incerteza sobre como o tribunal avaliará o nível de precaução de uma parte com relação ao parâmetro jurídico de cuidado leva a maioria dos autores de danos a se precaverem mais do que o parâmetro jurídico de cuidado ordena”.⁴⁹

Entretanto, não apenas os níveis de precaução tomados pelo agente devem ser objeto de análise pelos tribunais para fins de fixação do valor da indenização. Isso porque a ocorrência

⁴⁶ BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011. p. 107.

⁴⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

⁴⁸ Ibid. p. 46.

⁴⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 379.

de danos não está ligada somente às precauções tomadas pelo agente, mas também à probabilidade de ocorrência de danos. Um agente econômico que exerce uma atividade de risco em quantidade maior do que outro agente econômico que exerce a mesma atividade expõe a sociedade a um risco marginal de causar danos mais elevado, ou seja, a probabilidade de causar um dano é maior em comparação a outro agente econômico. São os chamados níveis de atividade.

Cooter e Ulen explicam os níveis de atividade por meio do seguinte exemplo: a probabilidade de um acidente de trânsito depende não somente do nível de precaução do motorista, mas também da quantidade de horas ou quilômetros que ele dirige. Um indivíduo que dirige dez mil quilômetros por ano está sujeito a uma probabilidade dez vezes maior do que se dirigisse apenas mil quilômetros por ano.⁵⁰

Logo, o nível de precaução não é o único elemento a ser levado em consideração para determinar o regime de responsabilidade ou os parâmetros para a fixação do valor de indenização. É relevante que os agentes econômicos atuem em um nível eficiente de atividade, como observa Vasco Rodrigues⁵¹:

A determinação do nível eficiente de atividade obedece aos princípios económicos habituais: cada agente deve aumentar o seu nível de atividade enquanto o benefício marginal exceder o custo marginal. Numa situação eficiente, o benefício marginal da última unidade de atividade deve ser igual ao respectivo custo marginal.

Os regimes de responsabilidade (subjéctiva ou objectiva) afetam os níveis de atividade que são desenvolvidas pelos agentes económicos. Em casos sujeitos à responsabilidade subjéctiva, o causador de danos pode adotar um parâmetro jurídico aceitável de cuidado e desconsiderar os níveis de atividade. Retomando o exemplo de Cooter e Ulen, o motorista pode adotar um nível de precaução eficiente, mas a quantidade de horas ou quilômetros que dirige não seria um elemento observado pelos tribunais:

Assim, o motorista pode aumentar dez vezes o número de quilômetros que dirige, o que aumenta dez vezes o risco de causar dano a outras pessoas, sem aumentar sua medida de responsabilização esperada. Sob uma regra de

⁵⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

⁵¹ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 103.

responsabilidade subjetiva, o risco marginal de causar danos a outras pessoas decorrente de dirigir é mais externalizado.⁵²

Por outro lado, um regime de responsabilização objetiva, aos quais os agentes econômicos que desenvolvem atividades de risco estão sujeitos, faz com que os agentes adotem não somente um nível de precaução eficiente, mas também um nível de atividade eficiente. Os incentivos para o desenvolvimento eficiente de uma atividade de risco são, portanto, afetados de forma positiva pela objetivação da responsabilidade:

A estrutura do incentivo é bem diferente sob uma regra de responsabilidade objetiva. Se um motorista é objetivamente responsável pelo dano causado, ele internaliza os custos sociais de acidentes resultantes de qualquer fonte – seja do nível de atividade, seja da falta de precaução. A responsabilidade objetiva induz o autor de dano em potencial a colocar em seu nível eficiente cada variável que afete a probabilidade de um acidente.⁵³

Como visto, o comportamento do causador de danos deve ser avaliado pelo seu nível de precaução e nível de atividade – elementos que afetam a eficiência e deveriam ser levados em consideração pelos tribunais para fins de fixação do *quantum* indenizatório. Vasco Rodrigues propõe que a eficiência seja apurada em duas etapas:

[P]rimeiro, determinar o nível de precaução que minimiza os custos totais do acidente de cada vez que o causador desenvolve a atividade em causa [...]; depois, assumindo que o causador toma esse nível eficiente de precaução, determinar o nível de atividade que máxima o bem-estar social.⁵⁴

Contudo, o autor aponta que a identificação, pelo legislador ou pelo julgador, do nível de atividade considerada eficiente para uma determinada atividade ou agente econômico representa grande dificuldade em virtude da exigência informativa. Para que a identificação do nível de atividade eficiente possa ser feita, pressupõe-se que o legislador ou julgador seja conhecedor (i) dos custos associados aos acidentes e danos gerados pela atividade; (ii) dos benefícios que tal atividade gera para o agente econômico e (iii) dos níveis de precaução e atividade daquele causador de danos, uma vez consumado o acidente.⁵⁵

⁵² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 343.

⁵³ Ibid. p. 343.

⁵⁴ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 104.

⁵⁵ Ibid. p. 105.

Em determinados casos, o Estado define um comportamento padrão para todos os agentes econômicos que desenvolvem uma certa atividade, tanto no que tange a nível de precaução como nível de atividade. É o caso, por exemplo, da limitação de horas por dia imposta ao motorista profissional de veículos pesados.⁵⁶ Cooter e Ulen somam a isso o fato de ser muito difícil para o legislador definir incentivos em casos que envolvem níveis de atividade *bilaterais*, pois podem acarretar um nível eficiente de atividade para uma das partes, mas não para ambas:

Em geral, os formuladores de políticas públicas têm dificuldade para acertar dois alvos com uma única variável de política pública. Para acertar dois alvos de políticas públicas, geralmente há necessidade de dois controles, assim como geralmente há necessidade de dar duas cajadadas para matar dois coelhos. Assim, uma variável adicional de controle de fora do direito da responsabilidade civil poderá ser necessária para controlar os níveis de atividade. Por exemplo, o número de quilômetros dirigidos pelos motoristas pode ser influenciado por um imposto sobre a gasolina ou por uma política de seguros cujo prêmio aumente com o número de quilômetros dirigidos.⁵⁷

No Brasil, as atividades de risco submetem-se ao regime de responsabilidade objetiva, e “à luz dos modelos que consideram o nível de atividade e o nível de precaução, verifica-se que a ideia de controle do nível de atividade perigosa desenvolvida pelo autor, via de regra, responsabilidade objetiva, se faz presente, há longa data, em diversos institutos jurídicos”.⁵⁸ Eugênio Battesini prossegue na análise listando diversas normas que foram editadas visando a endereçar o tema das atividades consideradas de risco, como é o caso do Decreto 2.681, de 1912, que regulamentava a responsabilidade por danos sofridos em estradas de ferro, e a responsabilidade objetiva por danos causados ao meio ambiente ou que sejam oriundos da exploração de atividade nucleares, prevista na Constituição Federal.⁵⁹

⁵⁶ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**: Uma Introdução. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 344.

⁵⁸ BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011. p. 153-154.

⁵⁹ “O Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912, estabelece a responsabilidade objetiva das estradas de ferro pelos acidentes ligados à atividade empresarial que exploram, compreendendo os danos pessoais e materiais causados aos viajantes em caso de acidentes (arts. 17 e 23) e os prejuízos causados aos proprietários limítrofes às vias férreas (art. 26). A Lei n. 6.453, de 17 de outubro de 1977, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (art. 21, inciso XXIII, alínea “d”), estabelece a responsabilidade objetiva por acidentes decorrentes de exploração de atividade nucleares (art. 4º). A Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, recepcionada pela Constituição Federal (§3º do art. 225), estabelece a responsabilidade objetiva por acidentes decorrentes da exploração de atividades que causem danos ao meio ambiente (§1º do art. 14). O Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração), estabelece a responsabilidade objetiva aos que se dedicam à exploração de lavra (art. 47, inciso VIII). A Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código de Aeronáutica), estabelece a responsabilidade objetiva por danos causados pela aeronave a terceiros na superfície (art. 268).” (BATTESINI, Eugênio. Op. Cit. p. 154).

A despeito da existência de normas específicas, o Código Civil de 2002 trouxe como inovação a cláusula geral de responsabilidade objetiva (artigo 927, parágrafo único), visando a controlar o nível de atividades consideradas perigosas, deixando a cargo do julgador o enquadramento da atividade como sendo perigosa ou não. Deste modo, não apenas atividades específicas e pré-determinadas dão ensejo a aplicação do regime de responsabilidade objetiva, mas quaisquer atividades que, por sua natureza, impliquem riscos a outrem.

Do ponto de vista de políticas públicas que visam a evitar a ocorrência de acidentes, não há dúvidas de que o Estado pode lançar mão de outras variáveis que influenciem níveis eficientes de atividade por parte dos agentes econômicos. Em sua obra, Cooter e Ulen indicam que, diante de agentes econômicos descapitalizados, medidas administrativas para a prevenção de danos podem ser mais eficientes do que a responsabilização civil:

When tort liability exceeds an injurer's wealth, the injurer is bankrupt. Some risky activities attract undercapitalized firms that can escape liability through bankruptcy. Highly capitalized firms may avoid these same activities to avoid the risk of liability. In those industries where undercapitalized firms risk bankruptcy, safety regulations have an advantage over liability. By collecting fines before an accident occurs, officials can force an undercapitalized firm to comply with safety standards that it would violate if the only sanction were liability.⁶⁰

Contudo, a avaliação *ex post* dos níveis de atividade feita pelos tribunais também pode atuar como um elemento para a redução de acidentes. Agentes econômicos não descapitalizados que exercem atividades de risco têm sua conduta influenciada pela responsabilidade (e extensão da indenização) a que estarão expostos caso a sua atividade cause danos a outrem. Logo, sendo o nível de atividade um elemento considerado pelos tribunais para fixação do *quantum* indenizatório (podendo gerar, inclusive, a redução da indenização por equidade) estar-se-á gerando incentivos aos agentes econômicos para que observem níveis de atividade eficientes.

Entretanto, deve-se atentar para o fato de que a eficiência do ponto de vista da sociedade como um todo depende que os agentes econômicos apenas incorram nos custos de precaução quando tais custos são justificáveis frente à atividade desenvolvida, o lucro obtido e o dano que se pretende evitar ou minimizar, e o mesmo pode se dizer em relação aos níveis de atividade. Segundo Vasco Rodrigues, é possível que uma sociedade tenha menos registros de acidentes

⁶⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012. p. 236.

com base em uma solução ineficiente, mas tal alternativa geraria mais custos do que benefícios e simplesmente não seria razoável envidar todos os esforços para evitar acidentes:

Um economista diria que deveríamos aumentar o nível de precaução enquanto o benefício marginal de o fazer exceder o custo marginal e que o deveríamos reduzir se acontecer o contrário: por isso, o nível ótimo de precaução acontece quando o benefício marginal e o custo marginal se igualam.⁶¹

Além disso, retomando o ponto levantado por Cooter e Ulen, os incentivos a um nível de atividade eficiente são diferentes quando se está diante de acidentes unilaterais ou bilaterais. Os autores apontam que as regras de responsabilidade influenciam os níveis de atividade que são adotados pelos envolvidos na causação do dano, levando determinados agentes a arcar com o chamado custo *residual* do dano:

Algumas regras de responsabilidade induzem alguns agentes a evitarem a responsabilização cumprindo o parâmetro jurídico de cuidado. No fim das contas, entretanto, alguém tem de arcar com o custo do dano acidental. Chamamos essa pessoa de portador *residual* (*residual bearer*). Uma ilustração com o modelo simples: a vítima é o portador residual do dano sob a regra da responsabilidade subjetiva simples, ao passo que o autor do dano é o portador residual do dano sob a regra de responsabilidade objetiva com uma defesa de culpa concorrente. Em geral, *o portador residual do dano internaliza os benefícios de qualquer uma de suas ações que reduzam a probabilidade ou gravidade de acidentes, incluindo mais precaução e menos atividade.*⁶² (Grifo no original)

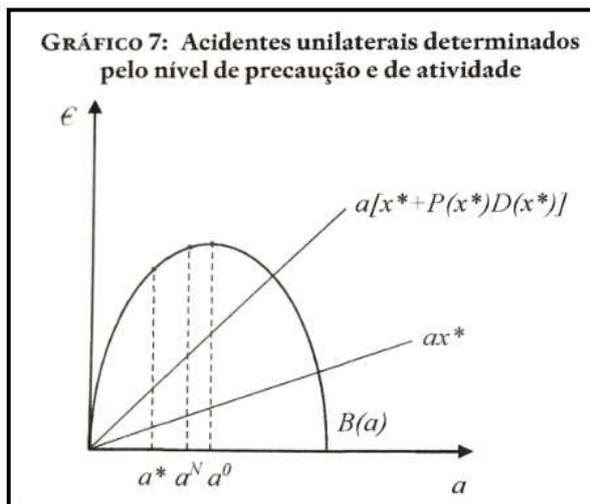
A parte que deixa de ser responsabilizada de acordo com o seu nível de atividade, ou seja, que não arca com o custo do dano acidental, possui um incentivo para atuar em um nível ineficiente de atividade. No cenário em que apenas uma das partes deve tomar precauções, a regra objetiva de responsabilidade é tão eficiente quanto uma regra de responsabilidade subjetiva.⁶³ Para o cenário de um acidente unilateral, Vasco Rodrigues⁶⁴ apresenta em sua obra o seguinte gráfico e esclarecimentos:

⁶¹ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 85.

⁶² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 344.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ RODRIGUES, Vasco. Op. Cit. p. 106.



No Gráfico 7, $B(a)$ representa o benefício que a atividade proporciona ao causador. Se o causador estiver sujeito a responsabilidade objetiva [como ocorre em relação a atividades de risco], isto é, se suas decisões não gerarem quaisquer externalidades, tomará o nível de precauções mais eficiente x^* , o que implica que suporte um custo de $x^*+P(x^*)D(x^*)$ por cada vez que repita a sua atividade: o seu custo total será, portanto, $a[x^*+P(x^*)D(x^*)]$. Para maximizar o seu bem-estar, escolherá o nível de atividade que maximize a diferença entre o seu benefício e o seu custo: como este custo inclui a totalidade dos custos gerados pelos acidentes, o nível de atividade assim determinado, a^* , é eficiente.

Nesse cenário, caso o causador do dano não fosse responsabilizado, não teria qualquer incentivo para adotar precauções ou um nível de atividade eficiente, sendo esta última determinada unicamente pelo benefício que lhe proporciona (a^0). Contudo, o mesmo raciocínio não é aplicável a casos de acidentes bilaterais (nos quais espera-se que ambas as partes tomem precauções) por não representar uma alternativa eficiente:

Vimos anteriormente que a responsabilidade objetiva de uma das partes leva a outra, que não tem encargos com danos, a não tomar o nível eficiente de precauções. A responsabilidade objetiva só funciona, no caso de acidentes unilaterais, porque a vítima nada pode fazer para o evitar.⁶⁵

Diante da constatação de que o regime de responsabilidade objetiva não gera incentivos eficientes para ambas as partes em caso de acidentes bilaterais, Cooter e Ulen entendem que a solução seria buscar a eficiência levando em consideração os níveis de atividades dos envolvidos na causação do dano. Assim, ainda que não seja possível incentivar ambas as partes

⁶⁵ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 107.

a adotarem níveis eficientes de atividade, poder-se-ia incentivar a parte cujo nível de atividade está mais ligado à ocorrência do dano:

Geralmente, o nível de atividade de uma parte afeta os acidentes mais do que nível de atividade da outra parte. A eficiência exige que se escolha uma regra de responsabilidade de modo que a parte cujo nível de atividade mais afeta os acidentes arque com os custos residuais do dano acidental.⁶⁶

O legislador brasileiro optou pelo regime da responsabilização objetiva em relação aos agentes econômicos que desenvolvem atividades de risco. Como visto, a responsabilidade objetiva não conduz a um nível eficiente de precaução, pois imputa os custos do dano apenas ao seu causador, ignorando que a vítima tem contribuição na ocorrência do acidente (dito bilateral). Assim, quando se está diante de acidentes bilaterais, a responsabilização – tal qual prevista atualmente no ordenamento jurídico brasileiro – não conduz a níveis economicamente eficientes, pois isenta a vítima de tomar quaisquer precauções para evitar a ocorrência ou mitigar as consequências do dano. Sobre o tema, Diogo Mendonça⁶⁷ destaca:

A razão é simples: para que o lesante adote o nível correto de atividade, a ele deverão ser imputados os custos do dano; ao passo que, para que a vítima escolha o patamar correto de sua atividade, deverá ser ela a parte responsabilizada pelo acidente.

Contudo, a posição de que não há como se atingir a eficiência diante de acidentes bilaterais, com base na impossibilidade de responsabilização de ambas as partes envolvidas na causação do dano, leva em consideração tão somente a imputação de responsabilidade. O incentivo para que ambas as partes adotem níveis eficientes de precaução e de atividade pode decorrer não apenas da imputação de responsabilidade, mas também dos critérios para a fixação do *quantum* indenizatório. Ainda que a vítima não seja responsabilizada pela ocorrência do acidente, ela poderá receber incentivos através da redução do valor da indenização a que terá direito, por exemplo. Sobre o tema, Eugênio Battesini destaca:

Conforme evidenciam os modelos normativos de análise econômica, a aplicação dos referidos institutos jurídicos, admitida a possibilidade de redução do valor da indenização proporcionalmente à culpa da vítima e à possibilidade de exclusão do nexo causal por culpa exclusiva da vítima (aplicação conjunta do art. 945 do Código Civil de 2002), proporciona

⁶⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 344.

⁶⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 63.

resultados eficientes, dados os incentivos gerados para que o autor limite sua atividade de risco a níveis que maximizem o bem-estar social.⁶⁸

Diante desta constatação, foram propostas alternativas visando a incentivar todas as partes envolvidas em um determinado acidente, para os casos de acidentes bilaterais envolvendo atividades consideradas de risco (objeto de responsabilidade objetiva). A análise do nexo de causalidade e da contribuição causal de cada um dos agentes envolvidos em um determinado dano, para fins de determinação do *quantum* indenizatório, pode ser considerada uma alternativa viável do ponto de vista jurídico e econômico.

1.2 A CAUSALIDADE COMO ALTERNATIVA PARA A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NA TEORIA DO RISCO

1.2.1 O Teorema de Coase e o princípio do *cheapest cost avoider*

A análise econômica do direito parte da premissa de que o mercado funciona sem a necessidade de intervenção e, mais do que isso, que possui mecanismos internos a regular o seu funcionamento, de forma que o bem-estar social será atingido por meio desse bom funcionamento do mercado. Contudo, na lição do autor Fernando Araújo, trata-se de uma ingênua convicção⁶⁹ uma vez que o mercado apresenta efeitos secundários e, por consequência, seu funcionamento (defeituoso) não aporta maior grau de eficiência alocativa possível.

As falhas de mercado podem ter diversas origens, como é o caso dos monopólios, nos quais o poder econômico de um dos agentes de mercado gera distorções, que acabam por prejudicar o fluxo de transações e, conseqüentemente, a alocação eficiente de recursos, em comparação àquela que seria alcançada em um mercado concorrencial.⁷⁰ Os bens públicos, que, por sua natureza, não podem ser subtraídos do uso de terceiros, também são apontados pela doutrina como fonte de falhas de mercado, na medida em que terceiros, denominados *free riders*, “se utilizam dos esforços e recursos dos outros, sem dever incorrer, eles próprios, em gastos e custos”,⁷¹ resultando em uma alocação ineficiente de recursos.

⁶⁸ BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011. p. 155.

⁶⁹ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

⁷⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

⁷¹ FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, ano 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005. p. 246.

Na lição de Cooter e Ulen, as externalidades também são fontes de falhas de mercado, na medida em que (i) os benefícios de uma transação podem refletir em agentes econômicos alheios àquela transação (benefício externo), ou (ii) os custos da troca podem refletir em partes que não aquelas envolvidas na transação (custo externo).⁷² Como exemplo, os autores citam a polinização feita pelas abelhas de um apicultor à propriedade rural vizinha (benefício externo), e a poluição da água ou do ar causada por uma determinada atividade empresarial (custo externo).

Como aponta Fernando Araújo, não existe um mercado hábil a neutralizar as externalidades, no qual a interação livre dos agentes (em um sistema de oferta e procura) pudesse resultar em um nível ótimo de alocação de recursos. Por outro lado, as externalidades surgem a partir da proximidade existente entre os agentes de mercado:

Mas o facto de o problema das externalidades emergir da falta de um mercado para elas deve chamar-nos atenção para uma circunstância crucial: a de que a externalidade envolve necessariamente dois lados, e que uma atividade externalizadora reclama tanto um causador como uma vítima, sendo que sem a presença e a proximidade de ambos aquela actividade simplesmente não pode ocorrer.⁷³

Pode-se afirmar que a falha de mercado mais comumente identificada é a assimetria informacional que existe entre as partes que pretendem firmar um negócio jurídico, considerando que “para que o fluxo de relações no mercado funcione de forma eficiente, os agentes necessitam possuir as informações necessárias à tomada de decisão, e a obtenção de tais informações representa um custo de transação que não pode ser desconsiderado”.⁷⁴ A assimetria informacional gera custos de transação, decorrentes da necessidade de se corrigir (ao menos em parte) a discrepância de informações a que as partes têm acesso, possibilitando uma transação entre elas. Na lição de Fernando Araújo⁷⁵:

Lembremos que, por definição, “custos de transação” são todos aqueles em que se incorre na troca de utilidades e na afectação comutativa de recursos, quando se busca uma contraparte, se negocia com ela, se preveem e supervisionam as contingências de cumprimento, etc. – sendo que se podem

⁷² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

⁷³ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 543.

⁷⁴ CASCAES, Amanda Celli. Análise Econômica do Contrato Incompleto. **Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 3, n. 1, p. 163-196, 2017.

⁷⁵ ARAÚJO, Fernando. Op. Cit. p. 553.

subsumir a essa categoria mais geral, entre tantos outros, os custos de *busca* de oportunidades de troca, os custos de *determinação* dos preços relevantes e de *identificação* das partes interessadas, os custos de *negociação*, os custos de *definição* dos direitos em jogo, os custos de *elaboração* e de *cumprimento* dos contratos, custos de *coordenação* nos processos de decisão colectiva, custos de *motivação* na aplicação de tempo escasso a prossecução de interesses – .

Ronald Coase⁷⁶ refere que os custos de transação, em determinadas situações, podem, inclusive, impedir a concretização da transação, quando superam os ganhos e benefícios mútuos que as partes pretendiam obter naquele negócio jurídico:

In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.⁷⁷

O entendimento formulado por Ronald Coase possui suporte na constatação da existência e relevância dos custos de transação. Quando os custos de transação são inexistentes, o uso eficiente dos recursos resultará da livre negociação entre as partes, independentemente da sua alocação inicial (uma vez que ambas as partes terão poder de barganha). Na prática, no entanto, é sabido que dificilmente os custos de transação serão equivalentes a zero, e isso resulta no fato de que (i) as partes talvez desejem celebrar acordos para atingir ganhos e benefícios mútuos, ou (ii) a existência de mercados imperfeitos dá margem a uma possível intervenção eficiente do Estado.

Em uma perspectiva econômica, a responsabilidade civil pressupõe a internalização de externalidades geradas pelos elevados custos de transação, que impedem que as partes cooperem voluntariamente, mas também observando a redução de tais custos com base na eficiência econômica. Diogo Mendonça aborda a finalidade de incentivar o alcance do ponto eficiente de redução de acidentes:

⁷⁶ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960. p. 15.

⁷⁷ Sobre o tema, Cooter e Ulen referem: “Fazer um contrato implica buscar parceiros, negociar as condições, redigir o contrato e fazer com que seja cumprido. A busca exige esforço; a negociação toma tempo; a redação requer conhecimento de causa; e fazer com que o contrato seja cumprido exige perseverança. Em muitos contratos, esses custos de transação são pequenos em comparação com o excedente resultante da cooperação. De fato, às vezes esses custos de transação são suficientemente altos em comparação com o excedente a ponto de impedir a cooperação” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 231).

Partindo desse pressuposto, a abordagem econômica acrescenta à visão tradicional dos elementos da responsabilidade civil (dano, nexos causal e eventualmente culpa) uma análise centrada nos efeitos gerados pela responsabilização. Em vez de simplesmente avaliar a configuração, em determinado caso concreto, dos tradicionais elementos da responsabilidade civil, apreciam-se, em uma abordagem simplificadora, os custos do dano e os custos de se evitá-lo.⁷⁸

Do ponto de vista de eficiência econômica, a intervenção do Estado justificar-se-ia nos casos de assimetrias informacionais graves, pois, então, o ótimo social não poderia ser alcançado pelas trocas voluntárias. Na visão de Paula Forgioni, “[a] intervenção estatal (ou judicial) gera custos, que não podem ser desprezados pelos operadores do Direito, quer no momento da formulação de textos normativos, quer da interpretação/aplicação do Direito”.⁷⁹

Segundo Ronald Coase, quando os custos administrativos de organizar as transações com um determinado causador de danos forem demasiadamente elevados (por exemplo, quando um agente econômico causa danos a um grande número de pessoas, engajadas em inúmeras diferentes atividades), uma solução alternativa seria uma regulação direta do Estado.⁸⁰ Sobre o tema, valiosa é a lição de Fernando Araújo⁸¹:

Há lugar, numa economia de mercado, à intervenção do Estado, desde que ela se justifique em termos de eficiência; a eficiência da regulação jurídica e política deve poder justificar-se pela existência de externalidades e pela verificação de “custos de transação” superiores aos custos da regulação.

Assim, como bem pontuado por Ronald Coase, “the governmental administrative machine is not itself costless”.⁸² A questão posta por Cooter e Ulen reside justamente na forma como as políticas públicas poderiam induzir o gerador da externalidade a levar em conta os custos externos da atividade por ele desenvolvida.⁸³ A mesma preocupação é externada por Fernando Araújo⁸⁴ em sua obra:

⁷⁸ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 56.

⁷⁹ FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, ano 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005. p. 248.

⁸⁰ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.

⁸¹ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 563.

⁸² COASE, Ronald H. Op. Cit. p. 18.

⁸³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

⁸⁴ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 560.

Mas até que ponto são elevados os custos de transação no mundo real, até que ponto podem eles ser efectivamente reduzidos? Compreende-se que o “teorema de Coase” tenha surgido também como uma esperança, uma espécie de “bálsamo”, para aqueles que desesperavam já da invariável receita da intervenção estadual [...] duas actividades reciprocamente externalizadoras poderiam chegar a um equilíbrio através de compensações mútuas, sinalizando o compromisso entre “disposição de suportar os custos da internalização da externalidade” e “disposição para suportar uma externalidade mediante uma compensação” [...].

Ronald Coase pauta a sua análise a partir de um exemplo bastante elucidativo (consistente em uma fábrica, cuja fumaça afeta de forma danosa os moradores da vizinhança), como forma de examinar as ações de agentes econômicos que têm efeitos danosos em terceiros e as possíveis consequências. Antes de tecer as suas considerações sobre o tema, o autor indica que as abordagens econômicas tradicionais se mostram inapropriadas, nos seguintes termos:

The conclusions to which this kind of analysis seems to have led most economists is that it would be desirable to make the owner of the factory liable for the damage caused to those injured by the smoke, or alternatively, to place a tax on the factory owner varying with the amount of smoke produced and equivalent in money terms to the damage it would cause, or finally, to exclude the factory from residential districts (and presumably from other areas in which the emission of smoke would have harmful effects on others). It is my contention that the suggested courses of action are inappropriate, in that they led to results which are not necessarily, or even usually, desirable.⁸⁵

Assim, uma mera responsabilização, imposição de taxas ou custos adicionais para o causador do dano ou a sua exclusão de determinadas áreas da cidade, no caso do exemplo mencionado, podem não ser a alternativa mais eficiente ou desejada. Ronald Coase explica que o agente econômico que explora tal atividade poderia investir em medidas preventivas ou optar por mover a sua fábrica para outra localidade (de forma a não causar danos aos moradores da vizinhança). Contudo, ambas as alternativas representam um aumento de custo, que poderia não compensar frente a eventuais indenizações que ele tenha que pagar. Caso o pagamento de indenização pelos danos causados represente um custo inferior à implementação de medidas preventivas de danos, por exemplo, espera-se que o agente econômico, visando a uma maior eficiência econômica, opte por indenizar os danos e internalizar os custos daí decorrentes, como parte dos seus custos de produção.⁸⁶

⁸⁵ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, 1960. p. 1-2.

⁸⁶ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, 1960.

Entretanto, Coase explica que as decisões judiciais tendem a não levar em consideração aspectos econômicos na resolução dos conflitos, o que pode soar estranho aos economistas, na medida em que “many of the factors on which the decisions turns are, to an economist, irrelevant”.⁸⁷ Deve-se ter em mente que o aspecto levado em consideração pelos tribunais será sempre quem tem o *direito* de fazer o que. Por outro lado, Coase chama atenção para o fato de que os economistas, em determinados casos, desconsideram que as atividades em questão são socialmente relevantes e justificáveis, ainda que causadoras de danos – exatamente como ocorreu com as atividades consideradas de risco:

While most economists seem to be under a misapprehension concerning the character of the situation with which they are dealing, it is also the case that the activities which they would like to see stopped or curtailed may well be socially justified. It is all a question of weighing up the gains that would accrue from eliminating these harmful effects against the gains that accrue from allowing them to continue.⁸⁸

Na análise de Ronald Coase, a despeito da desconsideração, na maioria dos casos, de aspectos econômicos na resolução dos conflitos, os julgadores deveriam compreender que as suas decisões afetam os agentes de mercado, ou seja, possuem consequências de ordem econômica. Mais do que isso, o objetivo não deveria ser a eliminação total da atividade danosa (por exemplo, da fumaça oriunda de uma fábrica), mas assegurar que o nível ótimo do exercício da atividade, “this being the amount which will maximize the value of production”.⁸⁹

A partir de uma visão funcional da responsabilidade civil, a fixação do *quantum* indenizatório permite não apenas a reparação do dano, mas também uma atribuição de riscos e custos de prevenção a todos aqueles envolvidos no acidente. Diogo Mendonça⁹⁰ ressalta:

Entre as propostas centrais que compõem a apreciação econômica da responsabilidade civil estão o abandono do método clássico de análise que considera apenas o dano que o lesante causou ao lesado e o acréscimo de uma visão capaz de avaliar os custos e os benefícios assumidos por todas as partes envolvidas na situação danosa.

⁸⁷ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, 1960. p. 15.

⁸⁸ *Ibid.* p. 26.

⁸⁹ *Ibid.* p. 42.

⁹⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52.

No âmbito do tema proposto para análise neste trabalho, ainda que as atividades consideradas de risco sejam socialmente relevantes, e que os tribunais considerem aspectos unicamente jurídicos para fins de imputação de responsabilidade, aspectos econômicos poderiam ser levados de algum modo em consideração para fins de fixação do montante indenizatório, por meio da aplicação do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil. Nesse sentido, levar em consideração, por exemplo, os investimentos (ou a falta de investimentos) na prevenção de danos e no dever de segurança por parte dos agentes econômicos que desenvolvem atividades lícitas poderia impactar o comportamento de tais agentes no futuro – e tal análise poderia ocorrer quando da fixação do *quantum* indenizatório.

A aplicação do Teorema de Coase importa refletir qual dos agentes teria o menor prejuízo, levando-se em consideração os ganhos decorrentes do desenvolvimento de uma atividade de risco e os danos eventualmente causados por ela – cujo resultado pode ser afetado diante da atuação de um terceiro (julgador) na análise da questão, mormente quando desconsiderados os aspectos econômicos na equação. Nesse sentido, o pagamento de uma indenização pode ser a alternativa economicamente mais eficiente para o causador do dano, quando os investimentos em prevenção representariam um custo mais elevado.

Ainda na análise econômica do tema, no que tange à obrigação de suportar e indenizar os danos causados, a aplicação do princípio do *cheapest cost avoider* representa o entendimento de que os custos de um determinado acidente devem ser imputados àquela parte que tinha melhores condições de tomar as medidas necessárias à sua prevenção. Sobre o tema, o autor Eugênio Battesini⁹¹ destaca:

O princípio do *cheapest cost avoider* constitui critério objetivo de determinação do nexa causal na hipótese de concorrência de causas, permitindo identificar, na expressão de José de Aguiar Dias, “quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é, quem estava em melhores condições de evitar o dano”. Especificando que “o requerimento do nexa causal é um elemento crucial na identificação do *optimal loss bearer*”, que “o requerimento da causa próxima é relevante para selecionar entre os atores quem pode ser o *cheapest cost avoider*”, Guido Calabresi, propõe que, nas situações em que diversas pessoas podem prevenir o acidente, mas não ao mesmo custo, as Cortes devem comparar a posição das partes e atribuir a responsabilidade à parte que pode prevenir o acidente ao menor custo, agente considerado o *cheapest cost avoider*. (Grifo no original)

⁹¹ BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011. p. 196.

O princípio do *cheapest cost avoider* pode levar a resultados ineficientes quando utilizado para imputar responsabilidade a apenas uma das partes, estando-se diante de um acidente bilateral – cuja prevenção depende da prevenção de ambas as partes, ainda que em diferentes níveis. Na lição de Stephen Gilles⁹²:

In such “joint-care” or “bilateral accident” cases, there is no single “cheapest” cost-avoider. Imposing strict liability on one of the two injurers who should have taken care, or on either the injurer or the victim if both should have taken care, will yield inefficient results. For example, if injurer A is strictly liable for an expected accident cost of \$100 that could be avoided by A alone at a cost of \$50, by victim C alone at a cost of \$80, or by care on A’s part costing \$30 together with care on C’s part costing \$10, A alone will take greater than optimal care – or so the argument goes.

No entanto, ressalta-se que o princípio do *cheapest cost avoider* é compatível com o sistema de distribuição de responsabilidade baseado na contribuição causal das partes para a ocorrência do evento danoso, que pode ser levado em consideração para fins de fixação do montante indenizatório, e não somente para fins de imputação de responsabilidade. Esse é precisamente o entendimento adotado por Eugênio Battesini⁹³, retomando a regra de Hand anteriormente abordada:

Conforme evidenciou a exposição realizada no presente tópico, a fórmula de Hand revela-se instrumento dotado de efetividade na graduação da culpa do autor e da culpa da vítima, auxiliando na realização da avaliação quantitativa do grau de redução/majoração do valor da indenização em relação ao dano. Assim, considerando o contexto institucional brasileiro, à luz das diretrizes traçadas pelo parágrafo único do artigo 944, pelo artigo 945 do Código Civil de 2002 e por fundamentos constitucionais, mediante utilização da fórmula de Hand, como instrumento de comparação do nível efetivo com o nível ótimo de precaução, de comparação da conduta efetiva com a conduta do homem razoável, em conjunto com a tradicional classificação jurídica de culpa levíssima, culpa leve e culpa grave, torna-se possível estratificar os níveis de redução/majoração do valor da indenização em relação ao dano, admitindo-se variações de zero a 125%, em consonância com as diversas combinações possíveis de participação do autor e da vítima.

Hugo Acciarri indica que a ação de prevenção da vítima não se pressupõe gratuita, ainda que ela não tenha que desembolsar dinheiro. Isso porque a ideia do *cheapest cost avoider* não

⁹² GILLES, Stephen G. Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider. *Virginia Law Review*, v. 78, n. 6, p. 1291-1376, set. 1992. p. 1308.

⁹³ BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011. p. 267.

representa um menor custo monetário explícito, mas diz respeito a *esforços*, ainda que não monetizados. A análise é feita a partir de um caso julgado pela Sala II da Câmara Cível e Comercial de Apelações da Bahía Blanca (Argentina), no qual um condomínio foi condenado a indenizar uma mulher que sofreu lesões por ter caído, enquanto descia as escadas do condomínio. Na ocorrência do dano, considerou-se a contribuição de um sistema deficiente de iluminação, pois o botão não era visível no escuro.⁹⁴ Segundo Hugo Acciarri, o consórcio poderia ter tomado medidas de prevenção a um custo razoável (instalação de botões visíveis no escuro), mas também a vítima poderia ter prevenido a ocorrência do dano (deslocamento com cuidado na escuridão):

Aquilo que é mais fácil, em termos econômicos pode descrever-se como mais barato. Logo, é decisivo que o esforço de prevenção consistente na aquisição de interruptores não deveria se alinhar com a prevenção individual de um sujeito que desça a escada, mas com a soma de todos os esforços de prevenção que deveriam por todos os indivíduos que transitaram pelas escadas, durante o período de vida útil desses interruptores.⁹⁵

No Brasil, a aplicação do princípio do *cheapest cost avoider* pode ser verificada em decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em casos envolvendo o “surfismo ferroviário”.⁹⁶ O surfista ferroviário é um passageiro irregular que, ao invés de viajar acomodado no interior do trem, viaja nos tetos dos vagões, de forma clandestina e driblando a fiscalização. Em tais casos, a responsabilidade das empresas ferroviárias vem sendo afastada com base na existência de culpa exclusiva da vítima, mediante “análise comparativa da posição estratégica das partes envolvidas no acidente e a identificação da parte apta a desencadear curso de ação que apresente melhor desempenho preventivo”.⁹⁷ Eugênio Battesini explica as estratégias adotadas pelas partes envolvidas no surfismo ferroviário:

Verifica-se, pois, que, no caso de “surfismo ferroviário”, o passageiro dispõe de uma estratégia preventiva dominante, viajar devidamente acomodado no interior do trem, sendo que as estratégias preventivas da empresa ferroviária, tais como conduzir o trem a baixa velocidade ou restringir o acesso à parte externa do trem, podem ser consideradas dominadas, apresentando

⁹⁴ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁹⁵ *Ibid.* p. 251.

⁹⁶ Exemplificativamente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 160.051/RJ**. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Antônio de Pádua Ribeiro, publicado em 17/02/2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=160051&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 out. 2017.

⁹⁷ BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011. p. 201.

desempenho preventivo inferior à estratégia de que dispõe o passageiro, considerado o *cheapest cost avoider*, dada a sua vantagem comparativa na prevenção do acidente.⁹⁸

A aplicação do princípio do *cheapest cost avoider* também pode ser vista em recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão de relatoria do Desembargador Eugênio Facchini Neto.⁹⁹ A decisão utiliza-se de conceitos da análise econômica do direito, como o princípio do *cheapest cost avoider* e a fórmula de Hand, para solucionar uma controvérsia recorrente trazida à apreciação do Poder Judiciário: as ações indenizatórias ajuizadas por fumicultores pretendendo a responsabilização da empresa concessionária de energia elétrica pelos danos causados à produção de fumo, oriundos da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem.

Diante da verificação do aumento do número de processos similares e também das pretensões indenizatórias, o Desembargador Eugênio Facchini Neto questiona na decisão qual seria a razoabilidade e os custos de se exigir que os fumicultores estejam preparados para evitar a ocorrência do dano, mediante a instalação de geradores de energia que possam ser ativados em caso de interrupção no fornecimento de energia elétrica. Partindo para uma análise econômica da questão posta, o Desembargador conclui:

Aplicando-se a referida fórmula ao caso concreto [fórmula de Hand], percebe-se claramente que o autor teria agido de forma negligente, ao não investir quantia relativamente módica, para evitar danos potencialmente maiores, com grande probabilidade de virem a ocorrer, cedo ou tarde. [...]

No caso em tela, ao repassar o prejuízo para a concessionária de energia elétrica e esta, pela incorporação dos prejuízos no valor das tarifas, quem, no final, acaba arcando com os prejuízos sofridos pelos fumicultores é toda a sociedade gaúcha, já que todos nós somos consumidores de energia elétrica.¹⁰⁰

⁹⁸ BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011. p. 202.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70069954626**. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Eugênio Facchini Neto, publicado em 03/04/2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70069954626&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 16 ago. 2017.

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70069954626**. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Eugênio Facchini Neto, publicado em 03/04/2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70069954626&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 16 ago. 2017.

Diante de tais conclusões e da constatação de que interrupções no fornecimento de energia elétrica são praticamente inevitáveis, a decisão indica que os fumicultores poderiam evitar o seu próprio prejuízo a um custo relativamente baixo, de forma que “é razoável exigir-se que os fumicultores adotem tal providência para evitar os danos, em nome da racionalidade econômica e jurídica”. Assim, os prejuízos foram repartidos entre o fumicultor e a empresa concessionária de energia elétrica, na proporção de 2/3 (dois terços) para o fumicultor e 1/3 (um terço) para a concessionária.

A definição do *cheapest cost avoider* em uma dada situação depende de uma análise de causalidade, na medida em que o nexo causal consiste em critério para a identificação de qual incentivo deve ser aplicado àquele que suportar o dano. Na lição de Guido Calabresi, a identificação da causa próxima (*proximate cause*) é necessária para fins de seleção dos agentes econômicos que podem ser considerados *cheapest cost avoiders*:

Various elements in the requirement of proximate cause are relevant to selecting the cheapest cost avoider. Foreseeability is obviously germane, for clearly the ability to foresee risks is important in comparing accident avoidance costs with safety costs. [...] Even though past injuries were not foreseeable, placing liability for them on one party rather than another may beneficially affect future choices from a market deterrence standpoint.¹⁰¹

Cooter e Ulen afirmam que a proximidade da causa pode ser, contudo, imprecisa, especialmente diante de uma sequência de acontecimentos que precede a lesão, permitindo que a causas remotas possa ser atribuída a mesma importância que causas próximas ou diretas.¹⁰² Os autores abordam a problemática da imprecisão por meio do seguinte exemplo:

Um dos mais famosos processos que trata deste problema é *Palsgraf v. Long Island Railway Co.* (248 N.Y. 399, 162 N.E. 99 [1928]). Os fatos relevantes determinados pelo tribunal foram os seguintes:

A autora da ação [Sra. Palsgraf] estava parada numa plataforma da estrada de ferro do réu depois de comprar uma passagem para ir a Rockaway Beach. Um trem parou na estação, com destino a outro lugar. Dois homens correram para a frente para pegá-lo. Um dos homens alcançou a plataforma do vagão sem percalços, embora o trem já estivesse em movimento. O outro homem, carregando um pacote, saltou para dentro do vagão, mas parecia trôpego, prestes a cair. Um guarda-

¹⁰¹ CALABRESI, Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. **University of Chicago Law Review**, V. 43, N. 1, 1975. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol43/iss1/20>>. Acesso em: 05 fev. 2017. p. 87-88.

¹⁰² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

trem no vagão, que tinha segurado a porta aberta, estendeu a mão para ajudá-lo a entrar, e outro guarda-trem na plataforma o empurrou de trás. Neste ato, o pacote se soltou e caiu sobre os trilhos. Era um pacote pequeno, de cerca de 15 polegadas de comprimento, e estava embrulhado num jornal. De fato, ele continha fogos de artifício, mas nada em sua aparência indicada qual era o conteúdo. Ao caírem, os fogos de artifício explodiram. O choque da explosão derrubou alguns degraus de escada na outra extremidade da plataforma a muitos metros de distância. Os degraus atingiram a autora da ação, causando lesões por causa das quais ela move o processo.¹⁰³

No caso, o tribunal entendeu que a ferrovia não deveria ser responsabilizada pelas lesões sofridas pela Sra. Palsgraf, porque a ação dos funcionários da ferrovia (guarda-trem) representava uma causa remota na corrente de causas que levou à ocorrência do dano. Assim, o grau de proximidade da causa é uma questão a ser definida diante do caso concreto, dando origem ao questionamento no sentido de “quão estreita tem de ser a conexão para que uma causa específica seja a causa ‘direta’ no direito”.¹⁰⁴ Na mesma linha é o entendimento de Bruno Miragem sobre o tema, que chama atenção para a problemática que envolve a identificação da causa próxima:

Em primeiro lugar, nem sempre é exata a identificação da causa mais próxima ao dano (a última causa), na investigação sobre a sucessão de fatos que levaram à sua ocorrência. E da mesma forma, não é possível definir que, em todos os casos, a última será o fator determinante do dano.¹⁰⁵

Steven Shavell indica que, quando há uma conexão física ou temporal entre a conduta do ofensor e o dano causado, o acidente é mais frequentemente atribuído ao ofensor. Contudo, tal proximidade seria associada com fatores que favorecem a inclusão no escopo da responsabilidade:

Specifically, when the injurer’s action and the harm are closely rather than distantly linked in time and space, it is more likely that the effect of the injurer’s action on the accident losses is relatively high; that the type of accident was not difficult to imagine and therefore its relatively few (or no) other important contributors to the harm. Consequently, that proximity in time and space serves as a prognosticator of inclusion in the scope of liability is not surprising.¹⁰⁶

¹⁰³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 327.

¹⁰⁴ Ibid. p. 327.

¹⁰⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 228.

¹⁰⁶ SHAVELL, Steven. An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. **Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 3, p. 463-516, jun. 1980. p. 498.

Contudo, Shavell destaca que a noção de proximidade não vem sendo aplicada com sucesso pelos tribunais quando da escolha dos critérios para a responsabilização dos agentes: “[w]hat is only a correlate of the truly determinative factors of the scope of liability must have limited utility”.¹⁰⁷ Segundo o autor, quando um agente prepara uma arma que dispara muitos anos depois, por exemplo, ele poderá ser considerado responsável ainda que não haja proximidade, considerando que a sua conduta tem um efeito notável e previsível sobre as perdas esperadas do acidente. Essa é a visão de Guido Calabresi:

This concept [proximate cause], again familiar enough, will be used in a largely conclusory sense. It will embrace those presumably causally linked, usually (but by no means always) *but for* causes¹⁰⁸ to which, in the absence of certain specified defenses, a particular legal system wishes to assign at least partial responsibility for an accident.¹⁰⁹ (Grifo no original)

Ainda, Guido Calabresi aponta que o requisito da proximidade pode auxiliar na seleção das atividades que devem ser restringidas ou mais rigidamente controladas em uma determinada sociedade. Segundo o autor, “proximate cause implies some look at the *relative* susceptibility of various actions to modifications diminishing their riskiness”.¹¹⁰ Assim, poderiam ser excluídas do escopo de maior controle aquelas atividades que representam riscos menores, tendo em vista o caráter relacional do requisito da proximidade, para a verificação de eficiência em controlar uma atividade ao invés de outra.

Além do princípio do *cheapest cost avoider*, deve-se fazer menção ainda à doutrina do *duty to mitigate the loss*, que, embora não encontre previsão no ordenamento jurídico, poderia ser aplicada como um desdobramento do princípio da boa-fé objetiva.¹¹¹ Na lição de Judith

¹⁰⁷ SHAVELL, Steven. An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. **Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 3, p. 463-516, jun. 1980. p. 498.

¹⁰⁸ De acordo com a definição de Guido Calabresi, “[a] but for cause, as I shall use it, is any one of many acts or activities without which a particular injury would not have occurred”. (CALABRESI, Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. **University of Chicago Law Review**, V. 43, N. 1, 1975. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclev/vol43/iss1/20>>. Acesso em: 05 fev. 2017. p. 72)

¹⁰⁹ CALABRESI, Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. **University of Chicago Law Review**, V. 43, N. 1, 1975. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclev/vol43/iss1/20>>. Acesso em: 05 fev. 2017. p. 72.

¹¹⁰ Ibid. p. 82

¹¹¹ No acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Desembargador Eugênio Facchini Neto propôs a aplicação da doutrina do *duty to mitigate the loss*: “A ideia básica é de que a parte prejudicada não possa permanecer inerte enquanto o prejuízo aumenta gradativamente ou pelo menos não pode se manter estática diante de uma possibilidade de redução de dano. [...] Em nosso direito, pode encontrar guarida na cláusula geral ou no princípio da boa-fé objetiva”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70069954626**. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Eugênio Facchini Neto, publicado em 03/04/2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70069954626&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc>

Martins-Costa, uma falha no dever de mitigar o próprio dano poderia gerar uma redução da indenização, proporcional ao prejuízo que poderia ter sido mitigado pela vítima e não o foi.¹¹² Sobre o tema, Vera Fradera aponta que a aplicação *duty to mitigate the loss*, como desdobramento da cláusula geral de boa-fé objetiva, permite uma análise individualizada do comportamento da vítima, diante das circunstâncias do caso concreto:

No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual.¹¹³

Como aponta Shavell, a imposição à vítima do dever de mitigar o próprio dano gera um incentivo eficiente para que a extensão dos danos seja limitada, em decorrência do agir da própria vítima. O dever de mitigar o próprio dano levaria a vítima a mitigar os seus danos de forma eficiente, assim como incentivaria o causador do dano a adotar níveis eficientes de cuidado e prevenção:

A victim will know that he will not receive a higher award from a liable injurer if he allows his losses to become large through failure to mitigate them optimally. Victims will therefore have an incentive to mitigate their losses optimally.¹¹⁴

Vasco Rodrigues menciona que a intervenção do Estado visando à imputação, ao causador do dano, da internalização dos custos relacionados aos danos e sua prevenção pode não ser a alternativa mais eficiente do ponto de vista econômico, especialmente se outro indivíduo na cadeia causal poderia ter evitado a ocorrência do dano a um menor custo. Segundo o autor:

=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementário&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=##main_res_juris>. Acesso em 16 ago. 2017.).

¹¹² MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo: Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

¹¹³ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro/RJ, v. 5, n. 19, p. 109-119, jul./set. 2004. p. 118.

¹¹⁴ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1987. p. 145.

Dada a sua natureza bilateral, a externalidade pode ser evitada alterando o comportamento de qualquer das partes, não apenas daquele que normalmente é considerada a sua causadora. Mas, sendo assim, a forma mais eficiente de lidar com a externalidade é, por definição, alterar o comportamento da parte para quem tal implica menor custo. Ora esta não é necessariamente o causador.¹¹⁵

A visão de que apenas uma das partes é responsável pela causação do dano mostra-se demasiadamente simplificada, notadamente porque uma externalidade consiste na conjugação do comportamento de dois ou mais indivíduos. Vasco Rodrigues menciona que, quando uma fábrica prejudica a saúde dos habitantes da região, a externalidade é resultado das decisões da fábrica, de instalar-se naquele local, e dos próprios habitantes, de viver naquele mesmo local. Levando-se em consideração a ideia do *cheapest cost avoider*, a intervenção do Estado deveria impor a externalidade àquele que a suporta a um menor custo.¹¹⁶

Tal conclusão decorre do fato de que a sociedade não está disposta a evitar acidentes a qualquer custo, de forma que “o problema, muito mais complexo, passa a ser o de apurar até que ponto ela está disposta a reduzir os seus custos de forma condizente com os demais objetivos sociais”.¹¹⁷ Na lição de Guido Calabresi, há três categoriais de objetivos concernentes à redução dos custos de acidentes: (i) a redução da quantidade e da gravidade dos acidentes; (ii) a redução dos custos sociais decorrentes de acidentes não evitados e (iii) a redução dos custos de administração de acidentes, como é o caso do custo da prestação jurisdicional.¹¹⁸ Conforme Hugo Acciarri, “[o] que se chama redução secundária de custos é algo mais difícil de distinguir. Tratar-se-ia, por exemplo, dos custos sociais derivados da impossibilidade de recuperação eficaz das vítimas, caso não recebam uma compensação oportuna”.¹¹⁹

¹¹⁵ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 43.

¹¹⁶ No exemplo da fábrica, Vasco Rodrigues explica que “o comportamento eficiente é gastar 50 mil euros para deslocar os vizinhos da fábrica e assim evitar os 200 mil euros de danos gerados pela poluição. [...] Mas pode evitar este custo gastando 100 mil nos filtros. Ou, solução ainda mais atrativa, pode evitá-lo arcando os 50 mil necessários para transferir os vizinhos para outro local. [...] O acordo entre ambos deverá, por isso, ocorrer para um valor no intervalo de 50 mil euros (o mínimo que as vítimas aceitam) a 100 mil euros (o máximo que o causador está disposto a pagar)” (RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 44-45).

¹¹⁷ MENDONÇA, Diogo Nunes. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 53.

¹¹⁸ CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970.

¹¹⁹ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 43.

Na lição de Diogo Mendonça, o grau de efetividade na redução dos custos dos acidentes, ou seja, a eficiência de um sistema de prevenção de danos, pode ser medido a partir de dois fatores: a imputação e a valoração de tais custos. A redução dos custos primários são o foco deste trabalho, porquanto dependem de condutas adotadas pelos próprios agentes econômicos. Tal redução está diretamente ligada à adoção de medidas gerais de prevenção de acidentes (segundo as quais os agentes econômicos são incentivados a tornar a sua atividade mais segura) e de medidas específicas de prevenção de acidentes (mediante definição, pelo poder público ou por um órgão coletivo, quem pode exercer tal atividade, como ela deve ser realizada e em quais níveis de atividade).¹²⁰

Hugo Acciarri destaca que a redução primária de custos é preferível diante de acidentes pessoais, pois a compensação não levará a vítima ao *status quo ante*. Assim, “não parece indiferente a alternativa entre escolher que o dano ocorra e seja compensado, por um lado, e que não se produza (o dano) de um outro”.¹²¹

Contudo, a imputação dos custos de um acidente e a adoção de medidas gerais de prevenção devem levar em consideração a parte que poderia ter evitado o acidente de forma mais eficiente (*cheapest cost avoider*), justamente em virtude da constatação de que a sociedade não está disposta a prevenir acidentes a qualquer custo. Por outro lado, medidas específicas de prevenção de danos não respondem a uma forma mais econômica de redução de custos de acidentes, mas sim à melhor forma de fazê-lo (*best cost avoider*). Na lição de Guido Calabresi, a melhor forma de evitar a ocorrência de acidentes poder ser definida com base nos fatores morais que levaram a sociedade a preferir certas atividades em detrimento de outras.¹²²

Nesse sentido, o autor chama a atenção para o fato de que a opção da sociedade por evitar ou não acidentes (ou determinados acidentes) pode se sobrepor à abordagem de mercado, pois também leva em consideração custos não monetários. Assim, aliada à uma análise de custo e benefício, também há uma escolha pela proteção ou não de determinados direitos, que pode ser baseada em outros elementos que não monetários:

¹²⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

¹²¹ ACCIARRI, Hugo A. Op. Cit. p. 35.

¹²² CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970.

In accident law too, the decision to take lives in exchange for money or convenience is sometimes made politically or collectively without a balancing of the money value of the lives taken against the price of the convenience, and sometimes made through the market on the basis of such value. [...] In other words, although the market can help us to decide how far we wish to go to avoid accidents, it cannot solve the whole problem for us. And when we overrule the market and ban an accident-causing activity that can pay its way or subsidize an activity that cannot, we are not violating absolute laws.¹²³

A redução dos custos secundários é proposta a partir de uma repartição dos custos dentre uma coletividade (*loss spreading*), como ocorre com os seguros sociais ou privados, ou a partir do repasse dos custos àqueles que têm melhores condições de arcar com eles (*deep pocket method*). Entretanto, ambas as alternativas não têm influência sobre o agente econômico causador do dano para fins de incentivo à adoção de níveis de precaução e de atividade eficientes. Ainda, a redução dos custos terciários é reflexo da redução dos custos primários e secundários.¹²⁴ Como aponta Guido Calabresi, o nexo de causalidade é irrelevante para fins de repartição dos custos dentre uma coletividade (*loss spreading*), pois a preocupação reside apenas na redução do ônus para cada um dos agentes, e não no comportamento desses agentes no futuro:

Spreading is concerned with lessening the burden of losses that have already occurred. Causal linkage, in its normal sense, refers to the likelihood that some behavior will result in loss in the future. Hence, causal linkage is irrelevant to the spreading function of tort law.¹²⁵

Além disso, a fórmula de Hand, anteriormente abordada, fornece uma solução para acidentes que envolvem danos irreparáveis monetariamente (como é o caso do falecimento de um ente querido), pois sugere a “divisão dos custos razoáveis de precaução pela respectiva redução na probabilidade do dano”.¹²⁶ Na visão de Cooter e Ulen, uma aplicação incomum da fórmula de Hand permita a aplicação de um método de cálculo de indenização para perdas nas quais não há um substituto no mercado, ou que apresentar barreiras jurídicas ou morais:

¹²³ CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970. p. 288-311.

¹²⁴ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

¹²⁵ CALABRESI, Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. **University of Chicago Law Review**, V. 43, N. 1, 1975. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol43/iss1/20>>. Acesso em: 05 fev. 2017. p. 74.

¹²⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 100.

Normalmente, o tribunal usa a regra de Hand para determinar se a precaução do autor do dano satisfaz o parâmetro jurídico. No caso incomum, o agente utiliza o parâmetro jurídico de cuidado aceito, violado pelo indivíduo, para determinar sua responsabilidade.¹²⁷

Os autores explicam que, considerando riscos razoáveis e conhecidos, é possível que o tribunal avalie, em caso de mortes por acidentes, valores de mercado reais para orientar quanto a vítima avalia a segurança e, por consequência, o valor de estar vivo. O exemplo trazido é o de um consumidor que pode optar por adquirir um mecanismo de segurança para o seu carro (ao custo de US\$ 100), que reduz a probabilidade de morte em 1/10.000. Caso os consumidores optem por adquirir o mecanismo de segurança, “isso significa que valorizam a segurança em um nível que implica que o valor de um risco fatal é de pelo menos US\$ 1 milhão.¹²⁸ Analisando este exemplo, Diogo Mendonça¹²⁹ conclui:

Assim, a implementação da regra de Hand aumentaria razoavelmente as indenizações, incentivando gastos mais racionais com segurança, além de permitir uma maior coerência, alcançada mediante redução de diferenças inexplicáveis que se extraem da comparação de casos concretos.

Eugênio Battesini enfatiza a necessidade de verificação e comparação da posição estratégica das partes envolvidas em um acidente envolvendo atividade de risco, para que se possa identificar o *cheapest cost avoider* e, conseqüentemente, estabelecer o nexo de causalidade. O autor prossegue na sua análise do processo de tomada de decisão em matéria de responsabilidade civil:

Efetivada a aplicação do filtro inicial de aferição da causalidade, o estágio seguinte, o estabelecimento do nexo de imputação, é realizado com o auxílio da fórmula de Hand. [...] [N]os casos em que lei especifique ser aplicável regra de responsabilidade objetiva ou nos casos em que o Judiciário qualifique a atividade como perigosa, o que pode ser feito em conformidade com os elementos referenciais da fórmula de Hand (atividades nas quais os danos esperados com acidentes são elevados e nas quais seja impraticável evitar a ocorrência de acidentes, mesmo que adotadas consistentes medidas de precaução), o nexo de imputação resta estabelecido independentemente da aferição da negligência da conduta, mediante a responsabilização objetiva do autor.¹³⁰

¹²⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 383.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. Op. Cit. p. 101.

¹³⁰ BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011. p. 248.

O incentivo à adoção de medidas eficientes de prevenção de danos por parte dos agentes econômicos deve, portanto, levar em consideração não apenas o parâmetro de diligência e o agente que poderia ter evitado o dano a um menor custo (o que poderia eximir a responsabilidade de uma das partes que contribuiu para a ocorrência do dano), mas também as importantes considerações feitas a partir da fórmula de Hand. Nesse sentido, tal ferramenta possibilita “esclarecer importantes aspectos econômicos que envolvem a imputação do dano a uma conduta que o tenha causado (*nexo causal*).”¹³¹

Contudo, na visão de Guido Calabresi e Jon Hirschoff, a mera aplicação da fórmula de Hand, sem considerar uma possível contribuição da vítima para a causação do dano, poderia levar a uma ineficiência na prevenção de acidentes. Nesse sentido, dever-se-ia levar em consideração a contribuição causal da vítima, mas aplicá-la apenas aos casos em que o custo de prevenção do dano para o ofensor for superior ao custo da vítima:

Under such a rule, there would be instances in which the victim who could avoid an accident more cheaply than could the injurer would fail to do so, because he would know that the injurer would nonetheless be held liable. Thus the correct optimizing rule, under the Learned Hand test, would be to have a doctrine of contributory negligence, but to apply it only where the cost of injurer avoidance exceeds the cost of victim avoidance.¹³²

Ainda, Eugênio Battesini destaca que o princípio do *cheapest cost avoider* consiste em um parâmetro objetivo e é uma relevante ferramenta para auxiliar na tarefa de identificação e estabelecimento do nexo de causalidade, especialmente diante da concorrência de causas. Segundo o autor, tal princípio simplifica a aplicação da teoria da causalidade adequada, pois “permite salientar, na multiplicidade de fatores causais, um fator que racionalmente pode ser considerado a causa eficiente do dano”.¹³³

¹³¹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71.

¹³² CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. Toward a Test for Strict Liability in Torts. **Yale Law Journal**, v. 81, n. 6, p. 1055-1085, maio 1972. p. 1058.

¹³³ BATTESINI, Eugênio. Op. Cit. p. 202.

1.2.2 A alocação de responsabilidade de acordo com a contribuição causal dos agentes econômicos

A fixação do *quantum* indenizatório e os parâmetros que cada tribunal aplica ao caso concreto (seja para reduzir, ou até mesmo em eventual aplicação de indenização punitiva) ainda é questão não pacificada na jurisprudência nacional. Contudo, Cooter e Ulen alertam que “[a] equidade e a eficiência parecem exigir que se reduza a disparidade da responsabilização civil em cada tribunal e que se harmonizem as indenizações de uma jurisdição para outra”.¹³⁴ O principal motivo que aponta para a necessidade de tal harmonização consiste na constatação de que as decisões proferidas pelos tribunais afetam a conduta dos agentes de mercado, em especial no que tange aos níveis de precaução e de atividade.

Muito embora não seja objeto deste trabalho, é importante registrar que há autores que defendem a fixação de indenizações punitivas, ou seja, que extrapolem a reparação integral da vítima, em determinadas circunstâncias. A indenização punitiva é definida por Cooter e Ulen como sendo “indenizações concedidas ao autor da ação como modo de punir o réu”.¹³⁵ Ou seja, são indenizações que possuem uma dupla função: penalizar o ofensor e compensar a vítima. Segundo os autores, seria eficiente a aplicação de indenizações punitivas quando houver um erro de execução (*enforcement*), pois o causador do dano deixou de adotar níveis eficientes de precaução “porque suspeitava que apenas uma fração das vítimas o acionaria no judiciário”.¹³⁶

No direito brasileiro, a indenização punitiva não encontra respaldo na lei, muito embora venha sendo aplicada por alguns tribunais, não raras vezes mascarada na forma de indenização por danos morais. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

Ressalte-se que a aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.¹³⁷

¹³⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 325.

¹³⁵ Ibid. p. 387.

¹³⁶ Ibid. p. 388.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 401358/PB**. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Carlos Fernando Mathias, publicado em 16/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=401358&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Entretanto, tentativas de inclusão no nosso ordenamento jurídico da indenização punitiva já foram realizadas e rejeitadas, como é o caso do artigo 16 do Projeto do Código de Defesa do Consumidor (que foi vetado)¹³⁸ e o Projeto de Lei 6960/2002, que previa a inclusão de um parágrafo segundo ao artigo 944 do Código Civil, nos seguintes termos: “[a] reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.¹³⁹ O parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) sobre a proposta de alteração consignou:

A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão. Pela rejeição.

Não obstante, Maria Celina Bodin de Moraes aponta que o Superior Tribunal de Justiça considera, em suas decisões, elementos como “grau de culpa” e “porte econômico das partes” para a fixação de indenização por dano moral, que seriam critérios típicos da indenização punitiva.¹⁴⁰ A pesquisa jurisprudencial de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça ampara a conclusão da autora:

Diante das particularidades do caso em exame (a gravidade do dano suportado pelo recorrido, as condições econômicas das partes e a função pedagógica da imposição de indenização por ato ilícito), o montante indenizatório deve ser reduzido para R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), sendo R\$ 150.000,00

¹³⁸ Art. 16 – “Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”. Mensagem de veto: O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da "multa civil", sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade. (Mensagem n. 664, de 11 de setembro de 1990).

¹³⁹ Projeto de lei apresentado pelo Sr. Ricardo Fiuza, do Partido Progressista Brasileiro, que foi relator na Câmara do projeto do novo Código Civil.

¹⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive damages em sistemas civilistas**: problemas e perspectivas. Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 5, n. 18. p. 45-78. abr/jun. 2004.

(cento e cinquenta mil reais) a título de danos estéticos e mais R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) relativos aos danos morais.¹⁴¹

Contudo, há doutrinadores, como é o caso de Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler, que defendem que a aplicação da indenização punitiva prescindiria de alteração legislativa. Isso porque o artigo 944 do Código Civil seria aplicável apenas à reparação de danos patrimoniais, pois não haveria meios para atribuir valor monetário correspondente à “extensão” de um dano extrapatrimonial.¹⁴²

Destaca-se que a indenização punitiva é um tema que suscita inúmeros debates na doutrina tradicional, na doutrina da *Law and Economics* e na jurisprudência pátria, sendo objeto de obras próprias dedicadas ao tema. Por não ser o objeto deste trabalho reservou-se espaço para brevíssimas considerações sobre a indenização punitiva, sem a pretensão de esgotar ou aprofundar a matéria.

Retomando a análise que diz respeito à possibilidade de redução da indenização, é relevante atentar para o fato de que não há critérios definidos que amparem a redução em atenção a níveis eficientes de precaução e de atividade. A proposta de adoção do nexo de causalidade como critério para a fixação do valor indenizatório, levando em conta a participação causal de todos os envolvidos na ocorrência do dano, é uma alternativa que vem sendo atualmente estudada, notadamente quando se está diante de acidentes bilaterais.

Hugo Acciarri destaca que os indivíduos reagem a estímulos positivos e negativos, de forma que a opção pela adoção ou não de uma determinada conduta é reflexo das consequências nocivas ou benéficas a que estarão expostos. Assim, um sistema eficiente de alocação de responsabilidade deverá observar a conduta de todos os indivíduos envolvidos na ocorrência do dano:

Os sistemas de responsabilização, neste sentido, impõem (ou não) consequências indesejáveis, seja por ter que lidar com a compensação (o autor do dano) seja por ver-se impossibilitado de recebê-la, apesar de ter sofrido uma lesão (a vítima). Um sistema de responsabilização que tende à eficiência,

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 945.369/RJ**. 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Denise Arruda. Relator para Acórdão: Benedito Gonçalves, publicado em 18/10/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=945369&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11 nov. 2017.

¹⁴² MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005.

portanto, deve alinhar os incentivos para que as ações dos indivíduos, guiados exclusivamente para seu próprio interesse, conduza por sua vez, à melhor situação possível social.¹⁴³

Muito embora a ideia de verificação denexo de causalidade possa parecer simples, ela se torna bastante complexa diante de casos específicos, que envolvam causas múltiplas, o que dificulta a decisão do juiz. Cooter e Ulen exemplificam tal dificuldade por meio de um caso hipotético no qual um indivíduo, cujos pais faleceram de câncer no pulmão, reside em uma casa que contém asbesto, trabalha em uma fábrica com produtos químicos carcinogênicos e é fumante. Caso este indivíduo desenvolva câncer e venha a processar alguém (seja o construtor da casa, a fábrica onde trabalha ou a indústria que fabrica os cigarros que consome), “o tribunal poderia atribuir a responsabilidade plena à causa mais substancial, distribuí-la entre as causas contributivas ou decidir que ela não existe neste caso”.¹⁴⁴

Reforçando a dificuldade relacionada à relação causal, Hugo Acciarri traz em sua obra um exemplo que demonstra que a determinação dos vínculos causais relevantes para o direito é uma tarefa espinhosa, que está diretamente ligada aos objetivos que se pretendem alcançar com a responsabilização civil:

Outros casos clássicos também nos levam a dilemas interessantes: um sujeito A põe uma quantidade não letal de veneno no copo em que beberá C. Outro sujeito B completa a quantidade mortal, agregando exatamente a mesma dose de veneno que pôs A. Se não o tivesse feito, sabemos que C não teria morrido, e que tampouco haveria falecido se A não tivesse agido. Todavia, este último caso pode parecer uma extravagância acadêmica, irrelevante para a prática cotidiana do Direito de Danos. Mas substituamos a ação de pôr o veneno por uma oposta: adotar medidas de prevenção idôneas para que um dano não se produza. Logo, muitas vezes, se A adota as ditas medidas e B, não o faz, será previsível que o dano se produza e não o será se B também impede.¹⁴⁵

No Brasil, a imputação de responsabilidade está tradicionalmente vinculada a Teoria da Causalidade Direta e Imediata, segundo a qual o causador do dano somente deve ser responsabilizado se deu causa, *direta e imediatamente*, ao dano. Esta teoria foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdãos que trataram da

¹⁴³ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

¹⁴⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 326.

¹⁴⁵ ACCIARRI, Hugo A. Op. Cit. p. 160.

atividade (CC/2002, art. 927, parágrafo único), foram determinantes para que o vazamento da gasolina gerasse os danos materiais e ambientais verificados e, inclusive, chegasse a ter grandes proporções. Está, assim, **configurada a concorrência de culpas para eclosão do evento danoso, sendo certo que cada litigante deve responder na proporção de sua contribuição para a ocorrência do dano.** [...].¹⁴⁸ (Não grifado no original)

Assim, diante da verificação de uma concorrência de culpas, a solução apontada pelo Superior Tribunal de Justiça consiste em uma *atenuação da carga indenizatória*, segundo a qual cada agente deverá responder na proporção da sua contribuição para a ocorrência do dano. Como observa Hugo Acciarri, transcrevendo a obra de Matilde Zavala de González, o nexo de causalidade não é relevante apenas para fins de imputação de responsabilidade, mas também para a definição da sua extensão:

[A] chave para as soluções (se refere à distribuição da magnitude do dano) radica na contribuição causal da vítima ao próprio dano, e não à repreensão dessa causa, pois aquelas não variarão ainda que o danificado não seja culpado. [...] A causalidade não somente governa a imputação objetiva do dano a um fato fonte, mas também define a medida em que aquele pode atribuir-se a este; isto é, delimita se o dano deve ser ressarcido e com que alcance corresponde determiná-lo. Insistimos em que o alcance do ressarcimento se fixa em função da causalidade não da culpabilidade.¹⁴⁹

A crítica da doutrina de análise econômica do direito é no sentido de que as regras de imputação de responsabilidade não levariam em conta uma análise de custo e benefício, mas sim uma noção de justiça para um determinado caso concreto. Na visão de Richard Epstein, não se trata de uma questão de alocação de recursos: “[t]here is only the question whether the courts will compel the transfer of wealth from one person to another, and on that issue it seems appropriate that the decision should be made on grounds of fairness”.¹⁵⁰ Ainda, segundo Epstein:

The rules of liability thus far developed have not relied upon any form of cost-benefit analysis. But even though they have not sought to take into account any economic principles, it does not follow that they must offend them. Consider the two most difficult cases – simple accident and necessity – that could arise under any of these causal paradigms. In both these cases, the rules

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1615971/DF**. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio Bellizze, publicado em 07/10/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1615971&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 nov. 2017.

¹⁴⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde *apud* ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 173.

¹⁵⁰ EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability. **Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 1, p. 151-204, jan. 1973. p. 187.

imposing liability upon the defendant should not in principle create any new incentives, once it is settled that the plaintiff's conduct is not in issue.¹⁵¹

Contudo, ainda que questões de eficiência econômica e incentivos baseados em uma análise de custo e benefício não sejam levadas em consideração para fins de imputação de responsabilidade, tais questões poderiam ser avaliadas para a definição do valor da indenização, inclusive no que tange à conduta da vítima na ocorrência do dano. Para fins de fixação do *quantum* indenizatório, o Código Civil prevê, em seu artigo 945, a possibilidade de redução do valor da indenização em virtude da chamada culpa concorrente da vítima, levando-se em consideração a gravidade da culpa da vítima em comparação com a do ofensor. Sobre o tema, Carlos Nelson Konder¹⁵² refere:

Trata-se de casos em que a participação da vítima no resultado danoso justifica a redução proporcional do montante a ser indenizado, como no exemplo do atropelamento, para o qual contribuiu o fato de a vítima estar atravessando a rua fora da faixa e com o sinal aberto para os veículos.

A primeira observação que se faz a respeito do instituto refere-se ao fato de que a doutrina brasileira entende que a comparação a ser feita não deveria levar em consideração o elemento subjetivo da culpa dos envolvidos, mas sim a contribuição causal efetiva de cada um deles para a ocorrência do dano. Sobre o tema, o jurista Bruno Miragem destaca que se está diante de uma causalidade concorrente, ou de um fato concorrente da vítima, tendo em vista que não se trata de uma análise de culpa, mas da contribuição causal comum que os comportamentos da vítima e do ofensor tiveram para que o resultado danoso se concretizasse.¹⁵³

Nesse sentido, a interpretação dada ao referido dispositivo legal pela doutrina e pela jurisprudência está vinculada à perspectiva do nexo de causalidade, distinção esta que é relevante para fins de possibilitar a aplicação da norma aos casos de responsabilidade objetiva. Essa é a lição de Bruno Miragem¹⁵⁴:

A interpretação correta da norma, contudo, exige que se confronte não o elemento subjetivo da conduta dos sujeitos da relação de responsabilidade,

¹⁵¹ EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability. *Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 1, p. 151-204, jan. 1973. p. 187.

¹⁵² KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 3-34, jan./mar. 2007. p. 25.

¹⁵³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito Civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 360-361.

senão sua contribuição causal efetiva na realização do dano. Nesse sentido é que a doutrina e a jurisprudência contemporâneas abordam a questão sob a perspectiva do nexo de causalidade e não da culpa. A distinção faz todo o sentido na medida em que se admita sua adoção como critério geral para redução da indenização tanto em hipóteses de responsabilidade subjetiva (em que é exigida a culpa) quando nas de responsabilidade objetiva (em que a culpa do ofensor não é necessariamente objeto de investigação pelo juiz); nas relações disciplinadas tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, o nexo de causalidade é um pressuposto fundamental em qualquer espécie de responsabilidade, de forma que permite a aferição da participação da vítima na produção do dano e, conseqüentemente, a aplicação da cláusula de redução de indenização.¹⁵⁵ Em sua obra, o autor traz um exemplo bastante elucidativo, no qual o julgador concluiu pela concorrência de causas e reduziu equitativamente o valor da indenização. Trata-se de acidente ocorrido em um navio de transporte de produtos gasosos, no qual os tanques onde os produtos são transportados eram cercados por compartimentos fechados (espaços vazios), preenchidos com um gás inerte (gás sem oxigênio), a fim de impedir explosões em caso de vazamentos:

Quando necessário ingressar nos espaços vazios para as inspeções de rotina, procede-se à ventilação dessas áreas por muitas horas, até que estejam completamente oxigenadas. [...] Numa dessas inspeções, o oficial que a realizava incorreu em um erro fatal. Ao que tudo indica, antes de introduzir o tubo do *oxímetro* no espaço vazio, deixou de esvaziá-lo do oxigênio colhido na medição do espaço vazio de um outro tanque; e, como o equipamento apontava nível de oxigênio normal, indicando ventilação compatível, o oficial ingressou no espaço vazio, vindo a desfalecer e morrer.

A esposa do oficial falecido ajuizou ação de indenização contra a empresa proprietária do navio [...]. A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Ap. 7.094/95, reformou parcialmente a sentença, reconhecendo a culpa concorrente da empresa-ré. Dois marinheiros que acompanhavam o oficial vitimado na hora da inspeção disseram que tentaram socorrê-lo, mas não puderam tirá-lo do espaço vazio em que penetrara por falta de equipamentos necessários – máscaras de gás, oxigênio, etc. Embora a ré negasse essa falta de equipamentos, as próprias circunstâncias em que o fato ocorreu evidenciam que, se os tinha, não estavam em lugar apropriado, ao alcance imediato, caso contrário seria inexplicável que dois marinheiros nada pudessem fazer em favor da vítima.¹⁵⁶

Assim, para que a conduta da vítima possa influenciar no valor da indenização é necessário que haja nexo causal entre a sua participação e o evento danoso, bem como o ato da

¹⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁵⁶ Ibid. p. 44-45.

vítima deve ser antijurídico e culpável. Na lição de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, a participação da vítima na ocorrência do evento danoso não pode constituir uma consequência do ato praticado pelo ofensor, devendo tratar-se de um ato autônomo, e não de uma reação. Ainda segundo tais juristas, o julgador não deve avaliar apenas a concorrência da vítima para a ocorrência do dano, mas verificar também se o ato por ela praticado foi capaz de aumentar a extensão ou a gravidade dos danos causados.¹⁵⁷

Uma decisão proferida recentemente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstra que o contexto fático desempenha papel central para a fixação do percentual de redução a ser aplicado quando se verifica a ocorrência de causalidade concorrente. No caso em referência, a ação indenizatória foi ajuizada em virtude de agressões físicas perpetradas pelos réus à autora da demanda, cuja contribuição causal foi averiguada e culminou na redução do valor da indenização em um percentual aproximado de noventa e três por cento (93%) em relação ao valor que havia sido concedido a título de indenização pelo magistrado singular. A decisão colegiada foi assim fundamentada:

Se por um lado a autora sofreu agressões físicas, por outro lado, não se pode desconsiderar uma inimizade já existente entre as partes anteriores as agressões sofridas. As agressões ocorreram na frente da casa dos demandados, segundo os quais, afirmaram que a autora foi provocá-los, pregando cartazes de propaganda de seu novo estabelecimento na frente da residência dos mesmos.

Independentemente do histórico de desavenças entre as partes, fato é que a autora estava na frente da residência dos réus no momento da agressão. E ainda, há notícia nos autos de que a autora colaborou com o evento danoso arremessando o martelo que detinha em suas mãos em direção à ré Solange, o que corrobora a existência de culpa concorrente da autora¹⁵⁸.

É relevante observar que em acidentes bilaterais, tanto o causador do dano como a vítima podem tomar precauções para evitar o acidente. Vasco Rodrigues sintetiza os possíveis cenários: “[c]om dois agentes e duas opções para cada um, temos quatro situações possíveis: nenhum toma precauções, ambos tomam precauções, o causador toma precauções e a vítima

¹⁵⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil: Da responsabilidade Civil**. v. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70066768722**. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Léo Romi Pilau Júnior, publicado em 05/04/2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70066768722&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70069954626&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 04 nov. 2017.

não e a situação inversa”.¹⁵⁹ O fato concorrente é causa de proporcionalização do dever de indenizar, sendo que, quando os a contribuição causal das partes for equivalente, ou ainda quando não for possível aferir a contribuição de cada um, os prejuízos devem ser igualmente partilhados. Por outro lado, se as partes contribuíram de forma desigual, a indenização deverá ser proporcional à sua contribuição.¹⁶⁰

Segundo Manuel Carneiro da Frada, a conclusão de que cada indivíduo deve responder pelas consequências do seu agir ampara a exclusão da responsabilidade por exposição ao perigo, mas tal linha de raciocínio pode ser estendida também para os casos em que há participação da vítima na ocorrência do evento danoso, ainda que para redução do *quantum* indenizatório, e não para fins de exclusão de responsabilidade:

É o princípio da auto-responsabilidade indelivelmente ligado à autonomia privada dos sujeitos. Nesta sua aplicação suplanta-se em todo o caso a ideia de que cada um deve acautelar-se contra a contingências do *risco geral da vida*, que não permitem ancorar uma ilicitude e que devem ser suportadas individualmente.¹⁶¹ (Grifo no original)

Conforme pontua Vasco Rodrigues, “[s]e os acidentes são bilaterais, a solução eficiente exige que ambas as partes adotem medidas, que implicam custos, para prevenir a sua ocorrência”. Contudo, ainda que a solução eficiente seja que ambos tomem precauções (causador do dano e vítima), resta saber até que ponto estão dispostos a incorrer nos respectivos custos, considerando apenas o seu interesse privado.

Hugo Acciarri critica a posição de que a atribuição às partes de uma “porcentagem do custo do resultado vinculado a sua ‘contribuição causal’ poderia gerar incentivos para a adoção de medidas eficientes de prevenção de danos”.¹⁶² A questão da contribuição causal apenas ganha relevância quando se está diante de um dano cuja ocorrência pode ser atribuída a diversas causas, de forma que o alinhamento de incentivos eficientes dependeria do conhecimento, pelos

¹⁵⁹ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**: Uma Introdução. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 95.

¹⁶⁰“Havendo culpa concorrente, a doutrina e a jurisprudência recomendam dividir a indenização, não necessariamente pela metade, como querem alguns, mas proporcionalmente ao grau de culpabilidade de cada um dos envolvidos”. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil**: Da responsabilidade Civil. v. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 407).

¹⁶¹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito civil, responsabilidade civil**: o método do caso. Coimbra: Almedina, 2010. p. 78.

¹⁶² ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 175.

agentes, do comportamento adotado pelos demais – o que produz um jogo paradoxal de incentivos:

[U]m fato A de uma das partes (isolado) pode incrementar levemente o valor esperado de um dano, se não metade de certo fato B da outra. Esse fato B, isolado, também pode incrementar só muito levemente o valor esperado do dano. Mas quando se dão conjuntamente, A e B, essa conjunção pode ser devastadora, e pode incrementar substancialmente o valor esperado do prejuízo. Logo, esse tipo de relação produz um jogo paradoxal de incentivos. [...]

Logo, caso se pudesse prever com certeza que os outros vão se comportar “corretamente”, as precauções a adotar deveriam ser menores que caso se previsse que os outros podem comportar-se de modo incorreto.¹⁶³

Em acidentes bilaterais, a forma como as partes se comportam pode ser reflexo do comportamento da outra parte, o que contribuiu para a formação do jogo paradoxal apontado por Hugo Acciarri, pois “para que se alcance o objetivo social de minimizar as perdas com acidentes faz-se necessária a interação entre o autor e a vítima”.¹⁶⁴ Sobre o tema, Eugênio Battesini menciona um elucidativo exemplo em sua obra:

Considerando o exemplo do acidente de trânsito, verifica-se que a atenção dos condutores de automóvel em relação aos ciclistas tende a depender do grau de cautela com que os ciclistas estão a guiar, e vice-versa. A interdependência do comportamento do autor e da vítima, o fato de que os indivíduos envolvidos em acidentes interagem, seja de forma cooperativa, conflituosa ou simplesmente não cooperativa, permite que a determinação dos níveis ótimos de precaução possa, também, ser realizada mediante utilização da teoria dos jogos.¹⁶⁵

Na visão de Hugo Acciarri, a atribuição de responsabilidade poderia refletir a escolha, dentre todas as condições de um fato, de uma ou mais condições que sejam consideradas relevantes para o objetivo que se pretende atingir (ou conduta que se pretende dissuadir) – procedimento este que seria usual nas determinações causais.¹⁶⁶ Um primeiro passo seria identificar os agentes implicados na ocorrência do dano, pois nem sempre se está diante de um acidente clássico envolvendo ofensor e vítima, na medida em que se pode ter mais de um ofensor, ou uma vítima que tenha contribuído para o seu próprio dano.

¹⁶³ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 174-175.

¹⁶⁴ BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011. p. 134.

¹⁶⁵ Ibid. p. 135.

¹⁶⁶ ACCIARRI, Hugo A. Op. Cit.

A teoria dos jogos mencionada por Eugênio Battesini no trecho transcrito acima é utilizada pela análise econômica do direito para estudar a tomada de decisão dos indivíduos (vítima e ofensor, por exemplo), quando os seus comportamentos estão relacionados entre si. Em tais situações ditas estratégicas, o comportamento de uma das partes pode modificar ou impactar a conduta da outra parte.¹⁶⁷ Conforme explicam Mackaay e Rousseau:

O direito articula soluções não violentas para conflitos que podem surgir entre pessoas e define as instituições cuja função será fazer prevalecer estas soluções. Se tal opinião estiver correta, o estudo das interações entre as pessoas deveria considerar o ensino quanto à natureza do direito. Às estruturas recorrentes de potenciais conflitos deveria corresponder instituições jurídicas que permitissem evitá-los.¹⁶⁸

Considerando a existência de elementos que permitem o estudo dos comportamentos de agentes e um possível prognóstico de como os agentes agirão frente a uma determinada situação, “a análise da estrutura de um jogo pode auxiliar também na adoção de políticas para prevenir ou atenuar conflitos”.¹⁶⁹ Nesse sentido, a teoria dos jogos poderia auxiliar o Estado na definição da melhor estratégia a ser adotada frente a acidentes envolvendo a exploração de atividades de risco, visando à prevenção ou mitigação dos danos:

Como a tendência dos agentes econômicos é sempre maximizar seus lucros em detrimento do interesse público, a função do Estado é de justamente equilibrar esses interesses. Por intermédio da teoria dos jogos e de acordo com o ordenamento jurídico, é possível ao Estado prever o comportamento desses agentes e estabelecer estratégias para evitar que o interesse de uma das partes se sobreponha demasiadamente ao da outra, seja inibindo práticas abusivas, seja proporcionando situações de cooperação entre os agentes.¹⁷⁰

Ainda que de forma não unânime na doutrina, a fixação da indenização com base na contribuição causal das partes encontra respaldo na análise econômica do tema, que ampara a opção legislativa expressa no artigo 945 do Código Civil. Isso decorre da conclusão de que o nexo de causalidade e a sua importância no ordenamento jurídico para fins de responsabilização

¹⁶⁷ PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Belo Horizonte, v. 20, p. 309-338, 2010.

¹⁶⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 83.

¹⁶⁹ CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à teoria dos jogos no direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)**, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 213-234, abr./jun. 2007. p. 231-232.

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 233.

estão diretamente ligados à forma como os agentes econômicos reagirão, especialmente no que tange à prevenção de danos.

Cesar Santolim explica que a função preventiva da responsabilidade civil está diretamente ligada à “percepção que os agentes potencialmente causadores de dano possam ter sobre futuros “acidentes”.¹⁷¹ Ainda, haveria um senso comum ligado à percepção de relações entre fatos individuais, ou seja, do entendimento de um fato seria causa de outro:

Mesmo assim, a presença destes elementos de “senso comum” são determinantes para as condutas de precaução quanto a eventos potencialmente danosos. É correto supor que um indivíduo (neutro a risco) cogitará de precaver-se na direta relação com a previsão que faça sobre a probabilidade de ocorrência de situações que possam lhe ser imputadas, como responsável por alguma situação de prejuízo (“responsabilidade civil”).¹⁷²

Logo, a existência de um senso comum no critério a ser utilizado pelo julgador para a escolha de causas é relevante quando o tema é analisado sob o enfoque da prevenção de danos. A dissuasão de danos depende do conhecimento, pelos agentes econômicos, dos critérios que serão adotados pelos julgadores na definição do nexo de causalidade, seja por aquele que explora uma atividade de risco, seja pelos demais indivíduos envolvidos na ocorrência do dano (a vítima, inclusive). Sobre o tema, Hugo Acciarri¹⁷³ destaca:

Quanto aos problemas de informação, assiste razão à literatura especializada quando sustenta que se trata de um aspecto crucial para prever o efeito que se siga de uma ou outra atribuição causal. Neste sentido, se uma parte carece de informação sobre a relação entre sua conduta e as derivações prováveis da mesma, essa circunstância deformará o efeito dos incentivos criados por uma atribuição causal. Se alguém não sabe com que probabilidade se seguirá um dano de sua conduta, poderá subestimar ou sobre-estimar dita probabilidade e atuar em consequência, tomando precauções insuficientes ou exageradas, e em ambos os casos, incrementará seus custos privados e os custos sociais.

Os autores Hugo Acciarri, Fernando Tohmé e Andrea Castellano defendem que a alocação de responsabilidade de acordo com a contribuição causal dos agentes envolvidos enseja resultados mais eficientes do que a abordagem clássica do tema.¹⁷⁴ Segundo os autores,

¹⁷¹ SANTOLIM, Cesar. Nexo de causalidade e prevenção responsabilidade civil. **Revista da AJURIS**, V. 41, N. 146, Porto Alegre, 2014. p. 95.

¹⁷² Ibid. p. 96.

¹⁷³ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 191.

¹⁷⁴ ACCIARRI, Hugo A.; TOHMÉ, Fernando; CASTELLANO, Andrea. Causal Apportionment of Tort Liability: An Efficient Approach. **Review of Law & Economics**, v. 12, De Gruyter, 2016.

essa visão alternativa possibilita alocar a responsabilidade entre vítima e ofensor, de acordo com a sua contribuição para a ocorrência do dano, de forma a impactar nas ações futuras de tais agentes, quanto à prevenção de danos. Desta forma, o julgador poderia influenciar a conduta dos agentes de acordo com a alocação eficiente de responsabilidade:

What matters, when something is deemed a cause of some event, is fundamentally the goal of the inquiry. Consequently, if we were pursuing the goal of allocating efficiently liabilities, we would choose among the already selected factors, in the way that best suits our efficiency-oriented inquiry. Once the choice is made, the resulting factors are the ones we will actually indict as (legal) causes¹⁷⁵.

Ademais, a atribuição de responsabilidade em virtude da contribuição causal permite que o ordenamento jurídico incentive ambas as partes (vítima e ofensor) a tomarem as medidas cabíveis para a prevenção de danos, cada qual em sua alçada, e não apenas na perspectiva da conduta do ofensor. Sobre o tema, Francesco Parisi e Vincy Fon¹⁷⁶ destacam:

Unlike all the other bilateral precaution rules that concentrate on the incentives to optimize activity levels on only one party, comparative causation rules spread the threat of residual liability, and the resulting incentives, on both parties. Both victims and tortfeasors face some partial incentives to contain their respective activity levels.

Contudo, Hugo Acciarri aponta que a grande dificuldade em fixar o valor da indenização com base na contribuição causal dos envolvidos consiste em “considerar que a proporção em que cada agente causa um dano, é correlativa à diferença entre o estado do mundo em qual o dano não existe, e aquele em qual se verifica (em qualquer medida) esse dano”.¹⁷⁷ Assim, uma ação ou omissão do agente (causador do dano ou vítima) guardaria uma proporção com a ocorrência do dano:

Assume-se em geral que tanto a *precaução* quanto o nível de *atividade* de cada uma das partes guarda uma relação “causal” com o valor esperado dos danos. Quanto à primeira, *mais precauções* fariam previsível *menos danos*, seja porque a probabilidade ou o montante dos danos (caso ocorram) diminuam. Trata-se de uma relação inversa. No que cabe à segunda, *mais atividade*

¹⁷⁵ ACCIARRI, Hugo A.; TOHMÉ, Fernando; CASTELLANO, Andrea. Causal Apportionment of Tort Liability: An Efficient Approach. **Review of Law & Economics**, v. 12, De Gruyter, 2016. p. 11.

¹⁷⁶ PARISI, Francesco; FON, Vincy. Causation and Responsibility: The Compensation Principle from Grotius to Calabresi. **Maryland Law Review**, Vol. 64, No. 1, 2005, pp. 108-135; George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-13. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=586618>>. Acesso em: 05 fev. 2017. p. 29.

¹⁷⁷ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 182.

incrementará os danos (também aqui, seja em sua possibilidade ou em sua magnitude, caso ocorra). Trata-se de uma relação *direta*.¹⁷⁸ (Grifo no original)

Na lição de Ana Mafalda Castanheira Barbosa, a verificação da contribuição da vítima para a ocorrência do dano está atrelada à análise de causalidade, e não de culpa. Mais do que isso, a verificação de que a omissão da vítima (em tomar determinadas precauções ou em adotar medidas para mitigar o seu próprio dano) contribuiu para a ocorrência do dano pressupõe uma análise de “dever-ser”, ou seja, da conduta que deveria ter sido adotada pela vítima, mas não o foi:

Com o que se mostra que, afinal, é a ideia de contribuição do comportamento do lesado, e não de culpa, que está em discussão, a aproximar-nos mais da perspectiva causal, mas sem que, verdadeiramente, esta consiga desvelar o sentido da solução que se pretende obter. E não o consegue exactamente porque a omissão, sendo um nada, só pode ser tida em conta no percurso causal se e na medida em que a nota do dever ser a matizar.

Ou seja, só normativamente podemos perceber qual o papel desse nada no esquema imputacional do dano ao pretendo lesante.¹⁷⁹

Contudo, Hugo Acciarri¹⁸⁰ ressalta que a atribuição de relevância para a contribuição causal, para fins de imputação de responsabilidade ou determinação do *quantum* indenizatório, somente será efetiva se o sistema jurídico em que se insere esteja em consonância, ou seja, que o critério jurídico-causal seja consistente com o ordenamento jurídico como um todo:

La evaluación de un criterio jurídico-causal depende, en última instancia, de su consistencia con un sistema jurídico que se considere valioso. En este sentido, no parece adecuado exigir aisladamente que el criterio de causalidad dé resultados justos, como a veces parece insinuarse: el criterio de causalidad que se adopte no determina un resultado final por sí, sino que sólo es instrumental a un sistema mayor. Del mismo modo, aunque se considere valioso que un automóvil sea veloz, no tiene sentido exigir que cada uno de sus instrumentos (como el reloj o el limpiaparabrisas) lo sean. Sólo en ese sentido derivado, en cuanto contribución a un sistema que determine resultados justos, tiene sentido hablar de la justicia o — de modo más general — del valor de un criterio causal.

¹⁷⁸ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 183.

¹⁷⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Do nexó de causalidade ao nexó de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual**. v. 1. Cascais: Principia, 2013. p. 785-786.

¹⁸⁰ ACCIARRI, Hugo. **La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños: Reparación, prevención, minimización de costos sociales**. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009. p. 136.

Nesse sentido, o sistema da contribuição causal em âmbito de responsabilidade civil induziria ambas as partes a adotarem níveis eficientes de prevenção de danos, internalizando os custos e beneficiando-se de um equilíbrio nas suas atividades e condutas de precaução. Tais medidas aproximariam as partes do almejado nível ótimo de precaução. A cláusula de redução da indenização – desde que amparada no critério da contribuição causal, e não da graduação de culpa – poderia ter como consequência uma aproximação maior do nível ótimo de prevenção de danos, na medida em que o julgador estaria incentivando as partes a tomarem as medidas que estão ao seu alcance para evitar que o dano ocorra ou minimizar as suas consequências.

A sinalização para a sociedade de que a sua contribuição para a ocorrência do dano será avaliada para fins de fixação do montante indenizatório funcionaria como um incentivador de medidas preventivas, ainda que em determinadas situações, sob a ótica do causador do dano, o valor da indenização possa ser inferior ao dano por ele causado. Isso porque a conduta de cada um dos agentes envolvidos na causação do dano pode influenciar duas variáveis, que devem ser levadas em consideração: a causa total do dano e a sua proporção na causa.¹⁸¹ Sobre o tema, Hugo Acciarri¹⁸² refere:

Interpretados ambos textos en sentido causal (identificando el “grado de responsabilidad” con el *alcance causal* por el cual se responde y, a su vez, midiendo el *alcance causal* con relación a *la información con la cual debe realizarse el cálculo* de probabilidad), estas normas introducirían una variante a la regla básica, que podría ser explicada del modo que sigue. *En general*, la información a tomar en cuenta para realizar el cálculo de probabilidad debe ser la que se hallaba a disposición de cualquier persona diligente, al momento del hecho que se investiga como presunta causa. Se recurriría a un estándar objetivo.

En casos en los cuales sea *jurídicamente exigible* para el agente (por aplicación de normas legales o convencionales, adecuadamente interpretadas) contar con una mayor información, entonces ese “piso epistémico” deberá ascender y tomarse en cuenta *toda la información con la que debería haber contado un agente, según esas exigencias*. (Grifo no original)

Manuel Carneiro da Frada traz um exemplo em sua obra que permite a visualização de como critérios de imputação de direito material e o nexo de causalidade podem estar vinculados a uma questão de probabilidade de ocorrência de danos. Uma central nuclear emite radiações que, sabidamente, elevam em dez por cento (10%) os riscos de câncer em uma determinada

¹⁸¹ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁸² ACCIARRI, Hugo. **La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños: Reparación, prevención, minimización de costos sociales**. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. p. 80.

população, sem que seja possível identificar, contudo, quais indivíduos foram contaminados e qual é a ligação entre a radiação e o câncer desenvolvido por estes indivíduos. Na visão do autor, certamente não seria justo ilibar toda a responsabilidade ao titular da central nuclear, mas também seria injusto que ele respondesse por todas as doenças desenvolvidas por aquela população. Na lição do autor:

Sem prejuízo de outras soluções impostas por preponderância de considerações preventivas e distributivas do risco de dano, de *iure condendo*, parece que se deveria evoluir para um reconhecimento mais amplo da concessão de uma indemnização de acordo com o grau de verossimilhança do nexos causal (equivalente, no caso figurado, à indemnização da verificação do número de doenças que corresponde à incidência da taxa de 10% sobre a quantidade de cancros habitualmente verificados naquela zona; a indemnização dividir-se-ia depois entre todos os doentes).¹⁸³

Uma análise semelhante foi realizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em voto proferido pelo Desembargador Eugênio Facchini Neto, em ação indenizatória envolvendo o consumo de cigarros e o desenvolvimento de doença.¹⁸⁴ Na visão de Facchini, considerando que dados epidemiológicos apontam que determinadas doenças estão relacionadas ao tabagismo em cerca de oitenta por cento (80%) a noventa por cento (90%) dos casos, esse dado estatístico poderia ser transposto ao julgamento de um caso individual – ainda que, em dez por cento (10%) a vinte por cento (20%) dos casos, a doença tenha se desenvolvido a partir de outros fatores causais, como fatores genéticos, exposição a poluição ou componentes químicos, dentre outros. Essa é a fundamentação adotada na decisão:

O acolhimento irrestrito da tese ventilada na sentença e acolhida em muitos julgados leva, com a devida vênia, a um absurdo lógico: levando-se a sério as conclusões da ciência médica que aponta, com dados cientificamente irrefutáveis e objeto de consenso técnico universal, que determinadas doenças (especialmente as pulmonares) estão necessariamente vinculadas ao vício do fumo num percentual que por vezes se situa entre 80 e 90% dos casos, conclui-se coerentemente que de cada cem portadores de tais doenças, entre 80 e 90 indivíduos a contraíram em razão do hábito de fumar. A contrário sensu, os outros 10 a 20 indivíduos desenvolveram a doença em razão de outros fatores, que não o tabagismo. É quase impossível afirmar-se, categoricamente, quais

¹⁸³ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito civil, responsabilidade civil: o método do caso**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 103.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70059502898**. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Miguel Ângelo da Silva. Redator: Eugênio Facchini Neto, publicado em 15/02/2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70059502898&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70066768722&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 31 dez. 2017.

dessas com pessoas se encontram num grupo ou no outro. Isso não abala, porém, a certeza científica de que abstratamente 80 a 90% deles realmente desenvolveram a doença em razão do tabagismo. Inequivoco, portanto, o nexo de causalidade científico e irrefutável entre a conduta (tabagismo) e o efeito (desenvolvimento da doença). Todavia, se todas essas com pessoas ajuizassem ações individuais, a invocação da tese sentencial faria com que todas as com pretensões fossem desacolhidas, apesar da certeza científica e irrefutável de que entre 80 a 90% daqueles autores tinham inteira razão. Para se evitar que a indústria do fumo seja injustamente condenada num percentual de 10 a 20% das causas, prefere-se, assim, injustamente desacolher as justas pretensões de 80 a 90% dos autores! A fragmentação dos litígios, portanto, favorece amplamente a indústria do fumo. Contra esse absurdo lógico e de intuitiva injustiça não se pode concordar.¹⁸⁵

A posição adotada por Facchini aborda abertamente a incerteza diante da causa do dano, optando pela dita condenação injusta da indústria do tabaco em 20% dos casos, baseando-se em dados epidemiológicos de uma população específica, a partir de estudos científicos. A opção pela adoção de dados estatísticos para a solução da demanda propõe uma abordagem distinta da posição tradicional de aplicação da teoria da causalidade direta e imediata, e pode apontar para uma mudança de paradigma na jurisprudência brasileira quanto à verificação de causalidade em sede de responsabilidade civil.

Na decisão analisada, os dados estatísticos foram utilizados para fins de imputação de responsabilidade. Contudo, semelhante abordagem poderia ser adotada na fase de apuração do valor da indenização, para a definição do percentual de redução do montante com base no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil. Diante da ausência de requisitos seguros e critérios objetivos para a aplicação da redução equitativa em casos de responsabilidade objetiva (ainda que seja possível defender a utilização da culpa como critério de redução), poderia ser utilizado um critério estatístico para se determinar o percentual da redução, com base em dados estatísticos envolvendo a atividade em questão, como a frequência de acidentes e a extensão dos danos usualmente causados.

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70059502898**. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Miguel Ângelo da Silva. Redator: Eugênio Facchini Neto, publicado em 15/02/2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70059502898&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politi ca-site&wc=200&wc_mc=1 &oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1 &sort=date%3AD%3AS%3Ad1 &as_qj=70066768722&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 31 dez. 2017. p. 46-47.

2. A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E A SUA APLICAÇÃO À LUZ DA TEORIA DO RISCO

2.1 A CLÁUSULA DE REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO E SUA APLICAÇÃO A CASOS SUBMETIDOS AO DISPOSTO NO ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL

2.1.1 A cláusula de redução da indenização (artigo 944, parágrafo único, do Código Civil)

Historicamente, a noção de culpa estava atrelada a uma condição psicológica do agente que pratica o ato danoso, isto é, era reflexo de uma falha da vontade humana.¹⁸⁶ Com o passar do tempo, a culpa migrou para uma ideia de violação de um dever de conduta, como um desdobramento do dever geral de não causar danos, desvinculando-se do conteúdo moral, deixando, assim, de representar apenas um comportamento que provoca reprovação social.

Segundo Paula Bandeira¹⁸⁷, na culpa na sua concepção subjetiva ou psicológica, “o foco da responsabilidade civil encontra-se na figura do ofensor, vez que se mostra imprescindível a análise do estado anímico do agente causador do dano”. Na esteira das transformações sociais e econômicas que a sociedade sofreu ao longo do tempo, que determinaram a criação de novas categorias de responsabilidade civil, o conceito de culpa psicológica revelou-se insuficiente, impondo revisão.

Nesse sentido, o autor Bruno Miragem destaca que a noção jurídica da culpa, atualmente não mais vista como um elemento psicológico da conduta, representa deveres jurídicos definidos como standards de conduta, aos quais os agentes devem atender.¹⁸⁸ Essa nova compreensão de culpa é definida pela doutrina majoritária como sendo uma culpa objetiva, ou normativa, justamente na tentativa de diferenciá-la da culpa psicológica, tendo em vista a

¹⁸⁶ Segundo Marcelo Junqueira Calixto: “Em verdade, a primeira concepção de culpa aproxima este instituto da ideia de reprovação moral da conduta. Para esta visão, indispensável é a avaliação da própria pessoa do agente causador do dano, sendo então considerados elementos como seu estado de ânimo e sua formação psicológica. Tal concepção, que se pode chamar de subjetiva ou psicológica, tem como grande virtude fazer com que o próprio culpado tenha a concreta noção do erro em que incidiu ao agir ou se omitir”. (CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 51- 76, jul./set. 2009, p. 52).

¹⁸⁷ BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do código civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 227-249, abr./jun. 2008. p. 229.

¹⁸⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

necessidade de observância de determinados padrões de conduta razoavelmente aceitos, que devem ser seguidos pelos membros da sociedade.

Para fins de imputação de responsabilidade civil, importa verificar se o agente comportou-se culposamente, de modo a causar dano a outrem. O comportamento voluntário do agente destinado à causação de um dano é conceituado como dolo. Por outro lado, há também as hipóteses de (i) imprudência, que considera o padrão médio de conhecimento do indivíduo em sociedade, para que se possa verificar a possibilidade de antecipação do resultado danoso; (ii) negligência, que reflete uma desatenção do agente ao realizar determinada ato e (iii) imperícia, que decorre de uma violação de um dever de agir com a perícia que o agente deveria possuir, por força de qualificação que possui, em virtude de conhecimento técnico ou específico.¹⁸⁹

Como se vê, a responsabilização do agente por força de um agir culposos está atrelada a uma ideia de padrão de conduta, a uma concepção social de comportamento devido. Nesse contexto, mostra-se desnecessário averiguar as razões que levaram o agente a adotar o comportamento gerador de danos. Ainda, diferentemente do que ocorre no Direito Penal, o Direito Civil não faz distinção entre os graus de culpa para fins de imputação de responsabilidade.¹⁹⁰ Assim, ainda que a culpa seja levíssima, o ofensor estará obrigado a indenizar os danos causados.¹⁹¹

A graduação da culpa, contudo, ganha especial relevância frente ao que dispõe o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, que prevê que o juiz poderá reduzir equitativamente o

¹⁸⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁹⁰ Segundo Paula Bandeira: “A regra se coadunaria com o deslocamento do foco da responsabilidade civil da figura do ofensor para a da vítima, objetivando-se a mais ampla reparação possível pelos danos por esta sofridos, e com a ausência de caráter punitivo do direito civil, que, ao contrário do direito penal, não recomenda a análise dos graus de culpa do ofensor para a sua condenação”. (BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do código civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 227-249, abr./jun. 2008. p. 237).

¹⁹¹ Em situação excepcional, o grau de culpa será perquirido para fins de imputação de responsabilidade civil em caso de danos causados em virtude de transporte gratuito ou de mera cortesia. Nesse sentido, a súmula 145 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”. Entretanto, é possível identificar críticas à necessidade de verificação do grau de culpa do causador do dano para fins de imputação, ainda que se esteja diante de transporte gratuito: “Não concordamos, data vênica, com o entendimento de que apenas o dolo ou a culpa grave autorizariam a obrigação de indenizar (Súmula 145, STJ), sobretudo pelo fato de o novo Código Civil não estabelecer esta restrição” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: vol. IV, tomo II. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 447.).

valor da indenização quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa do ofensor e o dano por ele causado. Contudo, trata-se de regra de aplicação excepcional.

O princípio da reparação integral, previsto no artigo 944, *caput*, do Código Civil (“a indenização mede-se pela extensão dos danos”), consiste na regra geral atualmente vigente no ordenamento jurídico brasileiro para fins de reparação de danos. A norma deixa clara a opção do legislador pela prevalência do dano em detrimento da culpabilidade para fins de quantificação, na medida em que preza pela fixação de indenização que corresponda aos prejuízos causados à vítima.

Nesse enfoque, a reparação do dano deve corresponder à extensão dos danos sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), mas não deve ultrapassá-la, sob pena de enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitária), respeitando-se, assim, uma relação de efetiva equivalência entre o montante fixado a título de indenização e os prejuízos experimentados pela vítima. Segundo Paulo de Tarso Sanseverino¹⁹², o conceito de reparação integral está diretamente ligado à finalidade pretendida por meio da responsabilidade civil:

O princípio da reparação integral ou plena, também chamado de equivalência entre o dano e a indenização, como indicado por sua própria denominação, busca colocar o lesado em situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito, ligando-se diretamente à própria função da responsabilidade civil, que é fazer desaparecer, na medida do possível, os efeitos do evento danoso.

Entretanto, o Código Civil de 2002 trouxe uma disposição que confere ao julgador o poder de limitar o *quantum* indenizatório, a ser invocado em casos de desproporção entre a culpa do agente e o dano. Assim, como ressalta Anderson Schreiber, o legislador “exclusivamente permitiu a redução equitativa da indenização quando a culpa for desproporcionalmente tênue frente ao dano provocado”.¹⁹³ Diante de tal previsão, a culpa ganhou papel de destaque na fixação do *quantum* indenizatório, sendo que, atualmente, não é mais vista como um elemento psicológico da conduta, mas representa deveres jurídicos definidos como standards de conduta, aos quais os agentes devem atender.¹⁹⁴

¹⁹² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

¹⁹³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 43.

¹⁹⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

O princípio da reparação integral representa inequívoca vantagem à vítima, pois assegura a plena e irrestrita reparação dos danos sofridos. Por outro lado, como destaca o jurista Paulo de Tarso Sanseverino, a sua adoção plena e absoluta pode representar um exagero, conduzindo à ruína econômica do ofensor em virtude de um ato descuidado praticado em um momento infeliz da sua vida.¹⁹⁵ A regra que permite a redução equitativa da indenização possui a finalidade, portanto, de preservar o ofensor que agiu com culpa leve ou levíssima, causando danos de grande monta, como destaca o jurista Agostinho Alvim¹⁹⁶:

Sucedo, às vezes, que, por culpa leve, sem esquecer uma dose de fatalidade, vê-se alguém obrigado a reparar prejuízos de vastas proporções. O juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio termo.

Os critérios que devem ser observados para a aplicação da cláusula de redução, contudo, não se limitam à análise da gravidade da culpa do ofensor e da sua desproporção com o dano causado. Devem também ser avaliados a extensão e natureza dos danos sofridos pela vítima e o valor econômico da indenização correspondente em comparação com a situação patrimonial do ofensor.

Os graus de culpa que permitem a redução equitativa da indenização são a culpa leve e a culpa levíssima. Em sua obra, o jurista Sérgio Cavalieri Filho conceitua tais graus de culpa da seguinte forma: (i) culpa leve, quando a falta pode ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, e (ii) culpa levíssima, que se caracteriza pela falta de atenção extraordinária, ou ainda pela ausência de uma habilidade especial ou conhecimento singular por parte do ofensor, que poderia evitar a ocorrência do dano.¹⁹⁷

No que tange à desproporção entre a culpa do ofensor e o dano causado, o entendimento da doutrina converge no sentido de que o caso concreto deve ser analisado à luz da razoabilidade e proporcionalidade. A razoabilidade permite a aplicação da cláusula de redução sob a perspectiva da equidade, permitindo a correção de distorções eventualmente causadas pela

¹⁹⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁹⁶ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1965. p. 199.

¹⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

aplicação da regra geral (reparação integral) ao caso concreto,¹⁹⁸ ao passo que a proporcionalidade rege o entendimento de que se deve escolher o meio menos gravoso e restritivo aos direitos fundamentais afetados, visando ao atingimento da finalidade pretendida.¹⁹⁹

Um terceiro aspecto que deve ser levado em considerado pelo julgador na aplicação da cláusula de redução refere-se à natureza dos danos sofridos pela vítima. Segundo o jurista Paulo de Tarso Sanseverino, danos pessoais graves não permitiriam a redução da indenização, tendo em vista que o bem lesado possui valor superior em relação a bens materiais (patrimônio do ofensor), o que não justificaria a aplicação do instituto:

Se houver, entretanto, a produção de danos pessoais graves (v.g., morte, incapacidade permanente), não se deve determinar a redução, pois um outro topoi deve ser considerado, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, a ser analisado em seguida, com valor incomensuravelmente superior em relação a qualquer montante patrimonial por mais que seja a sua expressão econômica.²⁰⁰

Tal entendimento encontrar-se-ia amparado no princípio da dignidade da pessoa humana – no caso, da vítima, que teve o seu bem maior lesado – ainda que não haja previsão expressa na Constituição Federal a respeito da regra de reparação integral da vítima.²⁰¹ A crítica a tal posicionamento consiste no fato de que a finalidade da cláusula geral de redução da indenização encontrar-se-ia amparada no mesmo princípio constitucional, sob a ótica do ofensor.

Nesse sentido, o entendimento de grande parte da doutrina brasileira é no sentido de que o fundamento de validade para a cláusula de redução seria a tutela do chamado patrimônio mínimo do ofensor. Assim, a redução equitativa da indenização somente seria admissível quando a imposição da reparação integral privasse o ofensor do patrimônio mínimo indispensável à sua subsistência, como pontua Gustavo Tepedino (em atualização à 10ª edição da obra de Caio Mário da Silva Pereira):

¹⁹⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁹⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁰⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. Cit. p. 107.

²⁰¹ Esse entendimento é alvo de críticas por parte da doutrina, que entendem que há um movimento indevido ou exagerado de constitucionalização do direito privado.

A despeito das inúmeras controvérsias, não há dúvida que se trata de preceito excepcional que, por tornar irreparável lesão a interesse jurídico legítimo, só se justifica diante de hipótese em que a reparação integral, pelas circunstâncias pessoais do ofensor e da vítima, se torne, ela própria, exagerada e, por isso, não razoável.²⁰²

O entendimento de que a cláusula de redução de indenização somente poderia ser aplicada em casos nos quais o princípio da reparação integral representaria uma violação aos direitos constitucionais do ofensor (privando-o do patrimônio mínimo a uma vida digna) surgiu a partir da necessidade de justificar o afastamento da regra geral da reparação integral, que gozaria de status constitucional com base no princípio da dignidade da pessoa humana, baseado na cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Corolário lógico, outro aspecto que deve ser levado em consideração é a condição econômica do ofensor, na medida em que a redução não se justifica quando o valor da indenização não for elevado o suficiente para representar um risco de miserabilidade ao ofensor. Na lição de Carlos Edison Monteiro Filho²⁰³, quanto maior for a repercussão no patrimônio do responsável pelo dano, maior poderá ser a redução aplicada pelo julgador:

Se o causador do dano for solvente e tiver capacidade para suportar o encargo da indenização sem recair em pobreza, a aplicação do parágrafo único do art. 944 é de ser, em princípio, *afastada*. A exceção, como se viu, interpreta-se restritivamente. Isso porque, nessa hipótese, o pagamento da indenização à vítima não comprometeria a existência digna do ofensor. E o princípio da reparação integral não permite a *preponderância* da tutela *patrimonial* do ofensor em detrimento da vítima.

O fundamento que autoriza a redução do valor da indenização é a equidade, que possui um conceito multissignificativo. Paulo de Tarso Sanseverino explica que, na acepção aristotélica, a equidade seria uma forma de correção de equívocos, possivelmente oriundos da aplicação indevida da lei geral a determinados casos concretos. Assim, a equidade faria parte de uma ideia geral de justiça, como sinônimo de moral e de virtude, na medida em que visa a assegurar o atingimento da finalidade da lei.²⁰⁴

²⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 101.

²⁰³ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lima**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 781.

²⁰⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva. 2010.

A cláusula de redução prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, reflete essa concepção aristotélica de equidade, permitindo a redução da indenização nos casos em que haja manifesta desproporção entre a culpabilidade do agente e a extensão dos danos. Esse é o entendimento de Paulo de Tarso Sanseverino²⁰⁵:

No direito brasileiro, a equidade tem merecido acolhida em sua acepção aristotélica, sendo que a própria norma legal concede eventualmente poderes ao juiz para, diante do caso particular, corrigir a iniquidade decorrente da aplicação pura e simples da regra geral e abstrata prevista pelo legislador para a solução da questão.

Na prática, pode-se observar que os critérios que são levados em consideração pelo julgador para fins de redução do valor da indenização estão diretamente ligados ao contexto fático. Em um caso envolvendo o atropelamento de um motociclista em decorrência do descuido de uma motorista ao acessar via preferencial, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reduziu o valor da indenização em virtude dos danos materiais e morais sofridos pelo motociclista, nos seguintes termos:

No entanto, vejo que a culpa da demandada não foi grave, consistindo em desatenção ao ingressar no leito da via. Não estava, por exemplo, em excesso de velocidade, não dirigia embriagada, não o fazia de forma temerária, etc. Faltou-lhe atenção ao tráfego, nada mais. Assim, aplico o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, que dispõe que pode o juiz reduzir, equitativamente, a indenização, se houve excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.²⁰⁶

Tendo em vista que a decisão pela aplicação ou não da cláusula de redução da indenização no caso concreto funda-se na equidade, compete ao julgador verificar em quais casos é cabível a redução equitativa da indenização, sem que tal redução implique ofensa ao princípio da reparação integral ou a outros direitos protegidos por lei ou pela Constituição Federal. Conclui-se, portanto, que a cláusula de redução da indenização permite uma atuação ativa do juiz, na identificação dos elementos que autorizam a sua aplicação, na definição dos

²⁰⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 91.

²⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70031672793**. 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Cláudio Baldino Maciel, publicado em 10/09/2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70031672793&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70059502898&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 14 mar. 2017.

danos que serão englobados em caso de redução da indenização e do percentual de redução de que será aplicado, dentre outros aspectos relacionados à incidência da norma.

Contudo, a cláusula de redução da indenização e os casos que permitiriam a sua aplicação não são questão unânime na doutrina brasileira. Na lição de Sérgio Cavalieri Filho, a redução equitativa da indenização deve ser aplicada de forma restritiva e somente aos casos de culpa levíssima, em que o ofensor tenha causado danos de grandes proporções à vítima. Justamente por se tratar de uma exceção à regra geral da reparação integral, o autor entende que a cláusula de redução não seria aplicável aos casos de responsabilidade objetiva, na medida em que seria ilegal utilizar critério de graduação de culpa para aferir o valor da indenização em casos nos quais a culpa não possui qualquer relevância.²⁰⁷

O jurista Gustavo Tepedino, por sua vez, critica a cláusula de redução prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, tendo em vista a sua consequência de transferir parte do ônus à vítima, que passa a arcar com a parcela do dano correspondente à redução aplicada pelo julgador. Segundo o autor, seria injusto onerar excessivamente o agente que agiu de forma desproporcional ao resultado por ele causado, mas seria ainda mais injusto onerar a vítima, que sequer agiu com culpa.²⁰⁸

A redução equitativa da indenização enfrenta críticas por parte da doutrina brasileira, que sustenta a sua inconstitucionalidade. Segundo essa corrente doutrinária, a graduação da culpa não teria o condão de afastar a regra geral da reparação integral, que gozaria de status constitucional, baseado na cláusula geral de tutela da pessoa humana. O jurista Marcelo Junqueira Calixto²⁰⁹ critica a interpretação literal da cláusula de redução da indenização, na medida em que representa o afastamento da reparação integral constitucionalmente prevista:

Aqui parece estar o maior equívoco da norma codificada. Em verdade, sua aplicação, ainda que excepcional, tem como consequência mais evidente a recusa à reparação integral da vítima. Esta reparação integral, contudo, tal como já recordado, tem fundamento constitucional, e não poderia a legislação ordinária afastá-la senão por meio de um outro fundamento igualmente de estatura constitucional.

²⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República** - Vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2012.

²⁰⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 51- 76, jul./set. 2009. p. 69.

Segundo o autor, a cláusula de redução representaria extrema insegurança jurídica, tendo em vista a sua ligação à gravidade da culpa e ao arbítrio judicial, tendo em vista que cada julgador, frente a uma mesma situação fática, poderia ter entendimentos diversos no que tange à gravidade da culpa (ou da contribuição causal dos envolvidos) e, portanto, conclusões diversas quanto à possibilidade de aplicação da cláusula de redução e o percentual a ser fixado.²¹⁰ Contudo, a despeito das críticas que endereça à cláusula de redução, Marcelo Junqueira Calixto entende que a vítima deve ser reparada (o que decorre da própria necessidade de proteção à sua dignidade), mas conclui também que o ofensor tem direito a um patrimônio mínimo, que lhe assegure uma existência digna.²¹¹

O exemplo clássico citado pela doutrina para elucidar a questão consiste no cenário em que o indivíduo de baixa renda envolve-se em acidente de trânsito, causando danos em automóvel de luxo:

Assim, pense-se na hipótese do condutor de um veículo popular que, por leve descuido, abalroa um carro de luxo, cujo conserto tem custo excessivamente superior ao que teria em se tratando de um veículo médio. Não se trata de compensar os desníveis econômicos, mas tão somente de reduzir equitativamente o valor da indenização para que a excessiva desproporção entre a conduta do agente e a extensão do dano seja dividida, à luz do princípio constitucional da solidariedade, entre o autor do prejuízo e aquele que, embora sendo sua vítima, contribui para a majoração do risco médio do convívio social.²¹²

Não há dúvidas de que o fundamento do patrimônio mínimo do devedor encaixa-se perfeitamente ao exemplo mencionado acima. Contudo, frente a outros cenários fáticos, como é o caso da responsabilidade profissional, a questão já não se mostra tão cristalina. Nesse sentido, questiona-se se a aplicação da regra será a mesma ou se dependerá de um raciocínio casuístico – hipótese esta que conduz a uma questão subsequente, qual seja, a possibilidade de

²¹⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 51- 76, jul./set. 2009.

²¹¹ “Com efeito, não se nega que a vítima deva ser integralmente reparada, o que, como visto, decorre da própria necessidade de proteção à sua dignidade. Mas é igualmente certo que, também o ofensor, tem direito a um patrimônio mínimo”. (CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 51- 76, jul./set. 2009. p. 72)

²¹² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República** - Vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2012. p. 862.

aplicação de pesos diferentes a situações diversas, considerando que a cláusula de redução já consiste em uma exceção prevista pelo ordenamento jurídico.

Segundo Paula Bandeira, a cláusula de redução de indenização consistiria em cláusula aberta, a ser preenchida valorativamente pelo julgador no intuito de se atender à finalidade das normas constitucionais.²¹³ Logo, se o princípio da reparação integral goza de caráter constitucional, a regra geral somente poderia ser afastada tendo por fundamento outro princípio constitucional. É o caso, por exemplo, em que a reparação integral representa a privação do patrimônio mínimo ao ofensor, em preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Esse é precisamente o entendimento de Carlos Nelson Konder²¹⁴ sobre o tema:

Portanto, se o princípio da reparação integral do dano tem caráter constitucional, a utilização da redução equitativa da indenização com base na desproporção excessiva entre o grau de culpa e o dano deve, além de respeitar os limites do dispositivo, tem por fundamento a aplicação de um outro princípio constitucional que deva prevalecer diante das circunstâncias específicas daquele caso concreto. Entender em sentido contrário faria crer que era a legislação inferior que, sem supedâneo maior, estaria autorizando o juiz a afastar a aplicação de um princípio ao qual se atribui a natureza de implicitamente constitucional.

Como referido anteriormente, o entendimento de Carlos Edison Monteiro Filho é no sentido de que o princípio da reparação integral não permite a proteção do patrimônio do ofensor em detrimento da reparação da vítima, de forma que, se o causador do dano possuir capacidade econômica para suportar o encargo da indenização, a cláusula de redução não deve ser aplicada.²¹⁵ Nesse sentido, Diogo Mendonça²¹⁶ entende que a melhor leitura do dispositivo

²¹³ “Assim, na hipótese de colisão de mais de um princípio constitucional, a norma deve ser utilizada como mecanismo de ponderação para determinar qual princípio deverá prevalecer no caso concreto. Se o princípio da reparação integral tem caráter constitucional, o dispositivo apenas se aplica caso tenha por fundamento outro princípio constitucional que prevaleça no caso concreto” (BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do código civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 227-249, abr./jun. 2008. p. 243).

²¹⁴ KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 3-34, jan./mar. 2007. p. 32.

²¹⁵ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lima**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²¹⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. Indenização por equidade: desproporção entre a culpa e o dano. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 80-94, jan./fev. 2009. p. 87.

é feita sob a ótica da equidade, a partir da verificação das condições financeiras do causador do dano, que não pode restar desamparado, e da vítima, que não deve suportar sozinha os prejuízos:

A solução por equidade demandará necessariamente a análise das condições financeiras, quer do causador do dano, quer daquele que o sofreu. O juiz terá a tarefa de cotejar a situação econômica do lesante, que não poderá ser reduzido ao estado de necessidade, com a situação econômica do lesado, que não assumirá sozinho o prejuízo para cuja efetivação sequer teve participação. Com esse cotejo, poderá encontrar a melhor saída.

Por essa razão, a verificação das condições econômicas do ofensor e a repercussão que a reparação do dano pode causar em seu patrimônio são aspectos que devem ser levados em consideração para a aplicação da cláusula de redução, sob pena de – ao menos na visão de parte da doutrina – estar-se reduzindo a indenização em detrimento do direito constitucional da vítima a ter o dano reparar em sua integralidade. Entretanto, deve-se ter em mente que os critérios de equidade e desproporção previstos para incidência da cláusula de redução em nada se relacionam com o patrimônio mínimo do ofensor. O conceito de equidade não depende da verificação de um estado de miserabilidade por parte do ofensor, assim como a desproporção entre a extensão do dano e a culpa do agente.

Logo, danos graves ocasionados por atos praticados com culpa leve poderiam ser suficientes para fins de redução equitativa do valor da indenização, independentemente da verificação da condição patrimonial do ofensor, nos exatos termos do que dispõe o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil. Nesse sentido, note-se que a decisão analisada anteriormente, proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, concluiu pela redução da indenização devida em caso de acidente de trânsito, sendo que a situação patrimonial do ofensor não foi sequer alvo de investigação pelos julgadores.²¹⁷

²¹⁷ “No entanto, vejo que a culpa da demandada não foi grave, consistindo em desatenção ao ingressar no leito da via. Não estava, por exemplo, em excesso de velocidade, não dirigia embriagada, não o fazia de forma temerária, etc. Faltou-lhe atenção ao tráfego, nada mais. Assim, aplico o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, que dispõe que pode o juiz reduzir, equitativamente, a indenização, se houve excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70031672793**. 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Cláudio Baldino Maciel, publicado em 10/09/2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70031672793&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70059502898&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=++main_res_juris>. Acesso em 14 mar. 2017.).

Conclui-se, portanto, que a alusão à culpa feita pelo dispositivo legal acarreta a existência de críticas ao instituto e pode tornar a sua aplicação duvidosa, justamente frente à evolução do conceito de culpa que verificamos ao longo do tempo, em que se migrou da culpa subjetiva para a culpa normativa. Ademais, a adoção do patrimônio mínimo do ofensor como justificção para a cláusula de redução mostra-se questão controversa, justamente por tratar-se de critério não previsto no texto legal para fins de incidência da cláusula de redução.

O que se percebe é que a doutrina procurou identificar, em uma verdadeira releitura do dispositivo, um fundamento para amparar a possibilidade de redução equitativa da indenização, que consiste na tutela do patrimônio mínimo do ofensor, a fim de possibilitar a aplicação da cláusula de redução, evitando alegações de inconstitucionalidade da norma.

2.1.2 A finalidade do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil e as consequências da aplicação da cláusula de redução de indenização

No âmbito da responsabilidade civil, é atribuída especial importância à reparação dos danos causados em decorrência do desenvolvimento de atividades consideradas de risco, como consequência da necessidade de objetivação da responsabilidade para atender às necessidades da sociedade moderna. Na lição de Ana Mafalda Castanheira Barbosa, não se trata apenas de uma potencialização de novos perigos oriunda do desenvolvimento industrial e tecnológico da sociedade moderna:

Mais riscos, mas também maiores riscos seria a frase capaz de captar a ideia enformadora da mutação, ao que acresceria a enucleação deles no íntimo comunitário. Com isso, pretendemos significar não só o incremento genérico do número mas também o acréscimo do potencial danoso de cada uma das situações assim chancelas. Ao que se alia a controlabilidade delas pela vontade humana, levando-nos, no cotejo imprescindível, a acompanhar a opinião daqueles que explicitam partir de fora o perigo nas sociedades primitivas e criar-se, actualmente, na sua imanência.²¹⁸ (Grifo no original)

A partir dessa perspectiva, valorizam-se elementos capazes de reparar o dano sofrido pela vítima em adição ao estímulo à adoção de práticas preventivas de danos e acidentes, na

²¹⁸ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação:** contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. v. 1. Cascais: Principia, 2013. p. 747-748.

medida em que os agentes econômicos detêm controle sobre os riscos a que expõe a sociedade. Sobre o tema, o jurista Fernando Noronha²¹⁹ refere que:

A teoria do risco ignora a ilicitude e leva a responsabilidade até domínios onde a ideologia liberal não chegava, enfatizando a importância dos danos que são inevitáveis nas sociedades atuais, urbanizadas e industrializadas (acidentes de trabalho, de trânsito, de consumo, poluição, etc.) e a necessidade de sua reparação, ainda quando não sejam atribuíveis a culpa de ninguém.

O intuito do legislador ao desvincular a obrigação de reparação do dano à noção de culpa do causador visa ao reestabelecimento de um equilíbrio social, rompido ante a maior exposição a riscos de acidentes e a incerteza da sua reparação em decorrência da dificuldade em se perquirir e comprovar a culpa.²²⁰ A preocupação do legislador reflete fatos próprios da evolução e mutabilidade da sociedade, na medida em que a inovação e a massificação das relações jurídicas expuseram a sociedade a riscos maiores, aos quais a teoria subjetiva não propunha soluções adequadas.²²¹ Na lição de Agostinho Alvim:²²²

O fundamento da teoria objetiva consiste em eliminar a culpa como requisito do dano indenizável, ou seja em admitir a responsabilidade sem culpa, e isso porque cada um deve responder pelo risco dos seus atos. Pela teoria clássica, seria inconcebível atribuir responsabilidade de um dano a alguém, uma vez que não fosse possível culpá-lo pelo fato danoso. Não assim, em face da teoria do risco.

O desenvolvimento de determinadas atividades, embora socialmente relevantes, envolvem um grau de risco elevado em comparação com as demais, o que justificaria um tratamento jurídico diferenciado, em especial no que tange à compensação por danos²²³. No

²¹⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

²²⁰ ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

²²¹ Nesse sentido: “A adoção da teoria do risco na seara da responsabilidade civil tem como antecedentes históricos e sociais a industrialização e a consequente automatização de uma série de atividades, realidade em que o paradigma da culpa mostrou-se insuficiente para abranger os danos resultantes de tais atividades” (COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A cláusula geral de responsabilidade objetiva do Código Civil de 2002: elementos para uma tentativa de identificação dos pressupostos para a aplicação do parágrafo único do art. 927 do CC 2002. **Atualidades Jurídicas - Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, v. 01, n. 01, p. 305-316, jul./dez. 2011. p. 313).

²²² ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editoria Jurídica e Universitária Ltda., 1965. p. 294.

²²³ Na lição de Carlos Roberto Gonçalves: “Tal evolução foi motivada especialmente pelo desenvolvimento industrial, pelo advento do maquinismo e do crescimento populacional. O conceito tradicional de culpa apresentava-se, então, inadequado para servir de suporte à teoria da responsabilidade civil, pois o fato de impor à vítima, como pressuposto para ser ressarcida do prejuízo experimentado, o encargo de demonstrar não só o liame de causalidade, como por igual o comportamento culposo do agente causador do dano, equivalia a deixá-la irressarcida, visto que em inúmeros casos o ônus da prova surgia como barreira intransponível” (GONÇALVES,

âmbito da teoria do risco, o jurista Carlos Roberto Gonçalves destaca que a opção do legislador pela responsabilização objetiva decorre justamente da constatação de que certas atividades causam mais danos:

Tem a doutrina anotado, dentro da teoria do risco, uma responsabilidade decorrente do exercício de atividade perigosa, tomada em sentido dinâmico, relativa à utilização de diferentes veículos, máquinas, objetos e utensílios; e outra responsabilidade, de cunho estático dos bens, que se incluem na responsabilidade pelo fato das coisas. A primeira resultou da constatação da existência de atividades que, embora legítimas, por sua periculosidade frequentemente ocasionavam danos, devendo os seus agentes, por essa razão, sujeitar-se à responsabilidade pela simples criação do risco decorrente do exercício de atividade potencialmente perigosa.²²⁴

Destaca-se que todas as atividades empresariais desenvolvidas envolvem determinados riscos, por menores que sejam. Contudo, a aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil pressupõe tão somente riscos que sejam inerentes, intrínsecos a determinadas atividades normalmente desenvolvidas. Deste modo, é imprescindível que a natureza da atividade, na sua essência, tenha a potencialidade de causar danos acima daqueles considerados normais, como aponta a doutrina brasileira:

Algum auxílio certamente prestará o estudo do direito comparado, especialmente do direito italiano, uma vez que o art. 2.050 do Código Civil daquele país contém norma semelhante ao preceito em exame. [...] Exemplos de atividades julgadas perigosas, à luz da jurisprudência italiana, estão, dentre outras, a produção e distribuição de energia elétrica de alta tensão e de combustível, atividades de construção edilícia e de viação, corte de árvores, emprego de raios-x, produção de medicamentos, algumas atividades desportivas, gestão de escolas de equitação e de pistas de karts, corridas automobilísticas, etc.²²⁵

Na concepção do artigo, a menção a um risco elevado no desenvolvimento das atividades não reflete uma incerteza, mas uma preocupação com a probabilidade de ocorrência de danos. Nesse sentido, as atividades de risco criam para terceiros um estado de perigo, decorrente da possibilidade mais acentuada (ou probabilidade) de causar danos — probabilidade esta que é superior do que a normal derivada de outras atividades. Na lição de

Carlos Roberto; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.) **Comentários ao Código Civil**: parte especial – do direito das obrigações. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 307-308).

²²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.) **Comentários ao Código Civil**: parte especial – do direito das obrigações. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 314.

²²⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República** - Vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2012. p. 809-810.

Anderson Schreiber, o risco elevado deve ser interpretado como um alto perigo de dano, decorrente do emprego de bens danosos (explosivos, radioativos, armas de fogo, por exemplo) ou de métodos de alto potencial lesivo, como é o caso de controle de recursos hídricos e energia nuclear,²²⁶ de forma que a aplicação do artigo consistiria em exceção.²²⁷

Contudo, como bem aponta Ana Mafalda Castanheira Barbosa, não basta apenas a criação de um risco à sociedade, pois a responsabilização do agente pressupõe a concretização do risco mediante a ocorrência de um dano:

De todo o modo, não é bastante a criação do risco. Ela deve surgir acompanhada da realização dele. Ou dito de outra forma, o resultado que se procura imputar à conduta do agente deve vestir a roupagem do risco que aquele criou, não sendo mais do que uma sua projecção ou concretização.²²⁸

Como aponta Bruno Miragem, o agente que exerce uma atividade de risco não pode alegar a ocorrência de caso fortuito para se eximir de responsabilidade, quando o fortuito for interno, ou seja, inerente à atividade em questão:

Distingue-se, nesse particular, do caso fortuito externo (ou força maior), em que o dano decorre de causa completamente estranha à conduta do agente, e por isso causa de exoneração de responsabilidade. Nesse ponto, convém observar que a exterioridade da causa é condição que se afirma para excluir a imputação de responsabilidade. Assim, para que se admita a exoneração de responsabilidade, a causa deve ser estranha, externa ao agente.²²⁹

Um exemplo dessa distinção foi fixado pela Súmula de n. 479 do Superior Tribunal de Justiça, que indica que “[a]s instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de

²²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

²²⁷ O autor Venceslau Tavares Costa Filho manifesta preocupação no que concerne à aplicação do dispositivo legal, nos seguintes termos: “O temor pelo abuso na remissão à cláusula geral em questão não é infundado, de modo que a concretização deste não pode se circunscrever a um ativismo judicial, no qual o juiz possa eleger um critério estritamente pessoal. Destarte, deve o magistrado voltar-se para as concepções comuns à comunidade, acerca do que se entende por periculosidade, assim como deve levar em consideração entendimentos trazidos pela jurisprudência a este respeito” (COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A cláusula geral de responsabilidade objetiva do Código Civil de 2002: elementos para uma tentativa de identificação dos pressupostos para a aplicação do parágrafo único do art. 927 do CC 2002. **Atualidades Jurídicas - Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, v. 01, n. 01, p. 305-316, jul./dez. 2011. p. 312-313).

²²⁸ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. v. 1. Cascais: Principia, 2013. p. 826.

²²⁹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 247-248.

operações bancárias”. O entendimento adotado reflete a conclusão de que tais danos compõem o risco da atividade bancária e, portanto, fazem parte de um fortuito interno. Contudo, deve-se ter em mente que, dando a vítima causa ao dano, rompe-se o nexo de causalidade e a instituição bancária não será obrigada a indenizar, como se verifica na decisão parcialmente transcrita a seguir:

Ocorre que, no caso concreto, a estelionatária - que contraiu empréstimo em nome do autor, por meio de terminal eletrônico, realizou saques em sua conta corrente, bem como efetuou compras em estabelecimentos comerciais, por meio da utilização de cartão de crédito - agiu munida da senha pessoal do correntista, que foi por este fornecida quando da aplicação do golpe. Ademais, o banco, identificando a utilização dos cartões de forma incompatível com o perfil de consumo do autor, entrou em contato com este 04 dias após o furto, o qual, somente então, postulou o seu cancelamento. Assim, a pretensão indenizatória encontra óbice na existência de fato ensejador do rompimento do nexo de causalidade, qual seja a culpa exclusiva da vítima, impondo-se a reforma da sentença hostilizada, para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na exordial e para revogar a tutela provisória.²³⁰

Em determinados casos, a jurisprudência entende que é caso de fortuito externo (com exclusão da responsabilidade da instituição bancária) quando o usuário dos serviços tinha condições de verificar que se tratava de um golpe – e, portanto, não refletiria uma falha na prestação do serviço inerente ao risco da atividade:

Em uma acurada análise dos autos, é fácil constatar que as mensagens de texto enviadas à autora são oriundas de terceiro fraudador. Neste sentido, basta uma breve observação do número emissor da mensagem, para perceber que se trata de número particular (fls. 25/27), cuja diferença, dos números genéricos do banco recorrente (fls. 29 e 33), é gritante.

Não bastasse isso, o site fornecido na mensagem de texto enviada à autora (fl. 27 - mobylsantanderbr.com), é, no mínimo, incomum.

Destarte, o "phishing" é fraude eletrônica com o objetivo do fraudador em obter dados pessoais, números de cartões de crédito, senhas das vítimas, etc., caso destes autos.

Entretanto, tal golpe só é possível quando a vítima, acreditando tratar-se de endereço legítimo, se conecta ao link de acesso à página da internet, incontroversamente fraudulenta, fornecida pelo terceiro fraudador, e, após o acesso, preenche os dados requisitados pelo falsário.

Assim, ainda que conste o nome do banco réu na mensagem de texto enviada à parte, a simples observação ao número emissor de tal notificação, assim como ao link fornecido por este, já são suficientes para levantar suspeitas acerca da informação enviada (fls. 27, 29 e 33).

Desta forma, o conjunto probatório contido nestes autos não indica qualquer

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70076241470**. Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Dilso Domingos Pereira, julgado em 31/01/2018.

ilicitude no proceder do banco réu. Pelo contrário, evidencia a ocorrência de fortuito externo, rompendo o nexo de causalidade, e afastando a responsabilização do banco recorrente.²³¹

Ainda, o artigo faz referência à expressa “normalmente desenvolvida”, do que se depreende que a atividade considerada perigosa deve ser desenvolvida pelo agente econômico de forma habitual, reiterada, na forma de uma atividade empresarial ou profissional, para que possa gerar a responsabilização objetiva.²³² Assim, como requisito para a aplicação da norma, “[o] juiz deverá perceber, no caso concreto, uma atividade habitualmente desenvolvida pelo ofensor e não uma atividade esporádica ou eventual, qual seja, aquela que, por um momento ou por alguma circunstância, possa ser considerada um ato de risco”.²³³ Na visão da doutrina, trata-se do reflexo de uma preocupação histórica que gerou uma modificação na esfera jurídica, permitindo a responsabilização dos agentes econômicos:

Na década de 1970, quando foi elaborado o projeto do novo Código Civil, o legislador tinha os olhos voltados para inúmeras atividades em que, embora exploradas empresarialmente, com grandes riscos para a sociedade, a responsabilidade dos exploradores era subjetiva. Os serviços já ocupavam, àquele tempo, vastíssimo campo de atuação na sociedade [...] afetando a vida de mais de uma centena de milhões de pessoas, mas os riscos dessa exploração corriam por conta dos usuários.²³⁴

Logo, a aplicação do regime de responsabilidade objetiva é justificada frente a atividades desenvolvidas de forma habitual, que geram riscos mais elevados do que as suas semelhantes, como é o caso da atividade de transporte de produto radioativo em relação às normais atividades de transporte. A finalidade da norma expressa no dispositivo legal em apreço é incentivar que tais atividades (geradores de um risco superior ao habitual) sejam executadas com um grau adicional de cuidado e prevenção, visando a impedir a causação de danos. Assim, os agentes econômicos que optam por desenvolver atividades consideradas de risco assumem o compromisso de exercê-las com segurança, sob pena de serem responsabilizados

²³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível nº 71007366842**. Primeira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: José Ricardo de Bem Sanhudo, julgado em 20/02/2018.

²³² DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil: Da responsabilidade Civil**. v. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²³³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República** - Vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2012. p. 807.

²³⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Op. Cit. p. 170.

independentemente de terem agido culposamente. Essa é a posição da jurisprudência brasileira sobre o tema:

No caso em exame cumpre destacar que o art. 927, parágrafo único, do Código Civil traz uma cláusula geral de risco, mais especificamente sobre o risco da atividade, ao determinar a responsabilidade daquele que, normalmente, desenvolve atividade que por sua natureza pode causar risco aos direitos de outrem, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Trata-se, na hipótese em análise, de responsabilidade objetiva, decorrente de risco intrínseco à atividade potencialmente lesiva, embora seja indispensável para o desenvolvimento da sociedade, o que resulta na impossibilidade de discussão sobre a existência de culpa, bem como se o ato é lícito ou ilícito, devendo se ater apenas na existência do dano e de eventual participação da vítima no resultado lesivo.²³⁵

Nesse cenário, a responsabilização objetiva tem como fundamento a violação de um dever jurídico, e não está simplesmente vinculada à existência de um risco superior às demais atividades desenvolvidas na sociedade. Este dever jurídico imposto pelo ordenamento jurídico consiste, justamente, em um dever de segurança:

Que dever jurídico é esse? Quando se fala em risco o que se tem em mente é a ideia de *segurança*. A vida moderna é cada vez mais arriscada, vivemos perigosamente, de sorte que, quanto mais o homem fica exposto a perigo, mais experimenta a necessidade de segurança. Logo, o dever jurídico que se contrapõe ao risco é o *dever de segurança*.²³⁶

Ainda que a eliminação total dos riscos advindos do exercício da atividade possa não ser possível, a aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil desempenha um importante papel preventivo, contribuindo para o controle e redução dos riscos de danos. O princípio da prevenção norteia a aplicação da norma, uma vez que “[o] sujeito que controla a

²³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70072537491**. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, publicado em 01/09/2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70072537491&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 15 nov. 2017.

²³⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil**: Da responsabilidade Civil. v. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 174.

fonte de risco pode, por meio de certas medidas, reduzir o risco ao nível mais baixo possível. A imposição de responsabilidade é um incentivo para que ele o faça”.²³⁷

Em uma análise do direito estrangeiro, pode-se verificar que o legislador português também previu a possibilidade de redução da indenização (artigo 494º), limitando a indenização em casos de mera culpa – ainda que em patamar inferior ao dano causado:

Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

Ainda, no artigo 493º do Código Civil Português, o legislador incluiu, no dispositivo legal, referência expressa a uma hipótese de excludente de ilicitude, o que reflete a finalidade da norma de incentivar a exploração segura de atividades de risco: “Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”.²³⁸

Na lição do autor português João Calvão da Silva, o referido dispositivo legal não é resultado de uma valoração ética do comportamento do agente econômico, mas se justifica em virtude de o exercício da atividade constituir uma fonte especial de perigo a gerar responsabilidade ao agente caso este não demonstre ter adotado todas as medidas idôneas para fins de prevenção de danos.²³⁹ Ao fazer um exame comparativo entre o que previram os legisladores brasileiro e italiano, Carlos Roberto Gonçalves²⁴⁰ destaca que, ao contrário do que ocorreu no direito português, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a referida excludente de responsabilidade:

O Código Civil brasileiro adotou solução mais avançada e mais rigorosa que a do direito italiano, também acolhendo a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa nos casos especificados em lei, a par da responsabilidade subjetiva como regra geral, não prevendo, porém, a possibilidade de o agente, mediante a inversão

²³⁷ PÜSCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. **Direito GV**, São Paulo, v. 01, n. 01, p. 91-107, maio 2005. p. 98.

²³⁸ Artigo 493º do Código Civil Português.

²³⁹ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Lisboa: Almedina, 1990.

²⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.) **Comentários ao Código Civil: parte especial – do direito das obrigações**. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 315-316.

do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano (art. 927 e parágrafo único).

Assim, a responsabilidade objetiva restaria excluída quando não houvesse nexo de causalidade entre a atividade considerada de risco e o dano, nas hipóteses em que o dano foi resultado de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.²⁴¹ Contudo, há casos em que, a despeito de o ofensor ter agido com cuidado e prevenção (em atenção ao dever de segurança), visando a impedir a causação de danos, ainda assim a ocorrência do dano não pode ser evitada, o que gera um dever de reparação integral ao causador do dano. Nesse cenário, o fato de o ofensor ter tomado as medidas que estava ao seu alcance para evitar a causação do dano seriam irrelevantes no que tange à sua responsabilização – a não ser que tal conduta pudesse ser avaliada para fins de redução do *quantum* indenizatório, por meio da aplicação da regra prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil.

Em sede de responsabilidade objetiva, a incidência da cláusula de redução suscita debates na doutrina e ainda representa questão controversa. Uma parcela da doutrina brasileira defende que a redução equitativa da indenização somente seria possível em casos de responsabilidade subjetiva, como é o caso de Paula Bandeira²⁴²:

Contudo, tal entendimento, que pretende estender a aplicação do dispositivo à responsabilidade objetiva, não colhe. O parágrafo único do art. 944 do Código Civil se aplica apenas à responsabilidade subjetiva, não já à objetiva, pois que a responsabilidade objetiva, cuja fonte é a lei, prescinde da culpa. Desta feita, seria ilegal utilizar o critério do grau de culpa para aferir o quantum da indenização na hipótese de responsabilidade objetiva sem autorização legislativa para tanto.

Esse também é o entendimento de Rui Stoco²⁴³, que destaca que a cláusula de redução da indenização representa uma regra anacrônica diante do sistema consagrado, nos seguintes termos:

Também o parágrafo único desse artigo, segundo nos parece, rompe com a teoria da *restitutio in integrum* ao facultar ao juiz reduzir, equitativamente, a indenização se houver “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e

²⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.) **Comentários ao Código Civil: parte especial – do direito das obrigações**. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁴² BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do código civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 227-249, abr./jun. 2008. p. 247.

²⁴³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 13.

o dano”. Ao adotar e fazer retornar os critérios de graus de culpa obrou mal, pois o dano material não pode sofrer influência dessa gradação se comprovado que o agente agiu culposamente ou que há nexos de causa e efeito entre a conduta e o resultado danoso, nos casos de responsabilidade objetiva ou sem culpa. Aliás, como conciliar a contradição entre indenizar por inteiro quando se tratar de responsabilidade objetiva e impor indenização reduzida ou parcial porque o agente atuou com culpa leve, se na primeira hipótese sequer se exige culpa?

Assim, primeiramente, a incidência da cláusula de redução em sede de responsabilidade objetiva é controversa justamente por estar-se adotando a noção de culpa para fins de fixação do *quantum* indenizatório em casos nos quais a aferição de culpa é irrelevante para fins de imputação de responsabilidade.²⁴⁴ Por outro lado, há quem defenda que a imputação de responsabilidade objetiva, por si só, já consiste em uma atribuição injusta de culpa, que obriga o agente econômico a compensar a vítima quando, em verdade, ele não teria feito nada para justificar tal compensação: “[A]tributions of liability imply judgements of blame-worthiness, strict liability involves making formal, official pronouncements of culpability in a judicial context. It requires us, in short, to impute blame to blameless conduct”.²⁴⁵

Em segundo lugar, a crítica à aplicação da cláusula de redução da indenização aos casos de responsabilidade objetiva baseia-se na conclusão de que tal aplicação frustraria a própria finalidade do instituto, na medida em que transfere o risco que deveria ser suportado por uma das partes para a vítima. Note-se que o instituto da responsabilização objetiva tem o propósito de facilitar a defesa dos direitos do lesado e permitir a responsabilização daqueles que exploram atividades de risco, beneficiando-se dos lucros que tais atividades lhes proporcionam, de forma que a aplicação da cláusula de redução da indenização poderia representar um retrocesso à inovação trazida pelo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

²⁴⁴ Sobre o tema, Carlos Edison Monteiro Filho refere: “Duas correntes se digladiam na busca de elucidar melhor a questão posta no subtítulo supra [Responsabilidade objetiva]. A primeira argumenta que o regime da responsabilidade civil – objetiva ou subjetiva – se limita à verificação dos pressupostos da existência do dever de reparar, ou seja: dano, nexos de causalidade e culpa para a responsabilidade subjetiva; e dano e nexos de causalidade para a responsabilidade objetiva. Por outro lado, os pressupostos do dever de reparar não se confundiriam com os fatores de quantificação, os quais se guiarão por mecanismos próprios, conforme o tipo de dano. Nesse contexto, nada impediria a verificação da conduta do ofensor em tema de responsabilidade objetiva. Em sentido diametralmente oposto, objeta-se que a discussão sobre a culpa seria, de todo modo, ainda que no âmbito de quantificação, introduzida indevidamente em sede de responsabilidade objetiva” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lima**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 794).

²⁴⁵ COLEMAN, Jules L. The Morality of Strict Tort Liability. **William and Mary Law Review**, v. 18, n. 2, p. 259-286, 1976. p. 277.

Em caso de danos causados a partir do desenvolvimento de uma atividade de risco, a vítima não necessitaria comprovar a culpa do causador do dano, mas – caso haja a possibilidade de aplicação da cláusula de redução de indenização – a discussão da culpa seria abordada na fase de fixação do montante indenizatório, sob pena de a vítima ver reduzido o valor da indenização. Nesse sentido, estar-se-ia imputando à vítima a necessidade de perquirir a culpa do ofensor em sede de quantificação da indenização, em contrariedade à própria finalidade do instituto. Sobre o tema, Diogo Mendonça²⁴⁶ refere:

O fundamento dessa forma de responsabilidade, repita-se, está no risco de se provocarem danos. Trata-se, em última análise, de uma proteção que o legislador entendeu por bem oferecer aos potenciais lesados em face daqueles atos que se inserem no campo da responsabilidade objetiva.

Ora, seria no mínimo incoerente imaginar que o causador do dano pudesse invocar a ausência de culpa ou a leve gravidade da culpa para reduzir a indenização devida. Violar-se-ia o próprio fundamento da teoria da responsabilidade objetiva. Isso porque, nas situações em que prevê a responsabilidade pelo risco, a lei lança mão de uma proteção em favor do lesado, garantindo-lhe a indenização independentemente de culpa pelo lesante. Essa proteção estaria certamente prejudicada caso se admitisse a redução da indenização na hipótese em que a culpa leve tenha gerado um dano grande. Não parece ser esse o espírito da teoria da responsabilidade objetiva.

Por outro lado, uma parcela da doutrina entende que não há óbices a que a conduta do ofensor seja verificada para fins de fixação da indenização, ainda que se trate de regime objetivo de responsabilização, o que permitiria a redução ou majoração do valor com base no grau de reprovabilidade da conduta. Esse posicionamento decorre da constatação de que a culpa pode desempenha uma dupla função: para fins de imputação de responsabilidade – que estaria afastada em casos de responsabilidade objetiva; e para fins de quantificação do dano – função esta que poderia subsistir ainda que em sede de responsabilização objetiva.

Tal conclusão também decorre da constatação de que a finalidade da cláusula de redução da indenização consiste em assegurar a subsistência do ofensor que tenha agido com culpa leve ou levíssima, conforme analisado anteriormente, o que justificaria a possibilidade de redução da indenização também nos casos de responsabilidade objetiva. Carlos Edison Monteiro Filho²⁴⁷ ressalta:

²⁴⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. Indenização por equidade: desproporção entre a culpa e o dano. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 80-94, jan./fev. 2009. p. 90-91.

²⁴⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: embates**

[...] [P]aradoxalmente, o causador do dano que agiu sem culpa nenhuma, como ocorre na responsabilidade objetiva, restaria obrigado à indenização plena, ao passo que o que agiu com culpa leve ou levíssima, em sede de responsabilidade subjetiva, seria beneficiado com a possibilidade de redução.

Logo, o julgador estaria autorizado a corrigir uma sanção que se mostrasse excessivamente gravosa ao ofensor, ainda que em âmbito de responsabilidade objetiva, na medida em que o regime de responsabilidade aplicável ao caso seria irrelevante frente à necessidade de se assegurar o patrimônio mínimo ao ofensor, em observância dos preceitos constitucionais. Ainda, no entendimento de Daniel Ustároz²⁴⁸, o princípio da reparação integral do dano não pode ser sempre aplicado sob o pretexto de se proteger a vítima, especialmente diante de danos causados pelo desenvolvimento de uma atividade lícita (embora de risco):

Enquanto o ato ilícito atrai o princípio da reparação integral dos danos (art. 944, caput), a compensação do ato lícito é regulada pela equidade, com a incidência do parágrafo único do art. 944, do Código Civil. Não se justifica que o sistema admita a redução equitativa da indenização, quando desproporcional a relação entre culpa e dano gerado e, ao mesmo tempo, inadmita redução equitativa quando inexistente qualquer culpa.

Contudo, questiona-se se a culpa realmente inexistente nos casos de responsabilidade objetiva, ou se apenas não é critério para fins de imputação de responsabilidade. A adoção por um modelo de responsabilidade objetiva não significa necessariamente que o agir do causador do dano que desenvolve uma atividade de risco não é culposa, mas tão somente que tal culpa é irrelevante diante da opção do legislador no que tange à imputação de responsabilidade.

Como forma de justificar a incidência da cláusula de redução da indenização aos casos de responsabilidade objetiva, Paulo de Tarso Sanseverino explica que a substituição da expressão “gravidade da culpa” por “relevância da causa” permitiria a redução em tais casos, na medida em que, se houver excessiva desproporção entre o fato causador imputado ao ofensor e a extensão do dano, poderia o juiz reduzir equitativamente o valor da indenização.²⁴⁹ Com visto na primeira parte do trabalho, o sistema do nexos causal (que substitui o da gravidade da culpa) estabelece que cada parte deve responder pelo dano causado na proporção em que o fato

jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 794-795.

²⁴⁸ USTARROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 193.

²⁴⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2010.

a ela imputado tenha interferido na produção do resultado danoso, ou seja, na medida da eficácia causal da sua conduta.²⁵⁰

Nesse sentido, não haveria se falar em culpa, mas sim em contribuição causal, de forma que não haveria impedimentos à aplicação da cláusula de redução aos casos de responsabilidade objetiva. Segundo Gisela Sampaio da Cruz, a distribuição do prejuízo de acordo com o nexo causal permite a sua aplicação em qualquer espécie de responsabilidade civil, o que não ocorreu com o sistema de responsabilidade baseada na culpa.²⁵¹

Considerando a existência de argumentos que justificam a aplicação da cláusula de incidência aos casos de responsabilidade objetiva (em uma interpretação teleológica do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil) ao lado de argumentos que evidenciam a sua inaplicabilidade (em uma interpretação teleológica do que dispõe o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil), o tema ainda não está pacificado na doutrina e jurisprudência. A aplicação da cláusula de redução equitativa da indenização a casos submetidos ao regime da responsabilidade civil objetiva pode ser verificada na jurisprudência brasileira, mas não há critérios seguros ou pacíficos que indiquem pela aplicação conjunta ou não dos referidos artigos.

Em seleção por amostragem de decisões proferidas por tribunais brasileiros,²⁵² foi possível verificar a aplicação da cláusula de redução de indenização a casos submetidos ao regime de responsabilização objetiva. Não se pretendeu realizar uma análise exaustiva ou quantitativa da jurisprudência pesquisada, mas selecionar decisões que demonstrem a adoção de diferentes parâmetros para a resolução de casos semelhantes, no que tange à redução do *quantum* indenizatório.

²⁵⁰ “A tendência tem sido a de aceitar a redução, uma vez que a concorrência culposa da vítima diminui a intensidade do nexo causal e, em última análise, deveria reduzir também a parcela de responsabilidade do ofensor, ainda que sua responsabilização seja independentemente de culpa”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República** - Vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2012. p. 870).

²⁵¹ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁵² Para a seleção das decisões, realizou-se pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico dos principais tribunais brasileiros, utilizando-se palavras-chave combinadas, como “responsabilidade objetiva”, “atividade de risco”, “artigo 927”, “redução equitativa da indenização”, “artigo 944”, “culpa leve” e/ou “desproporção”.

Em demanda indenizatória ajuizada frente a uma construtora em virtude de prejuízos causados a imóvel em virtude da construção da rodovia BR-101, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu que, tratando-se de danos causados pela realização de obra pública por pessoa jurídica de direito privado, deveria incidir no caso a teoria da responsabilidade objetiva, bastando à parte autora a comprovação do dano sofrido e do nexo de causalidade entre a conduta da empresa construtora e o dano.²⁵³

Em sede de instrução probatória, o perito nomeado pelo juízo consignou que as avarias causadas ao imóvel foram também decorrentes da má execução da sua construção, o que contribuiu para a ocorrência do dano. O laudo pericial foi utilizado pelo Tribunal de Justiça como fundamento para a redução da indenização a ser paga pela construtora, em virtude da relevância de causas. Contudo, o acórdão proferido não se limitou à análise da causalidade concorrente, indicando também que o grau de culpa da empresa não teria sido elevado, considerando que a construtora executou os serviços normais de uma obra daquela magnitude, não extrapolando o que poderia ser considerado usual. Como visto, ainda que se trate de caso sob o regime da responsabilidade objetiva, o julgador trouxe para a decisão elementos relacionados à culpa para fins de quantificação do dano, o que sequer seria necessário, frente à possibilidade de aplicação da cláusula de redução em virtude da causalidade concorrente.

Em caso envolvendo o exercício de atividades de construção (considerada de risco) e danos causados à vizinhança, a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul realizou uma análise fundamentada da conduta da empresa requerida, para fins de fixação do *quantum* indenizatório.²⁵⁴ A decisão menciona de forma expressa que, embora a responsabilidade da requerida seja objetiva, a sua conduta pode ser valorada para a fixação do valor da indenização, nos seguintes termos:

²⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70066508888**. 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, publicado em 13/04/2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70066508888&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1 &oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70031672793&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 13 mar. 2017.

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70044138725**. 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Elaine Maria Canto da Fonseca, publicado em 16/12/2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22atividade+de+risco%22+redu%C3%A7%C3%A3o+indeniza%C3%A7%C3%A3o&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1 &oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=%22atividade+de+risco%22+redu%C3%A7%C3%A3o+%22culpa+leve%22&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 15 nov. 2017.

Não obstante a culpa da ré seja irrelevante para configurar o seu dever de indenizar (pois trata-se de responsabilidade objetiva, como visto), nada impede que a conduta da ré seja valorada, sob o enfoque da punição (caráter pedagógico), conjuntamente com a extensão do dano, sob a perspectiva da compensação, a fim de se quantificar os danos morais sofridos pelos autores.

Neste prisma, ao compulsar os autos, releva notar que, na fl. 26, demonstrou-se a irregularidade da construtora e da obra perante o CREA. Na fl. 35, consta a vistoria realizada por Secretário de Diligências do MP, que confirmou a falta de sistema de segurança e proteção na obra, bem como atestou a inexistência de tela lateral e a queda de objetos na propriedade dos autores. Nas fls. 36/42, bem como nas fls. 48/77, constam fotos do ocorrido, permitindo aferir a intensidade da ausência de cautela da ré, bem como das ofensas extrapatrimoniais aos autores. Restou acostado, nas fls. 78/88, documentos atestando a condição frágil de saúde dos autores, antes da obra, e a realização de atendimentos, após o início da obra.

Na fl. 224, a perita relatou (diante de declarações prestadas pelo dono da obra), que este estava ciente dos perigos e problemas da construção e que nada fez no intuito de minimizar os danos. Consta, na fl. 237 da perícia, que a obra não respeitou o Plano Diretor de Torres, no que diz respeito aos recuos. Ainda concluiu a perita, diante da análise das fotografias dos autos, que a obra estava em desacordo com a NR 18. Ao ser ouvido, o sócio da ré confirmou a queda de um objeto de madeira, que abriu um furo no telhado do autor, conforme fl. 342. E na fl. 344, a informante Roberta, filha do autor, sublinhou a queda deste objeto de madeira, no telhado da casa, que o perfurou.

No quadro dos autos, **a conduta da ré pode ser valorada mediante a constatação de que esta, na execução da obra, não observou as mais comezinhas cautelas, a fim de evitar ou minorar danos a vizinhos, sendo ponto de destaque a não colocação de simples tela de proteção nas extremidades da obra. [...]**

Neste contexto, não obstante os autos denotem a conduta culposa da ré, bem como um extenso dano por parte dos autores, a quantia fixada na origem, data vênua, exorbita do necessário para punir a ré e compensar os autores. Assim, o quantum de danos morais merece ser reduzido para R\$ 10.000,00 (...), para cada um dos autores. (Não grifado no original)

Em conclusão, a decisão menciona que a empresa requerida deixou de tomar simples medidas de prevenção de danos (como a colocação de telas de proteção nas extremidades da obra), o que demonstra que a empresa poderia ter mitigado ou evitado o dano, mas não o fez. Em que pese a decisão tenha mencionado a “conduta culposa da ré”, o valor da indenização foi reduzido, com base em um juízo de equidade.

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul avaliou a responsabilidade de um nosocômio pelo falecimento de paciente idoso, que estava internado na

instituição em virtude de infecção urinária e pneumonia.²⁵⁵ Diante da demora para a transferência a um leito, o paciente fugiu do hospital e somente foi localizado dias depois, já falecido no pátio dos fundos do nosocômio. A responsabilidade pelo dano foi atribuída ao nosocômio (reflexo de um dever de custódia e vigilância), e o valor da indenização foi fixado levando em consideração o preceito do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil. A decisão menciona a ocorrência de “culpa leve ou levíssima do nosocômio”, mas, em verdade, adota critério objetivo para a redução da indenização (superlotação do nosocômio) e menciona a contribuição causal da vítima para a ocorrência do dano, que conscientemente optou por abandonar o nosocômio:

Na espécie, configurou-se culpa leve ou levíssima do nosocômio réu, podendo-se admitir, igualmente, o fato concorrente do consumidor como atenuante da responsabilidade civil, aspectos com repercussão na estimação do montante indenizatório do dano puramente moral, nos termos dos arts. 944 e 945 do Código Civil.

Aplica-se ao caso a regra do parágrafo único do art. 944 do Código Civil: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

A equidade serve aqui como critério relevante para a definição do montante indenizatório, funcionando como fator corretivo de justiça distributiva.

O desditoso evento somente ocorreu porque o idoso desejou intensamente evadir-se do hospital e foi dele a iniciativa de abandoná-lo. Não estava inconsciente ou sob privação dos sentidos. Portanto, a sua conduta voluntária e consciente contribuiu decisivamente para o resultado danoso. A outro turno, a superlotação do hospital é fator que dificultava a vigilância dos pacientes.

Em decisão proferida em sede de Juizado Especial Cível (JEC), a Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reavaliou o valor da indenização concedido a passageira de transporte coletivo que sofreu lesões corporais em virtude de queda no momento do desembarque, provocada pela partida precipitada do motorista.²⁵⁶ A decisão imputa responsabilidade à empresa requerida (responsabilidade objetiva), mas reduz o valor da

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70058518200**. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Miguel Ângelo da Silva, publicado em 27/11/2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058518200&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70066508888&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 15 nov. 2017.

²⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível nº 71002540086**. 2ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler, publicado em 03/11/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22responsabilidade+objetiva%22+redu%C3%A7%C3%A3o+quantum+culpa+leve&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=%22responsabilidade+objetiva%22+redu%C3%A7%C3%A3o+indeniza%C3%A7%C3%A3o+culpa+leve&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 15 nov. 2017.

indenização sob o fundamento de que “ainda que posteriormente, a requerida conduziu a autora ao hospital, o que deve servir para minorar o conteúdo punitivo da reparação”. Como visto, a decisão pontua que o valor fixado pelo magistrado singular possuía caráter punitivo e conclui pela redução do valor da indenização. A Turma Recursal levou em consideração, para tanto, o fato de a empresa requerida ter prestado auxílio à vítima, demonstrando uma verificação de conduta baseada em standard de diligência, o que reflete uma análise de culpa e confere à decisão um grau de subjetividade.

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, reconheceu-se a responsabilidade da empresa requerida era objetiva, mas o valor da indenização foi reduzido levando-se em consideração a culpa concorrente da vítima.²⁵⁷ A decisão não faz análise para fins de aplicação do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, ou seja, uma avaliação de culpa da empresa requerida para fins de redução do *quantum* indenizatório, muito embora aplique a redução com base no artigo 945 do Código Civil:

No caso, embora tenha ocorrido a demonstração de ocorrência de culpa concorrente do consumidor/vítima da agressão, em razão do "empurrão" que admite ter realizado contra o suposto agressor anteriormente ao murro recebido pelo Autor (fl.122), nota-se que, somente a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro é admitida como causa exonerativa da responsabilidade, e não a culpa concorrente, podendo haver, no caso, somente a redução da indenização, proporcionalmente ao grau de culpa da vítima, nos termos do artigo 945 do Código Civil.

A amostragem de decisões acima demonstra que não há consenso na jurisprudência quanto aos elementos a serem valorados para fins de redução do valor da indenização, em que pese haja posicionamento no sentido de que a cláusula de redução equitativa da indenização pode ser aplicada a casos de responsabilidade objetiva. A ausência de critérios objetivos na aplicação da cláusula de redução da indenização gera insegurança jurídica, e demonstra a relevância do estudo do tema e a necessidade de adoção de critérios mais seguros, sob pena de existirem decisões conflitantes ou ausência de uniformidade na jurisprudência nacional quanto à possibilidade ou não de aplicação conjunta dos dispositivos legais e, mais do que isso, dos elementos a serem levados em consideração para tanto.

²⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 0011794-63.2011.8.07.0001**. 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Flavio Rostirola, publicado em 21/11/2014. Disponível em: < <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

O ferramental da *Law and Economics* explorada neste trabalho pode auxiliar os julgadores a estabelecer os critérios aplicáveis, os elementos a serem levados em consideração, para formar uma compreensão baseada em critérios jurídicos e econômicos e tentar uniformizar a aplicação da cláusula de redução equitativa de indenização.

2.2 A CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA PARA A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NO ÂMBITO DA TEORIA DO RISCO

2.2.1 Behavioral Law and Economics

A doutrina de análise econômica do direito baseia-se na premissa de que os agentes econômicos tomam decisões racionais, levando em consideração os seus próprios interesses (teoria da escolha racional, ou *rational choice theory*). A expectativa de racionalidade nas escolhas feitas pelos agentes econômicos ampara as conclusões da análise econômica do direito, que parte da premissa de que os agentes econômicos respondem a incentivos e desincentivos. Segundo Cesar Santolim, a expectativa de racionalidade funciona como ponto de apoio para o pensamento microeconômico:

Esse conceito de racionalidade é verdadeiro ponto de apoio do pensamento microeconômico, que desenvolve suas teorias tendo como referência o fato de que os indivíduos agem racionalmente, o que permite que os modelos desenvolvidos sejam dotados de capacidade preditiva. E o reflexo deste pressuposto para o Direito é evidente: em qualquer de suas perspectivas (normativa ou positiva), a utilização do instrumental da Economia pelo Direito reconhece sempre a capacidade dos indivíduos de reagir a determinados incentivos (ou desincentivos), o que presume um comportamento “racional”.²⁵⁸

Contudo, tal premissa vem sendo questionada por meio de estudos empíricos, que demonstram que os agentes econômicos nem sempre se comportam da forma prevista, do ponto de vista da *rational choice theory*. Como apontam Jolls, Sunstein e Thaler, “[i]n a behavioral approach, assumptions about behavior should accord with empirically validated descriptions of actual behavior”.²⁵⁹ O ponto central das críticas à *rational choice theory* parte da constatação de que as pessoas cometem erros previsíveis no julgamento e na tomada de decisões:

²⁵⁸ SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. **Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 1, n. 3, p. 407-430, 2015. p. 409.

²⁵⁹JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, n. 5, p. 1471-1550, maio 1998. p. 1489.

Rational choice theory provided what was, no doubt, the best series of assumptions upon which to begin to develop the application of price theory to legal rules. The use of rational choice theory enabled the law-and-economics movement, in its early days, to achieve significant advances in understanding the interaction between legal rules and society. But now that the movement has reached intellectual maturity, the rationality assumption severely limits its continued scholarly development. There is simply too much credible experimental evidence that individuals frequently act in ways that are incompatible with the assumptions of rational choice theory.²⁶⁰

A racionalidade e o poder de escolha limitados dos indivíduos, aliados à constatação de que nem sempre os indivíduos fazem escolhas visando aos seus próprios interesses, faz com que a análise econômica do direito tenha que levar em consideração também as variáveis psicológicas que influenciam na conduta dos agentes econômicos. Segundo Cesar Santolim, a *behavioral law and economics* é uma abordagem interdisciplinar, que combina estudos da Psicologia, da Economia e do Direito, “focada na constatação, extraída dos estudos mais recentes acerca do comportamento humano, de que a nossa ‘racionalidade’ é ‘limitada’ por uma série de vieses (‘desvios’) e heurísticas”.²⁶¹

Existem diversas heurísticas e vieses que são objeto de análise pela *behavioral law and economics*. Os autores Cooter e Ulen trazem exemplos que demonstram como, em determinados casos, a *rational choice theory* acaba não sendo verificada na prática, pois os indivíduos não tomam as decisões que, racionalmente, eram esperadas deles. No exemplo do *hindsight bias*, ou viés retrospectivo, alguns acontecimentos que, de fato, ocorreram, são vistos como mais prováveis de terem ocorrido em uma avaliação *ex post*, do que se tal análise tivesse sido feita *ex ante*:

So, if you asked people in spring 2010 the probability that Spain would win the 2010 World Cup in South Africa, they might have said, “10 percent”. But if you ask them after Spain actually won the cup, they will say it was much more likely – say, 40 percent.²⁶²

Sobre o tema, Daniel Kahneman afirma que o viés retrospectivo (*hindsight bias*) afeta as estimativas que são feitas pelos tomadores de decisão, uma vez que é quase impossível

²⁶⁰ KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, v. 88, n. 4, p. 1051-1144, jul./2000. p. 1055.

²⁶¹ SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. *Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)*, Lisboa, ano 1, n. 3, p. 407-430, 2015. p. 408.

²⁶² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6. ed. Boston: Pearson, 2012. p. 51.

avaliar a tomada de decisão de forma apropriada, com base apenas nos elementos que existiam à época da tomada de decisão (*ex ante*).²⁶³ Na visão de Kahneman, há um claro viés de resultado (*outcome bias*):

Quando os resultados são ruins, os clientes muitas vezes culpam seus agentes por não enxergarem os sinais claros da desgraça – esquecendo que os sinais estão escritos em uma tinta invisível que só se torna legível após o ocorrido. Atitudes que pareciam prudentes quando vistas previamente podem parecer de uma negligência irresponsável quando vistas retrospectivamente.²⁶⁴

Da mesma forma, Jonathan Haidt indica que, após a ocorrência de um determinado acidente ou fato, os indivíduos tendem a construir um processo de justificação dos seus atos, que não refletem o real processo cognitivo que ocorreu quando da tomada da decisão. Assim, diante da ocorrência de um acidente, não somente o agente econômico pode ter avaliado erroneamente os riscos (e, conseqüentemente, calculado erroneamente os níveis de precaução e atividade), como também buscará explicar as suas ações com base em razões que pareçam plausíveis, embora sejam falsas:

When asked to explain their behaviors, people engage in an effortful search that may feel like a kind of introspection. But what people are searching for is not a memory of the actual cognitive process that caused their behaviors, for these processes are not accessible to consciousness. Rather, people are searching for plausible theories about why they might have done what they did.²⁶⁵

Além disso, Russel Korobkin e Thomas Ulen indicam que os agentes econômicos estão sujeitos a um excesso de confiança e vieses de autoconveniência (*overconfidence and self-serving biases*), que prejudicam a análise de risco das suas próprias condutas e a probabilidade de ocorrência de um determinado evento. Assim, os indivíduos tendem a crer que coisas boas têm mais chances de acontecer a eles, e que coisas ruins são menos prováveis do que a média de ocorrerem com eles.²⁶⁶

Mais do que isso, Michael Faure e Hanneke Luth apontam que o excesso de confiança é ainda maior quando o agente tem algum grau de controle sobre o evento, de forma que o

²⁶³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas Formas de Pensar. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

²⁶⁴ Ibid. p. 255.

²⁶⁵ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgement. **Psychological Review**, v. 108, n. 4, p. 814-834, 2001. p. 822.

²⁶⁶ KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. **California Law Review**, v. 88, n. 4, p. 1051-1144, jul./2000.

otimismo irrealista acarreta em uma postura de subestimar a probabilidade de que eventos ruins ocorrerão: “Therefore, studies showed that 90% of car drivers thought that they drove more safely than the average driver”.²⁶⁷ Daniel Kahneman aponta que a confiança excessiva afeta a visão que os agentes econômicos têm dos riscos e da probabilidade de ocorrência de danos:

Quando combinados, os fatores emocionais, cognitivos e sociais que apoiam o otimismo exagerado são uma poção inebriante, que por vezes leva as pessoas a assumir riscos que teriam evitado se soubessem das chances. Não há evidência de que gente que assume riscos no domínio econômico tenham um apetite incomum por apostar alto; meramente estão menos cientes dos riscos do que pessoas mais tímidas.²⁶⁸

Timur Kuran e Cass Sunstein explicam que diversos estudos apontam problemas na forma como os indivíduos recebem, armazenam, recuperam e processam informações, que resultam em falhas no processo cognitivo de avaliação de probabilidades e tomada de decisões. Um relevante problema é o chamado *framing effect*, que consiste na verificação de que uma mesma informação é avaliada de forma diferente dependendo de como são enquadrados pelos indivíduos:

A striking example is that people are more eager to undergo treatment for an ailment when they hear that ninety percent of the patients treated five years ago are still alive than when they learn that ten percent of the treated patients have died.²⁶⁹

Tais constatações – que são apenas questões pontuais na ampla gama de constatações feitas pela *behavioral law and economics* – têm aplicação evidente no cenário de danos causados por agentes econômicos que exercem atividades de risco, pois se espera que os agentes serão induzidos (pelos incentivos corretos) a adotarem medidas eficientes de prevenção de danos. Nesse cenário, a fixação do valor da indenização levando-se em consideração as medidas de prevenção adotadas pelo agente (como, por exemplo, a redução do *quantum* indenizatório, quando se verificar que o agente tomou as medidas esperadas e eficientes para a prevenção do acidente que, mesmo assim, acabou ocorrendo) pode se mostrar um incentivo eficaz na indução do agir do agente econômico.

²⁶⁷ FAURE, Michael; LUTH, Hanneke. Behavioural Economics in Unfair Contract Terms: Cautions and Considerations. **Journal of Consumer Policy**, v. 34, n. 3, p. 337-358, 2011. p. 344.

²⁶⁸ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas Formas de Pensar. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 328-329.

²⁶⁹ KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass R. Availability Cascades and Risk Regulation. **Stanford Law Review**, v. 51, n. 4, p. 683-768, abr. 1999. p. 705.

Como aponta Cesar Santolim, diante de um caso concreto, “a compreensão do que seja ‘razoável’, ‘proporcional’, ‘moderado’, ‘grave’ e tantos outros termos polissêmicos pode (e deve) levar em consideração as ‘limitações de racionalidade’ que são apresentadas pela BLE”.²⁷⁰ A percepção dos indivíduos sobre a probabilidade de ocorrência de acidentes, dos riscos envolvidos na exploração de uma determinada atividade e, conseqüentemente, das medidas a serem adotadas para a sua prevenção são reflexo de diversas tendências e vieses que afetam o seu comportamento, e são fruto da limitação de racionalidade.

Mais do que isso, Cooter e Ulen indicam que a capacidade de assimilação dos incentivos pelos agentes econômicos é matéria ainda mais complexa, pois a percepção frente a um determinado acidente é diversa quando tal acidente já ocorreu (*ex post*):

Here’s the problem – what might seem prudent precaution *before* an accident occurs might appear, in hindsight, to have been imprudent. That is, if an accident has occurred, the hindsight bias may tell us that the accident was more inevitable than we would have thought before.²⁷¹ (Grifo no original)

Os autores vão além e concluem que os indivíduos, em verdade, não estimam os riscos com precisão e, portanto, não conseguem fazer o cálculo correto do que seriam os custos e benefícios eficientes para a prevenção do dano. A origem da falha na estimativa dos riscos, além do chamado *framing effect*, pode também estar ligada à frequência com que as pessoas são lembradas de tais riscos, o que justifica a conclusão de que acidentes de baixa probabilidade são raramente publicizados na mídia (o que leva as pessoas a subestimar o risco de sua ocorrência), ao contrário de eventos catastróficos, que são largamente publicizados e levam as pessoas a superestimar a sua probabilidade.²⁷²

A essa possibilidade, Daniel Kahneman soma a conclusão de que, após determinados acidentes e desastres, as pessoas tendem a investir em seguros e medidas de prevenção de danos, pois ficam mais preocupadas com a possibilidade de ocorrência do acidente em virtude do efeito da heurística da disponibilidade. Segundo o autor, a heurística da disponibilidade é definida

²⁷⁰ SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. **Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 1, n. 3, p. 407-430, 2015. p. 415.

²⁷¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012. p. 51.

²⁷² Ibid.

como o “processo de julgar a frequência segundo a facilidade com que as ocorrências vêm à mente”²⁷³, o que justifica a conduta dos agentes após a ocorrência do acidente (*ex post*):

Depois de cada terremoto significativo, os californianos se mostram por algum tempo diligentes em adquirir seguros e adotar medidas de proteção e alívio. [...] Entretanto, a lembrança do desastre enfraquece com o tempo, e igualmente a preocupação e a diligência. A dinâmica da memória ajuda a explicar os ciclos recorrentes de desastre, preocupação e complacência crescente, familiares aos estudiosos de emergências em larga escala.²⁷⁴

A influência que a mídia tem na reação emocional dos agentes econômicos pode, ainda, gerar uma preocupação superestimada de um determinado risco e, conseqüentemente, influenciar uma política pública por vezes ineficiente ou exagerada frente à probabilidade de ocorrência do dano. Os autores Kuran e Sunstein explicam que a cascata de disponibilidade (*availability cascade*) é uma cadeia de eventos que gera uma grande preocupação social, e a resposta do Estado é influenciada pela reação da sociedade, e não pelo que seria eficiente ou a melhor aplicação dos recursos públicos.²⁷⁵

Os autores exemplificam essa cadeia de eventos autossustentável que geram medos irracionais pelo chamado “pânico de Alar”, ocorrido em 1989. O produto químico (Alar) era utilizado no cultivo de maçãs, para controlar seu crescimento regular e para melhorar a aparência. A imprensa noticiou que doses elevadas de Alar causavam tumores cancerígenos em ratos e camundongos, o que gerou perdas substanciais para a indústria de maçãs e derivados, bem como o recolhimento do produto e a sua proibição pelo órgão administrativo responsável.²⁷⁶ Contudo, pesquisas subsequentes demonstraram que o risco era muito pequeno e que, na verdade, ocorreu uma reação exagerada.

Analisando o exemplo acima, Daniel Kahneman conclui que as cascatas de disponibilidade distorcem as prioridades na alocação de recursos públicos. Segundo o autor, não se pode desprezar completamente os medos disseminados, mas também é importante que a alocação de recursos seja feita por especialistas imparciais, capazes de medir os riscos e avaliar as formas eficientes de mitigá-los. Nesse cenário, a *behavioral law and economics*

²⁷³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas Formas de Pensar. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 165-166.

²⁷⁴ Ibid. p. 175.

²⁷⁵ KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass R. Availability Cascades and Risk Regulation. **Stanford Law Review**, v. 51, n. 4, p. 683-768, abr. 1999.

²⁷⁶ Ibid.

poderia ser uma ferramenta valiosa: “A psicologia deve informar o projeto de políticas públicas do risco que combine o conhecimento dos especialistas com as emoções e intuições do público”.²⁷⁷

Tais constatações afetam diretamente a eficácia do racional de incentivos que são dados aos agentes visando à adoção de medidas eficientes de prevenção de danos. Assim, a variedade e complexidade das tendências (*biases*) que afetam a correta identificação de probabilidades e avaliação de riscos pelos agentes econômicos são a razão da importância da *behavioral law and economics* para a responsabilidade civil:

[A]ccidents are probabilistic in nature, which means both that the parties need to engage in probability assessments before making their preferred choice(s) of action, and that social planners – legislators and courts – need to take the parties’ (at time biased) assessments into account when designing and implementing tort liability.²⁷⁸

Contudo, Cooter e Ulen não defendem o abandono da *rational choice theory* e da ideia de que os agentes econômicos respondem a incentivos e pautam a sua conduta de forma eficiente conforme tais incentivos:

These thoughts raise concerns about whether tort liability induces the appropriate precautionary action by potential injurers and victims. We shall tentatively maintain the rationality assumption but shall be ready to amend our conclusions about efficient tort rules when there is sound evidence that the appropriate decision makers are not behaving rationally.²⁷⁹

Na visão dos autores, “[e]conomic analysis should use rational choice theory or behavioral theory, depending on which one predicts the law’s effects on the behavior more accurately”.²⁸⁰ Do mesmo modo, Russel Korobkin e Thomas Ulen indicam que a *rational choice theory* deve ser revista, levando-se em consideração as verificações empíricas: “[W]e suggest that it be revised, paying heed to important flaws in its structure that unduly and

²⁷⁷ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas Formas de Pensar. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 185.

²⁷⁸ HALBERSBERG, Yoed; GUTTEL, Ehud. Behavioral Economics and Tort Law. **Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series**, n. 02-15, 2014. p. 02.

²⁷⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012. p. 234.

²⁸⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012. p. 51.

unnecessarily limit the development of a more nuanced understanding of how law affects society”.²⁸¹

Essa também é a posição de Cesar Santolim, que afirma que “[n]ão se deixa de reconhecer a importância da BLE²⁸², mas nem por isso se fala em uma quebra de ‘paradigma’, mas sim de um aprimoramento, por acumulação de conhecimento, da teoria original”.²⁸³ A finalidade seria aprimorar o estudo do comportamento humano, a fim de aumentar o poder preditivo frente a determinadas situações. Contudo, o alcance da adaptação a ser feita à *rational choice theory* e a pertinência de tal adaptação (considerando que parte da doutrina entende que a *behavioral law and economics* não tem relevo para justificar alterações à *rational choice theory*) é motivo de debate pela doutrina.²⁸⁴

Em que pese não haja consenso na doutrina sobre o impacto da *behavioral law and economics*, o autor afirma que a constatação de que os indivíduos possuem uma racionalidade limitada dá espaço a um maior dirigismo estatal, o que seria considerando pela *rational choice theory* como uma medida paternalista.²⁸⁵ Por outro lado, diante da verificação, pela *behavioral law and economics*, de que os agentes (públicos e privados) cometem erros na sua avaliação de determinadas situações e riscos, os autores Jolls, Sunstein e Thaler manifestam a sua preocupação acerca da capacidade dos agentes públicos em fornecer os incentivos adequados aos agentes econômicos: “it raises equivalent questions about whether even well-motivated public officials will be able to offer appropriate responses to private mistakes and confusion”.²⁸⁶

A importância da *behavioral law and economics* e o impacto que uma decisão (seja ela judicial ou administrativa) pode ter sobre as condutas dos agentes não são questões restritas à doutrina. No Brasil, já há tomadores de decisões demonstrando preocupação quanto à forma como as suas decisões afetarão os indivíduos do ponto de vista da economia comportamental, como se verifica pela leitura de decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União:

²⁸¹ KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. **California Law Review**, v. 88, n. 4, p. 1051-1144, jul./2000. p. 1144.

²⁸² “Behavioral Law and Economics”.

²⁸³ SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. **Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 1, n. 3, p. 407-430, 2015. p. 411.

²⁸⁴ SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. **Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 1, n. 3, p. 407-430, 2015.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, n. 5, p. 1471-1550, maio 1998. p. 1546.

Podemos ir mais longe, ao dizer que as decisões deste Tribunal em casos concretos afetam o sistema das concessões como um todo, pelo que, os benefícios supostamente auferidos em uma situação peculiar, podem fazer desmoronar o sistema através de mecanismos de defesa em futuros certames licitatórios, quer pela ausência de interessados, quer pela redução de vantagens oferecidas no presente para dar conta de surpresas futuras. Essa é a exata lógica da **economia comportamental**, cujo marco teórico dispensamos de transcrições (consulte-se, por exemplo, **Richard Posner. A Rational choice, behavioral economics, and the law**).²⁸⁷ (Grifo no original)

Entretanto, deve-se ter em mente que a *behavioral law and economics* e as suas constatações não se aplicam apenas aos agentes econômicos que tomam decisões para a definição dos níveis de precaução e atividade, e tampouco apenas às vítimas, que podem agir de forma a mitigar os danos. Também os tomadores de decisões frente à ocorrência de um dano (juízes e tribunais) são objeto das conclusões apontadas pela *behavioral law and economics* e tais influências podem afetar o processo de tomada de decisão, tanto para fins de imputação quanto para fins de quantificação do dano.

Em especial, o viés retrospectivo (*hindsight bias*) afeta a avaliação do julgador quanto aos riscos e à probabilidade de ocorrência do acidente, pois a sua análise é feita sempre *ex post*, ou seja, após o acidente e quando o dano já ocorreu. Nesse cenário, questiona-se se a avaliação do julgador (quanto ao risco e probabilidade, bem como à adequação dos níveis de prevenção e atividade adotados pelo agente econômico) teria sido a mesma caso tivesse sido feita antes da ocorrência do acidente (*ex ante*). A resposta, diante das conclusões até então apontadas pela *behavioral law and economics*, parece ser negativa. Sobre o tema, Jeffrey Rachlinski afirma:

Thus, the psychological research demonstrates that the hindsight bias is an extremely robust phenomenon. It influences judgements made in many different settings by many different types of people. The bias is also large enough to have an important impact on the legal system and has been shown to affect two kinds of decision makers upon which the legal system relies – groups (juries) and experienced decision makers (judges).²⁸⁸

²⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo n. 014.205/2011-4**. Acórdão n. 2983/2016. Ata 48/2016, Plenário do Tribunal de Contas da União. Relator: João Augusto Ribeiro Nardes, julgado em 23/11/2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2983%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

²⁸⁸ RACHLINSKI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral Law and Economics**. Cambridge: Cambridge University, 2000. p. 98.

O viés retrospectivo (*hindsight bias*) faz com que a avaliação da conduta do agente econômico seja feita de forma mais rígida, podendo levar à adoção de medidas ineficientes de prevenção de danos e tornar a exploração de determinadas atividades mais caras. No cenário da responsabilidade objetiva, o impacto do viés retrospectivo é consideravelmente menor do que quando se está diante de responsabilidade subjetiva (“*hindsight bias increases the point at which courts judge defendants not negligent*”²⁸⁹), mas ainda assim afeta de forma substancial a fixação do *quantum indenizatório*.

Um exemplo disso é a influência da mídia e grau de comoção gerado pelo acidente ocorrido na boate Kiss, em Santa Maria/RS, em 27 de janeiro de 2013 – que resultou na morte de 242 pessoas. Embora o incêndio e suas consequências ainda estejam sendo apuradas e avaliadas judicialmente, pode-se afirmar que o acidente ocorreu a partir de uma combinação de fatores: o disparo de um sinalizador em direção ao teto da discoteca, que somente deveria ser utilizado em ambientes externos; eventuais falhas na inspeção do local pelas autoridades competentes; a existência de espuma inadequada para fins de isolamento acústico; a conduta dos seguranças da discoteca, que impediram a saída das pessoas em um primeiro momento, por não terem ciência do que estava ocorrendo; o despreparo clínico para tratamento das vítimas intoxicadas por cianeto, dentre outros.

Cada um dos fatores, se analisado isoladamente e antes da ocorrência do acidente (*ex ante*), poderia não ter sido considerado um fato grave ou passível de gerar um acidente de tamanha proporção. É inegável que a avaliação *ex post* dos fatores – diante da magnitude da tragédia – altera não somente a avaliação do julgador quanto aos riscos e à probabilidade de ocorrência do acidente, mas também a rigidez na aferição dos níveis de precaução e atividade que deveriam ter sido adotados por todos os envolvidos no acidente (dentre eles os sócios da discoteca, os integrantes da banda que se apresentava na ocasião, e até mesmo membros dos poderes públicos). A repercussão do acidente não gera efeitos apenas no que tange à responsabilização dos envolvidos, mas também na revisão da legislação e políticas públicas aplicáveis no Brasil.

Daniel Kahneman defende que organizações são melhores em evitar erros do que indivíduos, pois pensam mais lentamente e impõem procedimentos ordenados, como, por

²⁸⁹ RACHLINSKI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. In: SUNSTEIN, Cass R. *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University, 2000. p. 102.

exemplo, listas de checagem e prognóstico com base na classe de referência. Na visão do autor, organizações são fábricas de julgamentos e decisões:

E toda fábrica deve ter maneiras de assegurar a qualidade de seus produtos no projeto inicial, na fabricação e nas inspeções finais. Os estágios correspondentes na produção de decisões são o enquadramento do problema que deve ser solucionado, o conjunto de informação relevante que leva a uma decisão e a reflexão e revisão. Uma organização que procure melhorar seu produto decisório deve rotineiramente buscar uma melhor eficiência em cada um desses estágios. O conceito operativo é rotina. Controle de qualidade constante é uma alternativa para as revisões por atacado dos processos que as organizações comumente empreendem na esteira dos desastres. Há muito por fazer para melhorar a tomada de decisões.²⁹⁰

Além disso, Jeffrey Rachlinski defende que uma das formas de eliminar o viés retrospectivo que afeta os julgadores é amparar a conclusão pela tomada ou não das medidas adequadas de prevenção de danos em normas e regulamentações *ex ante*, de modo que a ocorrência do acidente não influencie na análise da conduta do agente econômico causador do dano, e tampouco na avaliação da conduta da vítima. Sobre o assunto, o autor defende:

In such cases, rather than conducting an open-ended inquiry into whether the defendant took reasonable precautions, a court could assess whether the defendant complied with the relevant custom or regulation. Under this rule, only a determination that the defendant had not complied with the *ex ante* norm could support a conclusion that the defendant was negligent. This decision rule would avoid the need to determine the probability of an accident in hindsight, thereby eliminating much of the hindsight bias's influence on the judgement.²⁹¹

Não apenas a vinculação da tomada de decisão a normas e regulamentações *ex ante*, mas também a conscientização dos tomadores de decisão acerca dos vieses e heurísticas que limitam a racionalidade humana são um importante passo para a tomada de decisões mais justas e, mais do que isso, para que sejam dados os corretos incentivos aos agentes econômicos de mercado. Ainda neste trabalho, será abordada a possibilidade de adoção de uma análise *ex ante*, no sentido de quais seriam os termos de um contrato entre as partes caso não houvessem custos de transação – e como esta análise poderia auxiliar na tarefa do julgador de fixação do montante indenizatório, inclusive pela redução do viés retrospectivo.

²⁹⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas Formas de Pensar. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 522-523.

²⁹¹ RACHLINSKI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. In: SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral Law and Economics**. Cambridge: Cambridge University, 2000. p. 105.

2.2.2 A proposta de desvinculação entre responsabilidade e indenização (*decoupling*): a culpa reduzida *lato sensu* e a função social da atividade de risco

O autor David Rosenberg aponta que, tradicionalmente, responsabilidade civil desempenha uma dupla finalidade, de dissuasão de condutas danosas pela responsabilização do agente e de compensação da vítima pelos danos sofridos:

Tort liability conventionally combines deterrence and insurance functions by determining liability and distributing damages through a single integrated judgment. The habit of rendering final judgment in this form creates the misleading impression that there is some necessary linkage between determining liability and distributing compensation.²⁹²

Contudo, a responsabilização do agente econômico representa um custo, e se um dos objetivos da responsabilidade civil consiste em reduzir comportamentos de risco injustificáveis, ou seja, dissuadir a adoção de comportamentos que representem riscos não aceitos coletivamente ou que poderiam ser mitigados de forma eficiente, não haveria necessidade de aguardar a conduta do agente gerar um dano a outrem. A dissuasão de determinadas condutas adotadas pelos agentes econômicos no mercado não dependeria da efetiva ocorrência de um dano, do que se extrai que os objetivos da responsabilidade civil não necessariamente são atingidos em conjunto, mas poderiam ser desvinculados. Sobre o tema, Fernando Araújo destaca:

Na “restituição” insinua-se desde o início, pois, um propósito dissuasor ou punitivo: o que mais releva muitas vezes não é tanto a reparação do dano – até porque pode não ter havido dano –, mas o propósito de prevenir qualquer atitude potencialmente lesiva, ou o propósito de punir o lesante, retirando-lhe aquilo que possa ter sido o incentivo da lesão; isto sem embargo de não menos vezes o intuito punitivo estar velado ou subalternizado, mormente quando avulte o dano, ou seja, quando o enriquecimento se tenha feito às custas do empobrecimento alheio.²⁹³

Na visão de Coleman, se os objetivos consistem em (i) reduzir comportamentos de risco injustificáveis e (ii) compensar aqueles que sofrem um dano em virtude de tais comportamentos, talvez o melhor a ser feito consista em separar esses dois objetivos. A uma, porque os incentivos

²⁹² ROSENBERG, David. *Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss*. *Virginia Law Review*, v. 88, n. 8, p. 1871-1920, dez. 2002. p. 1892.

²⁹³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 810.

aos agentes econômicos para a adoção de medidas preventivas de danos poderiam ser atingidos por meio de políticas públicas em momento anterior à ocorrência de danos: “[A] better approach might be to identify all those who unjustifiably risk harm to others and to impose a fine or sanction on them adequate to deter their mischievous conduct”.²⁹⁴ A duas, porque se o segundo objetivo é a compensação da vítima, Coleman defende que não deveríamos deixá-la à mercê das incertezas de um processo judicial, no qual a sua reparação pode restar prejudicada por questões processuais ou de ordem probatória.

No âmbito da responsabilidade civil, a aplicação conjunta das finalidades (dissuasão e reparação) pode ensejar equívocos e priorizar uma das finalidades em detrimento da outra, o que não seria eficiente. Coleman segue a sua análise afirmando que a separação das questões de responsabilidade e compensação, como forma de melhor assegurar o atingimento dos objetivos desejados, levaria a uma reformulação da responsabilidade civil da forma como a conhecemos:

But to separate the questions of liability and compensation, as pursuing the general goals suggest we would have reason to do, invites the dismantling of tort law as we know it. For tort law as we know it may simply not stack up as an attractive instrument for distributing the costs of accidents – for solving the societal problem of accidents and their costs.²⁹⁵

Na visão de Rosenberg, responsabilidade e indenização são funções separáveis e distintas, na medida em que a forma como a vítima é compensada pode ser irrelevante para fins de responsabilização e indução do agente econômico causador do dano a tomar medidas eficientes de prevenção de danos.²⁹⁶ No contexto explorado pelo autor, de danos causados a uma coletividade, a separação das funções resta ainda mais evidente. Para a finalidade da dissuasão do comportamento de risco, o nível ótimo de prevenção é atingido quando o tribunal responsabiliza o causador do dano pelo dano total agregado, sendo irrelevante a forma como a indenização será repartida entre as vítimas.

Mais do que isso, analisar a conduta do agente causador do dano em um primeiro momento, deixando a compensação da vítima como uma etapa apartada do processo de tomada

²⁹⁴ COLEMAN, Jules L. The Costs of The Costs of Accidents. *Maryland Law Review*, v. 64, p. 337-354, 2005. p. 347.

²⁹⁵ *Ibid.* p. 347.

²⁹⁶ ROSENBERG, David. Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss. *Virginia Law Review*, v. 88, n. 8, p. 1871-1920, dez. 2002.

de decisão judicial, permitiria que os julgadores tivessem a conduta do agente como foco, para avaliar as medidas que foram tomadas e o que poderia ter sido feito eficientemente (e talvez não o foi) para evitar a ocorrência do dano. Sobre o tema, Rosenberg afirma:

Reserving distribution of aggregate damages for the separate compensation stage, the court, in the deterrence stage, would thus enter an insurance fund judgement against defendant for aggregate liability and damages without regard to proof difficulties, vicissitudes of litigation, or other factors that would bar or depress the amount recovered by an individual or subgroup of class members.²⁹⁷

Assim, na etapa de verificação do dano total agregado, as medidas tomadas pelo causador do dano para reduzir os riscos da sua atividade, embora não tenham sido suficientes para evitar a ocorrência do dano em questão, poderiam ser levadas em consideração pelo julgador. O agente econômico, nesse cenário, poderia receber um incentivo por meio da redução da indenização, demonstrando os passos e esforços que empregou para a redução do risco.²⁹⁸ Na etapa de reparação da vítima, a redução do valor da indenização poderia ser compensada por meio de um fundo securitário, que seria utilizado para compor a diferença e reparar integralmente a vítima, ou a vítima receberia o valor pago pelo causador do dano, se verificado que contribuiu para a concretização do dano.

Como se vê, em determinados cenários, o valor da indenização poderia gerar os incentivos adequados se reduzido equitativamente. Por outro lado, o valor da indenização paga pelo agente econômico poderia ser suficiente para compensar a vítima de forma satisfatória, mas não ser adequado para fornecer os incentivos ao agente para investir em segurança. Assim, não há uma correlação direta entre responsabilidade e compensação, do ponto de vista de *culpa* do agente econômico (que possa demandar uma punição), que justifique a fixação do *quantum* indenizatório levando-se em consideração este elemento.

Na visão de Fernando Araújo, a proposta de *decoupling*, ou seja, de “separação rigorosa entre funções preventiva e reparativa”²⁹⁹ seria uma alternativa para evitar conflitos entre os incentivos aos agentes econômicos e efeitos paradoxais. O autor destaca:

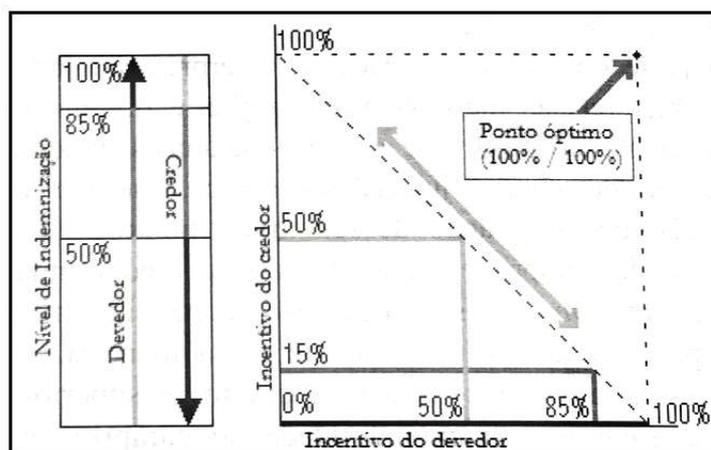
²⁹⁷ ROSENBERG, David. Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss. *Virginia Law Review*, v. 88, n. 8, p. 1871-1920, dez. 2002. p. 1893.

²⁹⁸ Ibid.

²⁹⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 893.

[S]ó nessa visão panorâmica é possível dar solução, por exemplo, às situações em que um benefício social resulte da lesão de interesses privados (que não sejam juridicamente indisponíveis), seja ressarcindo-se parcialmente apenas o dano individual, até o limite do dano social, seja qualificando-se pura e simplesmente irrelevante uma perda *puramente privada* que não tenha qualquer relevância social.³⁰⁰ (Grifo no original)

Como a responsabilidade civil pressupõe que a indenização reflita a reparação integral da vítima e que o valor pago pelo causador do dano seja correspondente a essa reparação integral, tem-se que a responsabilidade civil impede soluções eficientes, pois nem a vítima e nem o lesante internalizam os danos. Essa correlação entre os incentivos dados à vítima e ao lesante (ditos ineficientes) pode ser observada através do seguinte gráfico, constante na obra de Fernando Araújo:³⁰¹



O exemplo trazido por Fernando Araújo em sua obra é o da responsabilidade médica *stricto sensu* e cobertura de danos não-patrimoniais, na medida em que há diversas posições sobre o tema: há quem defenda que tal cobertura (i) devesse ser assegurada pelos próprios lesantes, ou (ii) justificar-se-ia em termos de prevenção, como uma espécie de “margem punitiva”, ou (iii) turva a finalidade preventiva, tornando o valor da indenização mais aleatório e imprevisível, ou (iv) não deveria ser implementada, diante da multiplicidade de degenerações colaterais possíveis, de forma que se deveria limitar a responsabilidade médica. Do ponto de vista da proposta de *decoupling*, tem-se que a cobertura de danos não-patrimoniais poderia ser justificável à finalidade preventiva, mas “pode esse montante ser excessivo em termos de

³⁰⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 853-854.

³⁰¹ *Ibid.* p. 903.

reparação, para efeitos de promover junto das potenciais vítimas uma atitude eficiente de cautela e de seguro”.³⁰²

Diante de tal constatação, a diferenciação entre o que o causador do dano desembolsa a título indenizatório e o que a vítima recebe seria uma alternativa para o atingimento de níveis eficientes a ambos os indivíduos envolvidos no acidente. Como parte da proposta de *decoupling*, surge o esquema de *split awards*, no qual o lesante paga um valor superior ao que vítima receberá, revertendo o restante para o Estado. Outro esquema proposto reside na dedução, do valor da indenização, do que já foi pago pelo lesante a título de sanções extrajurídicas, mitigando a sua responsabilidade (ou seja, reduzindo o valor a ser pago judicialmente pelo causador do dano).³⁰³

As sanções extrajurídicas são eficientes medidas de prevenção, pois penalizam os agentes económicos sem compensar a vítima, e consistem em uma alternativa ao incentivo ineficiente que resulta da visão tradicional da responsabilidade civil, na qual a indenização paga pelo lesante corresponde ao valor recebido pela vítima. Na visão de Fernando Araújo, a dedução de tais sanções “permite incrementar a eficiência das sanções jurídicas, procedendo a um parcial ‘decoupling’, atribuindo às vítimas apenas aquilo que poderia designar-se por ‘indenização prática líquida’”.³⁰⁴ O autor destaca, ainda, que a dedução das sanções extrajurídicas atende à finalidade de redução dos custos sociais:

Essa solução de dedutibilidade das sanções extra-jurídicas justifica-se na medida em que se presume que a finalidade última é a de minimizar os custos sociais, uma finalidade à qual se instrumentalizam todas as outras, por exemplo a finalidade preventiva, pois sem essa instrumentalização aos custos sociais a prevenção recomendaria muito simplesmente, como sabemos, que se aplicasse ao faltoso a sanção máxima, sem quaisquer deduções (sendo que essa sanção máxima asseguraria também, mesmo que ocasionalmente por excesso, os objectivos internalização).³⁰⁵

Nesse cenário, conclui-se que as soluções de “decoupling” permitem uma visão panorâmica e uma conciliação mais eficiente dos objetivos da responsabilidade civil (prevenção e reparação). Do contrário, estar-se-ia pressupondo a existência de culpa (como um elemento

³⁰² ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 894.

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Ibid. p. 911.

³⁰⁵ Ibid. p. 912.

psicológico da conduta, ou no seu sentido moral), de um paradigma retributivo, que surge da lógica de que a indenização nasce da responsabilidade civil.

Na mesma linha, cabe questionar se competiria ao direito civil avaliar a culpa do agente econômico para fins de fixação do *quantum* indenizatório, em especial diante de casos sujeitos à responsabilidade objetiva, como forma de desestímulo ou punição ao ofensor. Na visão da doutrina, deve-se analisar a questão sob a ótica da divisão que opera entre o Direito Civil e o Direito Penal:

No entanto, é preciso recordar que operou-se uma cisão entre a responsabilidade civil e penal. Enquanto o direito penal visa a punir o ofensor valorando o ato reprovável, o direito civil busca apenas fazer cessar os efeitos danosos do ato. O grau de culpa do ofensor, portanto, tem ampla justificação no campo penal, ao passo que perderia qualquer relevância no âmbito do direito civil. Diga-se a propósito que o primeiro critério na fixação da pena no juízo criminal é a culpabilidade (reprovabilidade) do ato, de acordo com o art. 59, caput do Código Penal.³⁰⁶

É importante ressaltar que as atividades de risco são úteis e socialmente relevantes, tanto que são autorizadas e reguladas pelo Estado. A dissuasão de danos é, sem dúvidas, uma das finalidades a ser levada em consideração, mas que deve ser analisada à luz da autorização dada pelo Estado ao agente econômico para o desenvolvimento de uma determinada atividade, que pode ser vista como um “crédito”. Ao permitir a exploração de atividades de risco, há uma aceitabilidade coletiva do risco, de forma que a externalidade pode ser incorporada na ponderação entre o que é socialmente relevante e aquilo que extravasa o socialmente aceitável.

O exemplo trazido por Vasco Rodrigues consiste na verificação de aceitabilidade social de um nível positivo de poluição, ou ao menos na constatação de que uma sociedade bem administrada admitirá tal nível de poluição. A prevenção da poluição representa custos e benefícios, mas somente dever-se-ia prevenir a poluição “enquanto os respectivos benefícios excederem os concomitantes custos”.³⁰⁷ Sob a ótica do agente causador da poluição, a sua responsabilização deveria estar relacionada ao nível de poluição socialmente aceito, podendo gerar impactos no *quantum* indenizatório.

³⁰⁶ VIOLA, Rafael. Indenização Equitativa: Uma Análise do Art. 944, Parágrafo Único, do Código Civil. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 2, p. 214-248, 2013. p. 227.

³⁰⁷ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**: Uma Introdução. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 86.

Portanto, a responsabilização do agente e o valor da indenização poderiam estar atrelados a um standard de diligência que foi violado e que extrapolou a aceitabilidade social do risco. Eventual redução da indenização dependeria de uma análise de culpa do agente econômico em um sentido mais amplo, que permitisse o incentivo à adoção de medidas eficientes de prevenção de danos – que consiste em um dos objetivos da responsabilidade civil. Ainda, a ampliação do escopo do que seria o agir *culposo* do agente não significa dizer que o valor da indenização estará sujeito ao subjetivismo do julgador. Isso porque a análise feita no próprio âmbito da teoria do risco já envolve uma ponderação de relevância da atividade e dos níveis aceitáveis de exercício e externalização dos riscos, razão pela qual a verificação da conduta do agente econômico para fins de redução do valor da indenização também deveria levar em consideração tais critérios.

Mais do que isso, a redução equitativa da indenização poderia ser operada através de um conjunto de ponderações que superam o plano restrito de análise de culpa do agente econômico causador do dano. O julgador poderia levar em consideração elementos como, por exemplo, (i) o valor social da atividade para a coletividade, ainda que se possa lamentar a ocorrência do dano para um indivíduo específico, e (ii) o nível de atividade adotado pelo agente e das medidas preventivas por ele implementadas para a redução do risco ou mitigação das suas consequências.

Tais verificações, que pressupõem a observância da proposta de *decoupling*, permitiriam ao julgador identificar se o causador do dano agiu em observância ao risco socialmente aceito para a atividade e se ele desenvolveu a atividade levando em consideração medidas eficientes de precaução (nível de prevenção e nível de atividade). A possibilidade de redução equitativa da indenização seria definida com base em critérios mais objetivos, aliados à verificação da contribuição causal dos indivíduos envolvidos (vítima e lesante), permitindo a concretização, de forma mais efetiva, da função preventiva da responsabilidade civil.

2.2.3 As regras de proteção e regulamentação de direitos proposta por Calabresi e Melamed (*property and liability rules*)

Na visão de Guido Calabresi e Douglas Melamed, o Estado não define apenas quem é o titular inicial de um determinado direito, mas também define uma série de questões secundárias que estabelecem a forma como tais direitos são protegidos e se um indivíduo está ou não

autorizado a vender, trocar ou sacrificar o seu direito. Segundos tais autores, a titularidade de um direito pode ser protegida por regras de propriedade (*property rules*), de responsabilidade (*liability rules*) ou de inalienabilidade (*inalienable entitlement*).³⁰⁸

As *property rules*, aplicáveis a relações em que haja maior negociabilidade e baixos custos de transação, “impedem toda a transferência que ocorra sem o consentimento do presente titular dos recursos”.³⁰⁹ Um direito é protegido por uma regra de propriedade quando a sua venda ou troca decorre de uma negociação entre as partes, o que reduz consideravelmente a intervenção do Estado nessa relação: “someone who wishes to remove the entitlement from its holder must buy it from him in a voluntary transaction in which the value of the entitlement is agreed upon by the seller”.³¹⁰ Nesse cenário, a obtenção da aprovação do titular de direitos para que a transferência se concretize é mais vantajosa, pois são impostas barreiras para evitar que tais transferências sejam feitas sem consentimento (como é o caso de indenizações fixadas em patamares elevados).

Por outro lado, as *liability rules* são aplicáveis quando há baixa negociabilidade, em virtude dos elevados custos de transação. Como conceituam Calabresi e Melamed, “[w]henever someone may destroy the initial entitlement if he is willing to pay an objectively determined value for it, an entitlement is protected by a liability rule”.³¹¹ Assim, as *liability rules* admitem a transferência não autorizada (ou não previamente negociada) de titularidade sobre direitos, mediante o pagamento de um preço – que será a indenização devida ao titular do direito:

Obviously, liability rules involve an additional stage of state intervention: not only are entitlements protected, but their transfer or destruction is allowed on the basis of a value determined by some organ of the state rather than by the parties themselves.³¹²

O preço será determinante para a ocorrência ou não da transferência não autorizada, pois o recurso a ser transferido deve ser valorado acima do valor da indenização a ser paga, o que independe do consentimento do titular inicial do recurso.³¹³ Conforme explica Fernando

³⁰⁸ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr. 1972.

³⁰⁹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 262.

³¹⁰ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr. 1972. p. 1092.

³¹¹ *Ibid.* p. 1092.

³¹² *Ibid.* p. 1092.

³¹³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 262.

Araújo, competirá a um julgador externo a tarefa de “avaliar a oportunidade da transferência, ponderando-a com os custos impostos ao titular e calculando com base nesses custos o ‘justo preço’ dessa transferência involuntária”.³¹⁴

Em terceiro lugar, temos as regras de inalienabilidade (*inalienable entitlement*). Um direito é inalienável quando a sua transferência não é permitida, mesmo em cenário nos quais o titular do direito queira vender e tenha encontrado um comprador. Nesse cenário, o Estado intervém não apenas para fixar a indenização que deverá ser paga caso o direito seja tomado ou destruído, mas também para impedir a sua venda ou troca em algumas ou em todas as circunstâncias.³¹⁵ Como explicam Calabresi e Melamed, a maioria dos direitos podem ser enquadrados em todas as categorias, dependendo da situação:

Taney’s house may be protected by a property rule in situations where Marshall wishes to purchase it, by a liability rule where the government decides to take it by eminent domain, and by a rule of inalienability in situations where Taney is drunk or incompetent.³¹⁶

Quando a sociedade define a quem pertence o direito em um primeiro momento, também deverá definir de que forma este direito será protegido, enquadrando-o em uma das regras.³¹⁷ A responsabilidade civil estaria situada entre as *property rules* e um *inalienable entitlement*, “entre uma tutela exclusiva de recursos incluídos na esfera jurídica subjectiva de um titular, por um lado, e por outro uma tutela *ex post* através da internalização dos danos suportados, um passo aquém da atribuição de titularidades definitivas e intransferíveis”.³¹⁸

Tanto as *property rules* quanto as *liability rules* possuem as suas vantagens. O desincentivo à adoção de uma conduta oportunista por parte da vítima (que é capaz de aumentar ou deixar de mitigar seus danos para aumentar o valor da indenização) no caso das *property rules*, em contrapartida à facilitação da conciliação de interesses promovida pelas *liability rules*, pois “criam uma espécie de ‘compropriedade forçada’ entre ‘lesante’ e ‘vítima’”.³¹⁹ Por outro lado, Diogo Naves Mendonça explica que, em determinadas circunstâncias, a regra de

³¹⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 263.

³¹⁵ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr. 1972. p. 1092.

³¹⁶ *Ibid.* p. 1093.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 276.

³¹⁹ *Ibid.* p. 266.

responsabilidade (*liability rule*) permite uma adoção estratégica de condutas oportunistas pelos agentes econômicos:

Trata-se de situação em que é preferível pagar uma indenização a negociar. É que, através de uma negociação (regra de propriedade), os ganhos de troca acabariam sendo compartilhados entre as partes, ao passo que, sob uma regra de responsabilização, apenas uma das partes consegue estrategicamente concentrar os ganhos de troca. Nessas situações, haverá evidente ineficiência ao se permitir que alguém se aproprie dos direitos de outrem, pagando um valor ordinário de compensação (regra de responsabilidade), em vez de efetuar a negociação, com compartilhamento dos ganhos de troca (regra de propriedade).³²⁰

O exemplo trazido por Calabresi e Melamed diz respeito a um conflito envolvendo questões ambientais, que poderia ser solucionado por meio de três regras: (i) a proibição da atividade danosa, (ii) a permissão da atividade, mas mediante pagamento de indenização, ou (iii) a permissão da atividade que, não sendo considerada lesiva, não ensejaria o pagamento de indenização.³²¹ Quando os custos de transação são elevados para ambas as partes – o que costuma ocorrer em casos de poluição ambiental – as regras de responsabilidade tendem a ser escolhidas, pois “we are uncertain whether the polluter or the pollutees can most cheaply avoid the cost of pollution”.³²²

Contudo, os autores ainda elencam uma quarta regra, que consiste na permissão da atividade, mediante a dissuasão pela vítima da conduta lesante, através do pagamento (total ou parcial) do direito de lesar.³²³ Fernando Araújo sintetiza essa quarta regra por meio do seguinte quadro:³²⁴

	<i>Property Rule</i>	<i>Liability Rule</i>
Direito inicial da “vítima”	1) Proibição da lesão	2) Permissão (total ou parcial) com indenização da “vítima”
Direito inicial do “lesante”	3) Permissão da lesão, sem indenização	4) Proibição (total ou parcial) com indenização do “lesante”

³²⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 119.

³²¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

³²² CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr. 1972. p. 1119.

³²³ ARAÚJO, Fernando. Op. Cit.

³²⁴ Ibid. p. 269.

A quarta regra introduzida por Calabresi e Melamed pode ser caracterizada como uma responsabilidade inversa (*reverse liability*), enquadrada na categoria dos quase-contratos, como explica Fernando Araújo:

[A] quarta combinação de *property rule* e de *liability rule* atribui ao lesante o direito de lesar mas protege-o apenas com uma *liability rule*, permitindo assim a qualquer “vítima” tomar as medidas unilaterais que queira para se opor à lesão – desde que indemneze o lesante (ao ser demandado judicialmente ou em arbitragem).³²⁵

No exemplo da poluição, as soluções de *liability rules* seriam (i) a permissão da lesão com indenização da vítima (regra 2) – cenário no qual o poluidor não negocia com a vítima em virtude dos elevados custos de transação, mas a indeniza em um patamar que permite uma “adjudicação não-negociada de recursos”³²⁶ e (ii) o impedimento da lesão, pela vítima, mediante o pagamento de indenização, também não previamente negociada (regra 4).

Em determinados casos, o valor envolvido na negociação entre as partes para definição do valor é tão elevado, ou seja, está sujeito a custos de transação tão elevados, que a venda ou troca do direito não acontece, ainda que fosse beneficiar todos os envolvidos.³²⁷ Vasco Rodrigues traz um exemplo que é bastante elucidativo. Um determinado motorista vai conduzir o seu automóvel para deslocar-se até o seu local de trabalho, passando por inúmeras residências ao longo do seu percurso. Este motorista sabe que há um risco de que seu carro se despiste e atinja alguma das residências, causando danos ao seu proprietário. Uma vez consumado o acidente, a negociação com o proprietário da residência torna-se mais difícil, de modo que o motorista decide precaver-se: vai bater à porta de cada uma das residências e negocia com cada um dos proprietários o direito de ressarcimento, caso ocorra um acidente. Considerando apenas este motorista, já seriam inúmeros contratos a serem celebrados. Contudo, este não será o único motorista que irá conduzir seu veículo por este trajeto, o que multiplica consideravelmente os contratos a serem celebrados.³²⁸

Os custos de transação elevados impedem a negociação entre as partes. Como explicam Calabresi e Melamed, simplesmente não há como o motorista negociar com todas as suas

³²⁵ ARAÚJO, Fernando. Op. Cit. p. 269.

³²⁶ Ibid. p. 269.

³²⁷ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr. 1972.

³²⁸ RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito*: Uma Introdução. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

potenciais vítimas: “[K]nowledge exists only at the level of deciding to drive or perhaps to drive fast, and at that level negotiations with potential victims are usually not feasible”.³²⁹ Por outro lado, o mesmo não ocorre no caso de um poluidor, pois este sabe, na maioria das vezes, o dano que vai causar e a quem vai causar este dano. Ainda assim, os custos de transação podem impedir a negociação *ex ante* entre as partes:

But as we have already pointed out, freeloader or holdout problems may often preclude any successful negotiations between the polluter and the victims of pollution; additionally, we are often uncertain who is the cheapest avoider of pollution costs. In these circumstances a liability rule, which at least allowed the economic efficiency of a proposed transfer of entitlements to be tested, seemed appropriate, even though it permitted the non-accidental and unconsented taking of an entitlement.³³⁰

Em se tratando de acidentes causados por um agente econômico que desenvolve uma atividade de risco, a inviabilidade de proteger a vítima por uma regra de propriedade é evidente: os custos de transação impostos ao agente econômico impediriam o desenvolvimento da atividade, pois não seria viável a negociação com todas as potenciais vítimas. Essa é a visão de Calabresi e Melamed:

If we were to give victims a property entitlement not to be accidentally injured we would have to require all who engage in activities that may injure individuals to negotiate with them before an accident, and to buy the right to knock off an arm or a leg. Such pre-accident negotiations would be extremely expensive, often prohibitively so. To require them would thus preclude many activities that might, in fact, be worth having. And, after an accident, the loser of the arm or leg can always very plausibly deny that he would have sold it at the price the buyer would have offered. Indeed, where negotiations after an accident do occur – for instance pretrial settlements – it is largely because the alternative is the collective valuation of the damages.³³¹

Como aponta Fernando Araújo, ambas as posições adotadas pelo lesante e pela vítima no escopo das *liability rules* representam um direito potestativo de aquisição não-negociada de um recurso, amparadas judicialmente, que atribuem a opção de compra à parte que não detinha o recurso inicialmente (*call option*).³³² Contudo, na visão do autor, somam-se mais duas alternativas (regras 5 e 6), que equivalentes às opções de venda ou *put options*, que representam o direito potestativo de ser pago pela alienação não-negociada de um recurso:

³²⁹ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Op. Cit. p. 1127.

³³⁰ Ibid. p. 1127.

³³¹ Ibid. p. 1108-1109.

³³² ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

Na regra 5, atribuindo-se ao “lesante” o direito inicial, atribui-se-lhe ao mesmo tempo o direito de impor às “vítimas” uma alienação remunerada de parte (ou todo) desse direito;

Na regra 6, atribuindo-se à “vítima” o direito inicial, atribui-se-lhe ao mesmo tempo o direito de impor ao “lesante” uma alienação remunerada de parte (ou todo) desse direito.³³³

Como explica Fernando Araújo, as regras de números 2 e 5, assim como as regras de números 4 e 6 são equivalentes, apresentando diferenças quanto à atribuição inicial do direito e a atribuição subsequente do direito de exercer a opção. As semelhanças entre tais regras podem ser verificadas no quadro abaixo, extraído da obra do referido autor:³³⁴

	<i>Property Rule</i>	<i>Liability Rule</i>	
		<i>Call Option</i>	<i>Put Option</i>
Direito inicial da “vítima”	1) Proibição da lesão	2) Permissão (total ou parcial) com indemnização da “vítima”	6) Proibição alienável (parcial ou totalmente)
Direito inicial do “lesante”	3) Permissão da lesão, sem indemnização	4) Proibição (total ou parcial) com indemnização do “lesante”	5) Permissão alienável (parcial ou totalmente)

Segundo Fernando Araújo, a adição das *liability rules* com *put option* tornam o sistema mais realista e permitem a sua aplicação a casos de responsabilidade extracontratual – inclusive sendo a regra, e não a exceção: “por exemplo, uma pessoa vítima de um furto deve poder exercer a sua ‘*put option*’ de, em vez da devolução do bem furtado, impor a venda desse bem ao lesante – o que equivale na prática a preferir a indemnização”.³³⁵ Como apontam Ayres e Goldbart, quem tem o direito de exercer a opção é uma informação a ser levada em consideração pelos tribunais para a fixação do valor a ser pago pelo direito: “[w]e now know, for example, that under any of four liability rules, courts should set damages equal to the court’s best estimate of the value of the party not possessing a call or out option”.³³⁶

³³³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 271.

³³⁴ Ibid. p. 271.

³³⁵ Ibid. p. 271.

³³⁶ AYRES, Ian; GOLDBART, Paul M. Optimal Delegation and Decoupling in the Design of Liability Rules. **Michigan Law Review**, v. 100, n. 1, p. 1-79, out. 2001. p. 07.

Entretanto, Calabresi e Melamed apontam que as *liability rules* são muitas vezes empregadas visando a atender objetivos distributivos, por razões de eficiência, e não representam o que teria sido efetivamente negociado pela vítima caso o direito não tivesse sido tirado dela de forma não-negociada.³³⁷ Mais do que isso, a crítica à abordagem de Calabresi e Melamed consiste na adoção da perspectiva *ex post*, desconsiderando a visão *ex ante* de afetação e proteção dos recursos:

[P]or exemplo descarta a dimensão preventiva *dos incentivos* para se concentrar desproporcionalmente na reação a situações de conflito, nos remédios a aplicar já numa fase patológica da relação intersubjectiva; ou de que, descurando essa dimensão *ex ante*, desperdiça a ocasião para dar um contributo relevante para o tema do contrato incompleto.³³⁸ (Grifo no original)

Contudo, não se deve desconsiderar as dificuldades inerentes à avaliação *ex ante*. Fernando Araújo explica a dificuldade através da identificação dos envolvidos nas etapas de avaliação: “[U]m equilíbrio que é mais difícil na medida em que estejam cometidos a actores sociais distintos os cálculos *ex ante* e *ex post* da precaução eficiente: *ex ante* a todos os potenciais lesantes, *ex post* essencialmente aos tribunais”. Contudo, Diogo Mendonça destaca que o ordenamento jurídico deve retornar o causador do dano ao seu estado anterior, retirando-lhe o benefício obtido a partir da conduta que gerou o acidente, a partir de uma avaliação *ex ante*:

Partindo-se de um olhar *ex ante*, avaliam-se as vantagens visadas pelo lesante ao decidir pela prática abusiva, para que, no momento da fixação do montante indenizatório, promova-se a total eliminação de tais vantagens, ainda que, para tanto, seja necessária a estipulação de indenizações a maior (indenizações extraordinárias).³³⁹

O que se extrai deste entendimento é que a questão deve ser analisada com um olhar *ex ante*, ou seja, como teria sido o desfecho da negociação entre as partes se estivéssemos diante de uma *property rule* e os custos de transação não fossem demasiadamente elevados. A partir da lição de Calabresi e Melamed e do estabelecimento das regras de propriedade e de responsabilidade, os tribunais poderiam atuar na verificação de como as partes teriam agido se pudessem prever o dano e negociar a transferência dos direitos envolvidos.

³³⁷ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr. 1972.

³³⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 274.

³³⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 118-119.

A análise *ex post*, usualmente já maculada por um viés retrospectivo (*hindsight bias*) por parte dos julgadores, poderia ser guiada por uma avaliação de como teria sido um contrato entre as partes envolvidas na causação do dano, se não houvessem custos de transação. Ainda que as partes estejam ligadas por um ato danoso, e não por uma relação contratual em sentido estrito, o exercício de conjecturar como elas teriam negociado *ex ante* e firmado um contrato para regular a transferência ou destruição do direito pode facilitar a tarefa do julgador de fixação do montante indenizatório, ou seja, de estabelecer o valor para a *liability rule*.

Em uma análise do direito estrangeiro, pode-se verificar que o legislador português definiu estratégia semelhante ao prever o funcionamento do instituto da gestão de negócios (artigo 464 e seguintes do Código Civil Português).³⁴⁰ Uma vez cessada a intervenção do gestor, há previsão legal de que o dono do negócio que sofreu a interferência não autorizada, pode concluir que a interferência foi benéfica e reflete o que eles teriam contratado, se a tal oportunidade existisse à época do início da interferência, ou seja, *ex ante*. As consequências para o gestor são diversas de acordo com o cenário verificado ao final da intervenção (*ex post*):

ARTIGO 468º (Obrigações do dono do negócio) 1. Se a gestão tiver sido exercida em conformidade com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, é este obrigado a reembolsar o gestor das despesas que ele fundadamente tenha considerado indispensáveis, com juros legais a contar do momento em que foram feitas, e a indemnizá-lo do prejuízo que haja sofrido. 2. Se a gestão não foi exercida nos termos do número anterior, o dono do negócio responde apenas segundo as regras do enriquecimento sem causa, com ressalva do disposto no artigo seguinte.

ARTIGO 469º (Aprovação da gestão) A aprovação da gestão implica a renúncia ao direito de indemnização pelos danos devidos a culpa do gestor e vale como reconhecimento dos direitos que a este são conferidos no nº 1 do artigo anterior.

O Código Civil Brasileiro, ao prever o instituto da gestão de negócios, dispõe que o gestor deverá dirigir o negócio segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono (artigo 861), ou seja, tal qual as partes teriam acordado se tivessem firmado um contrato. De acordo com a legislação brasileira, também pode o gestor ser responsabilizado ao final da intervenção (*ex post*), nos termos do que prevê o artigo 874 do Código Civil, que remete a artigos antecedentes:

³⁴⁰ Código Civil Português, artigo 464: “Dá-se a gestão de negócios, quando uma pessoa assume a direcção de negócio alheio no interesse e por conta do respectivo dono, sem para tal estar autorizada”.

Art. 862. Se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevindo, ainda quando se houvesse abatido.

Art. 863. No caso do artigo antecedente, se os prejuízos da gestão excederem o seu proveito, poderá o dono do negócio exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior, ou o indenize da diferença.

Como explica Fernando Araújo, a contribuição de Calabresi e Melamed pode ser vista como uma abordagem inovadora quanto à tutela de direitos, em contraposição a visões tradicionais da doutrina, como a “demarcação entre as vertentes contratual e extracontratual da responsabilidade civil”.³⁴¹ O autor explica que as *property rules* e as *liability rules* apontam para a dicotomia *prevenção e reparação*:

No caso da “prevenção” sobreleva a determinação do bem-estar do potencial adquirente, tratando-se de saber se a sua disposição de pagar é superior ao preço que o proprietário reclamará para alienar o bem, condição de uma transferência eficiente de recursos, na ausência da qual a troca não se dará e os recursos permanecerão junto do respectivo titular. [...]

No caso da “reparação” sobreleva a determinação do bem-estar do expoliado, daquele que se vê involuntariamente privado de um recurso sobre o qual exercia o seu poder – tratando-se neste segundo caso de saber se a reparação efectivamente recobre o dano sofrido, colocando a “vítima” numa posição de indiferença entre os estados pré- e pós-transferência, pré- e pós-dano. Assim, a indemnização, a reparação e cobertura do interesse contratual positivo, são, entre outros, corolários de *liability rules*.³⁴²

No caso de danos causados pela exploração de atividades de risco, o olhar *ex ante* do julgador, empregado *ex post*, representaria a concretização da negociação que as partes não puderam travar no passado, e que poderia ter culminado em um contrato em torno de um determinado direito e da ocorrência de um dano. Nesse cenário, o conteúdo material da decisão poderia refletir o que as partes teriam autorizado se tivessem, à época, as condições que o julgador agora tem (*ex post*) e não fossem impedidas pelos custos de transação – ainda que não resulte mais da vontade das partes, a decisão tende a ser mais justa.

Em outras palavras, o julgador poderia reproduzir uma *property rule*, para fixar o valor que mais se aproximasse à vontade das partes se elas pudessem ter negociado em torno daquele direito e da causação do dano, para então compor a *liability rule*. A abordagem de Calabresi e Melamed desafiam a tradicional divisão contratual/extracontratual da responsabilidade civil,

³⁴¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 267.

³⁴² *Ibid.* p. 267-268.

permitindo ao julgador tentar reproduzir, em sentença (*ex post*), o conteúdo do contrato que nunca pôde ser firmado pelas partes (*ex ante*).

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, explorou-se a constatação de que a forma como o legislador formula a norma e como o tribunal resolve o litígio representam incentivos às partes. No caso de indivíduos envolvidos em acidentes, não apenas a imputação de responsabilidade possui o condão de afetar o comportamento das partes, mas também a fixação do valor da indenização. O conhecimento prévio, pelas partes, de que determinadas atitudes serão levadas em consideração para a fixação do *quantum* indenizatório dará ensejo a adoção de medidas eficientes por ambas as partes, seja na prevenção de danos e determinação dos níveis de atividade (no caso do agente econômico que exerce uma atividade de risco), seja em atitudes visando à mitigação do próprio prejuízo (no caso da vítima).

Não há dúvidas de que a regulamentação estatal representa uma interferência externa à autonomia privada dos agentes econômicos, e é essencial que tal interferência ampare-se em diretrizes que também levem em consideração aspectos econômicos. A adoção de medidas de prevenção de danos em um grau máximo de eficiência é um interesse do próprio Estado, e não apenas dos indivíduos que vivem em sociedade, como forma de maximizar o bem-estar social.

Como exposto na primeira parte deste trabalho, a *Law and Economics* traz importantes contribuições para o estudo do tema da responsabilidade civil, em especial no que concerne aos incentivos e desincentivos aos agentes econômicos para que adotem níveis eficientes de prevenção e de atividade. Os conceitos e contribuições da *Law and Economics* constituem um ferramental relevante para a análise da questão jurídica de possibilidade (ou não) de conciliação de duas inovações trazidas pelo Código Civil de 2002: a possibilidade de redução equitativa da indenização (artigo 944, parágrafo único) e a responsabilização objetiva em virtude da exploração de atividades de risco (artigo 927, parágrafo único).

A cláusula de redução de indenização prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil enfrenta críticas por parte da doutrina brasileira, por amparar-se no conceito de graduação de culpa. Enquanto a sociedade moderna enfrenta novos e constantes riscos, a adoção de uma graduação de culpa aproxima-se de uma ordem moral ou psicológica para avaliação da conduta do agente, o que vai de encontro à noção mais atual e objetiva de culpa, definida como standards de conduta.

Em âmbito de responsabilidade objetiva, a questão torna-se ainda mais controversa, na medida em que a aplicação da cláusula de redução de indenização poderia representar um óbice ao atingimento da finalidade pretendida por meio da responsabilização objetiva daqueles que exercem uma atividade considerada de risco, além de inaugurar uma discussão sobre a culpa do ofensor, até então desnecessária em âmbito de responsabilização objetiva. Na tentativa de justificar a aplicação da cláusula de redução de indenização também aos casos de responsabilidade objetiva, sugeriu-se uma interpretação teleológica da norma expressa no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, baseada nos direitos constitucionais do ofensor a um patrimônio mínimo. Nesse sentido, como o princípio da reparação integral está amparado no texto da Constituição Federal, apenas uma norma de igual hierarquia poderia afastar a sua aplicação, por meio da incidência da exceção que consiste na redução equitativa da indenização.

A análise econômica do direito, contribuindo com diretrizes e estratégias interpretativas de grande valor, partindo da premissa de que a atuação dos tribunais na interpretação contratual está inserida em um contexto de incentivos e desincentivos aos agentes que atuam no mercado, sinaliza que a fixação da indenização está diretamente ligada aos níveis de precaução que serão adotados pelos agentes econômicos. Assim, ao fixar o *quantum* indenizatório em montante inferior ao dano causado, o julgador poderia estar incentivando o agente econômico a adotar medidas preventivas inferiores ao que se considera desejável do ponto de vista da eficiência. Por outro lado, a sinalização para o agente econômico de que as medidas por ele tomadas de prevenção serão levadas em consideração no caso de ocorrência de danos poderia funcionar como um incentivo para que invista (de forma eficiente) em prevenção. O mesmo ocorre em relação à conduta da vítima do acidente, quando as suas atitudes são, de algum modo, relevantes para a concretização do acidente ou para a extensão dos danos.

A solução proposta de fixação do montante indenizatório com base na contribuição causal dos envolvidos (ainda que em patamar inferior ao dano causado, em aplicação do que dispõe a cláusula de redução de indenização) mostra-se uma alternativa economicamente eficiente para a alocação dos custos de prevenção de acidentes bilaterais. Ao induzir ambas as partes a internalizarem os custos de prevenção, o sistema da contribuição causal permite que a sociedade se aproxime do desejado nível ótimo de prevenção de danos, no qual todos os indivíduos são responsáveis pelas medidas de segurança que estavam ao seu alcance (*cheapest cost avoider*), ainda que possam ser considerados vítimas de um determinado evento danoso.

A possibilidade de adoção de parâmetros mais objetivos para a aplicação da cláusula de redução equitativa da indenização, como a culpa reduzida *lato sensu* (e não com base em mera graduação de culpa ou elementos de ordem moral), para verificação das medidas adotadas pelo agente econômico e levando em consideração a relevância e função social da atividade de risco por ele desenvolvida é uma das alternativas propostas pela *Law and Economics*. A partir de uma desvinculação entre as funções preventiva e compensatória, os objetivos e finalidades pretendidas com a responsabilidade civil poderiam ser mais eficientemente atingidos, uma vez que a dissuasão de danos é relevante para a sociedade, assim como as atividades de risco que são desenvolvidas.

Além disso, a possibilidade de o julgador empregar um o olhar *ex ante*, ainda que *ex post* (quando o dano já ocorreu), eleva as chances de se proferir uma decisão mais justa, que reflete o que as partes teriam acordado *ex ante* não fossem os custos de transação. A fixação do valor da indenização é um elemento crucial da decisão judicial, capaz de influenciar o alcance e impacto da própria imputação de responsabilidade, tanto para o agente causador do dano como para a sociedade como um todo, o que torna a escolha dos parâmetros a serem aplicados pelos julgadores uma questão de suma relevância. A constatação de que a fixação do *quantum* indenizatório afeta o mercado e a forma como as atividades de risco são desenvolvidas é mais um motivo pelo qual aspectos econômicos deveriam ser levados em consideração pelos julgadores.

Por fim, excedendo o objeto deste trabalho, e aproveitando o racional explorado e as lições da *Law and Economics*, é oportuno questionar se os mesmos elementos que podem vir a ser empregados para a redução equitativa da indenização não poderiam, em determinados casos, ser utilizados também para justificar uma majoração no valor da indenização. No caso do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, há uma autorização legislativa (ainda que em caráter excepcional) para que o julgador reduza o valor da indenização – que poderia ser empregada com base nas premissas delimitadas neste trabalho, no âmbito da discricionariedade do juiz para aplicação da norma.

Na racionalidade do ordenamento jurídico brasileiro, a opção de autorizar ou não o aumento do valor da indenização compete ao legislador, em que pese já possam ser verificadas decisões aplicando *punitive damages* no Brasil sem que haja correspondente autorização legal. Do ponto de vista econômico, a modulação do valor da indenização com base em elementos

objetivos, que visem à maximização do bem-estar social e à prevenção de danos (por meio de um sistema de incentivos e desincentivos às partes) poderia ser um importante passo em direção ao atingimento das finalidades pretendidas com a responsabilidade civil. Neste trabalho, optou-se por explorar alternativas interpretativas a norma já existente no ordenamento jurídico (portanto, já autorizada pelo legislador), mas é importante registrar que o ferramental da *Law and Economics* pode contribuir de forma ainda mais determinante para aprimoramento das premissas e diretrizes da responsabilidade civil no Brasil, desde que acompanhado de uma correspondente evolução normativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACCIARRI, Hugo. **La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños: Reparación, prevención, minimización de costos sociales**. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ACCIARRI, Hugo A.; TOHMÉ, Fernando; CASTELLANO, Andrea. Causal Apportionment of Tort Liability: An Efficient Approach. **Review of Law & Economics**, v. 12, De Gruyter, 2016. p. 37-55.
- ALONSO, Paulo Sergio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Editoria Jurídica e Universitária Ltda., 1965.
- ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. (Orgs.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro: da responsabilidade civil**. v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARAÚJO, Fernando. **Análise Económica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- AYRES, Ian; GOLDBART, Paul M. Optimal Delegation and Decoupling in the Design of Liability Rules. **Michigan Law Review**, v. 100, n. 1, p. 1-79, out. 2001.
- BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o artigo 944 do código civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, p. 227-249, abr./jun. 2008.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Liberdade vs. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?** Coimbra: Almedina, 2006.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual**. v. 1. Cascais: Principia, 2013.
- BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO NETO, Giácomo; TIMM, Luciano Benetti. O movimento de direito e economia no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Belo Horizonte, v. 20, p. 213-230, 2010.
- BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 130.764/PR**. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Moreira Alves, julgado em 12/05/1992, DJ 07-

08-1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=130764&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 460.810-0/MG**. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Eros Grau, publicado em 25/05/2007. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28460812%2ENUME%2E+OU+460812%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yby4g45u>. Acesso em 11 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 160.051/RJ**. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Antônio de Pádua Ribeiro, publicado em 17/02/2003. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=160051&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 01 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 719.738/RS**. 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Teori Zavascki, publicado em 22/09/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=719738&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 401358/PB**. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Carlos Fernando Mathias, publicado em 16/03/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=401358&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 945.369/RJ**. 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Denise Arruda. Relator para Acórdão: Benedito Gonçalves, publicado em 18/10/2010. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=945369&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1615971/DF**. 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio Bellizze, publicado em 07/10/2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1615971&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo n. 014.205/2011-4**. Acórdão n. 2983/2016. Ata 48/2016, Plenário do Tribunal de Contas da União. Relator: João Augusto Ribeiro Nardes, julgado em 23/11/2016. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2983%2520ANOACORDAO%253A2016/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 0011794-63.2011.8.07.0001**. 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Relator: Flavio Rostirola, publicado em 21/11/2014. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70031672793**. 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Cláudio Baldino Maciel, publicado em 10/09/2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70031672793&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70059502898&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 14 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível nº 71002540086**. 2ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Vivian Cristina Angonese Spengler, publicado em 03/11/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22responsabilidade+objetiva%22+redu%C3%A7%C3%A3o+quantum+culpa+leve&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=%22responsabilidade+objetiva%22+redu%C3%A7%C3%A3o+indeniza%C3%A7%C3%A3o+culpa+leve&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70044138725**. 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Elaine Maria Canto da Fonseca, publicado em 16/12/2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22atividade+de+risco%22+redu%C3%A7%C3%A3o+indeniza%C3%A7%C3%A3o&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=%22atividade+de+risco%22+redu%C3%A7%C3%A3o+%22culpa+leve%22&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70058518200**. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Miguel Ângelo da Silva, publicado em 27/11/2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70058518200&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70066508888&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70059502898**. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Miguel Ângelo da Silva. Redator: Eugênio Facchini Neto, publicado em 15/02/2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70059502898&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70066768722&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 31 dez. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70066768722**. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Léo Romi Pilau Júnior, publicado em 05/04/2016. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70066768722&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70069954626&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em 04 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70066508888**. 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, publicado em 13/04/2016. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70066508888&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70031672793&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70069954626**. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Eugênio Facchini Neto, publicado em 03/04/2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70069954626&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 16 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70072537491**. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, publicado em 01/09/2017. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=70072537491&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70076241470**. Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Dilso Domingos Pereira, julgado em 31/01/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível nº 71007366842**. Primeira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: José Ricardo de Bem Sanhudo, julgado em 20/02/2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; SILVA, Denis Franco. *Neminem Laedere*: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes de ato ilícito. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 247-258, out./dez. 2004.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. **Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

CALABRESI, Guido. The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs. *Harvard Law Review*, v. 78, n. 4, p. 713-745, fev. 1965.

CALABRESI, Guido. Fault, Accidents and the Wonderful World of Blum and Kalven. **Yale Law Journal**, v. 75, n. 2, p. 216-238, dez. 1965.

CALABRESI, Guido. Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules: A Comment. **Journal of Law & Economics**, v. 11, n. 1, p. 67-74, abr. 1968.

CALABRESI, Guido. Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs? **Law and Contemporary Problems**, v. 33, n. 3, p. 429-463, 1968.

CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. **Harvard Law Review**, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, abr. 1972.

CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. Toward a Test for Strict Liability in Torts. **Yale Law Journal**, v. 81, n. 6, p. 1055-1085, maio 1972.

CALABRESI, Guido. Optimal Deterrence and Accidents. **Yale Law Journal**, v. 84, n. 4, p. 656-671, mar. 1975.

CALABRESI, Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. **University of Chicago Law Review**, v. 43, n. 1, p. 69-108, 1975.

CALABRESI, Guido. First Party, Third Party, and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything about Them. **Iowa Law Review**, v. 69, n. 4, p. 833-852, maio 1984.

CALABRESI, Guido. The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further. **Yale Law Journal**, v. 100, n. 5, p. 1211-1238, mar. 1991.

CALABRESI, Guido. We Imagine the Past to Remember the Future: Between Law Economics, and Justice in Our Era and According to Maimonides. **Yale Journal of Law & the Humanities**, v. 26, n. 1, p. 135-142, 2014.

CALABRESI, Guido. A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension. **Law and Contemporary Problems**, v. 77, n. 2, p. 1-14, 2014.

CALABRESI, Guido. A Broader View of the Cathedral: The Significance of the Liability Rule, Correcting a Misapprehension. **Law and Contemporary Problems**, v. 77, n. 2, p. 1-14, 2014.

CALABRESI, Guido. Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. **University of Chicago Law Review**, v. 43, n. 1, 1975. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol43/iss1/20>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2008.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 51-76, jul./set. 2009.

CAMPBELL, David. Ronald Coase's the Problem of Social Cost. **University of Queensland Law Journal**, V. 35, N. 1, p. 75-98, 2016.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à teoria dos jogos no direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)**, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 213-234, abr./jun. 2007.

CASCAES, Amanda Celli. Análise Econômica do Contrato Incompleto. **Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 3, n. 1, p. 163-196, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. O princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*) e o seguro de responsabilidade civil facultativo. **Revista Jurídica de Seguros**, Rio de Janeiro, n. 02, p. 12-22, maio 2015.

CHARFOOS, Lawrence S.; CHRISTENSEN, David W. Measuring Damages. **ABA Journal**, v. 72, n. 9, p. 74-77, set. 1986.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.

COLEMAN, Jules L. The Morality of Strict Tort Liability. **William and Mary Law Review**, v. 18, n. 2, p. 259-286, 1976.

COLEMAN, Jules L. The Costs of The Costs of Accidents. **Maryland Law Review**, v. 64, p. 337-354, 2005.

COOTER, Robert; PORAT, Ariel. Decreasing-Liability Contracts. **Journal of Legal Studies**, v. 33, n. 1, p. 157-198, jan. 2004.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Boston: Pearson, 2012.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A cláusula geral de responsabilidade objetiva do Código Civil de 2002: elementos para uma tentativa de identificação dos pressupostos para a aplicação do parágrafo único do art. 927 do CC 2002. **Atualidades Jurídicas - Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, v. 01, n. 01, p. 305-316, jul./dez. 2011.

CRASWELL, Richard; CALFEE, John E. Deterrence and Uncertain Legal Standards. **Journal of Law, Economics & Organization**, v. 2, n. 2, p. 279-314, 1986.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DHARMAPALA, Dhammika; HOFFMANN, Sandra A. Bilateral Accidents with Intrinsically Interdependent Costs of Precaution. **Journal of Legal Studies**, v. 34, n. 1, p. 239-272, jan. 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo Código Civil: Da responsabilidade Civil**. v. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability. **Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 1, p. 151-204, jan. 1973.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FAURE, Michael. Attribution of Liability: An Economic Analysis of Various Cases. **Chicago-Kent Law Review**, v. 91, n. 2, p. 603-636, 2016.

FAURE, Michael; LUTH, Hanneke. Behavioural Economics in Unfair Contract Terms: Cautions and Considerations. **Journal of Consumer Policy**, v. 34, n. 3, p. 337-358, 2011.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, ano 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Direito civil, responsabilidade civil: o método do caso**. Coimbra: Almedina, 2010.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, Rio de Janeiro/RJ, v. 5, n. 19, p. 109-119, jul./set. 2004. p. 118.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A responsabilidade extracontratual no novo Código Civil e o surpreendente tratamento da atividade de risco. **IOB Repertório de Jurisprudência**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 19, p. 533-526, out. 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: vol. IV, tomo II**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARBER, Steven. Punitive Damages and Deterrence of Efficiency-Promoting Analysis: A Problem without a Solution. **Stanford Law Review**, v. 52, n. 6, p. 1809-1820, jul. 2000.

GEISTFELD, Mark A. The Coherence of Compensation-Deterrence Theory in Tort Law. **DePaul Law Review**, v. 61, n. 2, p. 383-418, 2012.

GEISTFELD, Mark A. Risk Distribution and the Law of Torts: Carrying Calabresi Further. **Law and Contemporary Problems**, v. 77, n. 2, p. 165-194, 2014.

GILLES, Stephen G. Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider. **Virginia Law Review**, v. 78, n. 6, p. 1291-1376, set. 1992.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto; AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.) **Comentários ao Código Civil: parte especial – do direito das obrigações**. v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - v. 4: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONSALVES, Laura L. Probability of Causation in Radiation Tort Litigation. **Tulsa Law Journal**, v. 24, n. 3, p. 479-508, 1989.

GRADY, Mark F. Modern Accident Law Does Not Fit Corrective Justice Theory. **Jahrbuch fur Recht und Ethik**, v. 2, p. 7-36, 1994.

GREENLAND, Sander; ROBINS, James M. Epidemiology, Justice, and the Probability of Causation. **Jurimetrics**, v. 40, n. 3, p. 321-340, 2000.

HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgement. **Psychological Review**, v. 108, n. 4, p. 814-834, 2001.

HALBERSBERG, Yoed; GUTTEL, Ehud. Behavioral Economics and Tort Law. **Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series**, n. 02-15, 2014.

HODGSON, David. Probability: the Logic of the Law - A Response. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 15, n. 1, p. 51-68, 1995.

JACKSON, Howell; KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven; VISCUSI, W. Kip; COPE, David. **Analytical Methods for Lawyers**. New York: Foundation Press, 2003.

JONES, William K. Strict Liability for Hazardous Enterprise. **Columbia Law Review**, v. 92, n. 7, p. 1705-1779, nov. 1982.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, n. 5, p. 1471-1550, maio 1998.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KIHOLM, Stephen A. Justice and the Optimal Deterrence of Accidents. **Pacific Law Journal**, v. 19, n. 2, p. 271-302, 1988.

KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, p. 3-34, jan./mar. 2007.

KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. **California Law Review**, v. 88, n. 4, p. 1051-1144, jul./2000.

KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass R. Availability Cascades and Risk Regulation. **Stanford Law Review**, v. 51, n. 4, p. 683-768, abr. 1999.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis. **Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 3, p. 517-556, jun. 1980.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Causation in Tort Law: An Economic Approach. **Journal of Legal Studies**, v. 12, n. 1, p. 109-134, jan. 1983.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Tort Law as a Regulatory Regime for Catastrophic Personal Injuries. **Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 3, p. 417-434, ago. 1984.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. A Positive Economic Analysis of Products Liability. **Journal of Legal Studies**, v. 14, n. 3, p. 535-568, dez. 1985.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1959.

LEMPERT, Richard. Low Probability/High Consequence Events: Dilemmas of Damage Compensation. **DePaul Law Review**, v. 58, n. 2, p. 357-392, 2009.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo: Atlas, 2013.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAKDISI, John. Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability. **North Carolina Law Review**, v. 67, n. 5, p. 1063-1102, jun. 1989.

MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo: Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO,

Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil.** São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. **A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios para a sua aplicação.** São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MENDONÇA, Diogo Naves. Indenização por equidade: desproporção entre a culpa e o dano. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 80-94, jan./fev. 2009.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação.** São Paulo: Atlas, 2012.

MICHELMAN, Frank I. Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs. **Yale Law Journal**, v. 80, n. 3, p. 647-686, jan. 1971.

MILLMAN, Jack L. Structuring a Legal Claims Market to Optimize Deterrence. **New York University Law Review**, v. 91, n. 2, p. 496, maio 2016.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lima.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757-796.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional: atualizada até a EC nº 67/10.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas.** Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 5, n. 18. p. 45-78. abr/jun. 2004.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito privado.** 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Código Civil comentado.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2013.

NOLAN, Virginia E.; URSIN, Edmund. The Revitalization of Hazardous Activity Strict Liability. **North Carolina Law Review**, v. 65, n. 2, p. 257-314, jan. 1987.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PARISI, Francesco; FON, Vincy. Causation and Responsibility: The Compensation Principle from Grotius to Calabresi. **Maryland Law Review**, v. 64, n. 1, p. 108-135, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PESSOA JORGE, Fernando. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLINSKI, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **Punitive damages: an economic analysis**. Cambridge (USA): Harvard Law Review. v. 111, 1998.

PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Belo Horizonte, v. 20, p. 309-338, 2010.

POSNER, Eric A. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso? (Primeira Parte). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 75-108, jul./set. 2008.

POSNER, Richard A. A Theory of Negligence. **Journal of Legal Studies** , v. 1, n. 1, p. 29-96, jan. 1972.

POSNER, Richard A. Strict Liability: A Comment. **Journal of Legal Studies** , v. 2, n. 1, p. 205-222, jan. 1973.

POSNER, Richard A. Retribution and Related Concepts of Punishment. **Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 1, p. 71-92, jan. 1980.

POSNER, Richard A. The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law. **Journal of Legal Studies**, v. 10, n. 1, p. 187-206, jan. 1981.

POSNER, Richard A. Can Lawyers Solve the Problems of Tort System? **California Law Review**, v. 73, n. 3, p. 747-754, maio 1985.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 9. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2014.

POSNER, Richard A. Guido Calabresi's The Costs of Accidents: A Reassessment. **Maryland Law Review**, v. 64, n. 1, p. 12-23, 2005.

POSNER, Richard A. Instrumental and Noninstrumental Theories of Tort Law. **Indiana Law Journal**, v. 88, n. 2, p. 469-526, 2013.

PÜSCHEL, Flávia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. **Direito GV**, São Paulo, v. 01, n. 01, p. 91-107, maio 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSA, Pedro Henrique de Miranda. **Direito civil**: parte geral e teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSENBERG, David. Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss. **Virginia Law Review**, v. 88, n. 8, p. 1871-1920, dez. 2002.

ROSENTHAL, Lawrence. Probability, Probable Cause, and the Law of Unintended Consequences. **Texas Law Review**, v. 87, p. 63-66, 2009.

SAMUEL, Geoffrey. Strict Liability: Advance, Retreat - Or Advancing Backwards. **Anglo-American Law Review**, v. 6, n. 2, p. 99-118, 1977.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**: Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. O Princípio da Reparação Integral e o Arbitramento Equitativo da Indenização por Dano Moral no Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 423-452.

SANTOLIM, Cesar. Nexo de causalidade e prevenção responsabilidade civil. **Revista da AJURIS**, V. 41, N. 146, Porto Alegre, 2014.

SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. **Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)**, Lisboa, ano 1, n. 3, p. 407-430, 2015.

SCHLAG, Pierre. The Problem of Transaction Costs. **Southern California Law Review**, v. 62, n. 6, p. 1661-1700, set. 1989.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Dez anos do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, p. 265-298, jul./set. 2012.

SCHWARTZ, Gary T. The Vitality of Negligence and the Ethics of Strict Liability. **Georgia Law Review**, v. 15, n. 4, p. 963-1006, 1981.

SCHWARTZ, Gary T. Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter? **UCLA Law Review**, v. 42, n. 2, p. 377-444, dez. 1994.

SCHWARTZ, Gary T. Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice. **Texas Law Review**, v. 75, n. 7, p. 1801-1834, 1996-1997.

SHAVELL, Steven. Strict Liability versus Negligence. **Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 1, p. 1-26, jan. 1980.

SHAVELL, Steven. An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. **Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 3, p. 463-516, jun. 1980.

SHAVELL, Steven. Torts in Which Victim and Injurer Act Sequentially. **Journal of Law & Economics**, v. 26, n. 3, p. 589-612, out. 1983.

SHAVELL, Steven. Liability for Harm versus Regulation of Safety. **Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 2, p. 357-374, jun. 1984.

SHAVELL, Steven. Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability. **Journal of Law & Economics**, v. 28, n. 3, p. 587-610, out. 1985.

SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1987.

SHAVELL, Steven. Liability and the Incentive to Obtain Information about Risk. **Journal of Legal Studies**, v. 21, n. 2, p. 259-270, jun. 1992.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge (USA): Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SHMUELI, Benjamin; SINAI, Yuval. Liability under Uncertain Causation: Four Talmudic Answers to a Contemporary Tort Dilemma. **Boston University International Law Journal**, v. 30, n. 2, p. 449-496, 2012.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Lisboa: Almedina, 1990.

SLOVENKO, Ralph. Duty to Minimize Damages. **Journal of Psychiatry and Law**, v. 26, n. 4, p. 579-594, 1998.

SPIER, Kathryn E. Settlement Bargaining and the Design of Damage Awards. **Journal of Law, Economics, and Organization**, v. 10, n. 1, p. 84-95, abr. 1994.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. **Behavioral Law and Economics**. Cambridge: Cambridge University, 2000.

SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; KAHNEMAN, Daniel. Do People Want Optimal Deterrence? **Journal of Legal Studies**, v. 29, n. 1, p. 237-254, jan. 2000.

SUNSTEIN, Cass R. Cognition and Cost-Benefit Analysis. **Journal of Legal Studies**, v. 29, n. 2, p. 1059-1104, jun. 2000.

SUNSTEIN, Cass R. Is Cost-Benefit Analysis for Everyone? **Administrative Law Review**, v. 53, n. 1, p. 299-314, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. The Limits of Quantification. **California Law Review**, v. 102, n. 6, p. 1369-1422, dez. 2014.

SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Rachel. Direito e Economia. **Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, n. 144, p. 221-235, out./dez. 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República - Vol. 2**. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2012.

TESSLER, Marga Barth. Os efeitos econômicos e sociais das leis e decisões judiciais. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**. Porto Alegre, a. 17, n. 61, p. 27-40.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil por ato lícito**. São Paulo: Atlas, 2014.

VIOLA, Rafael. Indenização Equitativa: Uma Análise do Art. 944, Parágrafo Único, do Código Civil. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 2, p. 214-248, 2013.

VISCUSI, W. Kip; ZECKHAUSER, Richard J. Detering and Compensating Oil-Spill Catastrophes: The Need for Strict and Two-Tier Liability. **Vanderbilt Law Review**, v. 64, n. 6, p. 1715-1766, nov. 2011.

WEINRIB, Ernest J. **The Idea of Private Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

WEINRIB, Ernest J. Deterrence and Corrective Justice. **UCLA Law Review**, v. 50, n. 2, p. 621-640, dez. 2002.

YABLON, Charles. The Meaning of Probability Judgments: An Essay on the Use and Misuse of Behavioral Economics. **University of Illinois Law Review**, v. 2004, n. 4, p. 899-966, 2004.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.