

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO PAPALÉO FERMANN

**ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL: PARA ALÉM DA
INDENIZAÇÃO**

Porto Alegre

2018

RODRIGO PAPALÉO FERMANN

**ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE
CIVIL: PARA ALÉM DA INDENIZAÇÃO**

Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Mattos Santolim

Porto Alegre

2018

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação materializa a concretização de um objetivo traçado por muito tempo, além de sintetizar profunda pesquisa acadêmica, intensificada nos últimos dois anos. Muitos foram os responsáveis pela conquista dos objetivos propostos: em primeiro lugar, a própria Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que mesmo em um momento de crise econômica e de dificuldades orçamentárias mantém elogiável estrutura de ensino voltada ao desenvolvimento humano e científico. Não é fácil colocar-se como referência nacional e internacional com tamanhas restrições, formando pessoas e incentivando a produção acadêmica.

Em segundo lugar, não poderia deixar de agradecer ao professor Cesar Santolim pelas lições transmitidas em suas aulas e pela atenção dispensada à minha orientação. A atividade de orientar é fundamental à transmissão e à ampliação do conhecimento, tendo sido por ele realizada com excelência neste último biênio.

Por fim, cabe registrar a gratidão que tenho pelos meus familiares e pela Tássia – incentivadora maior do meu progresso acadêmico – que ajudaram a construir uma sólida base pessoal, tornando menos árduos os estudos e as pesquisas que resultaram na produção deste trabalho.

RESUMO

A presente dissertação examina as funções da responsabilidade civil no Brasil, ponderando sobre sua efetiva utilidade prática e sobre o alcance dos objetivos a que se propõe. Analisa as principais contribuições que a corrente da Análise Econômica do Direito pode apresentar à disciplina, encontrando em medidas de *general* e de *specific deterrence*, já existentes ou ao menos compatíveis com nosso sistema jurídico, alternativas viáveis à redução dos custos sociais.

O tema é analisado, inicialmente, a partir da doutrina jurídica tradicional, ponderando sobre os objetivos traçados para a responsabilidade civil no Brasil, objetivos que muitas vezes não são materializados na prática jurisprudencial. Em seguida, a abordagem é feita sob o viés da Análise Econômica do Direito, escancarando as diferenças de pensamento entre as correntes de estudo, assim como as contribuições que esta visão pode dar àquela, sem que seja estritamente necessária qualquer alteração legislação nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Indenização. Análise Econômica do Direito. Custos Sociais. *General Deterrence*. *Specific Deterrence*. Nexo de Imputação. Nexo de Causalidade. Função Punitiva. Medidas Regulatórias.

ABSTRACT

The present Master Thesis analyzes the functions of Civil Responsibility in Brazil, considering its effective practical utility and the achievement of its main goals. This thesis evaluates the main contributions that Law and Economics can bring to Civil Responsibility, finding viable alternatives to reduce social costs through measures of general and specific deterrence that are compatible with Brazilian's Legal System.

The object of this Master Thesis is developed departing from the exam of traditional juridical doctrine's set of goals for Civil Responsibility in Brazil, which many times are not accomplished in jurisprudence. Subsequently, the approach is made under the light of Law and Economics, presenting the core differences between both study lines, as well as the contributions that Law and Economics is able to bring to the traditional juridical doctrine without the necessity of modifying the current legislation.

KEY-WORDS: Civil Responsibility. Indemnity. Law and Economics. Social Costs. General Deterrence. Specific Deterrence. Liability Link. Causal Link. Punitive Function. Regulatory Measures.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	AS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO DE ACORDO COM A DOCTRINA JURÍDICA TRADICIONAL	11
	2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL	11
	2.2 FUNÇÕES ATRIBUÍDAS PELA DOCTRINA	13
	2.2.1 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E O ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL.....	14
	2.2.1.1 Funções desempenhadas pelo princípio da reparação integral	17
	2.2.1.1.1 Função compensatória.....	17
	2.2.1.1.2 Função indenitória.....	19
	2.2.1.1.3 Função concretizadora	21
	2.2.2 OUTRAS FUNÇÕES ATRIBUÍDAS PELA DOCTRINA JURÍDICA TRADICIONAL À INDENIZAÇÃO	23
	2.2.2.1 Prevenção e dissuasão	25
	2.2.2.2 Funções punitiva e pedagógica: a forma de aplicação atual	27
	2.3 CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE AS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO TRAÇADAS PELA DOCTRINA JURÍDICA TRADICIONAL.....	30
3	FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	33
	3.1 CARACTERIZAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	33
	3.1.1 BREVE APANHADO HISTÓRICO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	36
	3.1.1.1 Behavioral Law and Economics: um novo paradigma?.....	40
	3.1.1.2 Resistência à aplicação da AED fora do âmbito dos Estados Unidos.....	44
	3.1.2 CONCEITOS APLICÁVEIS E SUA IMPORTÂNCIA PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	47
	3.1.3 A POSIÇÃO ATUAL DA CORRENTE DE ESTUDOS NO DIREITO BRASILEIRO	56
	3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE DANOS: REDUÇÃO DOS CUSTOS SOCIAIS	58
	3.2.1 PREVENÇÃO E REPARAÇÃO: OBJETIVOS PARALELOS DO MESMO INSTITUTO.....	58
	3.2.2 PREVENÇÃO: UM DOS FOCOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE DANOS	62
	3.2.2.1 O nexo de causalidade	64
	3.2.2.2 O nexo de imputação	67
	3.2.2.3 O dano	70
	3.2.3 FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO: ORIGENS E OBJETIVOS	72
	3.2.3.1 Origem e desenvolvimento dos punitive damages: a experiência inglesa	73
	3.2.3.2 Valorização da punição: o direito norte-americano	76
	3.2.3.3 Fixação de critérios e limitação da aplicabilidade do instituto	79

3.2.3.4	Aplicação dos punitive damages no Brasil. Ponderações econômicas	80
3.2.4	A PULVERIZAÇÃO DE DEMANDAS E INCREMENTO DOS CUSTOS SOCIAIS (EM ESPECIAL CUSTOS TERCIÁRIOS)	83
3.3	CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE AS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO DO.....	87
	PONTO DE VISTA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	87
4	ALTERNATIVAS PARA REDUÇÃO DOS CUSTOS SOCIAIS	90
4.1	<i>GENERAL DETERRENCE</i> : FUNÇÕES PREVENTIVAS ALINHADAS À AED	90
4.1.1	ALINHAMENTO DAS FUNÇÕES PARALELAS DA INDENIZAÇÃO À ABORDAGEM ECONÔMICA	90
4.1.1.1	Nexo de Imputação: dificuldades para modificação das regras existentes	91
4.1.1.2	Nexo Causal: adoção do critério do cheapest cost avoider	93
4.1.2	APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL, NOS MOLDES DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> ..	96
4.2	<i>SPECIFIC DETERRENCE</i>	99
4.2.1	MEDIDAS REGULATÓRIAS E RESTRIÇÕES DE ATIVIDADES	99
4.2.2	SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEI 8.078/90	103
5	CONCLUSÕES	106

1 INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade civil, assim como de qualquer disciplina jurídica, pode ser realizado sob várias perspectivas, tais como a normativa, a jurisprudencial, a dogmática, a histórica e, no que interessa à presente dissertação, a econômica. É certo que cada ponto de partida tem o potencial de conduzir a pesquisa a determinado ponto de chegada, o que não significa, por si só, que se deva eleger uma única alternativa aplicável a toda e qualquer situação.

Pelo contrário: é conveniente que se extraia de cada ponto de vista as melhores posições que possa proporcionar, desde que, evidentemente, dotadas de sólida base teórica e de utilidade prática. Tal pensamento não é inovador, mesmo porque os institutos jurídicos, de maneira geral, são maleáveis por conta das mudanças socioeconômicas de cada tempo e de cada cultura, como já advertira Roppo (2009), ao tratar da disciplina dos contratos, no sentido de que as disciplinas jurídicas estão sujeitas ao *princípio da relatividade histórica*, a exigir adaptações aos contextos, anseios e problemas de cada sociedade.

Não obstante, em termos de responsabilidade civil, o que se vê no Brasil é a preponderância da dogmática jurídica tradicional, em contraponto a outras correntes de estudo – como a AED – que em muito podem contribuir para o aperfeiçoamento da disciplina. Esta realidade possivelmente decorra das origens históricas do direito privado brasileiro, marcado por fortes influências das doutrinas provenientes da França¹, da Itália² e, mais recentemente, da Argentina³.

Disso resulta que, no tocante ao chamado direito dos danos, prepondera a preocupação dos estudiosos com a reparação dos danos causados (primários e secundários), ou, em outras palavras, com a função reparadora da indenização.

¹ Nesse sentido, possível fazer menção ao advento do Código Civil de 1916, que foi bastante influenciado pelo Código Civil Francês de 1804 e, por conseguinte, pelas lições de Robert Joseph Pothier (POTHIER, Roberto Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Buenos Aires: Atalaya, 1947).

² Sobre a influência italiana no direito civil brasileiro, necessário citar, ilustrativamente, o desenvolvimento da noção de autonomia privada desenvolvido e aperfeiçoado por Emílio Betti, que constitui um dos pilares do Código Civil Brasileiro de 2002. Para maiores referências sobre o tema: BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico – Tomo I**. Campinas: LNZ, 2003.

³ Importante registrar as disposições insertas Código Civil Argentino, especialmente quanto às funções da responsabilidade civil, âmbito em que se desenvolveu robusta teoria sobre a função preventiva da indenização, cabendo destaque para os estudos desenvolvidos por Ricardo Lorenzetti (1998) e Hugo Acciarri (2009 e 2014).

Trata-se, para a dogmática tradicional, da função principal exercida pela responsabilidade civil, ainda que a reparação dos danos possa ser alcançada por outros mecanismos, como é o caso do direito dos seguros, cujo custo social (danos terciários), em determinados casos, pode ser significativamente inferior ao originado do instituto jurídico em análise.

Em paralelo à função reparadora, a dogmática tradicional elege algumas funções que qualifica como secundárias, ou seja, acessórias à reparação. São corriqueiras na doutrina e na jurisprudência alusões à função punitivo-pedagógica da indenização, por meio da qual se objetiva a imposição de sanção aos causadores do dano, mesmo sem expressa previsão legal. A aplicação desta função, via de regra, se dá mediante a majoração do montante indenizatório fixado a título de danos extrapatrimoniais, com o que restaria o autor do dano penalizado e até mesmo “educado”. Seus resultados práticos, contudo, são questionáveis: a invocação de função punitiva, tal como feita atualmente no Brasil, tem se mostrado ineficiente ou meramente retórica, o que reclama uma reanálise de suas premissas e finalidades.

Ainda no que diz respeito às funções passíveis de serem desempenhadas pela responsabilidade civil, a doutrina tradicional alude, de forma tímida, à prevenção dos danos. Mesmo reconhecendo que a estipulação das regras de responsabilidade civil pode ostentar caráter preventivo, de modo geral entende que este não é um objetivo primordial da indenização, entendimento que é confrontado quando o estudo da responsabilidade civil é feito sob o enfoque da AED.

O problema a ser enfrentado sob o prisma econômico diz respeito à efetividade que a atribuição de distintas funções à indenização pode ter para a redução dos custos sociais. Como dito, no cenário jurídico nacional o foco parece estar sendo totalmente – ou ao menos prioritariamente – direcionado à função reparadora da indenização, sendo minimizada a importância das outras funções que possam auxiliar o aperfeiçoamento do instituto. Tal modelagem possivelmente contribui para o crescente grau de litigiosidade⁴, para o dispêndio excessivo de

⁴ Não se ignora a existência de outras variáveis que, conjuntamente, contribuem para a proliferação das demandas judiciais, tais como a ausência de um conceito concreto e prevalendo do que constitui dano moral, o elevado contingente de advogados atuando junto às cortes nacionais, a formação massificada de bacharéis em direito, a simplificação de alguns procedimentos judiciais e as relativamente baixas taxas cobradas para o ajuizamento de determinadas ações e a legislação extremamente flexível no que toca ao deferimento da assistência judiciária gratuita, o que constitui

recursos na administração dos sistemas de responsabilidade civil e para a aparente ampliação dos custos primários, secundários e terciários decorrentes dos danos.

Diante desse problema é que se desenvolve a presente dissertação, que pretende analisar as principais contribuições que a AED pode trazer à disciplina da responsabilidade civil no Brasil, notadamente no que tange às funções passíveis de serem desempenhadas pelo instituto.

Para tanto, o estudo será feito em três partes apartadas. Na primeira, será feita a análise do tema sob o viés da doutrina jurídica tradicional, quando será demonstrado que atualmente, no campo de responsabilidade civil, vêm sendo aproximados os conceitos de pena e de reparação, em descompasso com a evolução histórica do próprio instituto. Será abordada, ainda, a tendência de objetivação da responsabilidade e suas consequências práticas, atinentes, sobretudo, à ampliação dos custos sociais. Fixada a base teórica, será possível examinar o princípio da reparação integral, inspirador da regra contida no artigo 944 do CC/2002, e as funções atribuídas pela dogmática jurídica à indenização. Neste ponto, espera-se demonstrar as formas de aplicação da função punitivo-pedagógica da indenização assinaladas pela doutrina jurídica tradicional, bem como a minimização da importância da função preventiva que pode – e deve – ser desempenhada pelo direito de danos.

A segunda parte será dedicada ao estudo das funções desempenhadas pela responsabilidade civil sob a ótica econômica, o que será feito a partir de uma breve retrospectiva histórica dessa corrente de pensamento, dos conceitos nela desenvolvidos e de sua posição atual no direito brasileiro. Pontuadas as premissas básicas da AED e sua aplicabilidade direta ao direito de danos, será demonstrado que para fins de redução de custos sociais, a prevenção é um objetivo tão relevante quanto a reparação ou a punição, podendo ser alcançada mediante ajustes nas regras que estipulam os nexos de imputação e causalidade.

A terceira parte da dissertação, por fim, será dedicada às contribuições que a AED pode dar ao estudo da responsabilidade civil no Brasil, com vistas especialmente à redução dos custos sociais. Serão abordados neste tópico as

um verdadeiro incentivo para que litigantes utilizem-se do chamado risco moral (*moral hazard*), dado que passam a litigar sem qualquer risco de perda financeira.

alternativas atinentes à *general deterrence* e à *specific deterrence*, já existentes no ordenamento jurídico pátrio e que podem ser simplesmente aperfeiçoadas.

Desde logo, importante advertir que o estudo proposto não tem a pretensão de contrapor a doutrina jurídica tradicional. Em verdade, busca na AED soluções teóricas e práticas para problemas atuais do direito nacional, que podem ser alcançadas a partir de uma *alteração de foco* se comparado à dogmática aqui prevalente, que já vem sendo questionada desde meados do século passado em locais cujo espectro jurídico é maleável a lições de outras disciplinas.

2 AS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO DE ACORDO COM A DOUTRINA JURÍDICA TRADICIONAL

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

O direito privado brasileiro foi bastante influenciado pelas doutrinas francesa, italiana e alemã, que contribuíram respectivamente, dentre outros pontos, para a consolidação do Código Civil de 1916, para o desenvolvimento do conceito de autonomia privada e para a fixação dos conceitos de boa-fé e de base do negócio jurídico, sendo que mais recentemente as lições provenientes do direito argentino têm tido especial relevância para a discussão das funções da indenização.

No que toca especificamente à responsabilidade civil, marcantes foram os avanços feitos pelo *histórico* Código Francês de 1804 (*Code Napoléon*), cujo artigo 1382, reproduzido na vigente legislação civil, condensou a evolução histórica do instituto e positivou norma geral de fixação de responsabilidade subjetiva, reafirmando as diferenças entre os conceitos de pena e de reparação (PEREIRA, 1998, p. 5).

Em matéria de responsabilidade civil, pode-se dizer que o legislador pátrio seguiu a linha evolutiva do instituto, destacando que a indenização deve servir para reconduzir o lesado à situação anterior à ocorrência do dano. A inserção de uma cláusula geral de responsabilidade civil no ordenamento brasileiro ocorreu com a promulgação do Código Civil de 1916, consignando no artigo 159 que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violasse direito ou causasse prejuízo a outrem, ficaria obrigado a *reparar* o dano.

As previsões de responsabilidade civil subjetiva deram as respostas esperadas até o período compreendido entre o final do século XIX e as primeiras décadas do século XX, quando a sofisticação das relações sociais passou a exigir profundas alterações neste instituto. Tal necessidade ficou mais evidente no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, quando se vivenciou uma rápida aceleração da urbanização e da industrialização, com o agravamento dos riscos e a conseqüente ampliação quantitativa dos danos. Não se tratou de realidade existente somente no cenário brasileiro: de modo geral, nos países de matriz

romano-germânica colocou-se em xeque a concepção moderna de responsabilidade subjetiva, criando-se novas teorias acerca da matéria (AMARAL, 2003, p. 561), que possivelmente não comporte mais uma única teoria geral, sendo preciso que a especificidade do direito acompanhe, também nesta disciplina, a especialização dos ramos de atividade da humanidade.

De todo modo, com o advento do CC/2002 consolidou-se uma nova visão da responsabilidade civil, com a inserção de cláusulas gerais de responsabilidade objetiva (artigos 187, 927, § único, e 931) em paralelo à manutenção também de cláusula geral de responsabilidade subjetiva (artigos 186 e 927, *caput*). A previsão de regras gerais de responsabilidade objetiva, a propósito, transborda o âmbito do Código Civil, existindo previsões análogas em matérias que envolvem o direito do consumidor e o direito ambiental. Em outras palavras, mesmo que tenha sido mantida cláusula geral de responsabilidade subjetiva, abriram-se novas portas para a responsabilização objetiva dos causadores de danos, especialmente nos casos em que a atividade por ele normalmente desenvolvida implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, sendo adotados como fundamentos axiológicos os princípios da equidade e da justiça distributiva (GONÇALVES, 2007, p. 7).

Quanto à quantificação da reparação, o CC/2002, em seu artigo 944, positivou o princípio da reparação integral do dano (SANSEVERINO, 2010, p. 51), permitindo, como exceção, a redução da reparação quando for necessária para preservar a subsistência do incapaz e de sua família (artigo 928, § único) ou quando se verificar excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (artigo 944, § único)⁵. Do ponto de vista legal, portanto, não foi inserida pela legislação previsão de ampliação da verba indenizatória para punir o ofensor ou prevenir a ocorrência de danos; noções, contudo, que passaram a ser desenvolvidas pela doutrina jurídica nacional.

⁵ Em sentido contrário, cabe registrar as disposições contidas no artigo 53, II, da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), segundo o qual, para o arbitramento da indenização por dano moral, o juiz levará em conta, entre outros critérios, “a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação”.

2.2 FUNÇÕES ATRIBUÍDAS PELA DOUTRINA

De modo geral, a doutrina jurídica brasileira indica que a responsabilidade civil exerce funções reparatória (compensatória ou satisfativa), preventiva e punitiva, havendo variações quanto à nomenclatura ou, ainda, subdivisões que, via de regra, se encaixam na classificação ora adotada.

Com relação às funções reparatória, compensatória ou satisfativa, Fernando Noronha (2003, p. 437-438) esclarece que têm por objetivo “apagar o prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial), minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral puro) ou compensar pela ofensa à vida”, não importando a gravidade da culpa do lesante ou quaisquer outros fatores subjetivos. Trata-se, conforme o jurista, da função primordial ou fundamental atribuída ao instituto, cujas obrigações decorrentes seriam essencialmente estáticas, conferindo a manutenção da expectativa de prevenção da situação atual.

Essa função, ainda que indiretamente, traz a consequência de demarcar ou sinalizar o momento em que uma conduta danosa passa a não ser tolerada pelo ordenamento jurídico, estando apta, portanto, a ensejar pedido de reparação. Sobre o tema, são importantes os ensinamentos de Bruno Miragem (2013) que, ao tratar da figura do abuso de direito, indica a irradiação de eficácias negativas e positivas, sendo a primeira destinada à rejeição do dano causado pelo ordenamento jurídico, e a segunda, à sinalização dos limites subjetivos ao exercício de direito, com a demarcação de sua área de atuação.

No tocante às funções preventiva e punitiva, a doutrina jurídica tradicional, de forma geral, as relega a um segundo plano, mas reconhece que têm alcance similar às encontradas pela responsabilidade penal, podendo gerar efeitos de prevenção geral e especial: “obrigando o lesante a reparar o dano, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como sobretudo por quaisquer outros” (NORONHA, 2003, p. 441). Mesmo indiretamente, portanto, a responsabilidade civil serviria para punir o lesante e prevenir a ocorrência de danos análogos, mediante a sinalização do entendimento acerca da ilicitude do ato examinado.

Feitas essas breves observações, cabe fazer uma análise pormenorizada das funções ora indicadas, a fim de que se possa demonstrar e pontuar o verdadeiro alcance da responsabilidade civil de acordo com a doutrina tradicional.

2.2.1 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E O ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL

Em termos funcionais, o norte legislativo dado à responsabilidade civil no direito brasileiro é traçado pelo artigo 944 do Código Civil⁶, segundo o qual o valor da indenização deve ser a extensão do dano sofrido. Citado artigo não faz qualquer distinção entre as espécies de dano ou o grau de culpa do agente, o que permite sustentar que o legislador brasileiro positivou o princípio da reparação integral como guia para a fixação de verbas indenizatórias.

Como fundamento axiológico, o princípio encontra foco no conceito de justiça (*dikaio syne*), defendido por Aristóteles (2004), mais especificamente na noção de *justiça particular corretiva*, que tem por finalidade a correção das relações interpessoais, sejam elas voluntárias ou não. Esta espécie de justiça, para o filósofo grego, seria realizada através de uma espécie de relação aritmética, com objetivo de reconduzir as partes às condições anteriores ao relacionamento havido entre elas. Sob esta perspectiva, para que se estabeleça uma igualdade quebrada, seria irrelevante analisar a índole das pessoas envolvidas, o grau de reprovabilidade da conduta ou outros fatores de ordem subjetiva, bastando a averificação das situações anterior e posterior ao evento que causou a desigualdade, com o que se apuraria o montante devido a título de reparação ou compensação⁷.

⁶ Baseado na vedação ao enriquecimento sem causa e no conceito de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles, surgiram limitações ao dever de indenizar ao mero ressarcimento do prejuízo efetivamente sofrido, noção acolhida pelo artigo 944 do Código Civil. Ver: MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva** – Punitive Damages e o Direito Brasileiro. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Brasília, nº 28, 2005, p. 18.

⁷ “Com efeito, é indiferente que um homem bom tenha lesado um homem mau, ou o contrário, e nem se é um homem com ou mau que comete adultério; a lei considera apenas o caráter distintivo do delito e trata as partes como iguais, perguntando apenas se uma comete a outra sobre injustiça, se uma é autora e a outra é a vítima do delito. Sendo, então, esta de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta restabelecer a igualdade” (ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 110).

Considerando o teor da regra geral que regula a disciplina (artigo 944), resta claro que a legislação nacional foi concebida a partir do princípio da reparação integral, não havendo a externalização de preocupações com o resultado econômico dessa previsão. As únicas hipóteses legalmente previstas para alterar o critério de fixação do montante indenizatório, em verdade, seriam aquelas que admitem sua redução equitativa, caso em que efetivamente seria necessário analisar o grau de culpa do ofensor, nos termos dos artigos 928 e 944, § único, do Código Civil.

O fato é que a regra geral estabelecida pela legislação nacional indica que à indenização deve ser conferida função precipuamente reparatória. Mediante busca de equivalência entre prejuízo e o montante outorgado, busca-se colocar “o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso” (ARISTÓTELES, 2004, p. 48). Quando impossível a recomposição exata (reparação *in natura*), busca-se a maior aproximação possível para que, deste modo, evite que o lesado tenha seu patrimônio jurídico reduzido ou ampliado, recebendo ao menos uma reparação pelo dano sofrido (GHERSI, 2002, p. 23).

O exame da função reparatória da indenização não é novo na doutrina brasileira, sendo elucidativos os comentários feitos por Pontes de Miranda (1959) quando defendeu tese bastante semelhante ao princípio da reparação integral, repartindo-o em dois: o “princípio da indenizabilidade de todo o dano” e o “princípio da limitação da reparação ao dano sofrido”⁸. Para o jurista, deveria ser garantido ao lesado indenização não inferior nem superior ao dano sofrido, a fim de confiar-lhe a reparação integral de sua esfera jurídica, sendo impertinente analisar o grau de culpa do ofensor ou as causas que concorreram para a ocorrência do dano, fatores que passariam ao largo dos verdadeiros anseios do instituto jurídico.

⁸ Para Pontes de Miranda, “o que se há de indenizar é *todo* o dano. Por “todo o dano”, se não de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo o que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor. Não se distinguem, na determinação dos danos, graus de culpa, nem qualidades das causas que concorreram. Em todo caso, sistemas jurídicos conhecem indicações de máximo que atendem, no tocante à indenização do dano não patrimonial, à maior culpa dentre os ofensores. Ao princípio da *indenizabilidade de todo o dano*, junta-se o *princípio da limitação da reparação ao dano sofrido*. Se esse princípio não existisse, o ofendido estaria satisfeito com a indenização e, injustamente, enriquecido com o valor a mais. Ainda uma vez frisemos que não só o dano patrimonial é ressarcível. Não só se sofre com as ofensas ao patrimônio. Por outro lado, elementos patrimoniais podem ser tomados como simples meios de se obter aproximativa reparação dos danos inflingidos à pessoa, na ordem intelectual ou na ordem moral, ou em sua integridade física ou psíquica, ou em qualquer dimensão da personalidade humana. (PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado— tomo XXVI**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 43).

Importante ressaltar a menção ao “princípio da limitação da reparação ao dano sofrido”, que na lição de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010) vem denominada de função indenitária do princípio da reparação integral. Sendo a indenização limitada à reparação do abalo, veda-se qualquer forma de acréscimo patrimonial ao lesado em função do dano sofrido, servindo a indenização apenas para colocá-lo na situação em que se encontrava antes da ocorrência do fato danoso. Referido entendimento tem o alcance de afastar a inserção de funções paralelas à indenização, especialmente as funções punitiva e dissuasória.

No tocante às indenizações por danos patrimoniais, não se vislumbra maiores dificuldades teóricas para a aplicação das lições em comento. A questão da reparação integral ganha maior relevo, contudo, quando o dano analisado é de natureza extrapatrimonial, não estimável economicamente de pronto, o que termina por desafiar o aplicador do direito quanto a sua mensuração. Também para estes casos, em razão da inexistência de normas específicas que regulem a matéria, parece lógico sustentar que a regra prevista no direito brasileiro segue sendo aquela contida no artigo 944 do Código Civil, devendo o montante equivaler à quantia necessária à reparação do mal sofrido, o que, de acordo com Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2005), deve ser feito a partir de ponderações axiológicas, a fim de traduzi-lo para valores monetários, em montante que atenuie o mal suportado⁹.

⁹ Em que pese a vedação à reapreciação fática feita pela Súmula 7 do STJ, esta Corte Superior tem reiteradamente analisado a fixação de indenizações para casos de dano extrapatrimonial em virtude dos excessos cometidos pelos Tribunais Inferiores. É o que esclarece Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: “a atuação do STJ no controle das indenizações por dano extrapatrimonial tem como instrumento o postulado normativo da razoabilidade como equidade e como equivalência. Faz uso do postulado normativo da razoabilidade como equidade quando enfatiza quando enfatiza a necessidade de que a indenização por dano extrapatrimonial seja adequada às peculiaridades do caso individual, ou seja, quando enfatiza que seu arbitramento deve ser equitativo. Utiliza-se do postulado normativo da razoabilidade como equivalência, quando exige uma adequada proporção (proporcionalidade em sentido estrito) entre a medida adotada (indenização arbitrada) e os critérios utilizados (circunstâncias de fato), buscando fundamentar os valores arbitrados nas circunstâncias fáticas de cada caso”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral – Indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 311).

2.2.1.1 Funções desempenhadas pelo princípio da reparação integral

Assumindo como premissa que a indenização deve guardar equivalência com a totalidade do dano causado, mas não pode ultrapassá-lo, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010) enxerga no princípio da reparação integral o piso e o teto da verba indenizatória, entendimento que, ao menos em uma interpretação literal, está bem ajustado com o que dispõe o artigo 944 do Código Civil.

Mencionado princípio comportaria a existência de três funções, as quais, no cenário nacional, deveriam balizar a atividade jurisdicional. Em síntese, tem-se que a reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima (função compensatória), não podendo ultrapassar tal limite, sob pena de enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitária), devendo-se estabelecer equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real) (SANSEVERINO, 2010, p. 58). As funções compensatória, indenitária e concretizadora do prejuízo real estão em conformidade com as premissas traçadas por Pontes de Miranda (1959) no tocante a “como se mede a indenização”, de modo que, para ambos, o princípio informador do artigo 944 do Código Civil traça as molduras a serem respeitadas na fixação de indenizações.

2.2.1.1.1 Função compensatória

A função compensatória da indenização não gera maiores controvérsias: deve a indenização ser suficiente para compensar o mal suportado em toda a sua extensão, ainda que de forma aproximativa, quando a exata restituição do *status quo* não seja viável (SANSEVERINO, 2010, p. 98). Por incidência da função compensatória, fica delimitado o *piso mínimo* da reparação, que, no estágio atual da responsabilidade civil, equivale a todos os danos certos, atuais e subsistentes suportados pela vítima (MARTINS-COSTA, 2009).

Trata-se do que Pontes de Miranda (1959) convencionou chamar de “princípio da indenizabilidade de todo o dano”, segundo o qual deve a reparação abarcar a totalidade dos prejuízos ocasionados à esfera jurídica do lesado, e que podem ser ligados ao ofensor em razão das normas postas no ordenamento jurídico.

A função compensatória é descrita por Fernando Noronha (2003) sob a denominação de “função reparatória”¹⁰, sendo aquela que, para a doutrina jurídica tradicional, desempenharia papel preponderante em termos de responsabilidade civil, ainda que, do ponto de vista econômico, possivelmente esta não corresponda à melhor compreensão do instituto jurídico. De todo modo, para o jurista – e para a doutrina nacional majoritária – a finalidade preponderante da responsabilidade civil seria a reparação integral dos danos verificados, sejam de qual natureza forem ¹¹.

No Brasil, o reconhecimento legal da função compensatória vem expresso no *caput* do artigo 944 do Código Civil, segundo o qual, em regra, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Como já mencionado, citado dispositivo adotou o princípio da reparação integral como regra geral em nosso ordenamento, que admite como exceções os casos dos artigos 928, § único, e 944, § único, do Código Civil.

A primeira hipótese – necessidade da redução para preservar a subsistência do incapaz ou de sua família – fundamenta-se não apenas no princípio da equidade, mas, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal. Com base na ponderação destes dois princípios, a aplicação da regra exige a ocorrência de três fatores: a inimputabilidade do agente causador do dano por ser incapaz, a prática por este de um ato ilícito e a impossibilidade seu representante legal arcar com a obrigação por não ter meios suficientes ou por não estar legalmente obrigado a fazê-lo.

A exceção feita em razão da desproporção entre a culpa e o resultado do ato danoso foi redigida na forma de cláusula geral, de modo que sua incidência não

¹⁰ Para o autor, mesmo as palavras “reparatória” e “compensatória” sendo praticamente sinônimas na língua portuguesa, aquela apresenta significado mais amplo que esta, razão pela qual melhor adequar-se-ia ao instituto da responsabilidade civil (NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 438).

¹¹ Também na *common law*, a função compensatória (*compensatory rule*) é tida como a maior referência na quantificação do dano. Trata-se do norte que baliza a outorga de indenizações, podendo deixar de ser adotado somente quando aplicáveis os *punitive damages*, desenvolvidos naquela tradição jurídica (SANSEVERINO, *Op. Cit.*, p. 58).

abrange número taxativo de casos. Inspirada no direito comparado¹², tem como fundamento o princípio da equidade, um critério que visa à adequação da norma ao caso concreto, corrigindo-a quando excessivamente rigorosa. Tal mecanismo não anula nem diminui a importância do princípio da reparação integral no ordenamento jurídico brasileiro, sendo de grande valia à perseguição da justiça no caso concreto, já que a lei leva em consideração as hipóteses mais frequentes, embora não ignore outras situações (ARISTÓTELES, 2004, p. 125).

Sobre as exceções legais, Arnaldo Rizzardo (2009) destaca sua importância na medida em que viabiliza a distribuição de justiça em consonância com a gravidade da falta. Assevera que nem sempre os efeitos dos atos devem direcionar o montante da condenação, sob pena de pesadas e desproporcionais obrigações à parte causadora do dano por uma falta mínima.

De todo modo, parece evidente que o disposto no artigo 944, § único, do Código Civil somente pode ser invocado em situações excepcionais, na medida em que a atual concepção da responsabilidade civil aponta para uma maior proteção da vítima em relação ao ofensor¹³. Talvez por esta razão, a exceção feita à regra não tenha sido muito invocada em nossos tribunais, tendo preponderado a função compensatória do princípio da reparação integral.

2.2.1.1.2 Função indenitária

Se maiores controvérsias não giram em torno da função compensatória, o mesmo não se pode dizer a respeito da função indenitária. Seu reconhecimento, ao menos em uma primeira análise, implica na inaceitação da função punitiva da indenização, impedindo, por consequência, a majoração das verbas indenizatórias

¹² Encontram-se normas semelhantes ao artigo 944, § único, do Código Civil, no Código Federal Suíço das Obrigações (artigo 64, alínea 2), no Código Civil Português de 1966 (artigo 494), no Código Civil Argentino (artigo 1.069) e no Código Civil Holandês de 1992 (artigo 6:109). (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Op. Cit.*, p. 82).

¹³ Sobre esse ponto, vale destacar a tese de Maria Celina Bodin de Moraes, segundo a qual a disciplina da responsabilidade civil deve-se a muitas escolhas político-filosóficas, sendo certo que na atualidade tem-se preferido privilegiar a vítima em relação ao ofensor (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 21).

para fins de “educar” ou de dissuadir a prática de ilícitos (SANSEVERINO, 2010, p. 63).

Essa diretriz equivale ao que Pontes de Miranda (1959) chamou de “princípio da limitação da reparação ao dano sofrido”, que visa a impedir majoração no patrimônio do ofendido em razão dos prejuízos efetivamente suportados. A função indenitária, em outros termos, faz com que a indenização esteja limitada à extensão do dano sofrido, não sendo permitido ultrapassar tal patamar.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010, p. 59), sobre a função indenitária, destaca sua “grande importância não apenas teórica, mas também prática, pois estabelece que a extensão dos danos constitui o limite máximo da indenização”. Defende que, embora o sistema do Código Civil permita a redução da indenização em certos casos, “não autoriza que seu montante ultrapasse a extensão dos prejuízos, para evitar o seu enriquecimento sem causa”, senão quando por disposição de vontade das partes através de cláusula penal¹⁴. Sob esse ponto de vista, a função indenitária permite apenas uma aproximação entre o princípio da reparação integral, insculpido no artigo 944 do Código Civil, e a vedação ao enriquecimento sem causa, abordada no artigo 884 do mesmo diploma legal, não se confundindo o enriquecimento sem causa com a responsabilidade civil, mas apenas atuando sobre ele como “cláusula geral intrassistêmica”.

Tecnicamente, parece equivocada a alusão ao enriquecimento sem causa¹⁵, na medida em que a concessão de indenização superior ao valor do dano não preenche os requisitos exigidos pelo instituto positivado nos artigos 884 e seguintes do Código Civil. Note-se que a concessão de indenização em quantia superior a que seria devida pode até gerar enriquecimento de determinado sujeito às expensas de outro, mas não é possível afirmar que inexistam causa para tanto. Pelo contrário: quando uma decisão judicial reconhece o dever de indenizar e arbitra o montante indenizatório em quantia superior ao dano causado, esta pode até ser considerada

¹⁴ De acordo com o artigo 416 do Código Civil Brasileiro, para executar a cláusula penal, não necessita o credor demonstrar a ocorrência do prejuízo.

¹⁵ O enriquecimento sem causa deve ser entendido “como uma fonte autônoma de obrigações, figurando ao lado da responsabilidade civil (por culpa ou por risco) e das obrigações negociais (contratos e negócios unilaterais)”. (KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In TEPELINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar: 2005, p. 378).

injusta e violar o princípio da reparação integral, mas não pode ser encarada como desprovida de causa, a qual se materializa pela própria prestação jurisdicional¹⁶.

Referido entendimento, contudo, pode ser confrontado pela expansão do conceito de *enriquecimento sem causa*, que pode ser visto em duas outras dimensões além da dimensão-instituto (fonte de direito), quais sejam, a dimensão principiológica e a dimensão que se aproxima ao conceito de *enriquecimento ilícito*, como pontuam Cláudio Michelin Jr. (2006) e Giovanni Nanni (2004).

2.2.1.1.3 Função concretizadora

Além das funções compensatória e indenitória, o princípio da reparação integral também impõe o papel de concretizar o montante das indenizações. Atendendo à premissa de que o montante pago à vítima deve corresponder, na medida do possível, ao exato prejuízo sofrido, essa função impõe ao julgador o dever de auferir caso a caso a extensão do dano, trazendo maiores desafios práticos quando o tema é dano extrapatrimonial, nos quais é inevitável recorrer a parâmetros jurisprudenciais, evitando-se, assim, insegurança nas fixações (SANSEVERINO, 2010, p. 76).

Por incidência direta da função concretizadora, portanto, elevar-se-ia barreira quase intransponível para o acolhimento de propostas legislativas que visem a tabelar os valores das indenizações por danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, o Projeto de Lei do Senado nº 334/2008, cuja finalidade era reduzir as disparidades entre julgamentos de casos análogos, buscando maior segurança jurídica¹⁷, e as recentes reformas trabalhistas, que tabelaram a indenização por danos extrapatrimoniais, fixando o teto máximo de 50 (cinquenta) vezes o salário do trabalhador para esse tipo de indenização, nos termos do artigo 223-G, § 1º, da Lei 13.467/17, que alterou as regras da Consolidação das Leis Trabalhistas¹⁸.

¹⁶ Em sentido contrário, Orlando Gomes afirma que a existência de uma causa injusta equivaleria à inexistência de causa. (GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 251).

¹⁷ Disponível em www.legis.senado.gov.br/mate-pdf/13971.pdf. Acesso em 09/03/2017.

¹⁸ Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III - a possibilidade de superação física ou

Mesmo que a insegurança seja um problema a ser enfrentado pelos intérpretes do direito, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010, p. 76-77) destaca a dificuldade de se estabelecer métodos de avaliação de danos de modo abstrato, notadamente porque a quantificação exige personalização: “a vida é muito mais rica do que as fórmulas abstratas definidas pelo legislador”, pelo que “a liquidação dos danos ensejados por um ato ilícito exige dos operadores do direito, partindo dessas normas genéricas, a construção de regras mais concretas para a solução dos casos”.

Sobre esse ponto, cabe refletir acerca da conveniência ou necessidade de serem fixados padrões para a quantificação de danos extrapatrimoniais. Note-se que este tipo de reparação enseja a atribuição de correspondente monetário para bens intangíveis, sendo inevitável que se recorra a padrões pré-determinados para que não se autorize o completo arbítrio do julgador. Não tendo o legislador (em regra) tabelado os valores das indenizações, tal incumbência é delegada à jurisprudência, que se encarrega de estabelecer parâmetros, mesmo que dotados de maior flexibilidade por ocasião de sua aplicação.

Ainda que por conveniência prática – como ocorrido, por exemplo, no processo de reparação de familiares das vítimas do *World Trad Center*, quando foram estabelecidos parâmetros legais para a concessão de verbas indenizatórias – possa ser recomendável a taxação legal de verbas indenizatórias, no cenário jurídico brasileiro parece que esta padronização deva ser realizada pelas próprias cortes judiciais, mediante a fixação de orientações e paradigmas que, por um lado não afrontariam o princípio informador do artigo 944 do Código Civil, mas por outro trariam maior grau de previsibilidade e segurança aos jurisdicionados.

psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea; IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa. § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

2.2.2 OUTRAS FUNÇÕES ATRIBUÍDAS PELA DOUTRINA JURÍDICA TRADICIONAL À INDENIZAÇÃO

Do ponto de vista legislativo, como visto, é possível sustentar que a indenização exerça as funções do princípio da reparação integral: a compensatória, a indenitória e a concretizadora do prejuízo real. Sob este prisma, defende-se que o legislador não se dedicou a avançar, em termos de responsabilidade civil, para campos distintos da própria reparação dos prejuízos constatados, deixando para outras áreas do direito as funções de prevenir a ocorrência de danos e de punir o ofensor cuja conduta seja intensamente reprovável ou repetitiva.

Não obstante, cumpre destacar que dita classificação não esgota as funções atribuídas pela doutrina¹⁹ e pela jurisprudência ao instituto, podendo-se citar forte tendência à atribuição das funções de punir, de dissuadir e até mesmo de educar o causador de dano, mesmo que, como dito, não decorram diretamente da legislação em vigor²⁰.

O fato é que, paulatinamente, tem-se visto a invocação da “função punitiva” nas indenizações, principalmente quando o dano examinado é de natureza

¹⁹ Na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no ano e 2006, foi aprovado o enunciado 379, segundo o qual “O art. 944, *caput*, do Código Civil, não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”. Disponível em www.deleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf. Acesso em 08/03/2012.

²⁰ Em verdade, as propostas de fixação legal destes novos critérios foram rechaçadas pelo legislador, conforme veto feito ao artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor e o Substitutivo do Projeto de Lei nº 6.960/2002, que rejeitou a inclusão de um novo parágrafo ao artigo 944 do Código Civil. Pavia o vetado artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor: “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 - BNT, ou índice equivalente que venha a substituí-lo, na ação proposta por qualquer um dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável. Já o Projeto nº 9.690/2002, de autoria do deputado Ricardo Fiúza, objetivava a inserção de um novo parágrafo no artigo 944 do Código Civil com a seguinte redação: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Entretanto, o texto foi rejeitado pelo Substitutivo ao Projeto de Lei nº 6.960/2002, sob a seguinte justificativa: “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 ilícitos. Cria, também, um duplo critério de indenização. O critério para o cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão. Pela rejeição”. (MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004, p. 49).

extrapatrimonial. Deixando de lado os fundamentos e limitações do princípio da reparação integral, a ampliação das indenizações (ao menos a referência à ampliação) vem sendo fundamentada na premissa de que, além de reparar o mal sofrido, deve a verba concedida servir de punição ao ofensor e dissuadir a prática do ilícito, estando, portanto, respaldada em argumentos de ordem econômica, cuja verificação, *in concreto*, é questionável.

Sobre esse ponto, Eugênio Facchini Neto (2006, p. 184) pondera que a responsabilidade civil não deveria servir somente para reparar o prejuízo sofrido, mas também punir o ofensor e dissuadir a prática de condutas similares. Aponta que a indenização serve para “sinalizar a todos os cidadãos sobre quais condutas devem ser evitadas, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico”, conceito que teria grande aplicabilidade prática e seria mais abrangente que o do nosso Código Civil.

Sérgio Cavalieri Filho, por seu turno, refere:

indenização punitiva no dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de retribuição) (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 94).

Com isso, restaria autorizada a invocação da função punitiva quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável, quando o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou quando a conduta for reiterada, entendimento com viés nitidamente pragmático e que se alinha aos princípios do direito civil e do direito penal (CAVALIERI, 2008, p. 95).

Carlos Alberto Bittar (1999, p. 279) segue linha parecida: destaca que a reparação dos danos morais exerce função diversa da indenização outorgada em razão de danos patrimoniais, devendo a condenação “impingir sanção ao lesante, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem”. Este entendimento se apóia na premissa de que interessa ao direito e à sociedade que os relacionamentos entre os entes se mantenham dentro da legalidade, sendo a indenização um mecanismo de grande utilidade para o atingimento de tal finalidade, desde que fixada em valor expressivo, levando em conta critérios como a gravidade do dano, a situação (econômica e social) e o objetivo de sancionar o lesante.

Silvio de Salvo Venosa (2011, p. 340) não hesita ao afirmar que “o caráter punitivo não pode ser marginalizado”, devendo a fixação de reparação por dano moral exercer papel educativo, dissuasório e pedagógico, destacando que a inclusão de novas funções à responsabilidade civil dever-se-ia ao caráter “essencialmente mutante” do instituto, que estaria em constante adaptação aos novos anseios sociais.

Um pouco mais cauteloso é Fernando Noronha (2003, p. 440-441) ao lembrar que a punição é marca inerente da responsabilidade penal. Mesmo considerando que a função precípua da condenação não seja a punição, defende sua existência em caráter acessório, aplicável apenas quanto “a punição do responsável (através da imposição da obrigação de pagar uma quantia) constitua ainda uma forma de satisfação proporcionada aos lesados”. Em complemento, alude ainda à existência da função preventiva da indenização, muitas vezes associada à noção de punição, cujo fundamento residiria na possibilidade de desestímulo de repetição de condutas lesantes, ponderando que o juízo de dissuasão não deve gerar exagero nos valores de indenização.

Analisando-se as lições acima colacionadas, constata-se que a doutrina pátria vem adaptando o instituto da responsabilidade civil com finalidades puramente pragmáticas, mesmo que não se baseie em argumentos de ordem ética e filosófica, pouco ponderando – ou deixando de ponderar – sobre os conceitos básicos da AED, especialmente sobre as noções de escassez, de maximização racional, de equilíbrio, de incentivos e de eficiência, que serão tratados na Seção III desta dissertação.

2.2.2.1 Prevenção e dissuasão

A prevenção e a dissuasão são funções da indenização que caminham em paralelo à punição, podendo ser alcançadas pelo instituto da responsabilidade civil. Vale frisar: são objetivos desejáveis deste instituto, o que reclama a ampliação de seu escopo, para que o sistema não esteja preocupado somente com a reparação dos danos causados, mas também com a necessidade de evitar sua ocorrência e recorrência.

Sobre o tema, José de Aguiar Dias (2012, p. 97) é preciso ao referir que a noção de prevenção é inseparável dos atributos da responsabilidade civil, “porque representa o esforço do legislador no sentido de evitar, de prevenir a infração”. Não por outra razão, o autor adjetiva como “estranho” o fato de a doutrina tradicional não atribuir a merecida importância à prevenção, muitas vezes relegada como uma função meramente acessória, de diminuta relevância na responsabilidade civil.

Um pouco mais radical é o entendimento de G. Marton (1938), no sentido de que a prevenção seria o *primeiro princípio* não apenas da responsabilidade penal, mas também da responsabilidade civil. Para o jurista francês, punição, reparação e prevenção, apesar de serem conceitos materialmente distintos, servem à mesma finalidade, qual seja, à defesa da ordem jurídica e social. Partindo-se da premissa de que o fim almejado pelo sistema jurídico é a manutenção da ordem social, o ideal é que este esteja desenhado para minimizar ao máximo as chances de os danos serem perfectibilizados, restando neste caso apenas a indenização.

Fernando Noronha (2003, p. 441) não faz distinções entre as funções de prevenir e de dissuadir condutas danosas: “obrigando-se o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, não só pela mesma pessoa como, sobretudo, por quaisquer outras”. De acordo com sua tese, as funções de prevenção e de dissuasão seriam desempenhadas pelo chamado valor do desestímulo, que não buscaria propriamente alcançar um efeito educativo na sociedade, mas simplesmente coibir comportamentos danosos pelo exemplo.

Esses entendimentos evidentemente não estão imunes a críticas. Não se duvida que a punição, prevenção e dissuasão são funções ou objetivos que podem ser atingidos pela responsabilidade civil, sendo suficiente referir, ao menos por ora, que os objetivos dessas funções são mais desenvolvidos no âmbito da Análise Econômica do Direito se comparados à doutrina jurídica tradicional. Trata-se de ponto a ser enfrentado pela doutrina jurídica tradicional, sendo que os ensinamentos econômicos podem contribuir para o aperfeiçoamento da disciplina no Brasil.

2.2.2.2 Funções punitiva e pedagógica: a forma de aplicação atual

Nos tópicos antecedentes discorreu-se sobre a inserção de funções paralelas à reparação no âmbito da responsabilidade civil, dentre as quais se destacam as funções punitiva, pedagógica e dissuasória da indenização. Mesmo havendo divergência quanto à recepção destas funções pelo nosso ordenamento, sobretudo pelas limitações do artigo 944 do Código Civil, pode-se afirmar que a doutrina jurídica tradicional ao menos alude à sua existência, sendo mais ou menos uníssona quanto aos objetivos por elas perseguidos.

De modo geral, entende-se que a inserção de atributos punitivos no âmbito da responsabilidade civil faz com que a outorga de indenização sirva de exemplo não somente para o lesante, mas a todos que figurem – ainda que potencialmente – em condições semelhantes, culminando no desincentivo à prática de condutas lesivas e ilícitas. Se o conceito adotado pela doutrina jurídica tradicional parece lógico e adequado, sua efetividade tem se mostrado no mínimo questionável, o que, ao menos em primeira análise, decorre da forma com que tais funções vêm sendo invocadas pela jurisprudência.

O tema, como antecipado, será aprofundado nos capítulos subsequentes, dedicados especificamente à análise econômica da indenização, cabendo por ora apenas tecer breves considerações sobre a forma com que as funções punitivo-pedagógicas da indenização têm sido aplicadas. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, respeitadas as limitações cognitivas impostas pela Súmula 7 da Corte²¹, as decisões atinentes à quantificação da indenização e aos critérios de fixação destinam-se a parametrizar valores aplicados por tribunais de segunda instância, sendo efetivamente analisados nesta esfera casos cujos montantes outorgados se distanciem bastante do usual. Nestes julgados, são comuns menções genéricas às funções desempenhadas pela indenização, tal como ocorrido no julgamento do Recurso Especial nº 1440721/GO: “a indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para

²¹ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7, Publicada em 03/07/1990).

condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos”²².

Mesmo que haja referências às funções da indenização ou, em última análise, aos próprios critérios que balizam a fixação do *quantum* indenizatório, não é comum a existência de profundas digressões nas decisões sobre de que forma essas variáveis contribuem para o atingimento das finalidades em questão. No caso citado, que envolvia pedido reparação por danos extrapatrimoniais originados de falsos relatos de cunho racista publicados em um livro, os julgadores entenderam que a imposição do dever de indenizar no importe de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) seria adequada para o atingimento das funções citadas na ementa, não havendo, contudo, qualquer referência ou avaliação à forma com que a fixação desta quantia poderia contribuir para a punição dos ofensores ou servir de incentivos à prevenção em geral. Não foi sopesado, por exemplo, o impacto financeiro que a condenação teria sobre o patrimônio da parte demandada, tampouco qual seria o valor adequado para impedir que atitudes similares fossem tomadas tanto pela parte sucumbente quanto por outras pessoas que mesmo não integrando a lide estivessem em condições semelhantes.

Situação análoga também ocorreu, exemplificativamente, em julgamento de pretensão indenizatória individual decorrente de falhas na prestação de serviços de telefonia. Ao analisar o caso, o ministro relator entendeu que a reparação por danos deve estar atenta às funções compensatória e punitiva, devendo-se ter cuidado para não causar enriquecimento da parte lesada. Nestas condições, balizando-se pelos “montantes normalmente estabelecidos para casos dessa espécie”, determinou a redução do montante fixado pelo tribunal de origem, de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)²³.

A fundamentação adotada para a imposição do dever de indenizar e para a estipulação do valor indenizatório, uma vez mais, não foi pautada pelos objetivos perseguidos pela responsabilidade civil, não havendo referências, por exemplo, à capacidade econômica das partes, ao grau de reprovabilidade da conduta, à sua possível repetição massificada, ou aos parâmetros necessários para incentivar a

²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RESP 1440721/GO, Relatora: Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, Julgado em 11/10/2016.

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1241655/SC, Relator: Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, Julgado em 20/09/2016.

adoção de medidas preventivas que teriam o alcance de evitar o dano verificado. Em verdade, o critério utilizado foi bastante claro: o julgador pautou-se pelos parâmetros jurisprudenciais consolidados, critério que mais se relaciona com a estipulação do valor do dano em si, do que com a adoção de medidas preventivas ou dissuasórias de práticas danosas.

Fundamentações semelhantes são comuns na jurisprudência oriunda não apenas do Superior Tribunal de Justiça²⁴, mas também dos tribunais de segundo grau²⁵, cujo âmbito de cognição sabidamente é mais amplo e onde, portanto, seria possível uma análise mais detida das consequências perseguidas e efetivamente acarretadas pela indenização.

Nos casos pesquisados, foi possível verificar que também na esfera ordinária as referências à punição e à prevenção são feitas com viés mais retórico do que prático, sendo que a imensa maioria das decisões não apresenta sequer uma construção que indique a necessidade de concessão ou ampliação da indenização com finalidades de prevenir a ocorrência de danos e desestimular atos ilícitos. De igual modo, são comuns as referências à função punitiva aplicada em casos solvidos à luz da responsabilidade civil objetiva, em que não se perquire culpa ou se apura a existência de conduta repetitiva ou deliberada, o que também indica que as referências em questão não ultrapassam o campo das fundamentações das decisões judiciais para a esfera prática.

²⁴ Nesse sentido, exemplificativamente: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2016/0031713-7, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, Julgado em 16/06/2016; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0259309-9, Relator: Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 09/06/2015; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0202971-3, Relator: Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 23/09/2014.

²⁵ Nesse sentido, exemplificativamente: RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70075287250, Nona Câmara Cível, Relator: Desembargador Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 25/10/2017; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70073831232, Décima Terceira Câmara Cível, Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 28/09/2017; SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 2ª Câmara de Direito Privado, Relatora: Desembargadora Rosângela Telles, Julgado em 31/10/2017; SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0025726-16.2013.8.26.0003, 25ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargador Edgar Rosa, Julgado em 26/10/2017; PARANÁ, Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº 0038496-60.2016.8.16.0182, 2ª Turma Recursal Cível, Relatora: Juliane Velloso Stankevecz, Julgado em 27/10/2017.

2.3 CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE AS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO TRAÇADAS PELA DOCTRINA JURÍDICA TRADICIONAL

A evolução histórica da responsabilidade civil no âmbito da *civil law* e, por consequência, no âmbito do direito brasileiro, indicou uma separação entre os conceitos de punição e de reparação ao longo dos anos, realidade que é refletida no CC/2002, cujo artigo 944 é expresso: a indenização mede-se pela extensão do dano, não sendo relevantes para a sua fixação a perquirição de culpa, da gravidade ou mesmo da prática de ato deliberado ou repetitivo.

Com a sofisticação das relações sociais, nas últimas décadas verificou-se a tendência de objetivação da responsabilidade, sendo bastante recorrentes – e talvez até preponderantes do ponto de vista numérico – os casos julgados à luz de regras distintas da cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva (artigos 186 e 927 do CC/2002), o que indica com clareza a necessidade de especificação do direito dos danos, para que vítimas de condutas danosas não fiquem sem reparação. Ao fim e ao cabo, o sistema jurídico escolhe qual das partes deverá suportar o dano e internalizar suas conseqüências, sendo a objetivação da responsabilidade um claro sinal da eleição feita pelo legislador (MORAES, 2009).

Em diversas espécies de relação, portanto, não há dúvidas quanto à possibilidade de se imputar responsabilidade independentemente de culpa, havendo um novo movimento no sentido de tentar punir, educar, ou dissuadir práticas danosas, o que a doutrina e a jurisprudência têm feito mediante a invocação das funções da indenização que se colocam paralelamente à reparação.

Se do ponto de vista legislativo é clara a inexistência de menções a funções paralelas à indenização além da própria reparação do mal causado, mesma realidade não se verifica na doutrina e na jurisprudência: a responsabilidade civil deve projetar efeitos para além da mera indenização, servindo também de meio de punição, dissuasão e prevenção de atos danosos. Os limites e barreiras trazidos pelo princípio da reparação integral parecem ser superáveis, entretanto são questionáveis os resultados práticos que vêm sendo atingidos com a invocação das funções paralelas à indenização.

Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça são ilustrativos: no ano de 2016, dentre as ações cíveis destacaram-se uma vez mais as ações promovidas por consumidor e as ações indenizatórias em geral. Apenas nos juizados especiais cíveis, registrou-se a tramitação de 1.234.983 (um milhão duzentas e trinta e quatro mil novecentas e oitenta e três) ações promovidas contra fornecedores com pedido de reparação por danos morais, às quais se somam, ainda, outras 268.834 (duzentas e sessenta e oito mil oitocentas e trinta e quatro) ações do mesmo ramo do direito, com pedido de reparação exclusivamente por danos materiais, e 554.922 (quinhentas e cinquenta e quatro mil novecentas e vinte e duas) ações indenizatórias que não envolveram relações de consumo. Ou seja, apenas se consideradas as ações com pedido de reparação civil que tramitam nos juizados especiais cíveis, compunham o estoque judicial mais de 2.000.000 (duas milhões) de ações indenizatórias em 2016, números que abrem espaço a questionamentos quanto à suficiência do sistema de responsabilidade civil atual para o atingimento das funções de punição e de prevenção²⁶.

É evidente que essa realidade decorre de diversas causas, dentre elas os custos relativamente baixos para litigar, a estrutura deficitária do Poder Judiciário e a facilidade na obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, tanto em relação à sua previsão legislativa original (Lei 1.060/1950), quanto nas normas insertas no atual legislação processual (artigo 98 e seguintes do Código de Processo Civil), que acaba sendo um fator de incentivo para que litigantes utilizem o chamado risco moral (*moral hazard*), sem qualquer risco de perda financeira.

Na mesma linha, cumpre destacar a ausência de um critério definido, sério e adequado do que constitui dano extrapatrimonial, fator que inquestionavelmente é um grande propulsor do *boom* de ações de responsabilidade civil. Não raras vezes, vê-se na prática judiciária a concessão de indenizações por meros dissabores, realidade que incentiva o ajuizamento de ações e a resolução de questões rotineiras em âmbito individual, sendo relativamente fácil a obtenção de verba indenizatória por danos morais decorrentes de corriqueiras situações da vida em coletividade. Seria mais saudável para o sistema de responsabilidade civil – e para o Poder Judiciário de modo geral – que descumprimentos contratuais ou atos ilícitos

²⁶ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf> (Acesso em 05/11/2017).

repetitivos fossem resolvidos mediante a adoção de medidas coletivas, como defendido na última parte desta dissertação, ressalvadas as hipóteses em que haja efetiva violação aos direitos de personalidade.

Aparte dessas causas correlatas para a ampliação do espectro de ações indenizatórias, parece que o desenho do sistema de responsabilidade civil não tem se mostrado hábil a diminuir a ocorrência de danos, sendo insuficiente o modo com que têm sido invocadas as funções punitiva e preventiva da indenização. Se em momentos pretéritos o instituto se renovou para objetivar a responsabilidade, o que foi um grande avanço à disciplina, talvez seja chegada a hora de uma maior preocupação com os custos sociais acarretados ou desembocados no sistema de responsabilidade civil, sendo que, para tanto, importantíssimas lições podem ser extraídas da análise econômica do direito.

3 FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1 CARACTERIZAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Surgida em meio aos movimentos do realismo jurídico e do utilitarismo norte-americano, durante a segunda metade do século XX, a AED, também conhecida como Direito e Economia²⁷, é caracterizada pela rejeição à teoria jurídica pura, pela visão de que o direito não é autônomo às realidades sociais e, ainda, pela utilização de métodos e conceitos tirados de outras disciplinas além da jurídica, em especial as lições advindas da microeconomia, em reação às doutrinas jurídicas tradicionais (ALVAREZ, 2006).

O movimento teve como precursores Ronald Coase (1960), Guido Calabresi (1970) e Richard Posner (1973), expoentes do que se pode chamar de visão clássica da AED, cujas teorias introduzem no estudo jurídico noções microeconômicas, como, dentre outras, o autointeresse dos agentes na busca da maximização de suas riquezas, a racionalidade e a eficiência, pontuando que as relações interpessoais ocorrem num cenário que apresenta limitações de recursos.

As teses da AED foram rapidamente recebidas nos Estados Unidos, onde se desenvolveu uma teoria científica objetivando prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento dos agentes ou, em outras palavras, fornecendo “uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis” (COOTER; ULEN, 2010, p. 25).

É nessa linha que Alejandro Buggalo Alvarez desenvolve seu estudo, pontuando que a AED parte da premissa de que o direito influencia o agir de duas formas distintas:

²⁷ Sobre a denominação da disciplina, Bruno Salama esclarece: “A expressão ‘Direito e Economia’ é, portanto, a tradução a tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, *Law and Economics*. Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão *Recht und Ökonomik*) e na Itália (*Dirito ed Economia*). Na Espanha, e também na América hispânica, em geral utiliza-se *Análisis Económico del Derecho*, o que se deu, talvez, por influência da popular obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*. Da mesma forma, em Portugal, adotou-se *Análise Económica do Direito*. Na França, utiliza-se também a expressão ‘Direito e Economia’ (*Economie du Droit*)”. (SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e Economia – Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12).

pela primeira, fixa preços para determinadas condutas, porquanto responsabilidade e obrigação são o preço de conduzir-se de determinada forma e, pela segunda, fixa o direito na medida em que sanciona determinadas estruturas de direitos, o que tem influência na eficiente alocação de recursos na sociedade (ALVAREZ, 2006, p. 56).

Por maior apego que se tenha às doutrinas tradicionais, não parece correto ignorar a influência econômica sob o comportamento dos agentes, que indubitavelmente balizam suas condutas de acordo com as regras postas pelo sistema jurídico.

Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 25), expoentes norte-americanos na disciplina, não se distanciam desse pensamento. Para eles, a AED proporciona “uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento”, que passam a ser comparadas a preços. A aceitação deste pensamento, como dito, não exige o abandono de outras bases teóricas, tratando-se, em verdade, de uma alteração na forma de encarar o direito em suas mais variadas áreas, com vistas ao alinhamento de incentivos para que a ação autointeressada, aparentemente inevitável, reduza os custos sociais.

Pedro Mercado Pacheco parte de similares premissas ao defender que:

a análise econômica do direito é um movimento contemporâneo que combina as ciências econômica e jurídica numa tentativa de estudo interdisciplinar, tendo como característica comum, sem distinguir tendências e escolas, a aplicação da teoria microeconômica neoclássica do bem-estar para analisar e reformular tanto das instituições particulares como do sistema jurídico em seu conjunto (PACHECO, 1994, p. 181 *apud* ALVAREZ, 2006, p. 56)

Semelhante é o entendimento de Vincenzo Roppo (2001, p. 72), para quem *“l’analisi econômica del diritto è un metodo di valutazione e interpretazione delle regole giuridiche, fondato su critério dell’efficienza, intesa como allocazione ótima delle risorse”*. E complementa: *“Il metodo impiega sofisticate categoria dell’analisi microeconomica. È nato e si è sviluppato negli Stati Uniti, ma negli ultimi decenni del XX secolo ha trovato cultori anche in Europa”*²⁸.

²⁸ “A análise econômica do direito é um método de avaliação e interpretação de normas legais, baseado em uma crítica de eficiência, entendida como a melhor alocação de recursos”. (...) “O

Ivo Gico Jr. conceitua a AED como:

a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como a lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico (GICO JR., 2014, p. 14).

Thaís Gouveia Pascoaloto Venturini (2014, p. 142) não se afasta desses entendimentos: aponta que a AED é um “instrumental teórico apto a contribuir para a melhor compreensão e aprimoramento do Direito, compreendido como ciência política tridimensional”, no que alude diretamente à categorização de Miguel Reale (2001), no sentido de que Direito deve ser compreendido como a integração dos elementos *fato* (dimensão fática), *valor* (dimensão axiológica) e *norma* (dimensão jurídica, técnica ou formal), sendo que a AED se dedica às dimensões fática e jurídico-normativa.

Aos conceitos trazidos poder-se-ia somar outros tantos que, em linhas gerais, mencionam a disciplina como sendo ferramental teórico que leva em consideração a necessidade de alinhamento de incentivos ao agir humano, buscando, ao final, a redução dos custos sociais. Não se trata de uma revolução conceitual, mas sem dúvida de uma alteração de foco em relação às doutrinas jurídicas tradicionais, às quais pretende agregar novas respostas, tornando-as mais próximas da realidade social. Assumir que os agentes se comportam de maneira a satisfazer seus interesses, avaliando as normas jurídicas que possam incidir sobre sua conduta, nada mais é do que abrir os olhos para uma realidade posta e inafastável, cuja aceitação pode facilitar o atingimento dos anseios gerais do direito, sobretudo com a redução dos custos sociais.

método emprega sofisticada categoria de análise microeconômica. Ele nasceu e se desenvolveu nos Estados Unidos, mas nas últimas décadas do século XX encontrou também amantes na Europa. (tradução livre).

3.1.1 BREVE APANHADO HISTÓRICO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Como sinalizam Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2015, p. 8), “a ideia de recorrer a conceitos econômicos para compreender o direito não é nova” e remonta, pelo menos, às lições clássicas de Nicolau Maquiavel (1469-1527), de Thomas Hobbes (1588-1679) e de John Locke (1632-1704). Na formatação atual, de toda sorte, possível afirmar que a AED originou-se na Escola de Direito de Chicago, na segunda metade do século XX (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 8), tendo como precursores Ronald Coase (“*The Problem of Social Cost*”, 1960) e Richard Posner (“*Economic Analysis of Law*”, 1972).

O movimento está enraizado em duas correntes: a economia política e o realismo jurídico. A primeira tem como ícone o filósofo e economista Adam Smith (1723-1790), que se interessou pelo Direito em razão de sua relevância para o funcionamento do mercado; a segunda surge nas escolas americanas e escandinavas, “procurando entender as motivações dos diversos entes e indivíduos envolvidos na prestação jurisdicional e os fatores que de fato condicionam a formulação e a aplicação do Direito” (SALAMA, 2010, p. 13). Quanto ao realismo jurídico, Grant Gilmore (1977, p. 74) esclarece: “*the realism talked of economics and sociology not merely as allied disciplines but as disciplines which were in some sense part and parcel of the law*”²⁹.

Com efeito, sobre a evolução histórica da AED, Mackaay e Rousseau (2015) dividem-na em quatro momentos: o lançamento (1957-1972), a aceitação do paradigma (1972-1980), o debate sobre seus fundamentos (1980-1982), e a ampliação do movimento (a partir de 1982), que já havia se espalhado para fora dos Estados Unidos da América desde pelo menos 1975.

A primeira fase – lançamento – está intimamente ligada aos estudos advindos da Escola de Direito de Chicago, bem como a edição, a partir de 1958, da revista intitulada *Journal of Law and Economics*, um dos principais veículos de propagação científica dessa área de conhecimento.

²⁹ “O realismo jurídico considerava a economia e a sociologia não meramente como disciplinas aliadas, mas como disciplinas que, em certo sentido, eram parte integrante do direito” (tradução livre). GILMORE, Grant. **The Ages of American Law**. New Haven, Yale University Press, 1977.

Dois anos após a criação da revista, Ronald Coase publicou a célebre obra “*O problema dos custos sociais*” (1960), na qual aborda o efeito das externalidades e destaca a natureza recíproca do problema, que deve ser enfrentado mediante negociação privada desde que os custos de transação não impeçam tal atitude. Para Coase, o que deve ser evitado é a ocorrência do prejuízo mais grave, uma vez que através da negociação entre os envolvidos, aquele que obtiver maiores ganhos terminará por internalizar os prejuízos da outra parte.

Coase desenvolveu seu estudo a partir da análise dos prejuízos causados pela instalação de uma ferrovia nas cercanias de diversas propriedades, onde a passagem do trem provocava o lançamento de fagulhas sobre os citados imóveis, causando ou tendo o potencial de causar danos. Nesta situação, refere que a abordagem tradicional encararia a situação de forma unilateral, visualizando apenas os danos causados pela ferrovia aos proprietários dos imóveis localizados ao longo de seu percurso. Todavia, pontua que o problema tem natureza recíproca, pois impedir que danos sejam causados aos proprietários dos imóveis equivaleria a impedir a construção e a operação da ferrovia a quem, nestas condições, seria imposta de forma exclusiva a internalização dos danos³⁰.

Diante de um problema de natureza recíproca, Coase conclui ser desejável dar preferência às ações cujos ganhos esperados sejam maiores que os prejuízos esperados, pois na grande maioria dos casos a melhora na situação de determinada parte pode corresponder à piora de outra. Assim, projetados os resultados totais dos ganhos e perdas de uma determinada ação, é possível estabelecer sua viabilidade econômica e sua conveniência social³¹.

³⁰ “The traditional approach has tended to obscure the nature of the course that has to be made. The question is commonly thought of one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm to A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A”. (COASE, Ronald. Op. Cit., p. 2.). “A abordagem tradicional tende a obscurecer a escolha a ser feita. A questão é normalmente pensada como uma situação em que A inflige um prejuízo a B e na qual o que tem que ser decidido é: como devemos coibir a ação de A? Mas isto está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o prejuízo para B implicaria causar um prejuízo para A. Assim, a verdadeira questão a ser decidida é: A deveria ser autorizado a causar um prejuízo para B ou B deveria ser autorizado a causar um prejuízo a?” (COASE, Ronald. **O problema do custo social**, In Direito e Economia – Textos Escolhidos (org. Bruno Salama). São Paulo: Saraiva, 2010, p.60)

³¹ “It would clearly be desirable if the only actions performed were those in which what was gained was worth more than what was lost. But in choosing between social arrangements within the context of which individual decisions are made, we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others.

É evidente que, assim como toda e qualquer teoria, devem ser feitas algumas ressalvas às lições de Coase, sobretudo por sua inaplicabilidade a diversos casos de responsabilidade civil, rotineiramente levados aos tribunais, em que se mostra impensável discutir reciprocidades e se exige apenas a aplicação das regras ordinárias que impõem, ou não, responsabilidade ao indigitado ofensor. Não obstante, é também indiscutível a relevância da questão abordada pelo economista britânico, que traz à tona a problemática das externalidades e dos custos de transação, capazes de impedir soluções privadas nesses tipos de situação.

Nos anos que se seguiram à publicação de Ronald Coase, diversas obras foram editadas por um grupo de juristas e economistas, dentre os quais se destacam Armen Alchian (1914-2003), Harold Demsetz, Svetozar Pejovich, Henri Manne e Guido Calabresi, tendo o último se dedicado ao exame da responsabilidade civil extracontratual sob o viés de redução dos custos totais resultantes dos acidentes. Neste período, portanto, possível afirmar que houve a “descoberta de uma nova ferramenta, uma anarquia benigna” (MACKAY; ROUSSEAU, 2015, p. 10), que veio a ser definitivamente aceita pelo direito na década de 70 do século XX.

A fase da aceitação pelo Direito foi inaugurada em 1972 com a publicação de *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, obra que objetivou ser um “manual completo, que compreenda, de uma maneira geral, a análise econômica de uma ampla variedade de áreas do Direito” (ACCIARRI, 2014, p. 36). Referida publicação foi uma das mais influentes na década de 1970, sendo responsável pela propagação dos estudos de Direito e Economia nas melhores faculdades norte-americanas e influenciando até mesmo disciplinas clássicas, como a de bens (*property*), a de obrigações (*contracts*) e a de responsabilidade civil (*torts*) (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 11).

Furthermore, we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or of a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect. This, above all, is the change in approach which I am advocating”. (COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**, p. 44). “Seria claramente desejável que as únicas ações realizadas fossem aquelas nas quais o ganho gerado valesse mais do que a perda esperada. Contudo, ao escolher entre arranjos sociais em um contexto em que as decisões individuais são tomadas, temos que ter em mente que uma mudança no sistema existente, que levava à melhora em algumas decisões, pode muito bem levar à piora em outras. Além disso, necessário ponderar os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais (seja de trabalho ou de um departamento de governo), bem como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema. Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos atentar para o efeito total. Isto, acima de tudo, é a mudança de abordagem que estou defendendo”. (COASE, Ronald. **O problema do custo social**, p. 112).

Após uma década de intenso crescimento, a nova corrente de estudos passou a enfrentar, no início da década de 1980, as correntes jurídicas tradicionais no cenário norte-americano. Surgiram questionamentos atinentes principalmente à efetiva contribuição do movimento para o estudo do Direito, bem como quanto à primazia do valor eficácia sobre outros valores que constituem as bases de doutrinas tradicionais. Em outras palavras, passou-se a questionar se os objetivos da AED tinham valor *de per si* ou se seria necessário ao menos fixar, de antemão, alguns direitos fundamentais (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 13), questionamento que, salvo melhor juízo, ignora a *premissa* de que a AED não se preocupa com a dimensão axiológica do direito, constituindo apenas uma importante ferramenta.

Não é possível afirmar se houve vencedor no intenso debate acadêmico havido no início dos anos 1980. O que houve, com certeza, foi o fim da unanimidade sobre o paradigma da AED que marcou os anos 1970, havendo clara percepção de que não há valores que se sobreponham em todas as circunstâncias. Justamente por esta razão é que se colocam os ensinamentos de AED ao menos como uma importante ferramenta a auxiliar a compreensão e o desenvolvimento do Direito, que pode e deve ser utilizada quando a relação jurídica analisada assim recomendar.

O acalorado debate sobre os fundamentos da AED impulsionou, a partir de 1982, o surgimento de novas escolas dedicadas a debatê-los. Além da pioneira Escola de Chicago (corrente principal), passaram a surgir outras correntes, como a *Institutional Law and Economics*, que se atém às instituições do sistema econômico, a *New Institutional Law and Economics*, segundo a qual as instituições têm um papel fundamental para a determinação das estruturas econômicas, e a *Social Norms and Law and Economics*, associada especialmente a Robert Ellickson e a Eric Posner, que passa a incluir normas sociais nos modelos de estudos, a fim de tentar aproximá-los mais da realidade.

Nesse momento, muitos acreditavam que a excessiva fragmentação, oriunda da pluralidade dos pensamentos representados por cada escola, pudesse levar o movimento da AED ao desaparecimento. Contudo, o que se viu foi uma verdadeira expansão do modo de pensar, que adentrou ao século XXI com vigor e seguiu espalhando-se, inclusive, para fora do ambiente norte-americano (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 13).

3.1.1.1 Behavioral Law and Economics: um novo paradigma?

No primeiro decênio do século XXI, como forma de enfrentar boa parte dos questionamentos que recaíram e ainda recaem sobre a AED, sobretudo quanto à assunção de premissas artificiais, irrealis ou simplificadas (ACCIARRI, 2014, p. 175), começou a ganhar força a escola designada de *Behavioral Law and Economics*, baseada, como o próprio nome indica, na economia comportamental³².

Seguramente, parte dessas críticas é infundada e possivelmente decorra da má-compreensão dos anseios da corrente de estudo. Não obstante, no que tange à afirmada simplificação dos modelos e à impossibilidade de se assumir que o agir humano é perfeitamente racional, parece que, de fato, as escolas tradicionais possam incorrer em erros pela simplificação dos modelos adotados, erros que são enfrentados pela vertente dedicada à análise comportamental.

Como bem esclarece Cesar Santolim:

o 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 (SANTOLIM, 2015, p. 409).

Ocorre que a premissa da racionalidade muitas vezes pode ser questionada, havendo indicativos que demonstram a adoção de condutas que, ao menos do ponto de vista econômico, não seriam as mais recomendáveis.

Em famoso debate acadêmico, Oren Bar-Gill e Richard A. Epstein (2007) avaliam, sob o prisma da análise comportamental, os erros cometidos no âmbito de relações de consumo, ponderando sobre a viabilidade do mercado de ajustar-se a referidos equívocos, sobre a possibilidade de os fornecedores utilizarem-se de percepções inadequadas dos consumidores e, ainda, sobre a capacidade dos consumidores de aprender com seus erros ou de terceiros.

³² No ano de 2017, o Premio Nobel de Economia foi concedido ao economista norte-americano Richard Thaler “por suas contribuições para a economia comportamental”, de acordo com a Academia Real Sueca, organizadora da premiação. (<https://g1.globo.com/economia/noticia/premio-nobel-de-economia-vai-para-criador-da-teoria-da-contabilidade-mental.ghtml>, acesso em 02/11/2017).

Referido debate assume que a racionalidade humana sofre limitações, o que por si só, contudo, não impede a realização de prognósticos. Pelo contrário: referidas limitações também podem ser previstas e avaliadas, sendo esse um dos principais objetos de análise da *Behavioral Law and Economics*, que busca aperfeiçoar os modelos existentes e torná-los mais realísticos, fazendo-o a partir da utilização de *insights* colhidos de outras áreas de ensino, tal como a psicologia.

Acerca do tema, Christine Jolls assim esclarece:

Given this rough sketch of “law and economics,” what then is “behavioral law and economics”? Behavioral law and economics involves both the development and the incorporation within law and economics of behavioral insights drawn from various fields of psychology. As has been widely recognized since the early work by Allais (1952) and Ellsberg (1961), some of the foundational assumptions of traditional economic analysis may reflect an unrealistic picture of human behavior. Not surprisingly, models based on these assumptions sometimes yield erroneous predictions. Behavioral law and economics attempts to improve the predictive power of law and economics by building in more realistic accounts of actors’ behavior (JOLLS, 2007, p. 02)³³.

A construção de descrições mais realísticas, como proposto, demanda a aceitação de que os agentes humanos possuem limitações de racionalidade (*bounded rationality*), de força de vontade (*bounded willpower*) e de autointeresse (*bounded self-interested*). Referidos desvios – ou viéses – podem acarretar visões mais pessimistas, otimistas ou simplesmente distorcidas por parte dos agentes e comprometer as predições feitas a partir de modelos e esquemas tradicionais, tornando-as mais realísticas (JOLLS, 2007).

Em suma, o ponto central de análise da *Behavioral Law and Economics* é justamente uma das principais críticas feitas quanto à aceitação da influência da AED sobre a doutrina jurídica tradicional: os agentes são de fato racionais e suas condutas podem ser previsíveis, ainda que tal exercício reclame a sofisticação dos

³³ “Feito esse esboço de *Law and Economics*, o que é, então, *Behavioral Law and Economics*? *Behavioral Law and Economics* envolve tanto o desenvolvimento quanto a incorporação dentro da *Law and Economics* de *insights* comportamentais desenvolvidos a partir de vários campos da psicologia. Como amplamente reconhecido desde os primeiros trabalhos de Allais (1952) e Ellsberg (1961), algumas das premissas de fundação da análise econômica tradicional podem refletir uma imagem não realista do comportamento humano. Não surpreendentemente, modelos baseados em tais premissas algumas vezes rendem predições errôneas. *Behavioral Law and Economics* tenta melhorar o poder preditivo da *Law and Economics* através da construção de descrições mais realistas para o comportamento dos agentes” (tradução livre).

modelos adotados e até mesmo a compreensão de que o agir de modo “não econômico” pode muitas vezes equivaler ao agir racional.

Christine Jolls, Cass R. Sustein e Richard H. Thaler (2000), sobre o tema, expõem a existência de uma diferença significativa entre o “*homo economicus*” – modelo de agente dotado de racionalidade e que busca a maximização de seus interesses – e as “*peessoas reais*”, realidade que constitui a verdadeira base de estudos da *Behavioral Law and Economics*:

The task of behavioral law and economics, simply stated, is to explore the implications of actual (not hypothesized) human behavior for the law. How do “real people” differ from homo economicus? We will describe the differences by stressing three important “bounds” on human behavior, bounds that draw into question the central ideas of utility maximization, stable preferences rational expectations, and optimal processing of information. People can be said to display bounded rationality, bounded willpower and bounded self-interest (JOLLS; SUSTEIN; THALER, 2000, p.14)³⁴.

Trata-se de importante constatação, a ser examinada com cautela pela AED, tanto no que toca à sua efetiva ocorrência, quanto no que se refere aos seus efeitos. A ideia de que as “peessoas reais” possam ser diferentes do modelo de agente adotado para fins de prognóstico tem o condão de colocar em colapso os estudos já desenvolvidos, dado que afetaria a própria base da AED.

O fato é que, conforme esclarecem Colin F. Camerer e George Loewenstein (2004), psicólogos da área cognitiva cada vez mais têm apontado a existência de “mecanismos heurísticos” utilizados pelos tomadores de decisões, a influenciar direta e significativamente nas escolhas realizadas. Estes mecanismos demonstram as limitações da teoria da escolha racional, acarretando em inadequações no ato de prever o futuro e até mesmo na implausibilidade dos prognósticos realizados, que se não forem sofisticados podem se tornar inutilizáveis (SANTOLIM, 2015, p. 411).

³⁴ “A tarefa da *Behavioral Law and Economics*, em suma, é explorar as implicações do atual (não hipotético) comportamento humano para a lei. Como “peessoas reais” diferem do *homo economicus*? Nós vamos descrever as diferenças enfatizando três importantes “limitações” do comportamento humano, limitações que trazem em questão as ideias centrais da maximização da utilidade, preferências estáveis, expectativas racionais e o processamento ótimo da informação. Pode ser dito que as pessoas demonstram racionalidade limitada, força de vontade limitada e auto-interesse limitado” (tradução livre).

O tema é estudado com profundidade por Cesar Santolim, que se baseia em recentes estudos sobre o agir humano para revelar a existência de “atalhos cognitivos que são utilizados pelos indivíduos para examinar situações onde a busca de informações mais completas demandaria custos muito elevados”. Sobre essas *heurísticas*, podem ser citadas a “ancoragem e o ajustamento”, a “disponibilidade” e a “representatividade”, vieses que modificam o agir puramente racional idealizado pelas escolas tradicionais da AED³⁵, mas não tornam imprevisíveis as condutas dos tomadores de decisão.

Ao que parece, no estágio atual já não é mais possível negar a existência dos citados mecanismos e de sua influência sobre o direito, sob pena de demasiada simplificação das análises e, por conseguinte, de equivocadas conclusões. É fato que a ocorrência dos referidos vieses coloca em xeque algumas das premissas utilizadas pela teoria da escolha racional, o que não pode mais ser ignorado pelo estudo jurídico ante à solidez dos estudos empíricos que demonstram as influências que os desvios de racionalidade e que os atalhos heurísticos têm sobre as escolhas e os julgamentos feitos pelo tomador de decisões. A questão que se põe, uma vez mais, é se a sofisticação da disciplina representa uma verdadeira quebra de paradigmas ou uma desejável sofisticação da matéria³⁶.

Apesar do debate existente, ainda é possível sustentar que não houve uma quebra de paradigmas, mesmo porque os métodos utilizados pela *Behavioral Law and Economics* são os mesmos daqueles adotados em outras áreas de AED

³⁵ “Entre essas ‘heurísticas’, os autores destacam a ‘ancoragem e ajustamento’ (em julgamentos sob incertezas, quando as pessoas devem realizar estimativas ou decidir sobre alguma quantia, elas tentam ajustar a sua resposta com base em algum valor inicial disponível, que servirá como âncora), a ‘disponibilidade’ (em algumas situações, a facilidade com que algum determinado fato é lembrado ou imaginado pelo indivíduo pode determinar uma hiper ou subestimação da probabilidade ou frequência desse evento ocorrer) e a ‘representatividade’ (é conferida alta probabilidade de ocorrência a um evento quando esse é típico ou representativo de um tipo de situação)”. SANTOLIM, Cesar. *Op. Cit.*, p. 413.

³⁶ A questão é posta, dentre outros, por Fernando Araújo: “*Ora foi precisamente a manifestação, ao nível ‘sistêmico’, de casos de racionalidade limitada que despertou a Ciência Econômica para a importância do problema, não apenas abrindo espaço para novos filões teóricos mas sobretudo reconhecendo pragmaticamente a necessidade de novas e peculiares ‘heurísticas’ susceptíveis de abarcarem essas áreas penumbrosas da conduta humana, superando a convicção herdada de que os sujeitos econômicos tendiam, nos valores médios dos grandes números, a cingir-se a funções de utilidade estáveis e transparentes, e a agirem consistentemente como maximizadores racionais e egoístas de suas preferências – e apresentando como sucessora a nova convicção ‘comportamentalista’ candidata a novo ‘paradigma científico’ (um candidata não isenta de suas próprias dificuldades, algumas das quais sugerimos já estarem associadas com os ‘excessos de sofisticação’)*”. (ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Almedina: Coimbra, 2007, p. 314).

(CAMERER; LOEWESTEIN, 2004, p. 7), sendo que as pesquisas envolvendo psicologia, realismo e economia apontam para um campo de utilidades empíricas que não se afasta totalmente da disciplina.

3.1.1.2 Resistência à aplicação da AED fora do âmbito dos Estados Unidos

Como visto no tópico acima, nos Estados Unidos houve grande debate e aceitação da AED, realidade que é diametralmente oposta em ambientes de distinta cultura jurídica, especialmente nos países que adotam matriz romano-germânica (*civil law*). Tal resistência decorre de muitos fatores, notadamente de questões culturais, da forma de ensino jurídico e do próprio apego às normas positivadas, que inevitavelmente exigem interpretação, num indicativo de que não há qualquer incompatibilidade – ao menos *a priori* – com a abordagem de natureza econômica.

Sobre esse ponto, Kristoffel Grechening e Martin Gelter (2008) fazem um aprofundado ensaio apontando diferenças entre o pensamento jurídico construído no âmbito das universidades norte-americanas, cujos currículos acadêmicos, em regra, prevêm disciplinas de análise econômica, e o pensamento jurídico eminentemente doutrinário existente na Alemanha. A partir do mencionado comparativo, chegam à conclusão de que influências do realismo jurídico e do utilitarismo, especialmente a partir das lições de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, foram fundamentais para que os norte-americanos conseguissem enraizar o utilitarismo e o consequencialismo em suas bases jurídicas, o que pode ser compatível também com modelos que adotam matriz romano-germânica, como a Alemanha e o Brasil. A propósito, é de se destacar a crescente influência da AED sobre o direito e a doutrina alemã, o que reforça a inexistência de incompatibilidade entre a corrente de pensamento e a estruturação dos sistemas jurídicos de *civil law*.

De toda sorte, Nuno Garoupa (2011) analisa o tema, ponderando sobre as questões de ordem cultural, linguística, filosófica e sociológica, muitas vezes citadas pela doutrina para justificar as dificuldades de expansão da AED para além das fronteiras de países como os Estados Unidos e Israel. Entretanto, vai além: atribui à razão mais ampla, denominada de “paroquialismo jurídico”, o óbice principal para a

adoção de fundamentos econômicos em países vinculados à doutrina jurídica tradicional, onde os estudiosos e operadores do direito, proposital ou não propositalmente, têm a tendência de limitar os interesses jurídicos à esfera local, puramente jurídica, ficando restritos à dogmática clássica.

Acerca do fenômeno do paroquialismo jurídico, o jurista compara a esfera de proteção exercida pelos juristas ao protecionismo característico das relações de mercado: a proteção do mercado local por juristas, ainda que não conscientemente, tem o objetivo de aumentar o retorno de seu capital humano, incluindo os efeitos de relacionamento que os juristas já estabelecidos detêm³⁷. Tal realidade, contudo, acarreta importantes efeitos negativos, sobretudo no que toca à perda de eficiência alocativa na utilização das normas jurídicas, ao subdesenvolvimento das inovações legais e à disseminação de custos sociais pela sociedade³⁸.

Semelhante realidade é visualizada no campo do Direito Internacional Privado, quando da aplicação de legislação estrangeira por cortes jurídicas nacionais. Não raramente se verifica dificuldades de compreensão da abordagem jurídica outorgada pelos órgãos julgadores estrangeiros, tendendo os aplicadores nacionais a se socorrerem de suas próprias bases de conhecimento, o que gera, ou ao menos tem o potencial de gerar, distorção do conteúdo material da decisão ou da ordem executada.

Ao que parece, a superação dos óbices trazidos pelo paroquialismo jurídico está ligada à necessidade de os órgãos judiciais abrirem suas portas para lições extrajurídicas, compreendendo realidades, conceitos e visões diversos daqueles que estão arraigados em ambientes estritamente jurídicos. Um importante caminho é a atenção aos efeitos diretos e indiretos das decisões judiciais, dentre eles os aspectos econômicos atinentes à produção ou à redução de custos sociais. Não basta apenas a importantíssima ampliação do debate acadêmico: é necessário

³⁷ "My theory is that legal parochialism operates like protectionism in trade. We can envisage a global market for legal innovations in scholarship. Each jurisdiction protects its own market from foreign competition. The protection of the local market is important for local producers (i.e. legal scholars). It increases their return on local human capital, including providing for important network effects. Therefore, they have an interest in avoiding foreign competition". (GAROUPA, Nuno. *Op. Cit.*, p. 1525).

³⁸ "Legal parochialism, in my view, is just a form of trade protectionism in the context of the market for legal ideas. The consequences of legal parochialism are the standard losses from trade protectionism less efficient allocation of resources in supply of legal norms, underdevelopment of new innovations, and significant opportunity costs disseminated across society". (GAROUPA, Nuno. *Op. Cit.*, p. 1525).

também que as Cortes e Tribunais, dentro de sua esfera de competência, estejam abertas às contribuições da AED³⁹.

Em um cenário de crescente judicialização das mais variadas questões, deveria ser intuitiva a preocupação com os resultados da atuação judicial, seja no que toca às consequências diretas da decisão, seja quanto aos efeitos sinalizadores que dela advém⁴⁰, pois os destinatários indiretos (agentes econômicos) consideram as posições dos órgãos julgados quando definem seu modo de agir.

Dentre os fatores de resistência à ampliação da aplicabilidade da AED no Brasil, pode-se se citar, ainda, o receio de mitigação das lições trazidas ao longo dos anos pelas doutrinas jurídicas tradicionais. Este receio, no mais das vezes, é infundado e decorre da pouca compreensão dos verdadeiros anseios daqueles que se dedicam ao estudo da disciplina. É evidente que as propostas trazidas pela AED podem, em algum grau, se chocar com a abordagem jurídica tradicional; é importante, contudo, que fique claro que seu objetivo não é o abandono das doutrinas jurídicas tradicionais, mas apenas a abertura de suas portas, na medida do possível, a lições de outras áreas de conhecimento, como a economia, a sociologia e psicologia, a fim de que faça uma abordagem mais próxima da realidade social.

É sob esse viés que, apesar de incipientes, as ponderações econômicas estão ganhando espaço no Brasil, sendo possível constatar sua influência, ainda tímida, na doutrina e na jurisprudência⁴¹. De toda sorte, parece claro que o avanço

³⁹ A percepção está alinhada com uma análise institucionalista do Direito, sendo importante que se passe a enxergar o Poder Judiciário como uma instituição econômica, cuja atuação deve estar pautada pelos resultados gerados, pela previsibilidade das decisões e pela eficiência na prestação de tutela jurisdicional. (PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e Economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto**. In Direito e Economia, TIMM, Luciano Benetti, (org.). São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 51-83).

⁴⁰ Referida preocupação é bastante presente na doutrina do processo civil, que pressupõe a superação do modelo puramente cognitivista para a compreensão do duplo discurso a que se presta a decisão judicial. (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 80-81)

⁴¹ Recentemente o Supremo Tribunal Federal apreciou matéria polêmica envolvendo a possibilidade de se afastar a tipicidade criminal em determinados casos de aborto utilizando argumentos afetos à Análise Econômica do Direito: “De um lado, já se demonstrou amplamente que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade. De outro lado, também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o

da disciplina depende da compreensão de que se trata de uma *importante ferramenta*⁴² a auxiliar o estudo e a aplicação do direito, que pode trazer relevantes contribuições às mais variadas áreas jurídicas e, mais particularmente, no que aqui interessa, à disciplina da responsabilidade civil⁴³. Dito de outro modo, a adoção de ferramentas oriundas da microeconomia neoclássica e a aceitação dos *insights* de importantes juristas dedicados à predição e à avaliação dos efeitos das normas jurídicas sobre o agir humano podem contribuir ao desenvolvimento do direito nacional, não sendo correto afirmar, *a priori*, que haja incompatibilidade da disciplina com nosso sistema jurídico.

3.1.2 CONCEITOS APLICÁVEIS E SUA IMPORTÂNCIA PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL

Como referido, a AED utiliza elementos da microeconomia para, de forma interdisciplinar, examinar e reformular instituições particulares ou o sistema jurídico de forma conjunta. Seu objetivo, ao menos *a priori*, não é superar as teorias dogmáticas do Direito, mas colocar-se como ferramenta de análise e de prognóstico

estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124306, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, Julgado em 29/11/2016).

⁴²A propósito, sobre o caráter instrumental das normas jurídicas, Richard Posner, consagrado jurista da escola inserido no âmbito da *New Institutional Law and Economics*, assim defende: “As normas jurídicas devem ser vistas como instrumentais. ‘Nos tempos atuais, poucas normas são consideradas tão consolidadas a ponto de não poderem ser chamadas a justificar-se existencialmente como meios adaptados a um fim’ (...). A concepção instrumental do direito rompe com a influente teoria aristotélica da justiça corretiva”. E complementa, fazendo alusão à importância do pragmatismo, movimento que esteve nas bases do realismo jurídico: “Ao abordarem uma questão que tenha sido colocada como interpretação de uma lei, os pragmatistas perguntarão qual das resoluções possíveis tem as melhores consequências, considerando-se tudo aquilo que é ou deveria ser do interesse dos juristas, incluindo-se a importância de preservar a linguagem como meio de comunicação eficaz e de preservar a separação dos poderes, através do acatamento, em linhas gerais, das decisões do legislativo relativamente ao interesse público”. (POSNER, Richard. A. **Para além do direito**. São Paulo, WMF Martins Fontes, tradução de Evandro Ferreira e Silva, 2009, p. 413 e 422-423).

⁴³ Em verdade, como adverte Rachel Sztajn são variados os campos de diálogo entre Direito e Economia, mesmo que tal relação, apesar de antiga, siga sendo marginal, sendo de rigor que em áreas como direitos de propriedade e dos contratos, responsabilidade civil, direito penal e regulação de mercados, passe-se a encarar o estudo a partir da ótica das “ciências sociais aplicadas”. (SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**, In *Direito & Economia*. ZYLBERSTAJN, Decio. STAJN, Rachel (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75-77).

de grande importância para o estudo jurídico, a qual pode (e deve) ser utilizada em determinadas situações.

Bruno Meyerhof Salama (2010, p. 21), sobre o tema, afirma que a AED “emprega principalmente modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da Economia, tais como os modelos microeconômicos marginalistas, a teoria dos custos de transação, a teoria do agente, a teoria da escolha pública e a teoria dos jogos”. Tem em cinco conceitos oriundos da microeconomia clássica suas bases teóricas, quais sejam: (a) escassez, (b) maximização racional, (c) equilíbrio, (d) incentivos e (e) eficiência (SALAMA, 2010, p. 21). Mencionados pressupostos são de singular importância para a compreensão da AED, sendo não menos importante para o estudo das contribuições que o ferramental teórico fornece especificamente à responsabilidade civil, influxos que serão abordados de forma mais detida na segunda parte desta seção.

Com efeito, o ponto de partida da AED é a noção de escassez, pois se os recursos não tivessem limitação de disponibilidade, talvez fosse desnecessária a preocupação com incentivos legais para provocar os agentes que, em regra, sempre agem de forma autointeressada. Ocorre que todos os recursos são limitados ou podem vir a sê-lo, sendo importante que o sistema jurídico os encare desta forma.

Recentes exemplos aclaram o quanto exposto. Nos últimos anos a região sudeste do Brasil vem passando por grave crise hídrica⁴⁴, realidade que obrigou as autoridades públicas a adotarem medidas capazes de incentivar a população a utilizar de forma mais racional este recurso. Trata de situação incomum na localidade, conhecida pela abundância de água, o que provavelmente contribuiu para a formação de uma cultura de uso ilimitado, entendimento que precisou ser combatido mediante descontos (premiação) e acréscimos (sanção) nas respectivas tarifas.

Situação similar também ocorre com a utilização de energia elétrica no Brasil, recurso que se tornou escasso em razão do exponencial aumento do consumo, de políticas públicas equivocadas atinentes à geração de energia, além da

⁴⁴<http://www.idec.org.br/em-acao/revista/bola-fora/materia/a-crise-da-agua> (acesso em 06/08/2016).

diminuição do volume de chuvas, tornando necessária a edição de regras pelo órgão regulador – as “bandeiras tarifárias” – para incentivar a economia pela população⁴⁵.

Quanto à responsabilidade civil, relevante destacar que os recursos para reparação dos danos e para a administração do sistema inquestionavelmente são escassos ou finitos, de modo que desenhar o instituto como forma de incentivar os agentes a evitar danos – prevenção – é um dos objetivos a serem perseguidos. Mesmo a administração do sistema de responsabilidade acarreta custos relevantes (custos terciários), fazendo com que recursos públicos, que evidentemente são limitados, tenham que ser retirados de outras demandas para financiar esse sistema.

Sobre a escassez dos recursos, Bruno Meyerhof Salama pontua:

A escassez é o ponto de partida da análise econômica. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem. Para ficarmos com a conceituação clássica de Lionel Robbins, a Economia é a “ciência que estuda o comportamento humano com uma relação entre fins e meios escassos, para os quais há usos alternativos”. A escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e incorrerem em tradeoffs. Os tradeoffs são, na verdade, “sacrifícios”: para se ter qualquer coisa, é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo. Esse algo que se abre mão é o chamado “custo de oportunidade”. Todas as escolhas têm custos de oportunidade (SALAMA, 2010, p. 22).

Assim como a própria existência dos recursos é limitada, sua aquisição também pode sofrer restrições por razões de ordem orçamentária ou temporal. De acordo com Ari Francisco de Araújo Jr. e Cláudio Djissei Shikida (2014, p. 35), “a restrição orçamentária é definida pelas combinações-limite de bens que podem ser potencialmente adquiridos pelos indivíduos, dados seus preços e suas rendas”, sendo possível afirmar, portanto, que mesmo havendo disponibilidade de bens ou recursos, seu acesso poderá ser obstado a determinados agentes.

As noções de escassez e de restrições individuais são até mesmo intuitivas, mesmo que por vezes não lhes seja dada a devida atenção pelo estudo jurídico. É fato que o exercício de direitos, assim como o uso dos recursos, traz consigo limitações e restrições, sendo igualmente evidente que tal realidade pauta a conduta dos agentes e deve ser observada pelo formulador de políticas públicas.

⁴⁵ http://www.aneel.gov.br/tarifas-consumidores/-/asset_publisher/e2INtBH4EC4e/content/bandeira-tarifaria/654800?inheritRedirect=false (acesso em 06/08/2016).

O segundo conceito-base adotado pela AED é o da *maximização racional*. Para Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p.36), os modelos de prognóstico “funcionam porque a maioria das pessoas são racionais, e a racionalidade exige a maximização”. Dito de outro modo, o agente racional é capaz de classificar suas alternativas conforme o grau de satisfação que a escolha lhe proporcionará, sempre considerando as limitações existentes e visando à obtenção do resultado mais benéfico possível.

De acordo com o conceito de maximização racional, os indivíduos fazem escolhas para atender aos seus interesses, sendo que, de modo geral, “todas as pessoas são maximizadoras racionais de bem-estar, e também que a maximização se dá em todas as atividades” (SALAMA, 2010, p. 22). E tal modo de agir, para a microeconomia, é possível porque os indivíduos conseguem ordenar suas preferências, viabilizando, assim, sua análise (ARAÚJO; SHIKIDA, 2014, p. 37). A noção é extremamente importante para a responsabilidade civil, pois os agentes utilizam-se de instrumentos jurídicos para obter os resultados pretendidos, utilizando-se dos instrumentos jurídicos (sanção, possibilidade ou impossibilidade de reparação) para satisfazer seus interesses.

Dúvidas não restam de que, mesmo de forma intuitiva, os agentes – possíveis vítimas e possíveis ofensores – calculam os resultados de suas ações com vistas a melhorar suas posições. Trata-se, portanto, de conceito básico à AED, que pode ser tido por uma regra geral de comportamento ainda que, como visto, seja indiscutível a existência de desvios heurísticos ou vieses a demonstrar a existência de limites à racionalidade dos agentes. Apontados desvios não decorrem apenas de restrições cognitivas, mas também dos próprios custos à obtenção de informações completas, tornando “racionais” escolhas que, do ponto de vista econômico, não sejam as mais adequadas^{46 47}.

O terceiro conceito fundamental da AED é o do *equilíbrio*, entendido como “o padrão de comportamento interativo que se atinge quando todos os autores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente” (SALAMA, 2010, p. 27). O ponto de equilíbrio é atingido quando os padrões de comportamento não sofrem alterações se não provocados por um elemento externo perturbador, a incentivar os

⁴⁶ Sobre a existência de desvios heurísticos no agir, consulte-se: SANTOLIM, Cesar. *Op. Cit.*

⁴⁷ No mesmo sentido: BAR-GILL, Oren. ESPTEIN, Richard. A. *Op. Cit.*

agentes a modificarem seu comportamento em direção a outro ponto de estabilidade, como bem pontuam Cooter e Ulen:

Há uma conexão vital entre a maximização e o equilíbrio na teoria microeconômica. Caracterizamos o comportamento de todo indivíduo ou grupo como maximizador de algo. O comportamento maximizador tende a impelir esses indivíduos e grupos rumo a um ponto de repouso, a um equilíbrio. Eles certamente não buscam o equilíbrio como resultado; em vez disso, simplesmente tentam maximizar aquilo que lhes interessa. Não obstante, a interação dos agentes maximizadores geralmente resulta num equilíbrio (COOTER; ULEN, 2010, p. 37).

Como se percebe, o equilíbrio não representa um fim perseguido pelos agentes, mas um ponto de estabilidade ao agir autointeressado. Alcançado um ponto de equilíbrio, os agentes precisam de incentivos externos, denominados fatores perturbadores, para alterar sua conduta e passar a perseguir novamente a maximização de seus interesses até que um novo alinhamento da interação com outros agentes possa ser encontrado. A percepção de que os agentes se acomodam em situações de equilíbrio é importante para o direito, na medida em que as regras jurídicas podem ou não incentivar a alteração dos padrões de comportamentos. A título de exemplo, possível mencionar as regras que regulam o chamado “regime simples de tributação”, que incentivam a atividade econômica de agentes de pequeno porte, mas eventualmente podem desencentivá-los a buscar a ampliação de receitas para evitar que seu negócio passe a ser tributado por um regime mais oneroso.

Para o estudo da responsabilidade civil, a noção de equilíbrio é relevante na medida em que um sistema bem estruturado deve alinhar incentivos para que esse ponto equivalha ao padrão ótimo de diligência a ser empregado pelos agentes. De acordo com Eugênio Battesini (2011), o sistema precisa incentivar que investimentos em precaução não sejam insatisfatórios (zona de negligência), o ampliaria a probabilidade de ocorrência de eventos danosos, nem tampouco excessivos (zona de diligência excessiva), o que representaria o desperdício de recursos.

As noções de escassez, maximização e equilíbrio se unificam em torno de um quarto conceito fundamental: a noção de *incentivos*. Entende-se que os agentes sempre reagem a incentivos de distintas ordens, tais como econômicos, jurídicos ou

sociais, realidade perceptível com facilidade no mercado de consumo, quando a baixa do preço de determinado produto atrai os consumidores.

O conceito de incentivo é relevante para as mais variadas áreas do direito, tais como direito penal (penas atuando como incentivos para a não-realização de delitos), direito contratual (regras jurídicas incentivando a formalização de certos tipos de contratos), direito ambiental (normas que impõem padrões de prevenção e mitigação de danos), responsabilidade civil (incentivos ou repressão de ações) e direito tributário (impostos, taxas e tarifas para a realização de certa atividade).

A importância dos incentivos para o estudo da responsabilidade civil é evidente, pois o sistema impõe ou não consequências para os atos praticados – dever de reparar o dano ou de sujeitar-se ao prejuízo – o que tem o potencial de fazer com que os agentes envolvidos, potenciais causadores de danos e vítimas, adotem determinadas condutas.

Sobre o assunto, Hugo Acciarri assim discorre:

Em primeiro lugar, as regras de responsabilidade operam como incentivos para que as pessoas façam ou deixem de fazer certas coisas. Pelo exposto, supõe-se que a condutas das pessoas pode reagir a estímulos positivos e negativos e que, portanto, se alguém pode prever que a realização de um ato ou atividade terá consequências mais nocivas que valiosas, não o executará, ou modificará suas ações, ao passo que tenderá a realizar tal ato ou atividade na condição inversa. Os sistemas de responsabilidade civil, neste sentido, impõem (ou não) consequências indesejáveis, seja por ter que lidar com compensação (o autor do dano) seja por ver-se impossibilitado de recebê-la, apesar de ter sofrido uma lesão (a vítima) (ACCIARRI, 2014, p. 37).

Trata-se de noção fundamental para a AED, dado que um de seus principais anseios é justamente examinar e prognosticar a influência das regras jurídicas sobre o comportamento dos agentes, o que é especialmente importante para o exame da responsabilidade civil, em que se busca influenciar a prevenção de danos como forma de redução de custos sociais.

A formulação de incentivos, contudo, não é tão simples como possa parecer, pois a criação de determinada regra pode gerar incentivos em direções opostas (SALAMA, 2010, p. 29). Transpondo o problema para o campo da responsabilidade civil, deve-se ponderar que medidas preventivas podem ser adotadas pelo potencial ofensor e pela possível vítima, a custos sociais distintos, sendo certo que a criação

de incentivos para um dos polos pode gerar, também, desincentivos para o outro. É o que ocorre com as regras de responsabilização objetiva, que privilegiam a responsabilização de uma das partes, fazendo com que medidas preventivas passíveis de adoção pela vítima acabem não sendo tomadas.

Em virtude dessa realidade é que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul alterou seu entendimento quanto aos danos sofridos por fumicultores durante o processo de secagem do fumo, por conta da paralisação das estufas destinadas a tal função em razão de quedas de energia. A realidade examinada é bastante recorrente no Estado, podendo ser prevista e mitigada pelos próprios fumicultores (vítimas do dano), mediante a instalação de geradores cujos custos de aquisição, manutenção e utilização são plenamente compatíveis com a produção de fumo *in natura*.

Diante desse cenário, o colegiado da 9ª Câmara Cível do Tribunal Estadual acompanhou por unanimidade o voto paradigmático proferido pelo Relator Eugênio Facchini Neto, no sentido de que a responsabilidade consistiria em uma “via de mão dupla”, pois, considerando a inevitabilidade da ocorrência de interrupções de energia elétrica em períodos curtos e o baixo custo imposto ao produtor com a aquisição de gerador *no break*, caberia à potencial vítima “mitigar o próprio prejuízo” (*duty to mitigate the loss*), não podendo limitar-se a aguardar a materialização do dano para então postular indenização em juízo⁴⁸.

⁴⁸ “APELAÇÃO CÍVEL. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SECAGEM DE FUMO. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. DEVER DO FUMICULTOR DE ADOTAR PROVIDÊNCIA PARA EVITAR O DANO. ESPECIFICIDADE DE SUA CULTURA AGRÍCOLA. NECESSIDADE DE INSTALAÇÃO DE GERADOR PRÓPRIO. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. “HAND FORMULA”. CHEAPEST COST AVOIDER. ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA ACOLHIDA APENAS EM PARTE. REPARTIÇÃO DOS RISCOS. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. 1. Contam-se aos milhares os processos judiciais ajuizados por fumicultores de nosso Estado, pretendendo a responsabilização civil das concessionárias de energia elétrica, em razão de perdas de produção do fumo devidas à interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem. Diante do aumento do número de processos judiciais e da elevação das pretensões indenizatórias, esta Câmara passou a entender ser razoável exigir-se dos fumicultores que estejam preparados para as inevitáveis e previsíveis intempéries climáticas anuais em nosso Estado, adquirindo geradores de energia que possam ser ativados em caso de interrupção da luz. 2. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. Constatando-se que os custos para instalação de um gerador não é elevado, ficando abaixo de boa parte das pretensões indenizatórias apresentadas, é razoável, econômica e juridicamente, exigir-se que os fumicultores adotem providências para evitar os danos. Como fundamento para tal exigência, invoca-se a doutrina do “*duty to mitigate the loss*”, que vem tendo boa acolhida doutrinária e jurisprudencial em nosso país, além de ser bastante conhecida no direito comparado, inclusive com consagração normativa internacional. À míngua de legislação específica, tal doutrina coaduna-se perfeitamente como uma das aplicações do princípio (ou cláusula geral) da boa-fé objetiva, dentro de uma visão cooperativa de relacionamento contratual e dentro da função de criação de deveres

No mesmo sentido, a noção de incentivos está na raiz da função punitiva da indenização, importada com distinções, do direito anglo-saxão, no qual se desenvolveram os *punitive damages*. Sendo possível punir por meio da reparação – no direito brasileiro com a majoração da indenização, no direito norte-americano com a concessão de verba apartada, destinada para a punição – parece lógico concluir que essa possibilidade equivale a um incentivo para que o potencial ofensor tome medidas aptas a evitar o dano, ainda que por vezes excessivas, o que pode não se coadunar com o intuito de redução dos custos sociais.

O quinto conceito básico fundamental da AED é o da *eficiência*, em realidade um objetivo perseguido por este ramo de estudo, sendo, muitas vezes,

instrumentais, laterais ou anexos, inerentes à boa-fé objetiva. 3. CHEAPEST COST AVOIDER. Caso se examine a questão sob a ótica da análise econômica do direito, pode-se invocar a doutrina do *cheapest cost avoider*. Esta doutrina defende a ideia de que um critério objetivo para minimizar perdas e evitar custos consiste em tentar identificar quem pode evitar o dano a um menor custo. No caso em tela, diante da inevitabilidade da ocorrência de interrupções de energia elétrica, mesmo que por curtos períodos, o cultivador de tabaco pode evitar os danos a um custo menor, com a aquisição de gerador *no-break*. 4. Igualmente é possível a invocação da conhecida “FÓRMULA DE HAND” (*Hand Formula*), segundo a qual pode-se identificar uma negligência quando o custo para se evitar o dano é inferior ao valor do potencial prejuízo, multiplicado pela probabilidade de que ele venha a ocorrer. No caso dos fumicultores, tal custo é relativamente reduzido (instalação de gerador *no-break*), comparando-se com a previsível ocorrência de prejuízos derivados mesmo de curta interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem. 5. ENCARGO DE EVITAR O PRÓPRIO DANO. Ao não adequar sua conduta de modo a evitar o próprio dano ou o seu agravamento, isto é, ao não observar o encargo de afastamento do dano ou minimização de sua extensão, a vítima pode perder, total ou parcialmente, o direito à indenização pelo respectivo dano que poderia ter evitado sofrer. Esse efeito pode ser extraído da análise dos arts. 402, 403 e 945 do CC. Doutrina a respeito. 6. A questão em tela não pode ser analisada exclusivamente do ponto de vista individual (justiça corretiva), já que ela necessariamente tem implicações sociais (justiça distributiva), pois o repasse dos custos dos danos do fumicultor individual para a concessionária de energia elétrica, num primeiro momento, acaba repercutindo sobre toda a sociedade, já que no regime capitalista todo e qualquer custo ou prejuízo transforma-se em preço ou tarifa. Consequentemente, cedo ou tarde, o valor das indenizações redundará em aumento da tarifa a ser paga por toda a sociedade. 7. Assim, resta esclarecido que não se trata de um posicionamento que desconsidera os interesses do consumidor específico (o fumicultor), pregando-se a volta do lamentável *caveat emptor*. Trata-se, isso sim, de um posicionamento que procura proteger os interesses da generalidade dos consumidores (todos os usuários de energia elétrica, que, ao fim e ao cabo, pagarão a conta), ao mesmo tempo em que procura demonstrar que, do ponto de vista da racionalidade econômica, é mais vantajoso para os próprios fumicultores evitarem os danos do que posteriormente demandarem para obter sua reparação. 8. O novo entendimento desta Câmara restringe-se às hipóteses em que os danos sofridos pelo demandante derivam da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante tempo inferior a 24 horas ininterruptas. Nessa hipótese, os prejuízos sofridos pelo fumicultor serão por ele suportados à razão de 2/3, imputando-se à concessionária de energia elétrica o restante 1/3. 9. Nas hipóteses de interrupção por período superior a 24h, a responsabilidade é integralmente da concessionária, ressalvadas as hipóteses de força maior e a orientação jurisprudencial da Câmara. 10. Caso concreto em que a interrupção do fornecimento de energia elétrica ocorreu por poucas horas, aplicando-se, portanto, o entendimento unificado firmado, no sentido de o autor ser indenizado na proporção de 1/3 dos danos comprovados. APELAÇÃO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDA E APELAÇÃO DO AUTOR DESPROVIDA”. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Nona Câmara Cível, Apelação Cível 70069954626, Relator: Des. Eugênio Facchini Neto, Julgado em 14/12/2016).

apontado como oposto ao senso de justiça. Este apontamento, entretanto, deve ser examinado com cautelas, ao passo que, como adverte Ivo Gico Jr. (2014, p. 27), “não há nada mais injusto que o desperdício”, o que a AED procura evitar.

Há vários conceitos de eficiência, dentre os quais um dos mais caros à teoria microeconômica é o que busca a maximização do bem-estar e a minimização dos custos sociais. Bruno Meyerhof Salama (2010, p. 30), sobre o ponto, defende que “um processo será considerado eficiente sempre que não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos”, entendimento este que se encontra centrado na relação entre *inputs* e *outputs*.

Especificamente para o estudo da AED são dois os mais conhecidos critérios de eficiência: eficiência de Pareto e eficiência de Kaldor-Hicks. Pelo primeiro critério, também designado de eficiência alocativa, tem-se por eficiente a situação em que é impossível sua alteração sem que haja melhora para pelo menos um dos agentes, sem que haja, ao mesmo tempo, prejuízo para outro agente (COOTER; ULEN, 2010, p. 38). Pelo segundo, chamado de eficiência por compensação, eficiente será a situação em que os beneficiados por situações de melhorias tenham condições de arcar com os prejuízos impostos aos prejudicados pela alteração, de modo que, devidamente ressarcidos os danos acarretados, haverá, ao final, incremento para um lado sem prejuízo para o outro (SALAMA, 2010, p. 31).

Como se percebe, o critério de Kaldor-Hicks busca superar as limitações impostas pela conceituação de eficiência paretiana, que não abrange situações de melhorias que imponham prejuízos a terceiros. Sendo os ganhos percebidos por um dos polos maiores que os malefícios sentidos pelo outro, o critério de Kaldor-Hicks, demonstra que a situação é eficiente, pois permite a obtenção de incrementos no resultado final e o ressarcimento dos danos havidos, como defendido por Ronald Coase em 1960.

Em síntese – e sem prejuízo de outros conceitos – essas são as noções mais importantes trazidas pela vertente clássica da AED, cujas lições são reproduzidas, em maior ou menor grau, por todas as escolas desse ramo de estudo e têm importância fundamental para a análise econômica da responsabilidade civil.

3.1.3 A POSIÇÃO ATUAL DA CORRENTE DE ESTUDOS NO DIREITO BRASILEIRO

A adoção dos fundamentos da AED encontra resistência em países marcados pela doutrina jurídica tradicional como o Brasil, cuja perspectiva dogmática ainda prepondera na academia e nos tribunais. Em que pese a crescente internacionalização da corrente de estudos, outrora vinculado exclusivamente (e ainda principalmente) a instituições de ensino e pesquisa norte-americanas⁴⁹, mas que já tem grande influência no Canadá⁵⁰, na Europa⁵¹, na Ásia e na Oceania⁵², são poucas as referências feitas pelos juristas brasileiros, realidade que deverá ser mitigada aos poucos.

⁴⁹ “Em realidade, nos Estados Unidos concentra-se a produção acadêmica e situam-se as principais instituições de ensino e pesquisa em direito e economia. Destacam-se, entre os principais periódicos: *The Journal of Law and Economics*, *The Journal of Legal Studies*, *The Journal of Law: Economics and Organizations*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, *Supreme Court Economic Review*, *International Review of Law and Economics* e *American Law and Economics Review*. As principais obras de referência em direito e economia são de autores norte-americanos, dentre os quais: *Economics of the Law* (1997), de Thomas Miceli; *Law and Economics* (1999), de Werner Hirsh; *Strategic Constitution* (2002), de Robert Cooter; *An Introduction to Law and Economics* (2003), de Mitchell Polinsky; *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), de Steven Shavel; *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond* (2006), de Nuucholas Mercurio e Steven Medema; *Economic Analysis of Law* (2007), de Richard Posner; *Handbook of Law and Economics* (2008), de Robert Cooter e Thomas Ulen; e *Law and Capitalism* (2008), de Curtis Mihaupt em conjunto com a autora alemã Katharina Pistor, destacando-se também a produção acadêmica de autores como Kennem Dam, Eric Posner, Paul Mahoney, Cass Sustein, Avery Katz, Robert Ekkikson, Marc e Lewis Kornhauser. As principais instituições de ensino e pesquisa estão nos Estados Unidos: *University of Chicago*, *George Mason University*, *University of California-Berkeley*, *Columbia University*, *University of Illinois*, *Harvard University* *Yale University* e *Stanford University*, destacando-se, também, a atuação da *American Association of Law and Economics*”. (BATTESINI, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 84-85).

⁵⁰ “No Canadá, vasta é a produção acadêmica de autores como Michel Trebilcock e Ejan Mackaay, autor da obra de referência *Analyse Économique Du Droit* (2008), destacando-se como centro de pesquisa a *University of Toronto*, bem como a *Canadian Law and Economics Association*”. (BATTESINI, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 85).

⁵¹ “Na Europa, o movimento de direito e economia encontrou recepção em diversos países, em especial Alemanha, Itália e Holanda, a ponto de Ugo Mattei, Luisa Antonioli e Andrea Rossato registrarem a existência de um ‘estilo europeu de direito e economia’. (...) Na Alemanha, destacam-se Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott, que publicaram a obra de referência *Economic Analysis of Civil Law* (2004), além de autores como Michel Adams, Victor Vanberg e Jürgen Backhaus. Na Itália, reconhecida é a produção acadêmica de Ugo Mattei, Francesco Parisi, Giuseppe Dari-Matiacci, Roberto Pardolesi e Guido Alpa”. (BATTESINI, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 85-86).

⁵² “Na Ásia e na Oceania, a influência do movimento se faz sentir em países como Israel, China, Taiwan, Japão, Austrália e Nova Zelândia. Destaque-se a existência da *Israeli Association of Law and Economics*, *Australian Association of Law and Economics* e *Law and Economics Association of New Zeland*, além de instituições de ensino e de pesquisa como a Universidade de Haifa, consorciada ao *Erasmus Programme in Law and Economics*. A produção acadêmica ainda é incipiente, podendo-se referir a obra *Economic Analysis os Law in China* (2007), organizada por Neigen Zhang, Thomas Eger e Michel Faure”. (BATTESINI, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 87-88).

No Brasil, a resistência à aplicação da AED vem sendo gradualmente minimizada pelo interesse na disciplina e pela crescente produção acadêmica na área, que já conta com disciplinas regulares em conceituadas instituições de ensino e pesquisa, como a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Universidade de São Paulo (USP), como observa Eugênio Battesini:

No Brasil, apesar de pouco difundido, o movimento de direito e economia vem gradualmente ocupando espaços. No âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, foram gerados os pioneiros estudos de Clóvis do Couto e Silva, *A Ordem Jurídica e a Economia* (1982), e de Guiomar Estrella Faria, *Interpretação Econômica do Direito* (1994), trabalhos caracterizados pelo forte conteúdo crítico, mas que reconheceram o potencial de aplicação dos fundamentos de direito e economia ao sistema jurídico brasileiro, em especial no campo de responsabilidade civil.

No âmbito da Universidade de São Paulo, foi gerada outra contribuição pioneira, o estudo de Rachel Sztajn, *Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil* (1998), trabalho que, considerando o então Projeto de Código Civil (Projeto 118/84), em especial a cláusula de ilicitude por abuso de direito prevista no artigo 187, externa posição favorável à utilização de fundamentos de direito e economia no estudo do Direito Brasileiro. Mas o marco da recepção do movimento de direito e economia no Brasil é a criação na Universidade de São Paulo, em 2001, do projeto de pesquisas, conjunto entre a Faculdade de Direito e a Faculdade de Economia, “Diálogos FEA & Largo de São Francisco”, que culminou na publicação do livro organizado por Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações* (2005), obra coletiva fortemente calcada na abordagem da nova economia institucional (BATTESINI, 2011, p. 88-89).

Além das referências acima, também se destacam na produção acadêmica Cesar Santolim, professor da disciplina de Direito e Economia no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Luciano Timm, coordenador do LLM em Direito dos Negócios da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS) e organizador da obra *Direito e Economia no Brasil* (2014), bem como Bruno Meyerhof Salama, professor da Faculdade Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) e organizador da obra *Direito e Economia – Textos Escolhidos* (2010).

Em paralelo ao aprofundamento doutrinário na área, destaca-se a atuação de importantes institutos como IDERS – Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul⁵³, a ABDE – Associação Brasileira de Direito e Economia⁵⁴ e a Associação Latino-Americana e Ibérica de Direito e Economia, num indicativo de que a linha de pesquisa deverá ser ampliada no direito nacional.

⁵³<https://iders.com.br/>

⁵⁴<https://abde.com.br/>

3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE DANOS: REDUÇÃO DOS CUSTOS SOCIAIS

3.2.1 PREVENÇÃO E REPARAÇÃO: OBJETIVOS PARALELOS DO MESMO INSTITUTO

Como visto nos tópicos anteriores, para a doutrina tradicional, o instituto da responsabilidade civil desempenha importantes funções, dentre elas a prevenção e a sanção, ainda que seu foco principal esteja direcionado à reparação. Neste sentido, ilustrativo é o entendimento de Fernando Noronha (2003, p. 437), para quem “as obrigações de responsabilidade civil têm essencialmente, mas não exclusivamente, uma finalidade estática, de proteção da esfera jurídica de cada pessoa, através da reparação dos danos por outrem causados”, somando-se a ela, de forma secundária, as funções de sanção (punitiva) e de prevenção (dissuasória). Similar é a posição de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010), para quem o princípio da reparação integral é o critério balizador da fixação da indenização.

Cumpra-se asseverar que a doutrina tradicional não refuta a existência de outras funções inerentes à responsabilidade civil, notadamente a função punitiva que ela pode desempenhar, mesmo que o foco principal do problema siga voltado para a reparação dos danos. É o que defendem, dentre outros, os juristas Carlos Alberto Bittar (1999)⁵⁵, Eugênio Facchini Neto (2006)⁵⁶ e Sérgio Cavalieri Filho (2008)⁵⁷.

Mesmo que a doutrina jurídica tradicional reconheça que a indenização pode desempenhar distintas funções, de modo geral mantém a atenção do estudo voltada

⁵⁵ Para o autor, a reparação dos danos morais exerce função diversa da indenização outorgada em razão de danos patrimoniais, na medida em que a condenação deve “impingir sanção ao lesante, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem” (BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 279).

⁵⁶ Para o autor, a responsabilidade civil não deve somente reparar o prejuízo sofrido, mas também punir o ofensor e dissuadir a prática de condutas similares, de modo que a outorga de indenização serve para “sinalizar a todos os cidadãos sobre quais condutas devem ser evitadas, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico”. (FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 184)

⁵⁷ Para o autor, a “indenização punitiva no dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de retribuição)”. Assim, autorizar-se a invocação da função punitiva quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável, quando o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou quando a conduta for reiterada. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94).

para o momento posterior à ocorrência dos danos, privilegiando o momento da reparação. Para a AED, entretanto, o foco de estudo é outro: por meio da prevenção, busca a redução dos custos sociais.

Nestas condições, o estudo da responsabilidade civil sob o viés da AED está calcado na teoria funcionalista do direito – oposta à teoria formalista cujas raízes estão nas lições de Aristóteles e Tomas de Aquino –, que enxerga o direito como uma disciplina destinada à produção de conhecimentos funcionais voltados à obtenção, ou ao atingimento, de objetivos econômicos. Justamente por isto é que Rafael de Freitas Valle Dresch (2005, p. 135-136) reconhece que “a análise econômica do direito deixa bastante claro que com a responsabilidade civil objetiva-se distribuir custos”. E complementa: “o que se distribui em casos de acidentes são encargos, mais especificamente dos custos decorrentes desses acidentes, com base no critério que avalia a qual participante da relação poderia evitar ou minimizar os referidos custos”, ou, em outras palavras, qual agente poderia tomar medidas de prevenção que evitassem os custos sociais.

Na mesma linha, Hugo Acciarri (2014) consigna que o direito de danos, sob o viés da AED, está voltado à prevenção e à redução dos custos sociais. Após assumir que os custos decorrentes dos danos podem ser classificados como primários (custos diretos do dano), secundários (custos do agravamento dos danos) e terciários (custos de administração do sistema), o jurista indica a existência de duas dimensões de prevenção distintas: a *general* e a *specific deterrence*.

Na primeira dimensão – *general deterrence* – o direito impõe ao potencial causador do dano uma decisão sobre empreender ou não determinada atividade, ciente de que ficará obrigado a indenizar os possíveis lesados caso sua conduta cause alguma externalidade negativa. Neste âmbito, refere o autor:

o potencial causador do dano enfrenta uma decisão entre o benefício que lhe proporcionará realizar certa 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 (ACCIARRI, 2014, p. 64)

Deste modo, privilegia-se a autonomia privada e a aferição pelo próprio agente dos riscos e benefícios envolvidos em sua conduta.

Para situações mais graves, já no âmbito da *specific deterrence*, caberá ao poder constituído decidir sobre a permissão ou a proibição de certas atividades, o que se mostra recomendável quando os danos esperados por determinado tipo de conduta forem muito graves ou ensejarem extremas dificuldades para realocação de seus respectivos custos. Nestas hipóteses, a adoção de medidas reguladoras é conveniente do ponto de vista social porque a atividade em comento tem o alcance de gerar custos sociais tamanhos que não se recomenda deixar ao agente a escolha sobre empregá-la ou não.

Aparte das maneiras de controle vinculadas ao direito de danos, a questão enfrentada pela análise econômica da responsabilidade civil diz respeito ao alinhamento de incentivos para a redução dos custos sociais, entendidos como o somatório dos custos primários, secundários e terciários. Não por outra razão é que Ejan Mackaay e Sttéphane Rousseau (2015) apontam a existência de objetivos emparelhados e complementares de um mesmo instituto, a saber, a dissuasão (prevenção) e a indenização (reparação)⁵⁸.

A propósito, conforme Hugo Acciarri (2014), o estudo do sistema de danos – ou de responsabilidade civil – deve estar calcado em dois pilares básicos: a noção de justiça e o anseio pela redução dos custos sociais.

Eugênio Battesini, de igual forma, indica que do ponto de vista econômico a reparação não pode ser a única função desempenhada pela responsabilidade civil, mesmo porque existem outros instrumentos passíveis de utilização para atingir tal finalidade, como o sistema de seguros:

Tem-se, pois, que, nos dias atuais, a função reparatória não mais constitui exclusividade do sistema de responsabilidade civil, sendo desempenhada conjuntamente ou alternativamente com outros mecanismos de atuação perante os acidentes. Ganham relevo, pois as demais funções do sistema de responsabilidade civil (BATTESINI, 2011, p. 104).

Para o autor, dado o atual estágio de desenvolvimento da disciplina e a existência de outros mecanismos de reparação, nada é mais natural que as demais

⁵⁸ “*Em face dessas considerações, de duvidar que a indenização seja o escopo da responsabilidade civil. Os fatos relatados permitem entender que a redução do ônus dos acidentes é consideração importante. Pode a responsabilidade civil contribuir para tal objetivo? (...) Os desenvolvimentos precedentes justificam hipótese que vê na responsabilidade ao menos dois objetivos emparelhados, os de dissuasão e de indenização*”. (MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Sttéphane. *Op. Cit.*, p. 368-369).

funções atribuídas ao sistema de responsabilidade civil assumam papéis bastante relevantes sob o enfoque de redução dos custos sociais. Tal pensamento não pode ser entendido de forma radical: é evidente, mesmo para a AED, que a função reparatória tem extrema relevância, notadamente quando o dano já tiver ocorrido e a questão precisar ser resolvida em uma demanda de responsabilidade civil, sendo o viés preventivo mais perceptível no momento anterior ao dano.

Steven Shavel (2004, p. 268) é ainda mais enfático: “se o sistema de responsabilidade civil possui um real propósito atualmente, este deve repousar na criação de incentivos para a redução dos riscos”. O entendimento tem evidente justificativa econômica, pois a ocorrência dos danos e sua reparação, em regra, acarreta o incremento dos custos sociais, o que não significa que seja recomendável evitar a ocorrência de danos a qualquer custo.

Na realidade, como adiantado na obra célebre de Ronald Coase (1960), a questão debatida no direito de danos pode ter natureza recíproca, pois em muitos casos proibir ou restringir a realização da atividade de “A” em benefício de “B” não significa, apenas, tutelar o direito ao *nenimen leadere* que assiste a “A”, mas também gerar um prejuízo a “B”, que será privado de certa atividade. Nestes casos, do ponto de vista econômico, o que se busca é o incentivo ao exercício daquelas atividades que resultem nos menores custos sociais, do que se extrai que a ocorrência de danos, por vezes, não deve ser evitada pelo ordenamento jurídico.

É neste sentido que Eugênio Battesini, sintetizando as lições de Giuseppe Dari-Mattiacci, Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott, alude à existência de cinco objetivos a serem perseguidos pelo sistema de responsabilidade civil alinhado às diretrizes da análise econômica do direito, quais sejam:

Em consistentes estudos dos principais avanços verificados na análise econômica da responsabilidade civil, Giuseppe Dari-Mattiacci e Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott apontam para cinco objetivos de um sistema de responsabilidade civil: 1. Criar incentivos para que as partes adotem nível eficiente de precaução; 2. Criar incentivos para que as partes adotem nível eficiente de atividade; 3. Criar incentivos para que as partes obtenham informações em nível eficiente; 4. Realizar eficiente distribuição dos riscos; e 5. Minimizar os custos administrativos (BATTESINI, 2011, p. 109).

Os excertos ora reproduzidos demonstram que para a análise econômica do direito, a função preventiva da indenização constitui foco principal de estudo, no que

se distancia – mas não necessariamente colide – dos anseios da doutrina jurídica tradicional. Na realidade, ao tratar de incentivos para a adoção de níveis eficientes de precaução e de atividade, para a obtenção de níveis eficientes de informação e de distribuição dos riscos, a responsabilidade civil, sob o prisma da análise econômica do direito, pretende ao fim e ao cabo diminuir os custos sociais e proporcionar, por conseguinte, a maximização da riqueza.

3.2.2 PREVENÇÃO: UM DOS FOCOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE DANOS

Como referido anteriormente, não se duvida que a responsabilidade civil possa exercer diversas funções, desempenhando papel relevante na reparação dos danos causados, na prevenção da ocorrência de danos e na punição daqueles que reiteradamente causam danos à esfera jurídica alheia. Se para a doutrina jurídica tradicional o foco principal dado ao instituto tem sido a função reparatória da indenização, com referências breves à penalização que decorre – ou pode decorrer – da prolação de decisões condenatórias, para a AED, o foco principal está na função preventiva, com o que se busca a diminuição dos danos causados, em suas dimensões primária, secundária e terciária.

Referido direcionamento se dá pelo estudo dos mesmos requisitos postos pela doutrina jurídica tradicional – o dano, o nexo de imputação e o nexo de causalidade – sendo examinadas as consequências que a eleição de determinado critério pode causar em relação à maximização ou à minimização dos custos sociais. Não se trata de uma análise puramente dogmática, baseada em conceitos jurídicos desenvolvidos ao longo de diversas culturas jurídicas: trata-se da prognose dos efeitos práticos que a definição das regras jurídicas, as quais balizam os requisitos da responsabilização civil, pode causar, o que se faz mediante a utilização das ferramentas de microeconomia que sustentam o estudo da AED.

Hugo Acciarri é categórico:

El consenso generalizado en torno del propósito resarcitorio de la responsabilidad civil sufre embates irresistibles durante la segunda mitad del siglo XX. Al lado de la reparación se comienza a hablar de nuevas

funciones (entendidas como objetivos) de la responsabilidad civil. Se cuentan entre ellas las de prevención, la minimización de costos sociales, la de demarcación de las fronteras de la libertad, la redistribución de la riqueza de la sociedad, etcétera (ACCIARRI, 2009, p. 179)⁵⁹.

Adotando a denominação “Direito de Danos” para o instituto da responsabilidade civil, o jurista complementa:

La cuestión se enlaza, también, con la propia redefinición de la materia y de su denominación. A ese interés por nuevas funciones de la responsabilidad se adiciona el surgimiento correlativo de la denominación “Derecho de Daños”, como nombre de una rama jurídica diferenciable. Aunque la designación tiende a imponerse, tampoco existe un consenso suficiente sobre su alcance. Algunos autores simplemente la identifican con la responsabilidad civil clásica 23, aunque mirada con una perspectiva diferente (ACCIARRI, 2009, p. 180)⁶⁰.

Seguindo-se a linha proposta por Acciarri, que de modo geral é verificada nos mais importantes autores de AED, não é possível sustentar que o foco da responsabilidade civil – ou do Direito de Danos – siga direcionado apenas para a reparação. No atual estágio de desenvolvimento social, é necessário que as funções de prevenção e de redução dos custos sociais caminhem ao menos paralelamente à função ressarcitória. Para além da reparação dos danos, portanto, sustenta-se que o exame dos requisitos ensejadores do dever de indenizar deva estar voltado à prevenção dos acidentes e à redução dos custos sociais, o que não significa, por óbvio, que mesmo sob a ótica do Direito de Danos, as regras de responsabilidade não sigam exercendo o importantíssimo papel de reparação dos danos causados.

⁵⁹ “O consenso generalizado em torno do propósito ressarcitório da responsabilidade civil sofre embates irreversíveis durante a segunda metade do século XX. Ao lado da reparação se começa a falar em novas funções (entendidas como novos objetivos) da responsabilidade civil, entre elas as de prevenção, de minimização dos custos sociais, de demarcação das fronteiras da liberdade, de redistribuição da riqueza na sociedade, etc.” (tradução livre).

⁶⁰ “A questão diz respeito, também, com a própria redefinição da matéria e sua denominação. A esse interesse pelas novas funções da responsabilidade civil se soma, ainda, o surgimento da denominação “Direito de Danos”, como nome de um ramo jurídico *diferenciado, ainda que a denominação tenda a se impor e não exista um consenso suficiente sobre o seu alcance. Alguns autores simplesmente a identificam com a responsabilidade civil clássica, mesmo que vista de uma perspectiva distinta*” (tradução livre).

3.2.2.1 O nexa de causalidade

A doutrina jurídica tradicional debate intensamente nexa de causalidade, sendo este, possivelmente, o requisito que mais causa controvérsias tanto no direito nacional⁶¹ quanto no direito estrangeiro⁶². Há diversos conceitos de causalidade, mas inexistente consenso da doutrina sobre aquele que melhor atende aos anseios da sociedade, cabendo ponderar que a existência de um conceito aplicável a todos os casos pode se mostrar insuficiente. De modo geral, possível afirmar que todas as formulações que orbitam em torno da definição das condições de ocorrência do dano devem ser consideradas como causa do ponto de vista jurídico, para fins de imposição de responsabilidade.

Fernando Noronha (2003) destaca as três teorias mais representativas no direito nacional: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade necessária e a teoria da causalidade adequada, sendo esta última aquela que vem sendo adotada pelos tribunais brasileiros. Estas teorias convergem na tentativa de eleger dentre as condições “físicas”, “mecânicas” ou “naturais” do dano quais podem ser elevadas à categoria de causa, mas divergem nos critérios a serem empregados na referida eleição.

O foco da AED é distinto da teoria jurídica tradicional, pois elege a prevenção como critério para determinação causal, como sugerido inicialmente por Guido Calabresi (1975). Partindo da premissa que a prevenção é uma finalidade a

⁶¹ Sobre o tema, Cesar Santolim pontua que no direito continental as noções de causa remontam a concepções filosóficas acerca do assunto, tendo como ponto de partida noções “físicas”, “mecânicas” ou “naturalísticas” de causa. A partir daí, surgem diversas teorias que cotejam os conceitos de causa e de condição, sendo as mais citadas no direito pátrio as teorias da equivalência das condições, da causalidade necessária e da causalidade adequada. (SANTOLIM, Cesar. **Nexo de Causalidade e Prevenção na Responsabilidade Civil**. Porto Alegre: Revista *Ajuris* v. 41, nº 136, 2014, p. 84-85).

⁶² “Questões de nexa causal têm atormentado juizes e estudiosos de responsabilidade civil. Nas palavras de Prosser, ‘talvez não haja nada no campo do Direito que tenha provocado mais discussões, ou sobre o qual as opiniões estejam em maior conflito. Em que, apesar das diversas tentativas de clarificar a matéria, não tenha havido nenhum consenso sobre a abordagem adequada’. Muito da literatura acerca do tema, incluindo a que adota uma abordagem explicitamente filosófica sobre a causalidade, é dedicada a tentar definir ‘causa’ e depois encaixar os casos nessa definição. O principal resultado desses esforços tem sido negativo: mostrar que as noções de causalidade utilizadas em responsabilidade civil não podem ser reduzidas a um único conceito, seja ele de condições necessárias, de condições suficientes ou mesmo de condições necessárias e suficientes”. (LANDES, William M. POSNER, Richard. **Nexo de Causalidade e Responsabilidade Civil: uma abordagem econômica**, In SALAMA, Bruno Meyerhof, *Direito e Economia – Textos Escolhidos*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113-114).

ser perseguida, propõe que as escolhas normativas de fixação do nexos causal devem considerar a previsibilidade do dano e de sua extensão, atribuindo a ocorrência àquele que tem melhores condições de evitá-lo.

Nessa linha, Cesar Santolim (2015, p. 97) dá enfoque ao conceito econômico de causalidade que atende ao *critério funcional dissuasório*. Considerando que a escolha da causa tem caráter normativo, conclui que a escolha do legislador ou do aplicador da norma, em atenção à função preventiva, “deve, tanto quanto possível, estar próxima de um sentido comum para a noção de nexos de causalidade, para incrementar as condições de previsibilidade (e de precaução)”.

William Landes e Richard Posner (*in SALAMA, 2010, p. 141*) se aproximam dessa lição: indicam que sob o prisma econômico o que mais requer cuidados não é a causa propriamente dita, mas “a probabilidade do acidente e os custos de administração da Lei”, critérios que em seu entender devem nortear a fixação do nexos causal.

Semelhantes são os apontamentos de Hugo Acciarri (2009), que lembra que as questões afetas ao Direito de Danos envolvem relações de causalidade recíproca, sendo equivocado entender de que exista apenas um agente causador e uma vítima, ao passo que na realidade há o objetivo de maximização do bem-estar agregado, com o qual precisarão conviver os interesses de todos os envolvidos. Justamente por isto sugere que a análise do nexos causal deve voltar-se à eleição dos critérios que auxiliem na redução dos custos sociais, tal como feito na *common law*, âmbito em que se desenvolveram os conceitos do *but-for* (equivalente ao *sine qua non*), *proximate cause* e *probabilistic linkage*, assim definidos:

El término proximate cause, aunque parezca traducirse por “causa próxima”, hace alusión más bien al rango de consecuencias por las cuales se responde, según el sistema jurídico. De allí la referencia a la “proximidad”. El término probabilistic linkage se puede traducir por conexión probabilística, concepto éste cercano a las ideas de von Kries y a la teoría de la causa adecuada en su aplicación estándar al derecho. Sin embargo, no se identifica totalmente con el alcance de esos campos en derecho continental, ya que incluye cuestiones que en ese ambiente se entenderían propias de la prueba de la causalidad, más que de la relación sustancial de causalidad (ACCIARRI, 2009, p. 230)⁶³.

⁶³ “A expressão *proximate cause*, ainda que pareça traduzir-se por ‘causa próxima’, faz alusão mais à gama de consequências que pode gerar, segundo o sistema jurídico. Daí a referência à ‘proximidade’. A expressão *probabilistic linkage* pode ser traduzida por uma conexão probabilística, no que se aproxima às ideias de von Kries e da teoria da causalidade adequada e sua aplicação padrão ao

O tema de fato é espinhoso, o que justifica a existência de diversas críticas à adoção de critérios econômicos para a fixação dos nexos de causalidade, tanto na faceta positiva da AED (análise meramente descritiva), quanto na faceta normativa da AED (análise que objetiva propor alterações nas regras jurídicas) (ACCIARRI, 2014, p. 198-191).

No tocante à faceta positiva, as críticas geralmente gravitam em torno do argumento de que as análises das relações de causalidade sob o prisma econômico são embasadas em avaliações posteriores à ocorrência do dano (avaliação *ex post*), a dificultar o atingimento do objetivo de previsibilidade, que demandaria um exame prévio ao fato danoso (avaliação *ex ante*). Trata-se, salvo melhor juízo, de dificuldade intrínseca à responsabilidade civil, passível de ser superada somente com o exercício de uma *prognose retrospectiva*, tal como proposto pela teoria da causalidade adequada, realidade que não é agravada pelo mero deslocamento do foco do instituto da reparação para a prevenção (NORONHA, 2003, p. 601).

Quanto às críticas realizadas à faceta normativa, em regra apontam que as propostas de estabelecer normas vinculadas a critérios probabilísticos podem desconsiderar a efetiva interação causal das partes, sendo muito difícil predizer as probabilidades de determinado dano ocorrer, tampouco torná-lo mais previsível a partir da adoção de fórmulas matemáticas avançadas, que iriam de encontro aos objetivos de simplificação e de predição perseguidas pela AED.

Mesmo reconhecendo que as teorias econômicas da causalidade sofrem duras críticas, Acciarri (2014, p. 190) apresenta fortes argumentos para enfrentá-las, ponderando que dificuldades de predição não equivalem à impossibilidade de predição, tampouco justificam o desinteresse pela investigação do melhor modo possível de estabelecimento do nexo causal, levando-se em consideração as consequências sociais dos sistemas jurídicos. Especificamente no tocante à utilização de fórmulas matemáticas, esclarece que sua utilização “não implica necessariamente uma fé ingênua quanto à exatidão das predições que se baseiam em tais representações”, tratando-se de procedimento adequado à extração das

direito. Entretanto, não se identifica totalmente com o alcance destes conceitos no direito continental, já que incluem questões que neste ambiente se entenderiam próprias da prova do nexo de causalidade”. (tradução livre). ACCIARRI, Hugo. **La Relación de Causalidade y las Funciones del Derecho de Daños**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 230.

possíveis implicações a partir de relações simples, ou em outras palavras, a partir da utilização de modelos.

Referidos ensinamentos, em linhas gerais, unificam-se em torno da busca pelo *cheapest cost avoider*, ou seja, daquele que possui uma estratégia preventiva dominante e que, ao não a adotar, atrai para si a causalidade do dano. Trata-se, de acordo com Eugênio Battesini (2011), da busca por um critério lógico e objetivo para a atribuição de nexos causal, especialmente nos casos de multiplicidade de causas, o que simplifica a eleição e a aplicação teorias causais⁶⁴.

3.2.2.2 O nexo de imputação

A imputação de responsabilidade no sistema jurídico brasileiro é feita a partir da existência: (a) de culpa (regra geral de responsabilidade subjetiva prevista no artigo 186 do Código Civil), (b) de risco em suas mais variadas modalidades, tais como risco proveito, risco criado e risco profissional (responsabilidade objetiva prevista, exemplificativamente, nos artigos 927, 931 e 932, III, do Código Civil), (c) de abuso do direito (regra prevista no artigo 187 do Código Civil) ou (d) de mera imposição legal baseada na noção de garantia (artigo 188 cumulado com os artigos 929, 930 e 932, I e II, do Código Civil).

No tocante aos critérios de atribuição, como dito, a AED também examina as influências que os critérios de imputação podem gerar sobre o comportamento humano. Sob esse prisma de estudo, possível sustentar que a objetivação da responsabilidade incentiva o possível ofensor a adotar medidas preventivas, mas não fornece ao potencial ofendido os mesmos incentivos (*prevenção unilateral*). Por outro lado, a responsabilidade subjetiva induz que ambos os polos adotem níveis eficientes de prevenção, ao passo que o agir diligente do ofensor o liberará do dever de indenizar, impondo, por consequência, ao ofendido a internalização do prejuízo,

⁶⁴ “Constata-se, assim, que o princípio do *cheapest cost avoider*, em sua formulação estratégica, proporciona parâmetro objetivo, que simplifica sensivelmente a aplicação da teoria da causalidade adequada, constituindo guia seguro, apto a auxiliar a difícil tarefa de estabelecimento do nexo causal nas hipóteses de concorrências de causas, eis que permite salientar, na multiplicidade de fatores causais, um fator que racionalmente pode ser considerado como causa eficiente do dano. (BATTESINI, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 202).

que assim será incentivado a também adotar medidas de cautela para evitar o dano (*prevenção bilateral*).

O tema é examinado por Eugênio Battesini (2011), que enxerga a necessidade de aferição, na relação que estiver sendo examinada, de qual o melhor critério de fixação da regra de imputação sob o ponto de vista econômico. De modo geral, contudo, pontua que se mostra adequada a utilização de regra subjetiva de imputação em razão do fornecimento de incentivos para a prevenção bilateral, preferindo-se o critério de imputação objetiva quando os custos de apuração dos riscos e de afastamento de responsabilidade forem maiores que o agir ineficiente do ofensor. Elucidativo é o exemplo da responsabilidade objetiva por dano ambiental, em que o cálculo de apuração dos riscos é bastante complexo e os custos sociais consequentes da ocorrência de danos são muito elevados ou até mesmo irreversíveis, o que justifica a atribuição de responsabilidade independente de culpa.

Superada a questão relativa à eleição do critério de imputação, convém destacar que a AED também fornece meios de identificação do agir culposos, o qual é conceituado pela teoria jurídica de forma vaga e imprecisa, sendo recorrentes as referências ao comportamento do homem médio, ao padrão normal esperado, à conduta do homem ideal e até mesmo à ideia importada do direito romano de *bonus pater familiae*. Eugênio Battesini é expresso:

Constata-se, pois, que o centro de gravidade da conexão entre a teoria jurídica e a teoria econômica da responsabilidade subjetiva reside na função de controle da diligência da conduta no estabelecimento de parâmetros que permitem determinar o nível de precaução exigido na execução de atividades com risco de acidentes, ou seja, de um padrão de análise que pautar a prática jurídica nas tarefas de comparação do comportamento dos indivíduos e de aferição de culpa no comportamento lesivo (BATTESINI, 2011, p. 207).

O estabelecimento desse parâmetro de controle é tributado em larga medida à Regra de Hand, originada do julgamento do caso *United States vs. Carol Towing Company* (1947), processo que debatia prejuízos incorridos com a perda de uma barcaça ancorada no porto de Nova Iorque. No caso concreto, várias barcaças estavam presas por uma corda de ancoragem afixada em diversos píeres, não se encontrando presentes os representantes de nenhuma das embarcações. Para proceder à remoção de uma das barcaças durante o expediente diurno, funcionários

do réu precisaram desamararr todas as barcaças para posteriormente reajustar as amarras, mas durante o procedimento uma delas se desprendeu e veio a naufragar.

A questão que se colocou disse respeito à definição do responsável pelos prejuízos: a negligência (culpa) deveria ser imputada ao réu, que desamarrou as barcaças adotando procedimento bastante usual, ou ao autor, que não mantinha no porto, em horário normal de expediente, funcionário para fiscalizar o procedimento a fim de proteger sua propriedade.

Na oportunidade, o juiz Learned Hand se deparou com a inexistência de regras específicas para aferição de responsabilidade em casos análogos, devendo a perquirição de culpa ponderar três critérios: (a) os custos de precaução do dano, (b) os valores dos danos esperados e (c) a probabilidade de ocorrência dos danos. Cotejando as variáveis concretas, o julgador conclui que o proprietário da barcaça fora negligente, imputando-lhe a internalização dos prejuízos⁶⁵.

A Regra de Hand evidentemente não é livre de críticas, sobretudo em razão das dificuldades de obtenção das informações necessárias à resolução da equação algébrica, bem como porque a perquirição de responsabilidade se dá *ex post*, ou seja, após a verificação *in concreto* do dano, o que pode contaminar o exame de probabilidade de sua ocorrência e dos danos ordinariamente esperados.

De toda sorte, não se pode desconsiderar a relevância da formulação. Conforme Eugênio Battesini (2011, p. 208), apoiado nas doutrinas de David Owen, Werner Hirsch, Richard Posner e William Landes, a Regra de Hand “possui o mérito de expressar algebricamente a idéia de senso comum de que as pessoas podem ser demandadas a considerar as possíveis consequências das ações importantes antes de agir”, regra que ainda pode ser sofisticada através de sua formulação marginal,

⁶⁵ “A partir da revisão antecedente, parece que não há uma regra geral para determinar quando a ausência de um barqueiro ou de outro atendente tornará o proprietário de uma barcaça responsável por danos causados a outras embarcações se ela se soltar de suas amarras. (...) já que há ocasiões em que toda embarcação se soltará de suas amarras e já que, se isso acontecer, ela se tornará uma ameaça às que estão ao seu redor, o dever do proprietário, como em outras situações semelhantes, é uma função de três variáveis: 1) a probabilidade de que ela vá se soltar, 2) a gravidade do dano resultante, se ela fizer isso e 3) o ônus de precauções adequadas. Possivelmente, formular essa noção em termos algébricos sirva para realçá-la: se a probabilidade for chamada de P, o dano de R e o ônus de O, a responsabilidade civil depende de O ser menor que R multiplicado por P, isto é, de $O < PR$ [...]. Na sequência, o juiz Hand aplicou a fórmula aos fatos da ação judicial e concluiu que, como neste caso $O < PR$, o proprietário da barcaça foi negligente por não ter um barqueiro a bordo durante o expediente à luz do dia”. (COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Op. Cit.*, p. 345).

consistente na mensuração dos efeitos que pequenos incrementos de segurança podem ter sobre o resultado final da ação.

Independentemente da resistência à utilização de fórmulas matemáticas à solução de casos concretos – a qual, como dito, por vezes não é infundada –, parece fácil sustentar que a Regra de Hand apresenta critério objetivo para a perquirição de culpa, podendo substituir ou mesmo concretizar os conceitos abertos usualmente adotados pela doutrina tradicional.

3.2.2.3 O dano

O dano, do ponto de vista da doutrina jurídica tradicional, é o requisito que suscita menores discussões, sendo elemento indispensável para que se configure o dever de indenizar. Toda a violação a bens juridicamente tuteláveis pode ensejar pedido de reparação, realidade que se tornou mais evidente no direito nacional a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, que ampliaram o espectro dos bens protegidos por nosso ordenamento jurídico.

Em verdade, é de se questionar se a ampliação indiscriminada dos bens tuteláveis é saudável ao bom funcionamento do sistema judiciário, na medida em que questões que poderiam ser tratadas como corriqueiras ou cotidianas vêm sendo tratadas como ofensivas à dignidade da pessoa humana, geradoras, inclusive, de indenização por danos extrapatrimoniais. É de se questionar, em outras palavras, se toda e qualquer violação a direitos assegurados pelo ordenamento jurídico tem o alcance de gerar direito à reparação ou se o direito de danos, no Brasil, vem sendo ampliado de forma inadequada⁶⁶.

Como exposto nos tópicos antecedentes, a ausência de uma delimitação clara, adequada e séria do que constituem os danos morais talvez seja uma das

⁶⁶ Do ponto de vista econômico, MACKAAY e ROUSSEAU esclarecem que a questão do dano leva, necessariamente, a duas discussões de natureza distintas: (a) o objeto protegido, quando se deve ponderar que “se a economia da responsabilidade civil visa a desencorajar o dano injustificado, todo o dano causado (...) deveria, em princípio, impor responsabilidade ao autor”, e (b) a própria avaliação do dano, na medida em que “superavaliação sistemática levará a muita prevenção”, o que representa desperdício de recursos. (MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015, tradução de Rachel Sztajn, p. 379/380)

grandes responsáveis pela aumento indiscriminado das demandas indenizatórias. Não é exagerado afirmar que a concessão de verbas para reparação desse tipo de dano comumente é feita em casos corriqueiros, que não têm o alcance de gerar abalo de personalidade ou de macular, de forma juridicamente relevante, a esfera anímica dos supostos lesados. Trata-se de um grande desafio para a doutrina e para a jurisprudência, especialmente no ambiente jurídico brasileiro, gerador de incentivos à construção de teses sobre a necessidade de reparação dos ditos *danos morais* em casos de duvidosa relevância.

Se sob a ótica tradicional o debate parece estar focado nessa reprovável banalização dos danos extrapatrimoniais, sob a ótica econômica propõe-se a discussão acerca da quantificação dos danos e dos resultados que essa qualificação pode gerar. No direito brasileiro, qualquer debate atinente à mensuração das indenizações precisa transpor a barreira legislativa: de acordo com o artigo 944, *caput*, do Código Civil, como visto anteriormente, a indenização deve medir-se de acordo com a extensão do dano, admitindo-se a redução equitativa em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano (artigo 944, § único, do CC), ou de culpa concorrente entre o autor do dano e a vítima (artigo 945 do CC), sendo irrelevante, em regra, perquirir o grau de culpa para quantificar os danos indenizáveis.

A questão é abordada com profundidade por Eugênio Battesinni (2011, p. 251), que analisa as repercussões econômicas que a quantificação dos danos pode gerar sobre o comportamento dos potenciais autores e vítimas. O jurista reconhece que a “regra jurídica de simetria entre a indenização e o dano guarda conformidade com os argumentos econômicos de prevenção de acidentes e de maximização do bem-estar social”, pois incentiva o comportamento ótimo de ambos os polos potencialmente envolvidos em uma relação de responsabilidade civil.

Similar é o entendimento de Steven Shavel (2004): os autores agem de forma ótima, isto é, tomam precaução em níveis adequados, se a indenização devida for igual aos danos causados, realidade que não será verificada quando a indenização for inferior ou superior aos danos efetivamente verificados. Não obstante, em determinados casos a efetividade da regra é passível de questionamentos: quando os graus de culpa e de negligência são excessivos ou

extremamente brandos, o comportamento dos agentes pode ser melhor estimulado caso o valor da indenização não guarde plena equivalência com o mal causado.

Battesini (2011) se socorre dos estudos apresentados pela *European Centre of Tort Law and Insurance Law* (2005), segundo os quais a maioria dos sistemas jurídicos realiza algum tipo de exame de graduação da culpa para a fixação da verba indenizatória, permitindo a ampliação ou redução em casos mais extremos. E vai além: chega a apresentar fórmulas matemáticas que corroborariam a majoração ou a minoração das verbas indenizatórias em até 25% (vinte e cinco por cento) para adequá-las ao comportamento dos agentes, sempre levando em consideração a localização do agir danoso no espectro de culpa, ou seja, se está inserido na zona de culpa gravíssima, grave, leve ou levíssima.

Mesmo que não haja consenso doutrinário sobre o tema, a prática judiciária, ao menos veladamente, corrobora o entendimento do jurista: por um lado, socorre-se da possibilidade de redução da indenização em caso de excessiva desproporção entre culpa e dano (artigo 944, § único, do CC); por outro, invoca-se a função punitiva da indenização para majorar o valor outorgado, em casos que justificariam a punição no âmbito civil.

A aplicação séria dessas fórmulas, vale advertir, pode gerar dois efeitos colaterais indesejáveis do ponto de vista econômico: caso se assuma a possibilidade de majorar ou reduzir os montantes indenizatórios em razão do grau de culpa dos agentes, é previsível a ampliação dos custos de litígio e a perda da utilidade da responsabilidade objetiva, o que contraria os propósitos da disciplina.

Trata-se, de toda sorte, de louvável tentativa de estabelecer critérios objetivos para a quantificação do dano, mesmo que sabidamente haja grandes restrições ao estabelecimento de fórmulas matemáticas para tal finalidade.

3.2.3 FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO: ORIGENS E OBJETIVOS

Em paralelo às funções reparatória e preventiva da indenização, vem sendo desenvolvida ao longo dos anos a possibilidade de agregação de finalidade punitiva

à indenização, o que, ao menos teoricamente, traria como resultados diretos ou indiretos a dissuasão de práticas ofensivas (função dissuasória) e a própria “educação” do ofensor e daqueles que, por razões variadas, poderiam figurar na mesma posição (função pedagógica). São questionáveis, no cenário nacional, os resultados da função punitiva da indenização, sendo necessário o desenvolvimento de estudos empíricos para atestar se sua aplicação resulta na minoração ou na maximização dos custos sociais.

Com efeito, o desenvolvimento da função punitiva da indenização está intimamente ligado ao direito anglo-saxão, no qual se assistiu a aproximação dos conceitos de pena e de reparação. Foi na cultura jurídica da *common law* que se desenvolveram os tão badalados *punitive damages*, também denominados de *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, que vieram a inspirar a aparição, no cenário brasileiro, da função punitiva da indenização.

Ao tratar do tema, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, p. 19) esclarecem que os *punitive damages*, diferentemente da função punitiva da indenização, equivalem à outorga de indenização em relações extracontratuais, fixadas em valor muito superior ao necessário para reparar o dano, não entendido como um direito subjetivo da vítima, sendo aplicados com finalidade pragmática visando a impedir a repetição de prática irregular e punir o ofensor, “quando comprovadas circunstâncias subjetivas que se assemelham a categoria continental do dolo, quais sejam: *malice*, *wantonness*, *willfulness*, *oppression*, *fraud*, entre outras”. Não por outra razão, este tipo de rubrica não deve ser outorgada em casos de simples culpa, sendo necessário que o agente tenha procedido com grave culpa ou com dolo (MORAES, 2004, p. 56).

3.2.3.1 Origem e desenvolvimento dos *punitive damages*: a experiência inglesa

Mesmo que noções de indenização punitiva existam desde a época do antigo testamento⁶⁷, as raízes dos *punitive damages* estão na Inglaterra, cuja

⁶⁷ Êxodo, 22:1: Se alguém furtar um boi (ou uma ovelha), e o matar ou vender, por um boi pagará cinco bois, e por uma ovelha quatro ovelhas.

primeira aparição mais próxima do que se aplica atualmente data do século XVIII, quando o *Statute of Councester* (1272) previu a fixação de indenizações em um valor múltiplo ao prejuízo causado. Durante a idade média o tema pouco foi desenvolvido, sendo que em 1760 “algumas cortes inglesas começaram a explicar grandes somas concedidas pelos júris em casos graves como compensação ao autor por *mental suffering, wounded dignity e injured feelings*” (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2015, p. 19).

No que tange à invocação dos *punitive damages* em casos de reparação de danos extrapatrimoniais, paradigmático foi o caso *Huckle v. Money*, datado de 1763, no qual foi concedida indenização exemplar ao autor da ação em valor equivalente a 300 libras esterlinas. O julgamento analisou a prisão de um tipógrafo mediante um mandado ilegal, tendo sido fundamentado no entendimento de que “entrar na casa de uma pessoa com um mandado em branco, a fim de obter provas, é pior do que a inquisição espanhola” (SANSEVERINO, 2010, p. 70). Ou seja: por ser considerada altamente reprovável a conduta levada à julgamento, foi concedida à vítima uma indenização bastante elevada – maior que a usualmente outorgada para o mesmo tipo de dano.

O marco de estabilização do instituto ocorreu apenas em 1964, quando do julgamento do caso *Rookes v. Barnard* (MORAES, 2009, p. 229), em que o autor afirmou que o sindicato dos desenhistas de engenharia e construção naval teria induzido ilegalmente seu empregador a demiti-lo. Em primeiro grau, o júri concedeu ao postulante indenização no valor de £ 7,500.00 (sete mil e quinhentas libras), verba indenizatória afastada por decisão de segunda instância. Ao analisar o caso, a câmara alta do parlamento inglês – *House of Lords* – decidiu responsabilizar o réu, negando qualquer caráter punitivo ou exemplar à indenização. Fundamentando seu voto, o julgador Lord Devlin ponderou que o caso não reclamava aplicação de indenização exemplar, cujo objetivo era punir e intimidar⁶⁸, pontuando que a invocação dos *punitive damages* deveria ser restrita a três categorias de casos: demandas envolvendo opressão praticada por funcionários do governo, atos ilícitos praticados deliberadamente, mediante cálculos dos riscos financeiros envolvidos, e

⁶⁸ Comentários sobre o caso disponíveis em <http://www.mjsol.co.uk/library/cases/child-abuse/rookes-barnard-1964-2/>. Acesso em 17/03/2017.

casos expressamente previstos em lei, o que não ocorrera no caso levado a julgamento (GOTANDA, 2004, p. 8-9).

Em que pese ser um caso isolado, o precedente feito pelo caso *Rookes v. Barnard* é de fundamental importância na evolução dos *punitive damages*, pois restringiu as categorias de casos que admitem a incorporação de função punitiva à indenização⁶⁹.

Mais recentemente, em 1993, a decisão do caso *Rookes v. Barnard* foi reafirmada, desta vez no julgamento *AB v. South West Services Ltd.*, quando foi apreciada a conduta de funcionários do réu acusados de perturbar a ordem pública e enganar seus clientes. Diante das provas produzidas, entendeu-se que negligência, perturbação de ordem pública, engano e discriminação ilegal praticada por agente público não reclamaria a aplicação dos *punitive damages*, pois não equivaleriam às hipóteses consolidadas pela jurisprudência para a aplicação de função punitiva da indenização, de modo que a indenização deveria ficar restrita ao valor necessário para compensar o efetivo prejuízo causado (GOTANDA, 2004, p. 11).

No ano de 2011, todavia, a limitação imposta no caso *AB v. South West Services Ltd.* foi revista, agora no caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*⁷⁰, que versou sobre a conduta de um oficial de polícia que falsificou uma assinatura com vistas a arquivar um inquérito policial. Neste julgamento, concluiu-se que o importante para viabilizar a aplicação de *punitive damages* são as circunstâncias em que o ato ilícito é cometido, devendo elas se enquadrar dentro de uma das três categorias estabelecidas em *Rookes v. Barnard*.

⁶⁹Para encaixar-se na primeira espécie de casos – opressão praticada pelo governo –, deve ser verificado ato arbitrário, opressivo ou inconstitucional, praticado por funcionário estatal no exercício de suas funções, como constatado no caso *Cassekk & Co., Ltd. v. Broome* (1972), no qual foi decidido que neste tipo de situação enquadram-se atos praticados pela polícia, por funcionários municipais e por outras autoridades. Na segunda categoria de casos (ato ilícito praticado para obtenção de proveito econômico), não se faz necessária a obtenção de ganho patrimonial em sentido estrito: cabe sua aplicação na hipótese de o ofensor ganhar algum objeto que não poderia ganhar ou que não poderia obter, exceto por um preço maior ao que estava disposto a pagar. Por fim, a terceira categoria abrange os casos em que os *punitive damages* são previstos em Lei, como ocorre no *Reserve Auxiliary Forces Act 1951*, que prevê a penalização exemplar do requerido em razão de falha, omissão ou contravenção, se o tribunal julgador assim entender necessário. De toda forma, tendo em vista que são poucos os estatutos que preveem a indenização exemplar, tal categoria não é frequentemente invocada na Inglaterra. (GOTANDA, John. **Punitive damages: a comparative analysis**. 2004: p. 9-10. Disponível em http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884. Acesso em 09/03/2017.).

⁷⁰ Disponível em <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm>. Acesso em 18/03/2017.

O julgamento desses casos paradigmáticos fez com que a câmara alta do parlamento inglês restringisse a aplicação de danos punitivos a seis hipóteses na Inglaterra: (i) o teste do "if, but only if," segundo o qual a Corte pode outorgar *punitive damages* somente se a indenização por danos compensatórios for inadequada para punir o réu, dissuadir a prática e marcar a desaprovação da Corte acerca de tal conduta, (ii) a impossibilidade de outorga a autor que não tenha sido vítima do ato ilícito cometido pelo réu, (iii) a impossibilidade de outorga se o réu já foi punido pela conduta ilícita, (iv) a possibilidade de limitação em caso de existência de múltiplos autores, (v) sua inaplicabilidade quando o réu agiu de boa-fé e (vi) a possibilidade de impedir sua aplicação em casos de culpa concorrente entre o demandante e demandado.

Para a quantificação deste tipo de indenização – aplicável apenas em casos bastante excepcionais – as cortes inglesas passaram a considerar todas as condições relacionadas ao fato concreto que pudessem agravar ou mitigar a conduta do ofensor, incluindo a condição financeira do ofensor, os prejuízos causados ao ofendido em razão da prática ilícita, o grau de culpa do ofensor, além da necessidade de condenar para atingir as finalidades de punição e exemplaridade, sendo que na atualidade já se verifica grande preocupação quanto à insegurança ocasionada por este tipo de penalidade (GOTANDA, 2004, p. 13-19).

3.2.3.2 Valorização da punição: o direito norte-americano

Diferentemente do verificado na Inglaterra, nos Estados Unidos a punição civil mediante a outorga dos *punitive damages* encontrou campo fértil, mesmo que entendidos como um "remédio extraordinário" para hipóteses mais graves (MORAES, 2009, p. 229). De acordo com a doutrina local, o instituto tem aplicabilidade para fins de punição (*punishment*) e de dissuasão de condutas antijurídicas (*deterrence*), podendo ser invocados nas relações extracontratuais de modo geral, notadamente nas ações que versam sobre acidentes de consumo (*products liability*) (SANSEVERINO, 2010, p. 71).

Exemplo típico de aplicação dos *punitive damages* em ações de consumo é o famoso caso *Liebeck v. McDonald's*, em que a autora, uma senhora de 79 anos, recebeu indenização no valor de US\$ 2,700,000.00 (dos milhões e setecentos mil dólares) por ter sofrido seríssimas queimaduras com café comprado em famosa rede de lanchonetes. As provas produzidas demonstraram que era prática da rede de alimentos servir café à temperatura de 170°F (equivalente a 76,66°C), o que poderia causar queimaduras em seres humanos em apenas 3,5 segundos. Com a simples redução da temperatura para 160°F (equivalente a 71,11°C), o mesmo tipo de queimadura levaria em torno de 8 segundos, sendo mais crível, nesta segunda hipótese, que o consumidor tivesse tempo hábil para limpar o café eventualmente derramado, evitando o dano corporal em questão. Também foi apurado pela defesa da autora a ocorrência de 700 casos de queimaduras semelhantes, quantidade que, mesmo percentualmente irrelevante se comparada ao número de xícaras vendidas pela demandada, fez com que os jurados outorgassem os *punitive damages* em favor da consumidora lesada. De acordo com o entendimento do júri, justamente pelo fato de os acidentes não representarem importante passivo à rede de *fast food*, precauções simples – como a pequena redução da temperatura do café – não eram tomadas, de modo que a aplicação de severa punição no âmbito civil poderia auxiliar a modificar o quadro e evitar queimaduras (MORAES, 2009, p. 231).

Outro caso importante para a estabilização dos *punitive damages* nos Estados Unidos foi *BMW of North America v. Gore* (1996), no qual a Suprema Corte teve oportunidade de analisar o excesso dos *punitive damages* e de fixar parâmetros para a sua invocação⁷¹. A controvérsia dizia respeito a danos sofridos por um consumidor que adquiriu automóvel no valor de US\$ 40,751.88 (quarenta mil setecentos e cinquenta e um dólares e 88 centavos), vindo a descobrir, posteriormente, que o veículo era repintado. Em sua defesa, a ré alegou que desde 1983 adotou como política reparar os veículos danificados e vende-los como novos, sem qualquer defeito, caso o reparo não ultrapassasse valor equivalente a 3% do bem, ainda que ao comprador isto não fosse informado⁷². Em primeira instância, foi acolhido o pedido feito pelo autor e condenou a montadora a pagar *punitive*

⁷¹ O julgamento proferido no caso *BMW of North America v. Gore* é paradigmático uma vez que, pela primeira vez na história, uma condenação ao pagamento de *punitive damages* foi afastada pela Suprema Corte dos Estados Unidos. (GOTANDA, John. *Op. Cit.*, p. 38).

⁷² Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZS.html>. Acesso em 10/01/2017.

damages fixados no importe de US\$ 4,000,000.00 (quatro milhões de dólares). Após redução do valor para US\$ 2,000,000.00 (dois milhões de dólares) pela Suprema Corte do Estado do Alabama, o caso chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, para que fosse esclarecido o padrão que iria identificar indenizações punitivas constitucionalmente excessivas (MORAES, 2009, p. 240).

Ao examinar o caso, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010) destaca a formação de critérios objetivos para a concessão dos *punitive damages*, uma preocupação da Suprema Corte em razão de excessos verificados em casos análogos. A decisão estabeleceu que esse tipo de condenação exige verificação: (a) do grau de reprovabilidade da conduta do réu, em função da ocorrência de dolo ou de malícia, da natureza do prejuízo, da indiferença com a saúde ou a segurança da vítima, da vulnerabilidade financeira e da repetição da conduta; (b) da eventual disparidade entre o dano efetivo ou potencial e os *punitive damages*, e (c) da diferença entre os *punitive damages* e as multas impostas em casos semelhantes.

Os parâmetros em questão foram reafirmados no caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell* (2003)⁷³, no qual se discutiu a recusa injustificada da seguradora em pagar a importância segurada, atitude que supostamente revelou má-fé e fraude, causando aflição intencional à vítima. Em primeira instância, o júri concedeu à requerente a importância de US\$ 2,500,000.00 (dois milhões e quinhentos mil dólares) a título de danos compensatórios, além da condenação da seguradora ao pagamento de US\$ 145,000,000.00 (cento e quarenta e cinco milhões de dólares) a título de *punitive damages* (GOTANDA, 2004, p. 41).

O caso então foi submetido ao Tribunal Estadual, que reduziu a condenação para os patamares de US\$ 1,000,000.00 (um milhão de dólares) (*compensatory damages*) e US\$ 25,000,000.00 (vinte e cinco milhões de dólares) (*punitive damages*). A questão chegou à Suprema Corte, que iniciou sua análise afirmando que *punitive damages* fixados de modo grosseiramente excessivos violam o devido processo, sendo utilizada, muitas vezes, para que o júri expresse seu preconceito com o demandado. Após determinar que a fixação deste tipo de punição deve

⁷³ Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZS.html>. Acesso em 08/04/2017.

obedecer a critérios objetivos⁷⁴, cuja demonstração precisa ser cabal, a decisão de última instância definiu que a aplicação de *punitive damages* não pode se justificar no fato de ser o réu poderoso economicamente e, por consequência, reverteu a decisão sob o fundamento de não ter sido nem razoável nem proporcional ao erro cometido, revelando afronta ao devido processo e ocasionando privação injustificada da propriedade da parte ré (GOTANDA, 2004, p. 41-44).

3.2.3.3 Fixação de critérios e limitação da aplicabilidade do instituto

Mesmo altamente identificados com a cultura norte-americana, sendo até mesmo retratados em produção literária e cinematográfica⁷⁵, os *punitive damages* já são encarados como problema jurídico, social e econômico a ensejar reformulações, especialmente pelo seu uso desenfreado (SANSEVERINO, 2010, p. 72). Os resultados relativos à dissuasão e, no que aqui mais interessa, à redução dos custos sociais, são bastante questionáveis, especialmente pela imprevisibilidade de aplicação e mensuração, o que pode representar a criação um grave desequilíbrio econômico ao invés de propiciar uma ferramenta de desincentivo às ações de potenciais ofensores⁷⁶.

Outro ponto a se destacar é a recente modificação na orientação da Suprema Corte, que por mais de duzentos anos recusou-se a colocar limites constitucionais à aplicação dos *punitive damages*, passando a intervir para fins de fixar condições e procedimentos para este tipo de condenação desde 1996, quando do julgamento do já referido caso *BMW of North America v. Gore* (GOTANDA, 2004,

⁷⁴ No curso do julgamento, pontuou a Suprema Corte Norte-Americana que a “censurabilidade da conduta do réu pode ser auferida considerando os seguintes fatores: (i) se o dano causado é de natureza física ou econômica, (ii) se a conduta do réu evidencia uma indiferença com a segurança ou a saúde dos outros, (iii) se vítima estava passando por dificuldades financeiras ou encontrava-se em posição vulnerável, (iv) se a conduta em questão constitui fato isolado ou foi executada repetidamente pelo réu, e (v) se a conduta do réu representa malícia ou malandragem”. (GOTANDA, *Op. Cit.*, p. 42).

⁷⁵ O instituto dos *punitive damages* permeia o enredo do livro *The Runaway Jury* (1996), de John Grisham, adaptado para o cinema no ano de 2003.

⁷⁶ Reflexo de tal preocupação é a proibição ou severa limitação à sua aplicação feita alguns estados norte-americanos ou no estabelecimento de tetos legais (*caps*) para este tipo de indenização. Pode-se citar, exemplificativamente, os critérios adotados no Alabama e na Georgia, em que os *punitive damages* não podem ultrapassar a monta de US\$ 250,000.00 ou, ainda, o caso de New Jersey, que limita este tipo de indenização a cinco vezes o valor fixado a título de *compensatory damages*, ou US\$ 350,000.00, o que foi maior (GOTANDA, *Op. Cit.*, p. 34-36).

p. 38). A preocupação da Corte com as consequências causadas pelo instituto de punição civil tornou-se evidente diante dessa nova orientação, o que fez com que as cortes inferiores passassem a ser cada vez mais minuciosas e cautelosas quando a matéria abordar *punitive damages*, para assegurar razoabilidade e proporcionalidade (GOTANDA, 2004, p. 45).

Diante dessas ponderações, parece claro que mesmo em um país de cultura marcadamente liberal, que bem recepciona a noção de punição civil, essa ferramenta vem causando reflexos perigosos à sociedade e à economia. Em termos estritamente jurídicos, cumpre destacar a crise gerada na responsabilidade civil a partir do final do século XX, impulsionada pelos *punitive damages*; em termos econômicos, são questionáveis os resultados práticos alcançados pelo instituto, bem como sua vocação para a redução dos custos sociais (MORAES, 2009, p. 70).

3.2.3.4 Aplicação dos *punitive damages* no Brasil. Ponderações econômicas

O exame da doutrina jurídica nacional, conforme Manoel Gustavo Trindade e Cesar Santolim (2016), aponta divergência quanto à possibilidade de atribuição de função punitiva à indenização, sendo ainda mais acalorado o debate acerca da recepção dos *punitive damages* no ordenamento nacional. Até o presente momento, para os juristas, o instituto não foi recepcionado pelo direito pátrio, o que decorre “não somente por faltar previsão legal, mas especialmente por força das vedações expressas nos artigos 944 e 403 do Código Civil, que claramente limitam as indenizações à extensão dos danos” (TRINDADE; SANTOLIM, 2016, p. 432).

De toda sorte, considerando que relevante parcela da doutrina entende que é possível – e recomendável – atribuir função punitiva à indenização, sob o argumento principal de que a regra do artigo 944 do Código Civil não seria aplicável à reparação de danos extrapatrimoniais⁷⁷, os juristas discorrem sobre os aspectos

⁷⁷Nesse sentido, a lição de André Gustavo Correa de Andrade: “Cabe indagar se a regra do parágrafo único do artigo 944, que prevê a possibilidade de redução do quantum indenizatório se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, é aplicável à reparação do dano moral. Como esta espécie de dano sempre atinge a dignidade da pessoa humana em alguma de suas expressões, a redução da indenização representaria uma inadmissível forma de restrição ao princípio

econômicos do instituto, em especial sobre o caráter de bem que o reveste e sobre sua utilização, o que pode ser constatado com o cotejo da jurisprudência à luz da teoria dos jogos, revelando, assim, importante utilidade prática.

No tocante à caracterização do instituto como “bem público”, lembram que esta definição possui significado diferente para juristas e economistas: enquanto os juristas utilizam a categorização especialmente no campo do Direito Administrativo, os economistas os definem como bens que podem ser consumidos simultaneamente por vários indivíduos, com características de não-rivalidade e de não-exclusividade. A definição econômica evidentemente pode ser atribuída aos *punitive damages*, sobretudo pelas externalidades que deles decorrem:

Podemos identificar o caráter de bem público que os *punitive damages* possuem, atingindo não só aqueles diretamente envolvidos nas situações de litígio ou demandas judiciais já estabelecidas, mas também a todos aqueles que estejam análogas ou que potencialmente possam vir a assim se encontrar, uma vez que adaptam seu comportamento às diretrizes observando a resolução dos casos paradigmáticos. No mesmo sentido, não pode ser olvidado que, assim sendo, a conformação dos precedentes, com avultada importância na sistemática da fixação de indenizações punitivas, influem, consistentemente, nos custos de transação e na assimetria informação e, portanto, na eficiência social e econômica (TRINDADE; SANTOLIM, 2016, p. 405-406).

Aparte da discussão da aplicabilidade do instituto no direito nacional, é inegável que sua invocação, desde que com cuidado e parcimônia, pode produzir resultados econômicos benéficos, tais como a redução de custos sociais, o fortalecimento do caráter de bem público da jurisdição, a sinalização do entendimento corrente para os potenciais agentes e o desestímulo à prática de atos ilícitos, efeitos que também podem ser atingidos por mecanismos distintos.

Por ora, cabe destacar que a aplicação dos *punitive damages* encontra respaldo teórico na Teoria dos Jogos⁷⁸, consubstanciada em instrumento que ajuda

constitucional da dignidade. Assim, aquela regra deve ser tida como aplicável exclusivamente à indenização por dano material”. (ANDARADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência da *common law* e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 311).

⁷⁸Sobre o assunto, confira-se as ponderações de COOTER e ULEN: “O direito frequentemente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima a ser executada por pessoa depende do que outro agente econômico escolher. Essas situações são como jogos, pois as pessoas precisam decidir por uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações das outras pessoas. A *teoria dos jogos* lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante”. (COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Op. Cit.*, p. 56). No mesmo sentido,

a compreender os movimentos estratégicos de um processo de tomada de decisão, mediante simplificação das hipóteses estudadas para que se apontem os resultados possivelmente obtidos (*payoffs*) pelos agentes envolvidos (*players*) em determinada relação (TRINDADE; SANTOLIM, 2016, p. 426).

Situação recorrente no direito nacional é a da negativa indevida de cobertura médica por plano de saúde, quando se vislumbram dois possíveis desdobramentos: o assegurado (a) contenta-se com a negativa ou (b) irressigna-se e busca tutela jurisdicional objetivando a devida reparação. Na segunda hipótese, (b.1) a demanda poderá ser julgada procedente, condenando o plano de saúde ao pagamento de indenização acrescida dos consectários legais, dentre eles os juros, a correção monetária e os honorários advocatícios, ou ainda, (b.2) ser julgada improcedente, convalidando por erro judiciário a conduta indevida praticada.

Ao examinar o tema, Manoel Gustavo Trindade e Cesar Santolim (2016) apontam que muito provavelmente nem todos os consumidores cuja cobertura seja negada se socorrerão ao Poder Judiciário, sendo certo, também, que por variados motivos, nem todos eles obterão êxito em suas demandas. Disso decorre, *a priori*, ser vantajoso, do ponto de vista econômico, a negativa indevida da cobertura, ao menos em situações com maior margem para discussão judicial.

É evidente que o racional acima, como ocorre em todos os modelos utilizáveis para evidenciar entendimentos, não aborda com profundidade todas as questões possivelmente relevantes para a tomada de decisão. São os casos, por exemplo, dos efeitos reputacionais que recairiam sobre planos de saúde conhecidos pela constante negativa de cobertura ou, ainda, de possíveis interferências dos órgãos reguladores para fazer cessar a prática abusiva. Tais hipóteses, contudo, não invalidam o modelo em questão, que aponta para a insuficiência da indenização meramente reparadora como forma de incentivar o plano de saúde a seguir suas obrigações contratuais à risca, porque, quando muito, seria condenado a efetuar o

os ensinamentos de RONALDO FIANI: “A teoria dos jogos ajuda a entender teoricamente o processo de decisão de agentes que interagem entre si, a partir da compreensão lógica da situação em que estão envolvidos. O termo ‘teoricamente’ é enfatizado pois se trata de estudar, por meio de abstrações, como se desenvolve o processo de tomada de decisão. Utilizar abstrações significa excluir da análise todos os fatores particulares e acidentais que podem afetar o resultado do processo em estudo, o que não quer dizer em absoluto que esses fatores não podem ser importantes na determinação do resultado final em uma situação concreta específica”. (FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos: com aplicação em economia, administração e ciências sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 9-10).

pagamento em juízo das verbas que deveria pagar administrativamente, sem o uso da máquina judiciária e, portanto, da ampliação dos custos de administração do sistema judicial, decorrentes de sua conduta indevida.

O exemplo trazido pelos juristas pode ser replicado a outras hipóteses recorrentes em nossos tribunais, tais como os danos repetitivos originados de relações de consumo, em que há visível cálculo de custo-benefício pelo agente para adotar níveis baixos de precaução, em prejuízo às partes envolvidas na relação. Para todos os casos, como adverte Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p. 458), a indenização punitiva mostra-se relevante para “destruir a razão econômica que permitiu que o dano se ocasionasse”, ou seja, para impedir que se torne rentável ocasionar o prejuízo causador de elevados custos sociais, forçando o agente a investir em prevenção.

3.2.4 A PULVERIZAÇÃO DE DEMANDAS E INCREMENTO DOS CUSTOS SOCIAIS (EM ESPECIAL CUSTOS TERCÍARIOS)

Como referido ao final do primeiro capítulo, a prática judicial no Brasil tem registrado aumento de demandas envolvendo pedidos de responsabilidade civil, realidade que acende um alerta no tocante à ampliação de custos sociais. Do ponto de vista quantitativo, os anuários divulgados pelo Conselho Nacional e Justiça (CNJ) dão conta da evolução das ações em tramitação, o que pode ser visualizado, por exemplo, a partir do comparativo entre os indicadores divulgados em 2013⁷⁹ (ano-base 2012) e em 2017⁸⁰ (ano-base 2016), indicativos da manutenção de elevadas taxas de congestionamento dos mais variados tribunais do país. Estima-se que os casos de responsabilidade civil envolvendo direito de consumo integrem o segundo grupo de demandas cíveis mais recorrentes em tramitação perante os tribunais estaduais de segunda instância, ficando atrás apenas de demandas cujo objeto principal é a inadimplência contratual.

⁷⁹ http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_in2013.pdf (Acesso em 10/11/2017).

⁸⁰ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/d982ddf36b7e5d1554aca6f3333f03b9.pdf> (Acesso em 02/11/2017).

Somente no último ano, apurou-se que mais de 2.000.000 (dois milhões) de ações indenizatórias compunham o estoque de ação em tramitação apenas perante os juizados especiais cíveis, de modo que quase 1% (um por cento) da população brasileira mantém uma ação de reparação civil ativa apenas nesse âmbito de jurisdição, se assumirmos que essas demandas são propostas de forma individual e que no polo passivo figuram pessoas jurídicas. Ainda de forma exemplificativa, tem-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul registrou, em 2016, custo aproximado de R\$ 2.900.000.000,00 (dois bilhões e novecentos milhões de reais), sendo inequívoco que parcela considerável desse montante foi destinada à manutenção de robustas estruturas para o atendimento de ações repetitivas que envolvem pretensão de reparação civil.

É evidente que indicativos apontados têm diversas causas, dentre elas a facilidade de acesso ao Poder Judiciário, as taxas relativamente baixas para o aforamento de ações e interposição de recursos, e a falta de critérios rígidos para a concessão do benefício de gratuidade de justiça, regulado pela Lei 1.060/50, que torna um verdadeiro incentivo ao litígio. Do ponto de vista normativo, possível referir que após o advento da Constituição Federal de 1988, do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do atual Código Civil (2002), que materializaram a tendência de objetivação da responsabilidade e a ampliação do espectro de danos indenizáveis, ocorreu um *boom* nas ações indenizatórias.

Ainda que se assuma que antes dessas codificações muitos danos não originavam a propositura de ação judicial (danos ocorridos e não indenizados), não se pode ignorar o fato de que os textos normativos seguem dando maior relevância para a reparação dos danos que para sua prevenção, sendo este um dos importantes fatores propulsores do incremento das demandas judiciais.

Diante desse contexto, imperativa a releitura dos ensinamentos de Guido Calabresi (1960, 1970) sobre os custos do acidente, objeto de duas importantes publicações editadas em meados do século XX, quais sejam, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* e a célebre obra *The Cost of Accidents*. Nestas obras, o autor problematiza a questão dos custos advindos dos acidentes e da necessidade de distribuição dos riscos entre os agentes envolvidos, sustentando que direito deve ter dois focos claros: a justiça e a redução dos custos sociais.

Com base na doutrina de Calabresi, Hugo Acciari (2014) é didático ao apontar que o sistema jurídico deve estar desenhado, para buscar a redução dos custos sociais, em três planos: (i) a *redução primária*, consistente na diminuição do número e/ou severidade dos acidentes, o que pode ser alcançado mediante a alteração de regras que regulem o nexo de causalidade, a proibição de determinadas atividades ou, ainda, a imposição de ônus para que essas atividades venham a ser desenvolvidas; (ii) a *redução secundária*, consistente na redução do agravamento dos danos advindos dos prejuízos iniciais, como, por exemplo, os custos sociais decorrentes derivados da impossibilidade de uma recuperação eficaz das vítimas e, ainda, (iii) a *redução terciária*, consistente na minimização dos custos operacionais necessários à administração do sistema de responsabilidade civil.

O fato é que a composição dos custos sociais deve estar atenta às três dimensões, não podendo o direito focar-se apenas em uma delas. Não obstante, o que se percebe nas últimas décadas é o incremento dos custos que desembocam no sistema de responsabilidade civil, sendo de rigor que o direito de danos, do ponto de vista material, abra suas portas às ponderações econômicas, alinhando-se também a disciplinas correlatas, para que os custos gerados pela prática de ilícitos civis passem a ser mitigados.

No tocante às adaptações do direito material, como assentado nos tópicos anteriores, possível que a aceitação de lições econômicas para a apuração da culpa (critérios econômicos de culpa), para a estipulação do nexo causal e para o aprimoramento das funções punitiva e preventiva auxilie a minimizar os custos sociais envolvidos nas relações de responsabilidade civil. Do ponto de vista processual – com que se busca não apenas a redução dos custos terciários – algumas medidas podem facilitar o atingimento dos objetivos em questão, tal como a maior utilização das Ações Cíveis Públicas⁸¹ (ACP) e das Ações Coletivas (AC), bem

⁸¹ Sobre a abrangência deste instrumento processual: “A ação civil pública, pois, pode veicular qualquer espécie de pretensões imagináveis, seja elas inibitória-executiva, reintegratória, do adimplemento na forma específica ou ressarcitória (na forma específica ou pelo equivalente monetário)”. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHARDT, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil – Volume 3: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.442). Não por outra razão é que as Ações Cíveis Públicas – assim como as Ações Coletivas – têm o alcance não apenas de evitar a propositura de diversas ações repetitivas, permitindo a prestação de tutela jurisdicional mediante a execução coletiva, conforme artigo 98 do Código de Defesa do Consumidor (redução dos custos sociais terciários); podem alcançar, ainda, a prestação de tutela específica em benefício da coletividade,

como do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)⁸²⁸³, introduzido no ordenamento nacional pelo Código de Processo Civil de 2015, revelando-se cada vez mais decisiva a adoção de medidas coletivas e a ampliação das responsabilidades do Ministério Público e das entidades públicas ou privadas voltadas à proteção dos interesses plurais⁸⁴.

evitando que danos venham a ser ocasionados ou agravados (redução dos custos sociais primários e secundários).

⁸² Sobre os objetivos do IRDR, MARINONI assim explica: “O incidente de resolução de demandas repetitivas surgiu como meio para facilitar e acelerar a resolução de demandas múltiplas, que dependem da análise de decisão de uma ‘mesma’ questão de direito (art. 976, I, do CPC/2015). Pretendeu-se, igualmente, evitar decisões diferentes para uma mesma questão, frisando-se que a instrução do incidente ‘depende de risco à isonomia e à segurança jurídica’ (art. 976, II, do CPC/2015)”. (MARINONI, Luis Guilherme. **Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas – Decisão de questão idêntica x Precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17).

⁸³ Ainda que demandas de responsabilidade civil, via de regra, dependam da análise individual dos fatos, o incidente já foi invocado para debater pretensões de cunho indenizatória replicadas em milhares de demandas praticamente idênticas, tal como ocorrido no caso dos pedidos de indenização formulados em razão do desabastecimento de água causado pelo rompimento da mineradora Samarco. O julgamento do incidente, instaurado por provocação de magistrados componentes de determinada turma recursal vinculada ao TJ/ES, foi assim ementado: “INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – 040/2016. SUSCITANTES MAGISTRADOS COMPONENTES DA TURMA RECURSAL REGIÃO NORTE. INTERRUÇÃO ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE REJEITOS DE FUNDÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS. POLUIÇÃO DO RIO DOCE. DECISÕES CONFLITANTES. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA SAMARCO MINERAÇÃO S/A. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR DANOS A TERCEIROS. DANO MORAL CONFIGURADO. FIXAÇÃO DANO MORAL EM R\$ 1.000,00 (UM MIL REAIS) PARA TODAS AS AÇÕES. REPARAÇÃO PELOS DANOS MORAIS INDIVIDUALMENTE. NECESSIDADE APRESENTAÇÃO CONTA ABASTECIMENTO DE ÁGUA - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, autuado sob o nº 040/2016, deflagrado pelos MAGISTRADOS COMPONENTES DA TURMA RECURSAL REGIÃO NORTE, apontando dissensões nas decisões das inúmeras ações protocolizadas junto aos Juizados Especiais Cíveis, sendo conflitante o reconhecimento do dano, bem como valores lançados em sentenças totalmente divergentes. Ações visam à reparação civil decorrente de ato ilícito praticado pela empresa SAMARCO MINERAÇÃO S/A, tendo como causa de pedir os danos advindos da falha na prestação de serviços, que resultou no rompimento de barragens de rejeitos de Fundão no Estado de Minas Gerais, interrompendo o abastecimento de água potável nas cidades banhadas pelo Rio Doce, bem como na Vila de Regência, município de Linhares. Adoção da Teoria do Risco Integral para os casos de dano ambiental, responsabilidade objetiva da Samarco Mineração S/A. Responsabilidade objetiva por danos a terceiros. Dano Ambiental Individual, também chamado de dano ricochete ou reflexo. Cada munícipe lesado tem o direito constitucional de ser integralmente reparado na sua esfera individual pelos danos sofridos, desde que morador da área afetada. Danos Morais fixados pela falta de abastecimento de água em R\$ 1.000,00 (um mil reais), na forma individual, para todas as ações ajuizadas. Necessária apresentação conta de abastecimento de água comprovando o domicílio do postulante se residente na área afetada. Colégio Recursal dos Juizados Especiais”. (ESPÍRITO SANTO, 3ª Turma Recursal da Região Norte. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 040/2016, Relator: Marcelo Pimentel, Julgado em 10/03/2017).

⁸⁴ Sobre o tema, Claudia Lima Marques é incisiva, apesar de ser claramente favorável a mitigação das decisões quanto ao exercício das atividades pelos agentes da cadeia produtiva: “O projeto do Código de Defesa do Consumidor apresentado pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor/MJ à sociedade brasileira em 1989, previa a atuação decisiva do Ministério Público, como verdadeiro *ombudsman* do mercado, a assegurar que as normas de equidade e boa-fé do CDC tivessem repercussão prática no mercado de consumo, especialmente através do controle prévio dos contratos de massa oferecidos aos consumidores. (...) O papel do Ministério Público continua, porém, decisivo na proteção do consumidor, seja como órgão de conciliação, seja como legitimado para a propositura da ação civil pública, seja como legitimado para propor ação de controle em abstrato de cláusulas

3.3 CONCLUSÕES PARCIAIS SOBRE AS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO DO PONTO DE VISTA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

No atual estágio de desenvolvimento do direito brasileiro, constitui um retrocesso negar importância aos ensinamentos advindos da análise econômica do direito, que têm o alcance de aperfeiçoar a disciplina e contribuir para a redução dos custos sociais, tão impactantes em nossa sociedade. Não é demais destacar que a AED não pretende se sobrepor à doutrina jurídica tradicional, mas apresenta-se como uma importante ferramenta a auxiliar no desenvolvimento e na aplicação dos institutos jurídicos, devendo ser utilizada quando recomendável.

Em matéria de responsabilidade civil, ao menos quatro contribuições são dignas de nota⁸⁵: (a) a necessidade de se atrair o foco da responsabilidade civil para a função de prevenção, (b) a demonstração de que a função reparadora do instituto pode ser atingida, em certas situações, por outros meios existentes no universo jurídico, (c) o fornecimento de um critério racional para a definição de culpa, e (d) a formulação de um critério objetivo de causalidade.

Sobre o primeiro ponto, ressalta-se que a análise econômica da responsabilidade civil tem seu foco nitidamente direcionado à prevenção de danos, no que se distancia da doutrina jurídica tradicional. Esta prevenção pode ser alcançada de diversas formas, tais como a modulação das regras que disciplinam o nexo de causalidade e a aferição da culpa, sempre com o objetivo de ampliar o espectro de objetivos do instituto, que passa a se importar com a redução dos custos primários, secundários e terciários originados pelos danos⁸⁶.

abusivas, segundo o § 4º, do artigo 51. Da mesma maneira, as associações de defesa do consumidor e as entidades e órgãos da administração pública, destinados à defesa dos consumidores, passam a ter legitimidade, segundo o artigo 100 do CDC, para proporem as ações coletivas de defesa dos interesses individuais homogêneos, previstas nos artigos 91 e seguintes, as *class actions* do direito norte americano, que a partir da entrada em vigor do CDC passaram a fazer parte do dia-a-dia do Judiciário Nacional". (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1108-1109).

⁸⁵ Esse rol de contribuições, evidentemente, não é exaustivo. Além das citadas, outras poderiam ser indicadas, como, por exemplo, a própria quantificação do dano, conforme propõe Eugênio Batessini.

⁸⁶ "Conclui-se que o objetivo geral de reduzir custos sociais pode subdividir-se em três. Em primeiro lugar, o que se denomina redução primária e que consiste na diminuição do número dos acidentes. Isto pode ser obtido proibindo-se determinados atos ou atividades, ou tornando mais onerosas estas ditas atividades e, portanto, menos atrativas. O que se chama de redução secundária é algo mais difícil de distinguir. Tratar-se-ia, por exemplo, dos custos sociais derivados da impossibilidade de

Mesmo que a doutrina brasileira reconheça a existência da função preventiva da indenização, termina por deixá-la nitidamente em segundo plano ou mesmo utilizá-la apenas como retórica para fundamentar a fixação da indenização. Do ponto de vista econômico, tal opção pode representar o incremento de custos, indo de encontro às noções que sustentam a análise econômica. É evidente que a AED não se dedica a combater a função reparadora da indenização, que constitui as próprias bases da responsabilidade civil, muito embora em determinados casos possa ser antagônica à função preventiva desempenhada pelo instituto.

Em verdade, como destaca César Santolim (2015), é preciso, na medida do possível, incrementar as condições de previsibilidade e de precaução, o que torna o sistema mais racional e menos oneroso. Apontada sinalização está intrinsecamente relacionada com a segunda contribuição indicada: a função reparadora da indenização pode ser satisfeita com outros mecanismos menos onerosos que a responsabilidade civil, que deve ser voltada à redução dos custos sociais⁸⁷.

O sistema de seguro, atualmente em franco desenvolvimento, talvez seja o mais evidente mecanismo alternativo de dispersão de riscos. Ressalvados os problemas do risco moral (*moral hazard*) e das distorções causadas nos incentivos dos agentes, coloca-se como uma espécie de sistema privado de responsabilidade civil ao realocar os riscos conforme estipulações contratuais. Ainda que não seja possível a prévia contratualização dos riscos entre autor e vítima, esta negociação privada acaba sendo realizada com a própria seguradora, o que garante a reparação de prejuízos que vierem a ser causados.

A terceira contribuição apontada diz respeito ao fornecimento de um critério racional de definição de culpa, cuja recepção em nosso ordenamento não encontra óbices legislativos. Isto porque a regra geral de culpa, prevista no artigo 186 do Código Civil, limita-se à indicação da ação ou omissão negligente, imprudente ou

recuperação eficaz das vítimas, caso não recebam uma compensação oportuna. (...) Finalmente, uma outra forma de reduzir o custo social envolvido (redução terciária) consiste em minimizar os custos operacionais dos sistemas administrativos e judiciais da matéria". (ACCIARRI, Hugo. Op. Cit., p. 34/35).

⁸⁷ Nesse sentido, Eugênio Batesini assim pontua: "Não sendo a prévia negociação, em regra, mecanismo apto para resolver o problema dos danos/externalidades negativas, faz-se necessária a utilização de mecanismos alternativos de atuação diante dos acidentes. Diversos são os mecanismos passíveis de utilização, podendo-se destacar: a regulação administrativa, acompanhada, ou não, de sanções por violação às normas reguladoras, a definição dos direitos de propriedade, as sanções criminais, os instrumentos de natureza tributária, o sistema de seguros e o responsabilidade civil". (BATTESINI, Eugênio. Op. Cit., p. 101)

imperita, causadora de dano, definição nitidamente aberta que exige a concreção pelo adjudicador externo.

Nessas condições, a Regra de Hand, apresenta um critério objetivo e econômico para a perquirição de culpa, que incentiva os agentes a adotarem o nível eficiente de diligência, sob pena de sua ação ser considerada negligente (zona de negligência) ou de desperdício de recursos (zona de diligência excessiva) (BATTESINI, 2011, p. 126-144).

A utilização do aludido critério – ao menos de forma conceitual – é recomendável do ponto de vista econômico, servindo, também, para evitar a invocação dos critérios imprecisos usualmente adotados pela doutrina.

A análise econômica da responsabilidade civil, ainda, apresenta critério objetivo para a fixação do nexo de causalidade, o princípio do *cheapest cost avoider*, cuja aplicação também não encontra óbices legislativos no Brasil.

Em que pese a existência de diversas teorias jurídicas de causalidade, parece recomendável que soluções jurídicas incentivem que indivíduos, que potencialmente possam se envolver em uma ação danosa, venham a prevenir e evitar o dano futuro, sendo que para a AED a atribuição do nexo causal deve considerar a possibilidade de evitar o dano ao menor custo social, critério já empregado por nossos tribunais, ilustrativamente, em casos envolvendo acidentes em linhas ferroviárias⁸⁸ e danos ocorridos na cadeia de produção de fumo⁸⁹.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial no 60.929/RJ, Relator: Ministro Paulo Costa Leite, Julgado em 18/04/1995.

⁸⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70069954626, Nona Câmara de Direito Civil, Relator: Desembargador Eugênio Facchini Neto, Julgado em 14/12/2016.

4 ALTERNATIVAS PARA REDUÇÃO DOS CUSTOS SOCIAIS

4.1 GENERAL DETERRENCE: FUNÇÕES PREVENTIVAS ALINHADAS À AED

4.1.1 ALINHAMENTO DAS FUNÇÕES PARALELAS DA INDENIZAÇÃO À ABORDAGEM ECONÔMICA

Nos capítulos anteriores discorreu-se sobre as funções ou objetivos traçados para a responsabilidade civil pela doutrina jurídica tradicional e pela AED, evidenciando-se a existência de focos distintos entre as duas correntes de estudo. Enquanto para a doutrina jurídica tradicional o instituto exerce prioritariamente função de reparação, admitindo-se que possa exercer de forma subsidiária funções de prevenção e de punição, para a AED essas funções ditas secundárias se colocam, no mínimo, em pé de igualdade com a reparação.

Analizou-se, ainda, a exponencial ampliação do Direito de Danos, o que decorre, dentre outras razões, da política legislativa materializada pela Constituição Federal de 1988, pelo Código de Defesa do Consumidor (1990) e pelo Código Civil Brasileiro (2002), que, seguindo a tendência dos países que adotam o modelo de *civil law*, ampliou o espectro de danos indenizáveis, viabilizou a objetivação da responsabilidade de relações jurídicas e manteve as atenções voltadas à vítima dos danos, preocupando-se sobretudo com a reparação.

É possível questionar, entretanto, se a forma como está estruturado o sistema de responsabilidade civil tem se mostrado satisfatória economicamente, isto é, se tem contribuído para a redução dos custos sociais. Diante da notória escassez de recursos e dos números apresentados pelo CNJ, torna-se imperativa a reflexão, assim como a formulação de sugestões para que, do ponto de vista da AED, seja possível direcionar o foco do instituto para as demais funções que podem – e devem – ser desempenhadas pelo Direito de Danos.

A questão remonta às duas dimensões de prevenção referidas, dentre outros, por Hugo Acciarri (2014), quais sejam, a *general* e a *specific deterrence*. Na primeira dimensão, a prevenção se dá de forma geral ou mandamental: o direito

impõe determinadas consequências às ações dos agentes, que no âmbito de sua autonomia deverão tomar a decisão de seguir ou não com sua execução. Na segunda dimensão, aplicável a questões mais graves e específicas, caberá ao poder constituído decidir sobre a permissão ou proibição de determinada atividade, levando em consideração os danos esperados e as dificuldades de realocação de seus respectivos custos sociais.

As dimensões são complementares e não excludentes, cuja utilização, em regra, depende da atividade examinada. Do ponto de vista da AED, sempre que possível, ou seja, sempre que o dano esperado não seja muito grave e a alocação dos custos sociais não seja demasiadamente complicada, é preferível a adoção de medidas de *general deterrence* porque incentivam o agir ótimo dos agentes, que poderão calcular os impactos de sua atividade e decidir sobre a viabilidade econômica de sua continuidade.

No âmbito da *general deterrence*, cumpre analisar as medidas que podem ser propostas no tocante aos critérios de atribuição de nexos de imputação e de nexos causal, bem como a adoção de medidas punitivas de forma excepcional, a fim de que se atinja o objetivo de redução dos custos sociais.

4.1.1.1 *Nexo de Imputação: dificuldades para modificação das regras existentes*

O direito brasileiro segue a mesma linha adotada pela maioria dos países de *civil law*, ostentando cláusulas gerais de responsabilidade subjetiva e objetiva. A imputação subjetiva ocorre quando “não são respeitados precedentes deveres de conduta que, se observados, teriam evitado o dano”, enquanto a imputação objetiva “tem por fundamento uma ideia de risco criado, fala-se em responsabilidade objetiva ou pelo risco” (NORONHA, 2003, p. 473), à qual se somam, ainda, as noções de garantia e de abuso do direito. Há, ainda, a responsabilidade objetiva agravada, de aplicação excepcionalíssima, em que sequer é exigida a verificação de nexos causal.

No direito brasileiro, a questão é regulada em níveis constitucional e legal, de modo que existem grandes dificuldades para alteração dos meios de imputação.

Na prática, a responsabilidade subjetiva (regra geral) é aplicada de forma residual, quando a relação material examinada não se amolda às exceções previstas no próprio Código Civil na legislação específica, como ocorre, por exemplo, com o direito do consumidor (artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor), com o direito ambiental (artigo 233, § 3º, da Constituição Federal e artigo 14, § 1º, da Lei 6.939/81) e na responsabilidade por danos nucleares (artigo 21, XXIII, *d*, da Constituição Federal).

Ainda que o ordenamento não permita a definição casuística do nexo de imputação, devendo sua regulação se dar de acordo com as normas aplicáveis à relação material examinada, parece que ao menos conceitualmente a estruturação do sistema se mostra coerente, pairando questionamentos quanto à amplitude das regras objetivas que regulam a totalidade das relações de consumo. Ao contrário do que se vislumbra no direito ambiental e no direito nuclear, é possível questionar-se se a imputação de responsabilidade objetiva, para toda e qualquer relação de consumo, é ótima economicamente, dado que esse tipo de imputação, como exposto na seção 2 desta dissertação (item 2.2.2.1), induz medidas preventivas unilaterais. É questionável, em outras palavras, se a objetivação de responsabilidade em certas relações de consumo, especialmente naquelas cujos bens envolvidos são de natureza prioritariamente patrimonial e os danos esperados não são graves, a imposição de responsabilidade subjetiva atrelada a regras rígidas de divulgação de informações não geraria a minoração dos custos sociais, por induzir a adoção de medidas bilaterais de prevenção, tomadas por fornecedores e por consumidores.

Considerando as barreiras postas pelo princípio da legalidade, em termos de imputação de responsabilidade, as contribuições mais evidentes que a AED pode dar ao direito brasileiro dizem respeito à apresentação de critérios objetivos para a aferição de culpa, ou seja, em uma primeira situação, do agir que se insere na zona de negligência. Neste sentido, a já mencionada Regra de Hand tem o alcance de diminuir subjetivismos na apreciação da culpa, apontando bem como estabelecendo critérios claros e objetivos que podem auxiliar a árdua tarefa de julgar.

4.1.1.2 Nexo Causal: adoção do critério do *cheapest cost avoider*

Na seção 3 desta dissertação (item 3.2.2.2), discorreu-se sobre a avaliação econômica dos critérios de causalidade, que de modo geral se unificam em torno do conceito de *cheapest cost avoider*. Para a AED, a atribuição causal deve levar em conta as condições de previsibilidade e as repercussões econômicas que a imposição causal gerará, sendo recomendável, quando possível, que se estabeleça a relação de causa e efeito àquele que tenha melhores condições de evitar dano. A propósito, Mackaay e Rousseau (2015, p. 383) lembram que “a delimitação do nexo de causalidade delimita a gama de eventos que cada um deve considerar quando da determinação do nível de prudência que adotará em suas atividades”.

Não por outra razão é que as noções de causalidade e de previsibilidade estão intrinsecamente ligadas, mesmo porque é impossível considerar como *cheapest cost avoider* quem não detenha condições de prever o dano. A questão, entretanto, está longe de ser simples: qualquer que seja o embasamento teórico adotado para enfrentá-la, sempre haverá dificuldades quanto à seleção, dentre todas as condições possíveis, de qual (ou quais) deverá ser juridicamente considerada como sua efetiva causa.

No direito brasileiro, não obstante à existência de diversas teorias causais, durante muitos anos preponderou a aceitação da teoria da causalidade adequada, que determina o nexo causal através de um exercício de *prognose retrospectiva*, colocando-se o avaliador em momento anterior à ocorrência do dano para eleger qual condição teria o dano como consequência normalmente previsível. Nas últimas décadas, contudo, a preponderância da teoria foi afastada, especialmente após paradigmática decisão da lavra do Ministro Moreira Alves, que consolidou o entendimento de que “em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal”⁹⁰.

⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 130.764, Relator: Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, Julgado em 08/08/1992.

De toda sorte, ao avaliar a teoria da causalidade adequada, José Aguiar Dias consegue estabelecer relações ao que posteriormente, em outra cultura jurídica, veio a se denominar de teoria do *cheapest cost avoider*:

Essa doutrina pode ser aperfeiçoada mediante sua transposição no tempo e no espaço. Em lugar de apurar quem teve a última oportunidade, o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é, quem estava em condições de evitar o dano, de quem foi o ato que decisivamente influenciou para o dano. Isso, aliado à indagação da idoneidade da culpa na produção do dano, dará critério seguro para a solução exata do tomentoso problema da concorrência da culpa ou concorrência dos atos produtores do dano (DIAS, 2006, p. 945 *apud* BATTESINI, 2014, p. 195).

Tal aproximação em muito pode contribuir para a questão da pluralidade de causas, tendo sempre como pressuposto a redução dos custos sociais e indicando, ao menos, que a aplicação das teorias não são excludentes. Em outras palavras, como já reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é viável a recepção do conceito de *cheapest cost avoider* no direito brasileiro, o que também ocorre por um exercício de *prognose retrospectiva*, atribuindo o título de causador do dano àquele que detinha melhores condições, em termos de custos, de evitá-lo.

Ocorre que mesmo no âmbito da AED existem críticas quanto à adoção da teoria do *cheapest cost avoider*, tal como aquela realizada por Giuseppe Dari-Mattiacci e Nuno Garoupa (2017), no sentido de que a adoção da teoria poderia resultar no que denominam de “tragédia da segurança comum”. Para os juristas, esta nefasta situação ocorreria em caso de informações distorcidas entre as partes, o que poderia gerar a adoção de níveis de precaução diversos do nível ótimo:

When accidents can be avoided by either of two parties, it seems obvious to place liability on the least cost avoider, that is, the party who could have prevented the accident at the lowest cost. This approach is unanimously recognized as desirable, because not only does it induce parties to prevent accidents but it also forestalls wasteful care-taking by the party with the highest costs of care or, even worse, care-taking by both parties. However, in most accident contexts, parties act rapidly, do not know each other, or do not have time to communicate. Thus, they may not know who the least cost avoider is and consequently fail to anticipate the outcome of adjudication. As a result, the incentives generated by liability are distorted (DARI-MATTIACI; GAROUPA, 2017, p. 4)⁹¹.

⁹¹ “Quando os acidentes podem ser evitados por qualquer uma das duas partes, parece óbvio colocar responsabilidade no menor custo, ou seja, a parte que poderia ter impedido o acidente ao menor custo. Esta abordagem é unanimemente reconhecida como desejável, porque não só induz as partes a prevenir acidentes, como também impede a perda de cuidados pela parte com os custos de

Sem afastar a chance de adoção de precauções excessivas pelos potenciais autores e vítimas, os juristas advertem que a utilização da teoria do *cheapest cost avoider* pode resultar no fenômeno do *free-rider*, quando uma parte tenta se utilizar gratuitamente das medidas preventivas adotadas pela contraparte:

The problem of providing incentives through tort liability to two parties who can alternatively prevent an accident is a commons problem. Each party will try to free-ride on the other party's care. When both parties try to do so, accident prevention ends up being suboptimal. In this sense, accident prevention becomes a tragedy of common safety. Allocating responsibility on the party with the lower costs of care – the least cost avoider approach – may not help, since, as we have stipulated, parties may not know each other's costs at the time when they decide whether or not to take care (DARI-MATTIACI; GAROUPA, 2017, p. 26)⁹².

Os questionamentos sobre a eficiência da teoria do *cheapest cost avoider* são de fato relevantes, sobretudo se considerarmos que a adoção das melhores técnicas de prevenção comumente não equivale à maior redução dos custos sociais, sendo em muitos casos até mesmo contaditório perseguir ambos objetivos (ACCIARRI, 2009, p. 229).

De todo modo, tais argumentos não parecem suficientes para refutar a teoria, cuja noção clássica:

pode ser associada à figura do jogador que dispõe de estratégia dominante para evitar a ocorrência do acidente, à parte apta a desencadear um curso de ações que apresenta melhor desempenho preventivo do que todas as estratégias passíveis de realização (BATTESINI, 2011, p. 198).

Ao fim e ao cabo, o conceito se alinha à teoria dos jogos, cujas dificuldades operacionais não têm o alcance de eliminar a relevância e sua aplicabilidade, conforme pontua Eugênio Batessini:

cuidados mais altos ou, pior ainda, a atenção das duas partes. No entanto, na maioria dos contextos de acidentes, as partes atuam rapidamente, não se conhecem ou não têm tempo para se comunicar. Assim, eles podem não saber quem é o menor custo e, conseqüentemente, não antecipar o resultado da adjudicação. Como resultado, os incentivos gerados pela responsabilidade são distorcidos” (tradução livre).

⁹² “O problema de proporcionar incentivos através de responsabilidade extracontratual a duas partes que podem, alternativamente, evitar um acidente é um problema comum. Cada parte tentará se utilizar gratuitamente (*free-rider*) dos níveis de precaução da outra parte e quando ambas as partes assim o fizerem, a prevenção dos acidentes será realizada em nível inferior ao desejado. Neste sentido, a prevenção torna-se uma tragédia de segurança comum. Atribuir responsabilidade à parte com os menores custos de cuidados - a a *cheapest cost avoider* – pode não ajudar, uma vez que, como estipulamos, as partes podem não se conhecer os de prevenção da outra parte no momento em que que eles decidem se devem ou não se cuidar” (tradução livre).

A existência de dificuldades operacionais não passou despercebida ao próprio Guido Calabresi, que, após destacar que a determinação da posição de *cheapest cost avoider* normalmente está vinculada a situações como o maior conhecimento dos riscos envolvidos, o maior conhecimento técnico acerca da forma de evitar acidentes e a melhor posição para induzir modificações no comportamento de terceiros, com vistas a evitar acidentes, registra que muitas vezes os resultados obtidos com a avaliação de tais atributos são divergentes.

Contudo, não obstante às dificuldades operacionais inerentes ao processo de comparação de posições estratégicas das partes envolvidas em atividades de risco, dado que, muitas vezes, elas não dispõem de estratégia dominante, ou sequer dispõem de estratégia dotada de efetividade para evitar a ocorrência de acidentes, e que, com frequência, elas dispõem de mais de uma estratégia dotada de efetividade na prevenção de acidentes, o princípio do *cheapest cost avoider*, Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott destacam, demonstra efetividade na prática jurídica, eis que “as cortes sabem em que direção seguir e que informações obter”, dispondo de um “método claro para a tomada da decisão” (BATTESINI, 2011, p. 199).

Assim como todas as teorias causais, a teoria do *cheapest cost avoider* apresenta suas dificuldades, o que não se mostra suficiente para invalidar os benefícios de sua utilização. A teoria ao menos fornece um método claro e objetivo para a tomada de decisão dos agentes e, num momento posterior, se for o caso, para a avaliação judicial da contenda, o que facilita a compreensão do instituto da responsabilidade civil e viabiliza a adoção de medidas redutoras de custos sociais, tornando-o mais racional do ponto de vista econômico.

4.1.2 APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL, NOS MOLDES DOS PUNITIVE DAMAGES

Ainda no âmbito da *general deterrence*, a aplicação da função punitiva da indenização, entendida como medida excepcional, pode auxiliar na redução dos custos sociais. Para tanto, além dos óbices legais que podem barrar a aplicação da indenização punitiva, dentre eles, a ausência de regramento legal, as limitações impostas pelo princípio da reparação integral e os distintos pressupostos que têm a reparação e a pena, seria conveniente a observação de critérios econômicos à invocação da medida, para que atinja os objetivos propostos.

Mesmo em países de *civil law* é possível verificar o desenvolvimento legal da matéria, como é o caso do Código Civil Português, cujos artigos 493º e 496º

prevêem critérios para reparação por danos causados com mera culpa e diretrizes para a apuração dos montantes indenizatórios decorrentes de danos não patrimoniais⁹³. Ainda que o código português, na condição de legislação geral, não delimite as *fattispecie* que permitem a aplicação da função punitiva, sua aplicação ocorre em conjunto com leis esparsas, como a Lei da Televisão (Lei 32/2003), que prevê punições em casos de abusos ou atos ilícitos.

No âmbito do direito brasileiro, de forma bastante restrita também há previsão semelhante. A Lei 5.250/67, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e da informação, prevê a aplicação de indenização punitiva para casos de danos morais originados de ofensas aos direitos resguardados, estabelecendo que o produto da punição deve ser revertido ao próprio lesado, o que contraria a lógica do sistema de responsabilidade civil. Por outro lado, no que tange ao Direito do Consumidor – campo de maior invocação da função punitiva da indenização – a tentativa de positivação da matéria foi rejeitada por ocasião do veto ao artigo 16 da Lei 8.078/90⁹⁴, que regularia a aplicação de multa civil para os casos em que o dano fosse ocasionado por produto ou serviço de alta periculosidade, ou com grave imprudência, negligência ou imperícia.

Ocorre que para além da simples punição, é preciso que a sistemática punitiva tenha um fim claro e previsível, sob pena de sua utilização servir – sem efetividade – de mera medida de moralização social, como adverte Maria Celina Bodin de Moraes (2009). Em outras palavras, questiona-se se a aplicação da medida punitiva, tal como vem sendo aplicada no Brasil, surte efeito econômico ou se, fugindo às raízes históricas do instituto e sem um debate aprofundado, termina por trazer mais problemas do que soluções, com o aumento da insegurança jurídica e até mesmo da mercantilização das relações existenciais, um dos fatores propulsores do *boom* de ações indenizatórias que assolam o judiciário nacional (MORAES, 2004).

⁹³ Disponível em <http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html>. Acesso em 20/11/2017.

⁹⁴ Assim dispunha a redação original do artigo 16 do CDC, que veio a ser vetado: “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”.

Nesse passo, importante lembrar as ponderações feitas nos capítulos antecedentes, no sentido de que a função punitiva da indenização vem sendo invocada com viés mais retórico do que prático, inexistindo efetiva perquirição das premissas e circunstâncias que justificariam a aplicação de medida punitiva. Mais que isso: em razão da ausência de previsão legal, no Brasil a parcela punitiva, em tese, acaba equivalendo à majoração do *quantum* indenizatório (verba concedida juntamente com a própria indenização), não havendo ponderação sobre a conveniência e a eficiência da medida punitiva.

Tal forma de aplicar a função punitiva da indenização, salvo melhor juízo, não se coaduna com as teorias do desestímulo e da dissuasão, tampouco com o caráter de bem público que justifica a aplicação da indenização punitiva. Tratando-se de medida que visa a punir e desestimular o agir deliberado, repetitivo, repugnante ou, em outras palavras, as condutas situadas nas zonas de negligência excessiva, parece lógico que sua aplicação deve levar em consideração tais fatores, sendo de rigor que a instrução processual seja dedicada, ainda que de forma concorrente, para a sua perquirição.

Mais que isso: a assunção de que o agir danoso enquadra-se nas hipóteses de punição não prescinde prova concreta acerca de todos os elementos inerentes ao juízo punitivo, preferencialmente, nos casos de danos repetitivos, em demanda destinada especificamente para tal finalidade.

Ainda que se entenda não haver óbices à aplicação da função punitiva pela inexistência de regramento legal, parece conveniente o pronunciamento do legislador sobre o tema, “tanto para delinear o instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais, imprescindíveis quando se trata de juízo de punição” (MORAES, 2009, p. 230), fazendo com que o instituto efetivamente alcance resultados práticos e não seja utilizado de forma meramente retórica.

Nesse caso, sem esquecer da necessidade de reduzir custos primários, secundários e terciários, seria pertinente que (a) a fixação de indenização punitiva por danos causados a partir de conduta dolosa ou de extrema negligência, imprudência ou imperícia, somente pudesse ser aplicada após a efetiva análise dos elementos subjetivos, tornando-os inaplicáveis em casos solvidos a partir da responsabilização objetiva, bem como que (b) as aplicações decorrentes de danos

repetitivos ou massificados fossem feita apenas em procedimentos próprios⁹⁵, com a destinação da verba aplicada em prol da comunidade atingida⁹⁶.

O desenvolvimento das medidas punitivas, tal como indicado, prestigiaria o objetivo de redução dos custos sociais, almejando efetivamente desestimular comportamentos de todos aqueles que figuram como potenciais agentes danosos (incentivos negativos), sem impulsionar o incremento de ações judiciais (custos terciários). Além disto, não ampliaria o espectro de aplicabilidade para demandas solvidas à luz da responsabilidade objetiva, para fins de evitar o uso retórico do instituto, como atualmente verificado em grande parte dos casos julgados, ou a perda de eficácia da imputação objetiva de responsabilidade (ampliação do custo do processo).

4.2 SPECIFIC DETERRENCE

4.2.1 MEDIDAS REGULATÓRIAS E RESTRIÇÕES DE ATIVIDADES

Ao contrário das medidas de *general deterrence*, a adoção de medidas de *specific deterrence* são recomendáveis nos casos cujos danos esperados sejam graves ou quando existam dificuldades significativas para a realocação de seus respectivos custos sociais. Nestes casos, como pontua Hugo Acciari (2014, p. 64), “haverá uma decisão estatal que impedirá a realização de certas atividades, subtraindo do causador do dano a decisão de realizá-la ou não”, medidas que

⁹⁵ Importante mencionar que apontadas formas de punições administrativas não esbarram nos óbices que impedem a aplicação da função punitiva da indenização no direito brasileiro. Além de positivadas, as sanções são aplicadas somente após processo instaurado e instruído de acordo com a Lei 9.784/99, sendo revertidas para fundos públicos municipais, estaduais ou federais. São, portanto, meios de racionais, legais, adequado e eficiente de reprimir atos ilícitos, desde que respeitada a razoabilidade e a proporcionalidade entre as sanções impostas e a conduta digna de reprimenda.

⁹⁶ Assim defende Maria Celina Bodin de Moraes: “muito apropriadamente, a Lei nº 7.347/85, ao regular as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens que especifica, prevê, no artigo 13 que, havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano reverterá a um fundo, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Aliás, os artigos 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor já preveem não só a multa a ser aplicada nos casos que menciona, como também sua destinação ao fundo de que trata a Lei nº 7.347/85”. (MORAES, Maria Celina Bodin. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004, p. 77)

podem ser resultado de um processo judicial ou de decisões prolatadas no âmbito administrativo.

Do ponto de vista econômico, as consequências da adoção de medidas de tal natureza são distintas das medidas de *general deterrence*: supondo-se agentes perfeitamente informados, a imposição estatal que proíba certas atividades poderá gerar custos bastante elevados, porque impedirá a análise de custo benefício pelo próprio agente envolvido na relação, que não terá a possibilidade, inclusive, de executar medidas mitigadoras com vistas a manter sua atuação. Justamente por tal razão é que se mostra indicada a utilização deste tipo de medida restritiva apenas em casos em que não é conveniente deixar que o próprio agente avalie a relação de custo benefício, ou seja, em casos mais extremados.

Transpondo o debate para o âmbito nacional, Bruno Miragem (2014) discorre sobre o papel da administração pública na defesa do direito do consumidor, sendo claro ao destacar o papel das agências reguladoras e o exercício do poder de polícia que a lei as faculta, conceitos que, no que tange aos “atos preventivos”, muito se aproximam da noção de *specific deterrence*:

A manifestação material deste poder de interferência da Administração pode se dar, a partir do que Bandeira de Mello refere como atos preventivos, fiscalizadores e repressivos. Dos primeiros (preventivos) seriam exemplos as autorizações e as licenças, as quais a Administração tem a competência de conceder ou não. Os atos fiscalizadores, de sua vez, seriam aqueles tais quais inspeções, vistorias e exames realizados pela Administração. E repressivos, os atos que importem, por exemplo, a imposição de multa, embargo, intervenção de atividade, apreensões (MIRAGEM, 2014, p. 743).

Da lição acima reproduzida, é possível concluir que o poder de polícia atribuído à administração pública inquestionavelmente abriga medidas de *general* e de *specific deterrence*, ficando também evidenciado que as medidas de prevenção passam – ou ao menos podem passar – pela adoção de medidas regulatórias.

Sob o prisma legislativo, cabe ressaltar a prerrogativa do poder público na edição de medidas regulatórias e fiscalizadoras, papel que apesar de sua relevância, muitas vezes é mitigado quando as questões são judicializadas.

Na estrutura administrativa nacional existem várias agências reguladoras cujas prerrogativas, dentre outras, englobam a estipulação de medidas preventivas,

restritivas e punitivas, cabendo citar, dentre elas, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)⁹⁷, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)⁹⁸, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)⁹⁹ e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)¹⁰⁰, cujas prerrogativas legais são relevantes, mas que por diversas razões terminam por não ser adequadamente exercidas.

Sobre as agências reguladoras, Marçal Justen Filho (2009) pondera que constituem inovação no desempenho das funções da administração pública, ao passo que, dotadas de especialidade técnica, absorvem tarefas que já eram atribuídas ao poder executivo antes de suas criações. No tocante às suas finalidades, Leila Cuéllar registra:

⁹⁷ Criada pela Lei 11.182/2005, a ANAC tem prerrogativa para adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, podendo, dentre outras funções: (a) realizar estudos, estabelecer normas, promover a implementação das normas e recomendações internacionais de aviação civil, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil (artigo 8º, IV); regular e fiscalizar a operação de serviços aéreos prestados, no País, por empresas estrangeiras, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil (artigo 8º, VII); fiscalizar as aeronaves civis, seus componentes, equipamentos e serviços de manutenção, com o objetivo de assegurar o cumprimento das normas de segurança de voo (artigo 8º, XVI); estabelecer o regime tarifário da exploração da infraestrutura aeroportuária, no todo ou em parte (artigo 8º, XXV) e reprimir infrações à legislação, inclusive quanto aos direitos dos usuários, e aplicar as sanções cabíveis (artigo 8º XXXV).

⁹⁸ Criada pela Lei 9.472/97, a ANATEL tem função de órgão regulador do setor de telecomunicações, podendo, no âmbito de sua competência, dentre outras medidas: VII - controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes (artigo 19, VII); expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado (artigo 19, X), expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções (artigo 19, XI), expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem (artigo 19, XII); expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos (artigo 19, XIII), e reprimir infrações dos direitos dos usuários (artigo 19, XVIII).

⁹⁹ Criada pela Lei 9.782/99, a ANVISA tem, dentre outras atribuições, a prerrogativa de: estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária (artigo 7º, III), VII - autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição, importação e comercialização de medicamentos (artigo 7º, VII); interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde (artigo 7º, XIV); cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde (artigo 7º, XVI); monitorar e auditar os órgãos e entidades estaduais, distrital e municipais que integram o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, incluindo-se os laboratórios oficiais de controle de qualidade em saúde (artigo 7º, XXI), e autuar e aplicar as penalidades previstas em lei (artigo 7º, XXIV).

¹⁰⁰ Criada pela Lei 9.427/96, a ANEEL, no âmbito de suas competências, pode: dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores (artigo 3º, V), além de regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação (artigo 3º, XIX).

A criação de agências reguladoras traz consigo o objetivo da instituição de uma regulação independente, neutral, imparcial, apolítica e técnica. As agências reguladoras não defendem os interesses do governo, nem os das empresas reguladas, tampouco os dos consumidores. A regulação é objetiva e deve se preocupar com o mais eficiente desenvolvimento da atividade econômica a ela submetida como forma de implementar a política pública definida pelos órgãos administrativos e legislativos competentes. Devem as agências concretizar essa função objetiva de regulação técnica com vistas à concretização das finalidades públicas ínsitas ao papel que determinado setor econômico desempenha no desenvolvimento nacional. Importa dizer que, para que essa regulação se concretize, os entes reguladores devem possuir poderes-deveres que viabilizem o desenvolvimento das funções inerentes à regulação (elaboração de normas, a sua implementação e a aplicação de sanções pelo descumprimento de tais normas) (CUÉLLAR, 2008, p. 53-54).

Ao menos do ponto de vista legislativo, as prerrogativas às agências reguladoras são amplas e extensas, sendo seu exercício relevante para a regulação e para o bom funcionamento dos setores regulados. Não por outra razão é que, sendo detentoras de conhecimento técnico de determinados setores, suas normas e decisões somente deveriam ser revisadas judicialmente quando contivessem vício formal ou confronto direto com norma hierarquicamente superior, não sendo recomendável que o poder judiciário, não obstante ao disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, sistematicamente avaliasse o conteúdo técnico dos atos praticados por autarquias incumbidas de prerrogativas técnicas.

E a justificativa econômica para tal entendimento é clara: se as agências responsáveis pela regulação de setores sensíveis têm informações apuradas de determinadas áreas de prática, nada mais natural que a elas caiba o exame de custo-benefício dessas atividades específicas, permitindo-lhes a edição de normas que tenham o alcance de restringir ou até mesmo proibir atividades que tenham a capacidade de gerar danos (ou custos sociais) de grandes proporções. Sobre o tema da regulação, Cooter e Ulen são didáticos:

As autoridades públicas têm o poder de ordenar a potenciais autores de dano que corrijam situações perigosas antes que acidentes ocorram, enquanto os tribunais têm o poder apenas de ordenar aos autores que compensem as vítimas após a ocorrência do dano. A regulação é a execução feita ex ante por parte da administração, enquanto a responsabilização é a execução ex post por parte das vítimas. Esta diferença determina muitas das vantagens e desvantagens de cada uma. (...) Se as normas de segurança e o direito da responsabilidade impuserem o mesmo parâmetro de cuidado, potenciais autores de dano se ajustarão ao

parâmetro para evitar tanto as multas ex ante quanto a responsabilidade ex post (COOTER; ULEN, 2010, p. 366).

Para além do compartilhamento de informações, as prerrogativas regulatórias têm o alcance de corrigir desigualdades atinentes à solvência dos agentes e às limitações impostas pelos custos de transação. Num cenário ideal, mas evidentemente inexistente, “os dispositivos institucionais de *specific* e de *general deterrence* dariam resultados idênticos em relação à designação de recursos” (ACCIARRI, 2014, p. 69), sendo imprescindível, contudo, que haja o poder regulatório para corrigir as distorções existentes no cenário real, especialmente quando tenham o alcance de proporcionar danos de graves proporções ou dificuldades extremadas de internalização dos custos sociais oriundos de determinadas atividades.

4.2.2 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NA LEI 8.078/90

Também no âmbito da *specific deterrence*, o ordenamento jurídico prevê diversas sanções administrativas que importam restrição ou proibição de atividades inadequadas às normativas aplicáveis. As possibilidades mais latentes talvez sejam aquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 56, para casos mais graves, elenca doze tipos de medidas restritivas¹⁰¹.

Apontadas medidas vão muito além da mera sanção pecuniária (artigo 56 I, do CDC), e não excluem a imposição de responsabilização civil e criminal do infrator, a depender da gravidade da conduta: prevêm a apreensão, a inutilização, a cassação do registro, a proibição de fabricação e a suspensão de vendas de

¹⁰¹ Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

produtos (artigo 56, II, III, IV, V e VI, do CDC); a suspensão de atividades, a cassação de permissões e de licenças (artigo 56, VII, VIII e IX, do CDC); a interdição de estabelecimentos, obras ou atividades, bem como a intervenção administrativa (artigos 56, X e XI, do CDC) e, ainda, a imposição de contrapropaganda (artigo 56, XII, do CDC), medidas que podem ser tomadas mediante o exercício do poder de polícia administrativo ou por determinação judicial.

Bruno Miragem (2014) subdivide as medidas de *specific deterrence* elencadas no Código de Defesa do Consumidor em “sanções objetivas” e “sanções subjetivas”, às quais se somam, ainda, as “sanções pecuniárias”, estas últimas inseridas no rol de medidas de *general deterrence*. Destaca, contudo, a importância de adequação na eleição da medida sancionatória, que deve sempre levar em consideração a natureza do direito violado, o dano potencial e a inexistência de medida menos gravosa (menos restritiva ou, em outros termos, de menor custo social), devendo ser utilizada apenas quando não seja possível “constranger” o fornecedor mediante a aplicação de sanção pecuniária¹⁰².

Dois casos relativamente recentes ilustram essas medidas alternativas, assemelhando-se à noção de *specific deterrence*. No primeiro, empresas de telefonia móvel tiveram restrições na venda de novas linhas por não terem atingido as metas de qualidade dos serviços contratadas junto à agência reguladora (ANATEL), ficando a retomada plena das vendas condicionada ao compromisso de investirem grandes quantias na melhoria dos serviços¹⁰³. No segundo caso, por sua vez, dois supermercados foram interditados por órgãos administrativos (PROCON) em razão de sucessivas reclamações atinentes à conservação de produtos

¹⁰² “As sanções administrativas que determinam providências relativas a produtos ou serviços no mercado de consumo são estabelecidas nos incisos II, III, IV, V e VI, do artigo 56 do CDC, quais sejam: apreensão, inutilização, cassação de registro, proibição de fabricação ou suspensão do fornecimento de produtos ou serviços. Distingue sua aplicação a natureza do direito violado – o que o que vai determinar a adequação da medida à medida de prevenção ou determinação de danos aos consumidores. (...) A decisão da sanção a ser aplicada, nesse sentido, dependerá, em primeiro da observação pela autoridade administrativa sobre qual seja a mais adequada à preservação do direito dos consumidores. A atuação administrativa, neste caso, estará estritamente vinculada a esse fim de interesse público, não devendo avançar para além do necessário à preservação desses direitos. (...) A determinação da decisão administrativa aplicável, nos limites da legislação, não desobriga a autoridade administrativa a preservar a razoabilidade e a racionalidade de sua decisão”. (MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 775-776).

¹⁰³ <http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/08/02/anatel-libera-vendas-de-operadoras-de-telefonia-movel-suspensas.html>, acesso em 25/11/2017.

perecíveis, ficando a reabertura condicionada à correção dos problemas e ao pagamento de multa revertida a um hospital público¹⁰⁴.

Se por um lado é intuitiva a efetividade dessas medidas administrativas para evitar a ocorrência de danos, por outro não é menos evidente o fato de que também geram elevados custos sociais: para evitar acidentes automobilísticos bastaria proibir a utilização de automóveis.

Em verdade, a intervenção estatal, seja por meio da proibição, seja por meio da regulação, constitui medida extrema e de elevado custo social, sendo recomendável apenas quando a relação material examinada assim exija, ou seja, sempre considerando os níveis de informação *ex ante* e *ex post* que detêm as autoridades públicas, os tomadores de decisões e, em caso de judicialização, o poder judiciário.

¹⁰⁴ <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/08/supermercados-interditados-em-porto-alegre-reabrem-neste-domingo.html>, acesso em 25/11/2017.

5 CONCLUSÕES

Ao longo das últimas décadas, as preocupações com eficiência e com os custos sociais vêm ganhando espaço nas mais diversas culturas jurídicas, resultado da interação que o Direito passou a ter com outras disciplinas, tais como a sociologia, a psicologia e a economia. Nada mais esperado de uma disciplina que tem por objeto a regulação social: para desempenhar esse papel é preciso estar sempre aberto a novos horizontes, utilizando, na medida do possível, conhecimento produzido em outros campos acadêmicos. A abertura do universo jurídico a novos conceitos, mais do que aproximá-lo da sociedade, apresenta novas soluções que se somam às doutrinas desenvolvidas por séculos.

Foi sob essas condições que se originou o movimento da Análise Econômica do Direito, apoiado, sobretudo, no caldo cultural e científico do realismo jurídico norte-americano. Com o crescente desenvolvimento social, não seria mais possível fechar os olhos a uma realidade posta: o direito não é uma ciência apenas jurídica; é uma ciência que precisa considerar tudo o que é relevante para a sociedade a fim de garantir seu regular funcionamento, sob pena de gerar desperdícios e carecer, até mesmo, de legitimidade. Ignorar a influência da economia sobre o direito seria o mesmo que ignorar o poder coercitivo que é conferido ao direito e às instituições.

Partindo dessa perspectiva é que se desenvolveu a presente dissertação, cujo objetivo principal inicialmente traçado era analisar, sob o prisma da AED, as funções passíveis de serem desempenhadas pela responsabilidade civil no Brasil, permitindo reflexões sobre os benefícios que eventual alteração de foco pode gerar.

É evidente que as contribuições do movimento são relevantes para o direito brasileiro, e, como visto, à responsabilidade civil. Muitas das questões debatidas pela doutrina jurídica tradicional podem e devem ser revisitadas, sendo possível visualizar uma nova formatação de Direito de Danos, com foco direcionado à prevenção e constante preocupação com os custos sociais. A partir dos temas examinados, foi possível responder às principais questões que impulsionaram esta pesquisa, que vão sintetizadas nas seguintes ponderações:

1. As lições trazidas pela Análise Econômica do Direito não objetivam sobrepor ou anular as contribuições feitas pela doutrina jurídica tradicional, pretendendo, em verdade, apresentar um novo ferramental teórico de grande valia e que, em determinados casos, pode ser utilizado. Seria equivocado defender a eleição dos melhores caminhos para o direito apenas com base em ponderações econômicas, assim como é contraproducente ignorar o rol de opções e ferramentas que essa corrente de estudo apresenta para o aperfeiçoamento das ciências jurídicas, seja em seu viés positivo (análise meramente descritiva), seja em seu viés normativo (proposição de alterações nas normas);

2. No Brasil, apesar de bastante incipientes, os estudos de AED vêm crescendo e tendem a ser cada vez mais absorvidos pelas mais variadas áreas jurídicas. Parece claro que inexistente incompatibilidade entre a disciplina e a tradição romano-germânica – ou de *civil law* – que marca as origens do direito nacional;

3. A doutrina jurídica tradicional aponta diversas funções que podem ser desempenhadas pela responsabilidade civil, sendo as mais recorrentes a reparatória, a preventiva, a punitiva e a dissuasória. No campo teórico, há consenso quanto à diversidade funcional do instituto; no campo prático, contudo, não parece haver preocupação econômica com o alcance das regras que estabelecem nexos de imputação, nexos de causalidade, os limites dos danos reparáveis e os demais aspectos envolvidos na responsabilização civil. Assim, possível sustentar que o foco da responsabilidade civil, para a doutrina jurídica tradicional brasileira, é visivelmente direcionado para a função reparatória da indenização;

4. Apesar de a evolução histórica da responsabilidade civil no âmbito da *civil law* apontar tendência de separação entre pena e reparação, nas últimas décadas, doutrina e jurisprudência têm reaproximado o conceito com objetivo de moralização social. Ainda que a função punitiva da indenização, se bem estruturada e aplicada, tenha o alcance de gerar importantes resultados econômicos, ao que tudo indica esses resultados não têm sido alcançados no Brasil justamente porque a punição tem sido usada de maneira retórica e descoordenada;

5. Por razões variadas, que incluem, exemplificativamente, o grande contingente de advogados, a simplificação do acesso ao poder judiciário, a facilidade na obtenção do benefício de assistência judiciária gratuita e a tímida atuação das agências e órgãos reguladores, tem se visto nas últimas décadas proliferação de demandas indenizatórias, o que traz à tona questionamentos sobre o sistema de responsabilidade civil, especialmente sobre os objetivos a serem atingidos. Do ponto de vista normativo, após o advento da Constituição Federal (1988), do Código de Defesa do Consumidor (1990) e do Código Civil Brasileiro (2002), verificou-se um verdadeiro *boom* de ações indenizatórias, sendo também crescentes os custos sociais relacionados a esse tipo de relação jurídica – custos primários, secundários e terciários;

6. A Análise Econômica do Direito tem muito a contribuir nesse cenário de crescimento dos custos sociais, apresentando mecanismos que independem de alterações legislativas para serem implementados. São mais evidentes quatro contribuições que a disciplina fornece ao instituto da responsabilidade civil no Brasil: (a) a necessidade de se atrair o foco da responsabilidade civil para a função de prevenção, colocando-o ao menos de forma paralela à reparação; (b) a demonstração de que a função reparadora do instituto pode ser atingida, em certas situações, por outros meios existentes mais eficientes, tal como o sistema de seguros; (c) o fornecimento de um critério racional para a definição de culpa, qual seja, a Regra de Hand, que pondera fatores importantes como os custos de adoção de medidas preventivas, a probabilidade de ocorrência de um dano e os custos sociais esperados desse dano, e, ainda, (d) a formulação de um critério objetivo de causalidade, qual seja, o princípio do *cheapest cost avoider*, já aplicado em paradigmáticas decisões pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul;

7. Existem importantes medidas de *general deterrence* que podem auxiliar no aperfeiçoamento do sistema de responsabilidade civil no Brasil, em especial a padronização do critério de culpa e o alinhamento das teorias que tratam do nexo de causalidade à abordagem econômica. É importante que se encontre um critério funcional de causalidade, capaz de efetivamente gerar incentivos de prevenção, de mitigação e de internalização de custos sociais àqueles que estão ou potencialmente possam figurar nas condições de autor e de vítima de fatos danosos. Por outro lado,

dadas as expressas referências legislativas, existem dificuldades de adaptação das regras que estabelecem o nexo de imputação na responsabilidade civil brasileira;

8. A função punitiva da indenização, aplicável como medida excepcional, pode contribuir para o objetivo de minimização dos custos sociais. Fundamentada na teoria dos jogos, apresenta-se como importante ferramenta passível de utilização em casos de danos repetitivos, massificados, cometidos com grave culpa ou dolo, sendo necessário, contudo, que seja aperfeiçoada para que sua utilização atinja as finalidades propostas, superando o mero moralismo social ou, ainda, a invocação meramente retórica. Seria conveniente o expreso pronunciamento do legislador para estabelecer as normas materiais e processuais de aplicação, garantindo, inclusive, o respeito aos direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório;

9. Existem, de igual forma, relevantes medidas de *specific deterrence* que são de grande valia ao atingimento da finalidade de redução dos custos sociais, dentre as quais se destacam: (a) as medidas reguladoras e restritivas, que apesar do elevado custo social, a depender da atividade, devem ser adotadas pela administração pública e (b) as sanções administrativas, que têm o alcance de evitar ou mitigar danos mais graves. Trata-se de medidas de aplicação paralela e complementar à responsabilidade civil, que tornam evidente a necessidade de atuação coordenada das agências reguladoras, dos órgãos de proteção dos direitos do consumidor, das associações representativas de classes e do Ministério Público;

As conclusões resumidas nesta dissertação sinalizam que o atingimento do objetivo de redução dos custos sociais não será plenamente alcançado com medidas isoladas, mas dependem, em verdade, de análise conjunta dos fatores culturais, normativos e estruturais que compõem nosso sistema jurídico.

Apesar de essa alteração de foco ser extremamente complexa, não é possível que se siga ignorando que o direito se desenvolve em um cenário de escassez de recursos que demanda constante preocupação com a formulação de incentivos ao agir eficiente.

É passada a hora do universo jurídico abrir suas portas a outras disciplinas, sendo que as ponderações unificadas pela Análise Econômica do Direito em muito podem contribuir para o aperfeiçoamento do direito e em especial, como visto no presente trabalho, para a responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIARRI, Hugo. **La Relación de Causalidade y las Funciones del Derecho de Daños**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

_____. **Análise Econômica do Direito de Danos**. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2014.

ALVAREZ, Alejandro Buggalo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificação**. *In*: Direito, Estado e Sociedade, v. 9, nº 29, p. 49-50, jul/dez 2006. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Buggallo_n29.pdf>. Acesso em: 12/09/2015.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. 5ª Edição. São Paulo: Renovar, 2003.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência da common law e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

ARAÚJO JR., Ari Francisco; SHIKIDA, Cláudio Djissei. **Microeconomia**. *In*: Direito e Economia no Brasil (org. Luciano Timm). São Paulo: 2014.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BAR-GILL, Oren; ESPTEIN, Richard. A. **Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics**. An Exchange between Oren Bar-Gill and Richard A. Epstein. New York University School of Law, Law and Economics Research Paper Series – Working Paper nº 07-17, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=982527>. Acesso em: 20/08/2016.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e Econômica: novos horizontes para o estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTR, 2011.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico – Tomo I**. Campinas: LNZ, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

_____. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**. Yale Law Journal, volume 70, p. 499-553, 1960. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers>. Acesso em: 10/11/2017.

_____. **Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.** Yale Law School: *Faculty Scholarship Series*, 1975, Paper 2001, p. 69-108.

CAMERER, Colin F.; LOEWESTEIN, George. **Behavioral Economics Past, Present, Future**. In: *Advances in Behavioral Economics* Princetown University Press, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.

COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**. Journal of Law and Economics, 1960.

_____. **O problema do custo social**, In *Direito e Economia – Textos Escolhidos* (org. Bruno Salama). São Paulo: Saraiva, 2010.

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

CUÉLLAR, Leila. **Introdução às agências reguladoras brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DARI-MATTIACCI, Giuseppe; GAROUPA, Nuno. **Least Cost Avoider**: the tragedy of common safety. *New Haven: Journal of Law, Economics and Organization*, 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Jumen Juris, 2012.

DRESCH, Rafael de Fritas Valle. **A influência da economia na responsabilidade civil**, *In* Direito e Economia (org. Luciano Timm). São Paulo: IOB Thomson, 2005.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. *In*: O novo Código Civil e a Constituição (coord. Ingo Wolfgang Sarlet). 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos: com aplicação em economia, administração e ciências sociais**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GAROUPA, Nuno. **The Law and Economics of Legal Parochialism**. *Illinois Behavior and Social Science Research Papers Series*, 2011, p. 1517-1530.

Disponível em:

<<https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2011/5/Garoupa.pdf>>.

Acesso em: 29/07/2017.

GHERSI, Carlos Alberto. **Valor de la vida humana**. Buenos Aires: Astrea, 2002.

GICO JR., Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. *In*: Direito e Economia no Brasil (org. Luciano Timm). São Paulo: 2014.

GILMORE, Grant. **The Ages of American Law**. New Haven, Yale University Press, 1977.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOTANDA, John. **Punitive damages**: a comparative analysis. Disponível em: <http://papers.ssm.com/sol3/papes.cfm?abstract_is=439884>.

Acesso em: 09/03/2017.

GRECHENING, Kristoffel; GELTER, Martin. **The Transatlantic Divergence in Legal Thought**: American Law and Economics vs. German Doctrinalism. *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 31, No. 1, 2008, p. 297-309.

GRIVOT, Débora Cristina Holembach. **Limites ao valor da indenização**: o problema da função punitiva da responsabilidade civil. *In: Responsabilidade Civil Contemporânea* (org. Otávio Luiz Rodrigues Junior, Gladson Mamede e Maria Vital da Rocha). São Paulo: Atlas, 2011.

JOLLS, Christine. **Behavioral Law and Economics**. Nber Working Paper Series, Working Paper 12879, 2007. Disponível em:

<<http://www.nber.org/papers/w12879.pdf>>. Acesso em: 20/05/2017.

_____; SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Behavioral Law and Economics**. Cambridge University Press, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. **Enriquecimento sem causa e pagamento indevido**. *In: Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional* (coord. Gustavo Tepedino). Rio de Janeiro: Renovar: 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Sttéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª Edição. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luis Guilherme. **Incidente de Resoluções de Demandas Repetitivas – Decisão de questão idêntica x Precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHARDT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil – Volume 3: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Volume V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva – Punitive Damages e o Direito Brasileiro**. Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ). Brasília, nº 28, 2005.

MARTON, G. **Les fondements de La responsabiité civile**. Paris: Imprenta, 1938.

MICHELON JR., Cláudio. **Direito Restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4ª Edição. São Paulo: Renovar, 2009.

_____. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Revista Trimestral de Direito Civil, volume 18, 2004.

NANNI, Giovanni. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo, Saraiva, 2004.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho – una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e Economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto**. *In*: Direito e Economia (org. Luciano Tlmm). São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado – tomo XXVI**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little, Brown & Co., 1973.

_____. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POTHIER, Roberto Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **Il Contrato**. Milão: Guiffrè, 2001.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e Economia – Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

SANTOLIM, Cesar. **Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, nº 3, 2015, p. 407-428.

SHAVEL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics**. In: Direito & Economia (org. Decio Zylberstajn e Rachel Stajn). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TRINDADE, Manoel Gustavo; SANTOLIM, Cesar. **A teoria dos punitive damages: considerações sobre a aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro**. In: Direito e Economia entre o Brasil e o Peru (org. Oksandro Gonçalves, Rodrigo Sánchez Rios e Ricardo Serrano Osorio). Curitiba: Íthala, 2016, p. 385-433.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume 4. 11ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. **Responsabilidade Civil Preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material**. São Paulo: Malheiros, 2014.

VINEY, Gineviève. **Traité de Droit Civil: Introduction à la Responsabilité**. 2ª Edição. Paris: L.G.D.J., 2008.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 130.764, Relator: Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, Publicado em 08/08/1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7, publicada em 03/07/1990.

_____. RESP 1440721/GO, Relatora: Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, Julgado em 11/10/2016.

_____. AgRg no RESP 1241655/SC, Relator: Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, Julgado em 20/09/2016.

_____. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2016/0031713-7, Relator: Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, Julgado em 16/06/2016.

_____. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0259309-9, Relator: Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 09/06/2015;

_____. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2013/0202971-3, Relator: Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 23/09/2014.

_____. Recurso Especial no 60.929/RJ, Relator: Ministro Paulo Costa Leite, Julgado em 18/04/1995

PARANÁ, Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº 0038496-60.2016.8.16.0182, 2ª Turma Recursal Cível, Relatora: Juliane Velloso Stankevecz, Julgado em 27/10/2017.

ESPÍRITO SANTO, 3ª Turma Recursal da Região Norte. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 040/2016, Relator: Marcelo Pimentel, Julgado em 10/03/2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70075287250, Nona Câmara Cível, Relator: Desembargador Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 25/10/2017.

_____. Apelação Cível 70073831232, Décima Terceira Câmara Cível, Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 28/09/2017;

_____. Apelação Cível 70069954626, Nona Câmara de Direito Civil, Relator: Desembargador Eugênio Facchini Neto, Julgado em 14/12/2016.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 2ª Câmara de Direito Privado, Relatora: Desembargadora Rosangela Telles, Julgado em 31/10/2017.

_____. Apelação Cível 0025726-16.2013.8.26.0003, 25ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargador Edgar Rosa, Julgado em 26/10/2017.