

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

BRUNA PAMPLONA DE QUEIROZ

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: a função da responsabilidade civil na
prevenção do dano ao consumidor**

FLORIANÓPOLIS
2015

BRUNA PAMPLONA DE QUEIROZ

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: a função da responsabilidade civil na
prevenção do dano ao consumidor**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves.

FLORIANÓPOLIS
2015

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, pela benção da vida.

Aos meus amados pais, Luiz Paulo e Célia, aos quais sou muito grata por tudo que sou e sei.

À minha querida avó Elzi que, na superficialidade de seus conhecimentos científicos, muito me ensinou sobre a profundidade da vida.

À minha irmã Fernanda que, com seu otimismo, foi de grande valia no decorrer desta monografia.

À Universidade Federal de Santa Catarina e aos amigos que aqui conquistei, com destaque a minha dupla oficial, Guilherme Formanski.

Aos professores, mestres inspiradores e guias do inesgotável caminho do conhecimento, em especial ao Professor Dr. Everton das Neves Gonçalves que, muito generosamente, prestou as orientações necessárias à realização deste trabalho.

Aos meus chefes, Dr. Julio Müller e Dr. Bernardo Beltrão, exemplos de profissionais íntegros e verdadeiramente comprometidos com o Direito.



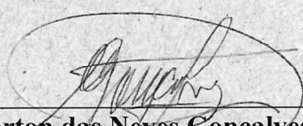
Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

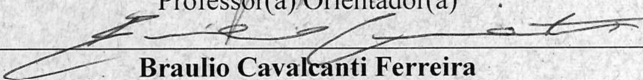
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Análise Econômica do Direito: a função da Responsabilidade Civil na prevenção do dano ao consumidor.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Bruna Pamplona de Queiroz**, defendido em **27/11/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

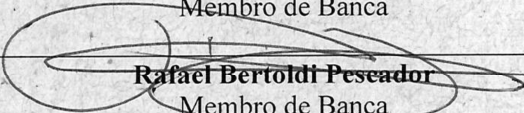
Florianópolis, 26 de Novembro de 2015



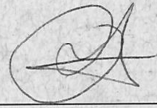
Everton das Neves Gonçalves
Professor(a) Orientador(a)



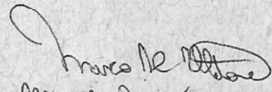
Bráulio Cavalcanti Ferreira
Membro de Banca



Rafael Bertoldi Pescador
Membro de Banca



Rafael Pujol
Membro de Banca


MARCO ANTONIO CÉSAR VILLANORE



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Bruna Pamplona de Queiroz**

RG:

CPF:

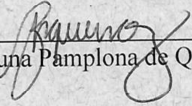
Matrícula: **11103644**

Título do TCC: **Análise Econômica do Direito: a função da**
Responsabilidade Civil na prevenção do dano ao consumidor.

Orientador(a): **Everton das Neves Gonçalves**

Eu, **Bruna Pamplona de Queiroz**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 26 de Novembro de 2015



Bruna Pamplona de Queiroz

DAS UTOPIAS

*Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!*

Mário Quintana

QUEIROZ, Bruna Pamplona de. **Análise econômica do direito: a função da responsabilidade civil na prevenção do dano ao consumidor.** 2015. 78 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo demonstrar que a Análise Econômica do Direito (AED) pode ser útil à prevenção do dano ao consumidor. A “Law & Economics” utiliza o instrumental analítico da microeconomia aplicado ao Direito, a fim de prever a conduta humana diante das normas jurídicas. Nesse viés, a Análise Econômica da Responsabilidade Civil preocupa-se com a implementação de sistema de responsabilidade capaz de estimular tanto os agentes quanto as vítimas a adotarem nível de prevenção e nível de atividade eficiente, para evitar os eventos danosos e minimizar seus custos. Ao aplicar os modelos teóricos da Ciência Econômica às relações de consumo, chega-se à conclusão de que o Código do Consumidor brasileiro adota, adequadamente, a responsabilidade objetiva, ao induzir o fornecedor a assumir o nível ótimo de precaução, independente do conhecimento do consumidor sobre os riscos do produto. A AED distingue-se da perspectiva jurídica tradicional ao abordar a prevenção, em detrimento da indenização, como função precípua da responsabilidade civil e ao utilizar a Regra de Hand como “standard” de diligência, definindo a conduta culposa quando os custos de cuidado são menores do que a probabilidade de ocorrência do acidente, multiplicada pelos custos do dano causado – como ocorre no “dano eficiente”. Esse tipo de situação justifica o uso dos “punitive damages”, instituto da “Common Law”, no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque uma indenização extraordinária, isto é, além da compensação do dano, serviria de punição e de prevenção geral à reiteração do comportamento danoso. Ainda que parte dos “punitive damages” deva ser destinada a fundo de proteção específico, em resposta ao argumento contrário de impossibilidade de enriquecimento ilícito. Conclui-se, portanto, que a lógica da AED é compatível com a legislação pátria e que seus institutos podem servir de instrumento de maior proteção ao consumidor.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito, Responsabilidade Civil, Dano, Consumidor, Regra de Hand, Punitive Damages.

QUEIROZ, Bruna Pamplona de. **Economic analysis of law** : the role of tort law in preventing consumer harm. 2015 78 f . TCC (Graduation) - Law School, Legal Sciences Center, Federal University of Santa Catarina, Florianópolis , 2015.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate that the Economic Analysis of Law (AED) may be useful to prevent damage to the consumer. The "Law & Economics" uses the analytical tools of microeconomics applied to the law in order to predict human behavior in the face of legal rules. In this bias, the Economic Analysis of Tort Law concerned with the implementation of responsibility system capable of stimulating both agents and victims to adopt level of prevention and efficient level of activity, to prevent the damaging events and minimize their costs. Applying theoretical models of economic science to consumer relations, one comes to the conclusion that the Brazilian Consumer Code adopts fairly, strict liability, to induce the supplier to take the optimal level of care, regardless of consumer knowledge about the risks of the product. The AED is distinguished from traditional legal perspective to address the prevention, rather than compensation, as primary function of civil liability and to use the Hand's Rule as "standard" of care by setting the negligent conduct when care costs are lower than the probability of occurrence of the accident, multiplied by the cost of the damage caused - as in "efficient damage." This type of situation justifies the use of "punitive damages", Institute of "Common Law", in the Brazilian legal system. This is why an extraordinary compensation, besides the compensation of the damage, would serve as a general deterrent punishment and the repetition of harmful behavior. Nonetheless, part of "punitive damages" should be destined to a specific protection fund in response to the contrary argument of illicit enrichment impossibility. We conclude, therefore, that the logic of EDA is compatible with Brazilian legislation and its tools may provide greater consumer protection instrument.

Keywords: Economic Analysis of Law, Tort Law, Damage, Consumer, Hand's Rule, Punitive Damages.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Curva de Custo Social.....	56
Gráfico 2: Nível Ótimo de Precaução	57

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Estudo do Dano em Acidente Unilateral.....	59
Tabela 2: Estudo do Dano em Acidente Bilateral	60
Tabela 3: Bem-Estar Social.....	62
Tabela 4: Estudo do Dano nas Relações de Consumo.....	64

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACOES

AED – Análise Econômica do Direito

LaE – Law & Economics

PEES – Princípio da Eficiência Econômica Social

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

Art. – Artigo

REsp. – Recurso Especial

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	14
2.1	Conceito e história do movimento com ênfase na responsabilidade civil	14
2.1.1	PRECURSORES	15
2.1.2	“ONDAS” DA AED	16
2.1.2.1	Primeira “onda”	16
2.1.2.2	Segunda “onda”	18
2.1.3	PANORAMA ATUAL E CRÍTICAS AO MOVIMENTO.....	20
2.2	Instrumentalização	22
2.2.1	MAXIMIZAÇÃO DO BEM-ESTAR	22
2.2.2	EFICIÊNCIA: TEORIA DE PARETO E TEORIA DE KALDOR-HICKS	24
2.2.2.1	Princípio da Eficiência Econômica Social.....	25
2.3	Teorema de Coase	27
3	A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL	29
3.1	Responsabilidade Civil	29
3.1.1	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	30
3.1.1.1	Ação e omissão	30
3.1.1.2	Nexo de causalidade	32
3.1.1.3	Dano	35
3.1.1.4	Culpa “lato sensu”	36
3.1.2	RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA	39
3.2	Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor	40
3.2.1	RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO.....	43

3.2.2	RESPONSABILIDADE CIVIL PELO VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO	45
3.2.3	EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	47
3.3	Dano eficiente: caso <i>Ford Pinto</i>	48
4	ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	51
4.1	Funções da Responsabilidade Civil na perspectiva jurídica tradicional e na perspectiva da <i>AED</i>	52
4.2	Custo social dos acidentes	54
4.2.1	MODELOS TEÓRICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	58
4.2.1.1	Nível de prevenção	58
4.2.1.2	Nível de atividade.....	61
4.2.2	ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO PRODUTO ..	64
4.3	Regra de Hand	66
4.4	“Punitive Damages”	68
5	CONCLUSÃO.....	73
	REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz como tema a Análise Econômica da Responsabilidade Civil, que tem o dano como seu objeto principal. A todo o momento, diante da latência dos acidentes, em uma sociedade complexa e dinâmica, como a atual, corre-se o risco de ser lesante ou lesado. A proximidade com o objeto já evidencia a importância do tema; porém, esta pesquisa inova ao explorar, em especial, o dano sofrido pelo consumidor, dada sua posição de vulnerabilidade nas relações de consumo.

Por meio deste estudo pretende-se, primeiramente, comprovar a possível interdisciplinaridade entre Direito e Economia, duas ciências autônomas, mas, também, complementares. Requer-se, ainda, comprovar a compatibilidade do raciocínio da Análise Econômica do Direito (AED), marcadamente norte-americano, com o ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, o movimento de Direito e Economia vem gradualmente ganhando espaço, tendo, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça reconhecido a lógica da AED em recente julgamento proferido no REsp 1.163.283/RS. Acontece que a utilização de teorias derivadas de ordenamentos jurídicos estrangeiros exige o estudo sério de tais institutos a fim de se evitar distorções.

Com isso, busca-se estudar o instrumental desenvolvido pela Análise Econômica da Responsabilidade Civil – modelos teóricos, “Regra de Hand”, “cheapest cost avoider”, “punitive damages” – a fim de entender seu funcionamento e sua possibilidade de aplicação pelos tribunais pátrios.

A “Law & Economics” procura compreender e prever as consequências decorrentes da adoção de determinada norma jurídica ao comportamento humano. Nesse contexto, questiona-se de que forma as regras de responsabilização poderiam prevenir os chamados danos eficientes – quando o empresário, por meio de uma análise custo/benefício, prefere pagar as indenizações a prevenir o dano? Estaria o consumidor realmente protegido pelo Código de Defesa do Consumidor ao utilizar a teoria objetiva?

Para tanto, no Capítulo 1, serão abordados os principais conceitos de Análise Econômica do Direito; sua evolução histórica, perpassando pela primeira e segunda “onda” até os dias de hoje; bem como o instrumental utilizado pelo Direito e Economia, com suas principais concepções e o Teorema de Coase, que serve de base à fundamentação do movimento.

O segundo Capítulo versará a respeito da responsabilidade civil, disciplinada pelo Código Civil. Para isso, serão analisados seus elementos essenciais na formação do dever de indenizar, como também suas espécies, em atenção à responsabilidade civil objetiva, que elide a culpa como um dos seus requisitos.

Posteriormente, será estudada a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, a fim de entender o mecanismo indenizatório nas relações de consumo. Nesse momento, será feita a distinção entre a responsabilidade civil pelo fato e pelo vício, destacando o tipo de responsabilidade de cada partícipe da cadeia de produção e comercialização do produto ou serviço, inclusive com as hipóteses de excludentes de responsabilidade disciplinadas na lei consumerista. Ainda, será abordado o dano eficiente, a partir do caso paradigma “Ford Pinto”.

No Capítulo 3, serão estudadas as diferentes abordagens funcionais da responsabilidade civil, através da perspectiva jurídica tradicional e da AED. Também serão analisados os custos sociais ou totais dos acidentes, a partir da classificação de Guido Calabresi, em primários, secundários e terciários, através de gráficos representativos do nível eficiente de precaução necessário para atingir o menor custo social.

Ademais, serão analisadas, por meio dos modelos teóricos econômicos, quais as regras de responsabilização estimulam a adoção de um nível ótimo de precaução e de atividade, em acidentes unilaterais e bilaterais. Além da aplicação desses modelos no contexto das relações de consumo.

E, por último, serão explicados os fundamentos de dois instrumentos amplamente utilizados no “Common Law” – a “Regra de Hand” e o “punitive damages” – e de que maneira cada um poderia ser aplicado, na Legislação Brasileira, com o objetivo de definir conduta padrão de diligência, no caso do primeiro, e um “quantum” punitivo capaz de minimizar os danos eficientes sofridos pelos consumidores, na situação do segundo.

O método de abordagem do presente trabalho é o dedutivo, e, como auxiliar, o comparativo. Utiliza-se o procedimento de análise bibliográfica e jurisprudencial.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

No presente capítulo, serão apresentados os conceitos de Análise Econômica do Direito; sua evolução histórica, perpassando pela primeira e segunda “onda” até os dias de hoje; bem como o instrumental utilizado pelo Direito e Economia, com suas principais concepções, e o Teorema de Coase, que serve de base à fundamentação do movimento.

2.1 Conceito e histórico do movimento com ênfase na Responsabilidade Civil

O Movimento de Direito e Economia é usualmente definido como “a aplicação da teoria e de métodos econométricos no exame da formação, estrutura, processos e impacto do Direito e das instituições jurídicas”. (BATTESINI, 2011, p.25)

A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, utiliza-se do instrumental analítico e empírico da Economia, especialmente da microeconomia, a fim de “compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico”. (TIMM, 2012, p.14)

Isso porque, a Ciência Econômica oferece, ao operador do Direito, padrão útil (teoria comportamental) que permite avaliar se as leis e as políticas públicas estão servindo ao objetivo social a que se destinam e prever os efeitos que as normas jurídicas geram sobre o comportamento humano a partir de critérios científicos e de método amparado na eficiência.

Enquanto o Direito é “verbal, hermenêutico” e tem como fim a justiça; a Ciência Econômica é “numérica, empírica” e tem a “cientificidade” como objetivo principal. (MENDONÇA, 2012, p.13)

Apesar dos contraentes e de pertencerem a campos autônomos, existe uma relação de complementariedade entre ambas que permite ao Direito influenciar e ser influenciado pela Economia, não somente no momento de elaboração normativa, como também, na solução dos casos concretos pelos interpretes e aplicadores da lei.

O Direito e Economia é, portanto, modelo de análise ou proposta de estudo que se aplica aos diversos ramos do direito, tais como, a negociação contratual, o direito de danos, o direito de propriedade, o direito empresarial, o direito penal, etc.

Para a Law & Economics (LaE), o papel da lei é realocar as perdas, conceder incentivos a fim de reduzir os prejuízos e de melhor utilizar os escassos recursos, em realidade, na qual as demandas humanas são ilimitadas. Além disso, serve como instrumento para atingir objetivos de políticas públicas. Nesse sentido, explica Mendonça (2012, p.14):

Se o estudioso do direito está preocupado com as consequências dos conflitos que inevitavelmente emergem na sociedade (olhar ex post), o economista volta-se aos efeitos que as regras jurídicas possuem nos comportamentos das pessoas antes mesmo que os conflitos surjam (olhar ex ante).

O diálogo entre Direito e Economia pode render bons frutos ao permitir visão mais global do fenômeno jurídico, a partir de olhares “ex ante” e “ex post”, possuindo papel socializante à medida que não procura apenas as soluções dos acidentes já ocorridos, mas também maneiras alternativas de evitá-los ao menor custo.

A Análise Econômica do Direito pode adotar metodologia normativa ou positiva. De acordo com Luciano Timm (2012, p.15), a análise positiva verifica o “mundo dos fatos” através de “métodos científicos” cujos resultados podem ser adulterados; já a análise normativa tem o “mundo dos valores” como objeto de estudo, não sendo passível de “investigação empírica, de prova ou de falsificação”.

O estudo da Análise Econômica do Direito pode ser considerado o desenvolvimento mais importante no campo do Direito nos últimos cinquenta anos, aperfeiçoando a compreensão do operador do Direito aos fenômenos sociais e auxiliando na tomada de decisões jurídicas racionais ao sobrepesar custos e benefícios ou ponderar valores sociais em conflito.

2.1.1 PRECURSORES

A relação entre Direito e Economia não é nova e remonta ao Direito natural desenvolvido pela “escolástica medieval e pelos filósofos do Direito natural do Século XVII”, conforme os ensinamentos de Battesini (2011, p.27).

Posteriormente no Século XVIII, o utilitarismo, forma evoluída do Direito natural - que garante o máximo de satisfação para o maior número de pessoas - constituiu o fundamento para a moderna teoria econômica.

David Hume, Cesare Beccaria, Adam Smith e Jeremy Bentham são os principais precursores do movimento de Direito e Economia. Tais pensadores, segundo Battesini (2011, p.29), já consideravam “a análise do comportamento humano como resultado de escolhas racionais, de cálculo de custos e benefícios influenciados por políticas públicas e pelo sistema jurídico”.

2.1.2 “ONDAS” DA AED

De maneira didática, Battesini (2011, p.25-26) divide a história da interação entre Direito e Economia em três estágios: precursores (período anterior à década de 1830), primeira onda (período de 1830 a 1930) e segunda onda (período posterior à década de 1930) – como serão estudados mais aprofundadamente abaixo.

2.1.2.1 Primeira “onda”

A primeira “onda” de Direito e Economia iniciou-se na Europa, no período compreendido entre 1830 e 1930, identificando-se, especialmente, com a escola histórica alemã e atingiu os Estados Unidos por meio do movimento institucionalista. Além disso, como ensina Battesini (2011, p.29), recebeu influências “da ideologia marxista, da escola austríaca, do realismo jurídico norte-americano e do pensamento econômico neoclássico”.

Na concepção da escola histórica alemã, a ciência jurídica era vista como um “fenômeno espontâneo da sociedade”, sendo assim, possuía “validade relativa” e se encontraria em incessante “processo de transformação”, de forma que poderia evoluir no mesmo ritmo da economia e de outros fenômenos sociais. (BATTESINI, 2011, p.29)

No entanto, a Ciência Econômica adotava “concepção relativista e orgânica da sociedade”, convergindo em alguns aspectos com os demais fatores sociais, principalmente com o jurídico. Ao Direito caberia impulsionar o progresso socioeconômico das nações ao determinar a forma das relações econômicas na sociedade. (BATTESINI, 2011, p.30)

O pensamento de Max Weber também reconhece a existência da interação entre os fenômenos econômicos, jurídicos, políticos e culturais como formadores do “sistema social” (BATTESINI, 2011, p.31)

No âmbito da escola austríaca, autores como Rudolf von Jhering e Otto von Gierke encontravam no utilitarismo social do Direito o caminho a fim de que os institutos de direito privado se subordinassem aos objetivos sociais.

No campo da responsabilidade civil, destaca-se Victor Mataja ao utilizar argumentos econômicos que justificassem uma maior normatividade nessa área, em sua obra A Lei de Compensações sobre o Ponto de Vista Econômico, e ao propor a adoção de regras de responsabilidade civil objetiva em vista do crescente processo de industrialização da Europa no último quarto do Século XIX.

A teoria econômica neoclássica ganha espaço na Europa, no último quarto do século XIX, com base na noção de eficiência e no raciocínio matemático a fim de explicar os fenômenos econômico-sociais. Cita Battesini (2011, p.37) ao referenciar as principais características do pensamento neoclássico:

Comportamento racional-maximizador por parte dos agentes econômicos; ausência de problemas de informação crônicos; ênfase em movimento tendentes a estados de equilíbrio (ordem natural mecanicista); e consideração dos fatores de natureza institucional, tal como o sistema jurídico, como elementos externos aos modelos teóricos.

Ainda no contexto do pensamento neoclássico, Arthur Pigou abordou o fenômeno das externalidades - importante conceito à responsabilidade civil - entendido como as consequências, sejam elas positivas ou negativas, que certa atividade ou relação econômica provoca em relação a um terceiro.

Quando negativa a externalidade, a não integralização do seu impacto no processo de produção de bens e serviços afeta a eficiência social da “alocação dos recursos e a dinâmica de funcionamento do sistema econômico”, já que parte dos custos é transferida para a sociedade, de maneira que o preço dos bens não seja proporcional a sua escassez relativa. A solução apontada por Pigou encontrava-se na tributação da atividade geradora de externalidades negativas – o que foi alvo de crítica por Ronald Coase, na década de 1960. (BATTESINI, 2011, p. 38-39)

Os estudos de Direito e Economia encontram, nas primeiras décadas do Século XX, maior espaço nos Estados Unidos, através do desenvolvimento do institucionalismo econômico norte-americano. Influenciados pela escola histórica alemã, autores como Thorstein Veblen, Richard Ely e John Commons adotaram postura crítica à teoria econômica neoclássica ao perceberem que a Economia, de maneira dinâmica, influencia reciprocamente o Direito e enxergaram a distribuição social de riqueza como produto do sistema jurídico que deve ponderar os interesses públicos e privados diante da escassez dos recursos de produção.

O institucionalismo acaba por influenciar também autores como Karl Llewellyn, Robert Hale e Oliver Holmes Jr., expoentes do realismo jurídico norte-americano – movimento preocupado com a busca do conteúdo real do Direito, visto como instrumento para alcançar objetivos socialmente relevantes, considerando os efeitos econômicos das normas jurídicas, a partir de um processo de ponderação de perdas e ganhos.

As décadas de 1940 e 1950 registram a perda da influência do pensamento econômico institucionalista e do pensamento jurídico realista ao negligenciar a análise

interativa entre Direito e Economia.

2.1.2.2 Segunda “onda”

No início do Século XX, prevalecia, na sociedade ocidental moderna, segundo ensinamento de Battesini (2011, p.43), um “ideal de racionalidade fundado na atuação do Estado moderno, no sistema econômico capitalista e na justiça formal”.

No cenário da dogmática jurídica racional, o positivismo jurídico de Hans Kelsen e sua “teoria pura do Direito” pregavam uma ordem jurídica “escalonada de normas, fechada e completa” e um conceito autônomo de Direito, que tivesse uma forma regular e respeitasse um sistema normativo formal, a fim de garantir a “segurança, objetividade e previsibilidade das relações sociais”. A dogmática econômica, de igual maneira, absteve-se da influência de qualquer tipo de “orientação do agir”, negando “diretrizes políticas ou extra econômicas” e de fatores relacionados ao Direito. (BATTESINI, 2011, p.44)

Nesse período, estando o Direito e a Economia em campos diametralmente opostos, o único ponto de contato entre as duas ciências encontrava-se no estudo da concorrência. No entanto, ao final da década de 1940, apresentou-se o início da segunda “onda” de Direito e Economia, marcada pelos esforços de Aaron Director em fundir os fundamentos econômicos no estudo de casos jurídicos de antitruste, em suas aulas, na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.

Com o tempo os estudos econômicos passaram a abranger outras áreas do Direito, a exemplo da publicação do “Jornal of Law and Economics”, em 1958, que teve o próprio Aaron Director como seu primeiro diretor, posteriormente substituído por Ronald Coase.

Dois anos mais tarde, Ronald Coase publicou o artigo “The Problem of Social Cost”, considerado o marco teórico da segunda “onda”. E, em 1961, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, de Guido Calabresi, é divulgado na revista da Faculdade de Direito de Yale.

As inovadoras proposições teóricas formuladas por Ronald Coase, explica Battesini (2011, p.49), fizeram surgir, ao longo da década de 1960 e seguintes, uma “nova economia institucional” com o “contemporâneo movimento de Direito e Economia, em especial na perspectiva de análise econômica do Direito desenvolvida pela escola de Chicago”.

Guido Calabresi (1961), em contrapartida, contribuiu à discussão da eficiente alocação dos custos dos acidentes sustentando que deve haver proporção entre o preço dos bens e os custos totais de produção e que as atividades de risco devem arcar com as perdas

delas decorrentes. A partir de suas ideias, o sistema de responsabilidade civil passou a ser visto como uma forma de controle das externalidades negativas.

No final da década de 1950 e no início da década de 1970, outros autores destacaram-se no estudo da LaE, tais como: Anthony Down, James Buchanan, Gordon Tullock, Gary Becker, George Stigler, Friedrich Hayek, Armen Alchian, Harold Demset, Douglass North, Warren Samuels e Pietro Trimarchi.

Entre eles, Stigler (apud BATTESINI, 2011, p.54) defendia uma teoria econômica da regulação pública, ao analisar que a “regulação favorece ao interesse privado de grupos politicamente influentes, normalmente produtores ou setores da indústria regulada, em detrimento dos interesses dos consumidores”. Já Pietro Trimarchi deixou importante legado ao desenvolver modelo analítico de responsabilização objetiva pelo risco de empreendimento

As décadas de 1970 e 1980 assinalam o período de maior aceitação, expansão do movimento de Direito e Economia, e de passagem do paradigma moderno para o pós-moderno que, ao adotar visão mais sistêmica do todo, aproximou a Teoria Econômica das demais teorias sociais, em especial da Ciência Jurídica.

Com o paradigma pós-moderno, adotou-se perspectiva sistêmica, de modo que a Teoria Jurídica passou a utilizar-se do instrumental analítico fornecido pela Ciência Econômica. Nesse contexto, Richard A. Posner redimensionou o movimento de Direito e Economia, com a publicação do livro “Economic Analysis of Law” (1973) ao demonstrar de que forma os fundamentos econômicos poderiam servir ao estudo das principais doutrinas do “common law” e à análise de todas as áreas do Direito.

Nos ensinamentos de Posner, o sistema de regras da “common law” servia como estímulo à conduta das pessoas a se comportarem de maneira eficiente, isto é, passível de maximizar a riqueza na sociedade. Com seus textos “A Theory of Negligence” (1972) e “Strict Liability: a Comment” (1973), o autor inovou ao afirmar que o sistema de responsabilidade civil deve ter como função precípua a criação de regras que induzam a níveis eficientes de acidentes e segurança - introduzindo a Análise Econômica da Responsabilidade Civil na “common law”.

Outras contribuições de Posner são listadas por Battesini (2011,p.66): “a incorporação de elementos como a participação da vítima no evento danoso, o nível de atividade de risco desenvolvida, os custos de litígio, a dispersão das perdas com acidentes e o nível de informação sobre a atividade de risco”.

Apesar do expressivo desenvolvimento, foi somente nas décadas de 1970 e 1980 que

ocorreu o verdadeiro crescimento, maturação e consolidação do movimento de Direito e Economia. Na metade da década de 1980, a Economia do Direito já se estabelecia como área de estudo jurídico na América do Norte.

Nesse contexto, a Análise Econômica da Responsabilidade Civil ganhou destaque, com os marcos teóricos contemporâneos: “Economic Analysis of Accident Law” (1987), de Steven Shavell, e “Economic Structure of Tort Law” (1987), de William Landes e Richard Posner – ainda que a influência de tais autores fosse incipiente na doutrina brasileira.

2.1.2.3 PANORAMA ATUAL E CRÍTICAS AO MOVIMENTO

Atualmente, a AED representa movimento heterogêneo formado por diversas correntes de pensamento que se conectam entre si por adotarem princípios semelhantes e procedimentos metodológicos comuns, são elas: a Escola de Chicago; a Escola de Yale (New Haven); a teoria das escolhas públicas, “public choice”; o Direito e Economia Institucional; a Nova Economia Institucional; e, a Escola Austríaca - além de abordagens instrumentais complementares, como a teoria dos jogos.

A Escola de Chicago é a vertente mais difundida do movimento da Law & Economics, com representantes como Ronald Coase, Gary Becker, George Stigler e Richard Posner. Além de apresentar a maximização do bem-estar como abordagem básica de trabalho, Battesini (2011,p.72) lista outras características:

(...) instrumental analítico microeconômico, calcado na teoria dos preços, na eficiência alocativa e em soluções de equilíbrio ótimo – no sentido de Pareto ou, com maior frequência, no sentido de Kardor-Hicks, com o propósito de analisar o Direito, considerado como instrumento cujo objetivo principal é a promoção de eficiência econômica.

Os autores da Escola de Chicago defendem o papel regulador do Estado de corrigir as falhas de mercado, isto é, as externalidades negativas, através de um sistema de responsabilidade civil capaz de produzir regras eficientes na minimização dos custos sociais dos acidentes.

Escola de Yale ou de New Haven, também conhecida por paradigma progressista ou reformista da Análise Econômica do Direito, aproveitou-se do arcabouço teórico de Guido Calabresi e, igualmente, preconiza a função reguladora do Estado. No entanto, a Escola de Chicago enfatiza a eficiência alocativa, enquanto que a Escola de Yale destaca a importância da adoção de políticas públicas em outras áreas mais abrangentes.

Já os fenômenos políticos no campo da Ciência Política e do Direito Público são

objetos de estudo da Teoria das Escolhas Públicas, “public choice”, através de autores como Anthony Downs, James Buchanan e Gordon Tullock.

A corrente de Direito e Economia Institucional preocupa-se de sobremaneira com o papel desempenhado pelas instituições a partir da premissa de que elas são importantes fatores na determinação da estrutura e no desempenho econômico. A teoria apresenta como marco teórico os trabalhos de Ronald Coase, Douglass North e Oliver Williamson.

A Escola Austríaca, sob a influência de autores liberais como Carl Menger e Friedrich Hayek, tem seu ponto central na ideia de ordem social espontânea, ou “spontaneous order”, na qual as instituições encontram-se em processo natural de evolução, a fim de se adaptarem à complexa realidade social.

Quanto ao instrumental complementar, a Teoria dos jogos é utilizada como ferramenta matemática em situações de interação estratégica, quando a escolha de uma pessoa depende da escolha de outra e vice-versa. O objetivo da teoria dos jogos, analisa Battesini (2011, p.82), é “prever as escolhas estratégicas que os jogadores irão realizar, por exemplo, prever como os indivíduos reagem diante das normas jurídicas vigentes e como reagirão a alterações legislativas.” (BATTESINI, 2011, p.82)

Apesar de ter alcançado seu maior desenvolvimento nos Estados Unidos da América, o movimento de Direito e Economia tem sido bem recebido em diversos outros países, em especial Alemanha, Itália, Holanda e Portugal. Na América Latina, a influência do movimento é mais expressiva em países como Argentina, México e Peru.

No Brasil, as ideias de Análise Econômica do Direito vêm, gradualmente, sendo incorporadas pelos grandes doutrinadores e julgadores, através de vozes ativas como Guiomar Therezinha Estrella Faria (UFRGS) e Everton das Neves Gonçalves (UFSC).

Mesmo que notável a aceitação do Movimento, as opiniões à Law & Economics não são favoravelmente unânimes, como se observa em trecho do livro Diálogos com a Law & Economics:

Nesse caminho se reconhece que não há salvação transcendente; inexistente um método absoluto, universal, capaz de dar o conforto prometido pela Law and Economics. A decisão judicial não confere a verdade anunciada pelo critério, salvo pela fé – que remove retoricamente montanhas –, baseada no mito Divino, da Ciência ou do Mercado que estruturalmente funcionam no mesmo lugar e podem aplacar a angústia, tamponar a falta, dos sujeitos, mas é incapaz de impedir o reconhecimento de seus limites. (ROSA; LINHARES, 2011, p. 92)

Além de argumentar no sentido de que a Law & Economics não serve de panaceia a todos os problemas jurídicos – papel que de fato nunca se prestou –, os respeitadores autores

criticam certo “colonialismo” da teoria econômica sobre o Direito, com a incorporação de ideologia neoliberal, em proveito da crise do Estado Social, de modo a transformá-lo em “verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico”. (ROSA; LINHARES, 2011, p. 56-57)

Outras críticas já foram tecidas em relação ao Movimento – como o fato de a eficiência ser prioridade em um sistema jurídico que adota valores não monetários – muitas das quais já foram rebatidas por Posner. No entanto, busca-se esclarecer, neste trabalho, que a Teoria Econômica oferece seu instrumental de forma a criar critérios às decisões judiciais e legislativas a fim de auxiliar o sistema jurídico, de forma a conjugar a função precípua do Direito de realização de justiça com a de concretização dos objetivos sociais, por meio da eficiência.

2.2 Instrumentalização

Para entender a lógica da Law & Economics, é necessário, em primeiro plano, compreender de forma consistente seus principais conceitos que estruturam toda a ideia preconizada pelo movimento.

Nesse ponto, estudam-se as premissas básicas do Direito e Economia: a maximização do bem-estar e os significados de eficiência - num contexto em que a instrumentalidade serve ao objetivo primordial da análise econômica de prever ou comparar as variáveis antes da ocorrência do fato.

2.2.1 MAXIMIZAÇÃO DO BEM-ESTAR

Ao estudar a teoria das escolhas racionais ou da maximização do bem-estar, deve-se compreender que a teoria econômica parte da premissa básica de que os recursos são escassos, enquanto que as demandas humanas são ilimitadas.

A teoria da escolha racional explica que a escassez de recursos obriga os indivíduos a buscarem a maximização de suas preferências por meio de um sistema de custos e benefícios, em que o agente racional tomará a decisão que lhe proporcionará o maior ganho em detrimento do maior custo que teria se optasse por outra prática. É o que se entende por “processo marginalista de tomada de decisão”, no qual “o indivíduo somente realizará a atividade marginal, qualquer que seja ela, se os benefícios marginais superarem ou se igualarem aos custos marginais”. (MENDONÇA, 2012, p. 21)

Em relação à maximização do bem-estar, aprofunda Battesini (2011,p.72):

A abordagem da escola de Chicago adota como hipótese básica de trabalho que os seres humanos agem, racionalmente, tomando decisões de acordo com sua escala de preferências, imbuídos do propósito de maximizar seu bem-estar individual, seja nas relações de mercado, mediante ponderação dos custos e dos benefícios envolvidos e resposta aos incentivos proporcionados pelo sistema de preços, seja nas relações extramercado, em especial quando os indivíduos decidem sobre como agir perante o direito, que atua como sistema de incentivos, como mecanismo transmissor de preços implícitos.

Depreende-se do trecho acima que as pessoas em situações de escolha primam pelos interesses pessoais, de modo a maximizar racionalmente suas utilidades ou bem-estar, incluindo benefícios não apenas monetários.

Para isso, utilizam o critério de Posner¹ que, diferentemente do utilitarismo de Bentham que preconizava a máxima da felicidade ao maior número de pessoas, prefere valer-se do conceito de riqueza para justificar a postura que deverá ser adotada.

Considerando que proteger direitos consome proventos, os problemas jurídicos atingem, por consequência, a esfera econômica que se ocupa da alocação eficiente dos recursos restantes. Entende a Teoria Econômica que sempre em situações de escolha, o indivíduo terá que abrir mão de alguma opção, chamada de “trade off” ou custo de oportunidade. Por isso, pode-se afirmar que toda escolha humana apresenta custos de oportunidade.

O mapa da indiferença utilizado pela Análise Econômica da Responsabilidade Civil serve para melhor visualizar as diferentes situações em que o indivíduo obtém a mesma utilidade (ou satisfação), diante de diversas combinações entre duas variáveis. Chama-se curva de indiferença o conjunto dessas combinações.

O método empregado pela análise econômica parte do comportamento individual para explicar o coletivo, ao avaliar os fenômenos coletivos como o somatório das escolhas individuais, como preconiza a economia neoclássica.

Há de se reconhecer, no entanto, que o princípio da maximização do bem-estar apresenta uma racionalidade limitada, considerando que o agente escolherá a melhor opção conhecida, podendo, posteriormente, entender não se tratar da alternativa ótima quando possuir mais informações. Além disso, ainda que presente todas as informações necessárias, nem sempre quem decide terá condições de processá-las de forma ótima a fim de chegar à

¹ Em verdade, Posner muda seu pensamento nos anos 90 (pragmatismo).

melhor decisão.²

2.2.2 EFICIÊNCIA: TEORIA DE PARETO E TEORIA DE KALDOR-HICKS

A questão da eficiência é definida por Mendonça (2012, p.23) como “um problema de maximização da riqueza, que envolve necessariamente uma relação entre custo e benefício”, uma vez que se preocupa “com o tamanho do bolo”, enquanto que a equidade cuida da melhor maneira de dividi-lo.

Os economistas utilizam dois principais conceitos para explicar a eficiência: o conceito de Pareto e o de Kaldor-Hicks.

A eficiência paretiana é alcançada, segundo Luciano Timm (2012,p.21), quando “não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem”.

Faz-se necessário ressaltar que os efeitos atingidos pela alocação de recursos derivam de valores subjetivos, devendo os próprios sujeitos envolvidos julgar se a sua situação piorou ou não. Diz respeito, portanto, a uma “satisfação de preferências pessoais”, como explica Cooter & Ullen (2012, p.38).

O critério de Pareto, no entanto, recebe algumas críticas no que tange a sua rigorosidade ao ser usado no julgamento de decisões sociais, quando uma ação não é considerada eficiente apenas por gerar um pequeno dano a alguém, ainda que propicie grandes benefícios para a sociedade.

Além disso, é bastante criticado por mostrar-se critério estanque do sistema social, uma vez que um estado pode ser Pareto ótimo, ainda que haja “algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando no luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos”. (MENDONÇA, 2012, p.23).

Diante das desaprovações, recorre-se ao critério de Kaldor-Hicks, ou “melhoria potencial de Pareto”, para explicar as “situações nas quais há indivíduos inicialmente prejudicados pela mudança, mas o benefício daqueles que foram favorecidos é tal que seria suficiente para compensar integralmente os prejuízos dos desfavorecidos”. (ACCIARRI, 2014, p.27)

² Nesse sentido, ver: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse Économique du Droit*. 2.ed. Montréal: Dalloz, 2008, p. 28-29.

A mudança, nesse caso, faz surgir as figuras de “vencedores” e de “perdedores”, exigindo-se, no entanto, que os primeiros ganhem mais do que os segundos perdem, a fim de que seja possível a integral reparação das perdas sofridas.

Trata-se de uma melhoria potencial de Pareto, visto que não há exigências para que a compensação ocorra de fato, somente que seja teoricamente possível ao beneficiário compensar o prejudicado.

O critério de Kaldor-Hicks, explica Mendonça (2012, p.24), consiste em “importante técnica de análise da relação custo-benefício”, uma vez que “permite avaliar objetivamente os resultados decorrentes da aplicação de determinada regra jurídica”. No entanto, não se encontra isento de críticas, ao negligenciar o problema da distribuição, em detrimento do nível de riqueza.

Robert Cooter e Thomas Ullen (2010, p.31-32) rebatem tal questionamento ao defenderem que não cabe ao Judiciário, através do Direito privado, preocupar-se com a redistribuição de riqueza, mas apenas com a eficiência, devendo a justiça social estar a cargo das políticas públicas e dos sistemas tributários.

Para os referidos autores, “o direcionamento impreciso, as consequências imprevisíveis, os custos transacionais elevados e as grandes distorções nos incentivos” são argumentos para contrapor os objetivos redistributivos do Direito privado. (COTTER; ULLERN, 2010, p.32)

Richard Posner seguia o mesmo raciocínio ao afirmar que os juízes, ainda que saibam como deve ser feita a distribuição, não possuem instrumentos eficazes para procedê-la.

Em relação à suposta dicotomia existente entre eficiência e justiça, os juseconomistas preconizam que toda política pública adotada deve ser eficiente, de forma a evitar desperdícios. Isso porque “todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios”. (TIMM, 2012, p.27-28) Justiça e eficiência seriam, portanto, conceitos complementares e não contraditórios.

2.2.2.1 Princípio da Eficiência Econômica Social

O diálogo entre Direito e Economia, *a priori*, parece impossível quando um preconiza a maximização da riqueza a partir de um critério de eficiência, e o outro tem como

premissa a igualdade entre os sujeitos, de forma a tratar os desiguais na medida de sua desigualdade.

Gonçalves (2014) é um dos pioneiros no estudo da Análise Econômica do Direito no Brasil e propôs inovadora abordagem capaz de harmonizar a necessidade de otimização de recursos com a alocação eficiente desses em benefício da sociedade, através do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES)³.

Gonçalves e Stelzer (2014, p.262) descrevem o PEES, como uma “distinta possibilidade de interação econômico-jurídica socialmente inclusora; progressista e capacitada para a realização dos Direitos individuais e sociais de forma eficaz e eficiente; permitindo racionalidade e humanização para a norma positivada”. Além disso, ressaltam a importância dos dilemas da vida humana em meio aos contextos econômicos, políticos e jurídicos.

O PEES trata-se, portanto, de uma opção de política jurídica, podendo ser utilizado no momento da elaboração, da aplicação ou, até mesmo, da análise judicial da norma, de modo a “zelar pelos interesses e prerrogativas, tanto dos incluídos como dos socialmente excluídos”. (GONÇALVES; STELZER, 2014, p.263)

A busca pela eficiência é feita dentro de limites determinados pelo Estado, entendidos por Mínimo Ético Legal (MEL), de forma que ao se aplicar métodos jurídico-econômicos, leve-se com consideração não apenas a ampliação da riqueza, mas também a “inclusão social como forma ideal de eliminação das externalidades”. (GONÇALVES; STELZER, 2014, p.272)

A partir de critérios progressistas de distribuição da riqueza, busca-se a eliminação do desequilíbrio social (equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos), através da compensação dos interesses de terceiros prejudicados em função da adoção da solução eficiente e “mediante tratamento equitativo aos iguais e, diferenciado aos desiguais, difundindo-se incentivos para a ação socialmente desejada ou obstáculos para atos condenados pelo acordo social”. (GONÇALVES; STELZER, 2014, p.274)

Podemos, então, definir o importante PEES, como uma tentativa de conciliar o Direito e a Economia, prevalecendo o livre arbítrio das partes que, por sua vez, devem apresentar uma atitude socialmente responsável ao maximizarem seus interesses individuais

³ Para explicar o Princípio da Eficiência Econômica Social, utilizou-se como base o artigo “Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial” (GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana, Sequência (Florianópolis), n. 68, p. 261-290, jun. 2014).

sem desconsiderar, no entanto, a natureza recíproca e as consequências futuras de suas decisões no âmbito social.

2.3 Teorema de Coase

Ronald Coase nasceu na Inglaterra, no ano de 1910 e, posteriormente, se naturalizou norte-americano. Atuou como professor na Escola de Economia de Londres e nas Universidades de Buffalo, de Virginia e de Chicago, nos Estados Unidos. Em 1991, recebeu o Prêmio Nobel em Economia, em virtude de seus estudos que geraram significativo progresso no entendimento da estrutura institucional da Economia. Foi diretor, de 1964 a 1982, do “The Journal of Law & Economics”, na Universidade de Chicago, onde teve a maior parte de suas obras publicadas. Seu artigo de maior destaque é “The Problem of Social Cost”, por meio do qual desenvolveu o que Stigler enalteceu como Teorema de Coase.

Coase centrou seus esforços em um conceito já trabalhado por Arthur Pigou, na década de 1920, as externalidades negativas, porém, contrariou a perspectiva tradicional ao criticar a proposta de correção das falhas de mercado via tributação.

O Teorema de Coase ganhou destaque no campo da responsabilidade civil ao adotar a visão da reciprocidade nos eventos danosos e ao reconhecer a existência dos “custos de transação”, entendidos como “aqueles em que incorrem os agentes econômicos em negociação para identificar as partes envolvidas na barganha, aproximá-las, além dos custos referentes ao próprio processo de negociação e aqueles decorrentes de sua implementação”. (MENDONÇA, 2012, p.32)

A visão recíproca do problema permite compreender que o agente responsável pela atividade danosa também sofrerá um dano, na medida em que se A causa um dano a B, então, evitar o dano de B significaria causar um dano a A. Posner ensina que a pergunta correta a se fazer seria: “A deve ser autorizado a causar um dano a B ou B deve ser autorizado a causar um dano a A?” Nesse caso, pouco importa quem deve suportar o dano, mas como evitar o dano social mais grave?

De maneira a assegurar a realização da atividade que resulte mais preciosa, Posner prioriza o critério da eficiência ao evitar o custo mais grave e incentivar a mudança de comportamento da parte que estiver em melhor posição de impedi-lo economicamente – princípio do “cheapest cost avoider”.

Mendonça (2012, p.34) analisa as vantagens da visão recíproca de Coase ao determinar que:

A nova abordagem afasta a perspectiva de que uma atividade que gera externalidades negativas deva ser sempre coibida. Isso porque, caso os custos daí decorrentes sejam maiores que aqueles envolvidos na adoção de soluções por parte de quem sofre o dano, então a geração de externalidades passa de um polo ao outro.

Sendo assim, a proibição de uma atividade danosa ou a ideia de que sempre os responsáveis por ela deverão indenizar mostra-se errônea, em certos casos, devendo-se “verificar se o ganho obtido ao impedir ou, de modo geral, imputar a responsabilidade por um dano é ou não maior do que a perda sofrida em decorrência da proibição ou responsabilização da atividade que gera esse mesmo dano”. (MENDONÇA, 2012, p.36)

Uma das principais conclusões a que chegou Coase foi de que inexistindo custos de transação, a solução eficiente acontecerá sempre, independentemente da escolha quanto à responsabilização de um ou outro sujeito envolvido. Sendo assim, quando não há custos de transação, a distribuição inicial dos direitos não se faz mister, visto que a solução eficiente será de qualquer maneira alcançada.

Nesse sentido, explica Battesini (2011, p.47):

Em condições de clara definição dos direitos de propriedade e de custos de transação nulos, as partes desencadeiam processo de cooperação, procedem à negociação de forma a atingir a melhor solução eficiente de mercado, realizando o uso mais valioso dos recursos escassos, sem a necessidade de ação reguladora do Estado.

Como se observa no trecho acima, Coase valoriza a autonomia da vontade como modo de solução de conflito nas situações sem custos de transação; porém, reconhecia que essa condição era irreal, uma vez que os custos podem induzir as partes a adotarem comportamentos ineficientes economicamente.

Diante da complexidade das situações que envolvem custos de transação, Coase (1960) admitia a necessidade da ação reguladora do Estado, a fim de evitar o dano socialmente mais grave. Advertia, ainda, quanto à conveniência de uma avaliação pormenorizada das circunstâncias econômicas envolvidas em cada caso e de uma comparação dos custos e dos benefícios totais das alternativas apresentadas.

Na prática jurídica, Coase destaca a influência direta dos tribunais nas atividades econômicas e, por isso, preconiza a interação do sistemas jurídico, econômico e social.

Acciarri (2014, p.32) reconhece a contribuição de Coase como “ponto de partida para análises mais refinadas sobre o efeito que as diferentes regras de responsabilidade têm sobre o comportamento humano”.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

No presente capítulo, iniciar-se-á o estudo da responsabilidade civil, ramo do Direito Civil que se ocupa da reparação do dano. Para isso, serão analisados seus pressupostos, ou seja, elementos essenciais na formação do dever de indenizar, como também suas espécies, em atenção à responsabilidade civil objetiva, que elide a culpa como um dos seus requisitos.

Posteriormente, localizar-se-á a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, a fim de entender o mecanismo indenizatório nas relações de consumo. Nesse momento, será feita a distinção entre a responsabilidade civil pelo fato e pelo vício, destacando o tipo de responsabilidade de cada partícipe da cadeia de produção e comercialização do produto ou serviço, inclusive com as hipóteses de excludentes de responsabilidade disciplinadas na lei consumerista.

Por fim, abordar-se-á o problema do dano eficiente, com o estudo do paradigmático caso *Ford Pinto*, para, depois, no terceiro e último Capítulo, entender-se de que maneira pode a responsabilidade civil prevenir esse tipo de situação ao consumidor, aumentando sua proteção frente à posição vantajosa do fornecedor.

3.1 Responsabilidade Civil

A palavra responsabilidade possui o sentido etimológico de obrigação, encargo ou contraprestação. Nas palavras de Venosa (2013, p.13), “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso”, portanto, toda atividade humana pode gerar a obrigação de indenizar. Dessa maneira, continua o autor, “o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar”.

Coelho (2012, p.219) define a responsabilidade civil como “obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último”.

Já para Cavalieri (2012, p.27) o dever de indenizar que trata a responsabilidade civil nasce da violação de outro dever pré-existente e, portanto, originário. Nos termos do doutrinador: “é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”. Por isso, diz-se que “toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil”.

Quanto aos objetivos da responsabilidade civil, Gonçalves (2014, p. 19) conclui que “destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano”. Presente na sociedade com um todo e, portanto, fato social, a responsabilidade civil ganha, atualmente, destaque, ao passo que crescente são as atividades humanas e, por isso, incontáveis são as espécies de responsabilidades existentes.

3.1.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O art. 186 do Código Civil (CC), ao aduzir que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, consagra, nas palavras de Gonçalves (2014, p.52), “uma regra universalmente aceita: a de que aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo”.

Além disso, da leitura do dispositivo acima se retira os quatro elementos principais da responsabilidade civil, que serão, em seguida, estudados na sua especificidade: ação ou omissão, nexo de causalidade, dano e culpa.

3.1.1.1 Ação e Omissão

O art. 186 do CC trata da conduta humana, pressuposto fundamental para que ocorra o dever de indenizar, sendo a conduta gênero do qual são espécies a ação e a omissão.

A conduta descrita no dispositivo legal diz respeito ao comportamento voluntário humano, que produz efeitos jurídicos através de uma ação (ato positivo) ou omissão (ato negativo). Nos ensinamentos de Cavalieri (2012, p. 25), “a ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo”.

A voluntariedade é descrita por Pamplona e Stolze (2014, p.74) como o núcleo da conduta humana, ao destacar a “liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz” como elemento essencial da responsabilidade civil. A voluntariedade liga-se à própria ação, não estando relacionada à consciência do resultado danoso – sendo esse um elemento definidor do dolo.

É necessário, portanto, segundo Gonçalves (2014, p.40), que a “ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem”, para que ela seja considerada um fato voluntário. Não havendo que se falar em responsabilidade civil, se o dano não tiver sido causado pela vontade, consciente ou inconsciente, de alguém – de forma que apenas o homem pode ser civilmente responsabilizado.

A ação capaz de gerar responsabilidade civil pode ser entendida como “um movimento físico do ser humano [que] desencadeia eventos que direta ou indiretamente causam danos a um ou mais sujeitos”, enquanto que na omissão, “a falta de um preciso movimento físico é juridicamente considerada a causa do prejuízo”. (COELHO, 2012, p.262)

Nos ensinamentos de Cavalieri (2012, p.25):

A ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse *dever geral de abstenção* se obtém através de um fazer. Consiste, pois, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já, a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela *inatividade*, abstenção de alguma conduta devida. Vieira dizia, com absoluta propriedade, que *omissão* é aquilo que se faz não fazendo”.

Dois aspectos importantes de serem compreendidos são que a responsabilidade pode originar-se de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e, ainda, de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam. Além disso, nem sempre a antijuridicidade está presente na ação humana que origina a responsabilidade, podendo existir dever de indenizar mesmo que o agente aja licitamente nos casos em que, excepcionalmente, a norma legal exigir - como, por exemplo, na indenização devida por expropriação, por motivo de interesse público, ou no ato praticado em estado de necessidade, por motivo de interesse privado.

Quanto à omissão, elenca Fábio Ulhoa Coelho (2012, p.264) a presença de dois requisitos necessários para gerar responsabilidade civil, quais sejam: a) o sujeito a quem se imputa a responsabilidade teria o “dever de praticar o ato omitido”; e b) haveria razoável “expectativa (certeza ou grande probabilidade) de que a prática do ato impediria o dano”. Na explicação do doutrinador, a omissão somente será causa do evento danoso se presentes esses dois requisitos, caso contrário será condição, de maneira que “apenas a omissão-causa implica responsabilidade civil pelos danos que a ação teria evitado”. (COELHO, 2012, p.266)

O agente possui o dever jurídico de agir (de não se omitir) quando se encontra em posição jurídica que o obrigue a praticar um ato para impedir o resultado, “dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.” (CAVALIERI, 2012, p. 25).

São exemplos, o dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo pelo art. 176, I, do Código de Trânsito Brasileiro - quanto à obrigação imposta por lei – e o dever de guarda, de vigilância, de custódia, provenientes de convenção.

É necessário, então, que a ação possua relevância jurídica e esteja ligada ao dano para que exista o dever de indenizar. No entanto, ninguém poderá ser responsabilizado ou obrigado a indenizar apenas por dar causa a um ato comissivo ou omissivo ensejador do dano, sendo igualmente indispensável a presença de outros elementos como a culpa (regra geral do direito privado), o nexo causal e o próprio dano.

3.1.1.2 Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade é explicado, nas palavras de Gonçalves (2014, p.37), como “a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado”. O já citado art. 186 do Código Civil ao utilizar o verbo “causar” expressa a noção de nexo de causalidade de forma que sem ele não existe obrigação de indenizar.

A relação de causalidade existe quando a causa do dano está vinculada ao comportamento do agente provocador do ato ilícito, isto é, o prejuízo sofrido pela vítima é o resultado desse ato. Por isso, Venosa (2013, p. 54) define o nexo de causalidade como o “liame que une a conduta do agente ao dano” e seu exame permite concluir quem foi o causador do prejuízo.

Cavaliere (2012, p.49) explica a definição desse pressuposto elementar da responsabilidade civil:

É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Algo assim como: se chover fica molhado.

O caso fortuito e a força maior, assim como a culpa exclusiva da vítima, são causas excludentes do nexo de causalidade, justamente por ter o condão de interromper a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso, inexistindo o dever de indenizar.

Estabelecer o nexo de causalidade é tarefa fácil quando o dano decorre de um fato simples e não há nenhuma de suas hipóteses de exclusão. Porém, quando há uma cadeia de eventos que podem ter relação com o dano é que surge a dificuldade de comprovação do

liame causal. Para resolver a questão, destacam-se três teorias que apresentam caminhos distintos para se encontrar o nexos causal.

A primeira delas denomina-se teoria da equivalência das condições e possui esse nome por considerar que todos os fatores causais se equivalem, têm o mesmo valor, a mesma relevância, caso possuam relação com o resultado. Por isso, essa teoria também é chamada de “*conditio sine qua non*”, ao determinar que “causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve”. (CAVALIERI, 2012, p.51)

Essa teoria de aspecto amplo é admitida pela Decreto-lei n. 2.848/40, Código Penal vigente, em seu artigo 13: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão em a qual o resultado não teria ocorrido”. Não se faz distinção, portanto, de causa, condição ou ocasião e, como explica Venosa (2013, p. 54), “para precisar se uma determinada ‘causa’ concorreu para o evento, suprime-se esse fato mentalmente e imagina-se se teria ocorrido da mesma forma. Se assim for, não será causa”.

Ao considerar causa todo o antecedente que contribua para o desfecho danoso, a teoria da equivalência de condições é bastante questionada, justamente porque seguindo essa linha de raciocínio, sua investigação não teria fim.

Já à segunda teoria, causa seria apenas aquela que predominantemente deflagrou o dano, sendo apelidada, portanto, de teoria da causalidade adequada. Diferentemente da primeira teoria apresentada, essa leva em consideração, ainda que várias condições tenham concorrido para determinado resultado, apenas a mais adequada à produção do evento, ou seja, a mais determinante. Nos dizeres de Cavalieri (2012, p.51), “causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento”.

Sendo assim, para se encontrar a causa mais adequada é necessário juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador e, por isso, carrega alto grau de discricionariedade - bastante criticado pelos não adeptos da teoria.

No caso de concorrência de atos produtores do dano, isto é, na hipótese de dano bilateral, um dos pioneiros na Análise Econômica do Direito, Guido Calabresi, em seu livro *O Custo dos Acidentes*, desenvolveu, em 1970, critério objetivo de determinação do nexos causal, o “*Cheapest Cost Avoider*”, utilizado no âmbito do “*common law*”.

O princípio do “Cheapest Cost Avoider”, com base na eficiência, busca responder a seguinte questão: quem estava em melhores condições de evitar o dano? Para assim, encontrar o ato que decisivamente influenciou no evento danoso e, conseqüentemente, seu responsável. Guido Calabresi propõe que, nas situações em que diversas pessoas podem prevenir o acidente, mas não ao mesmo custo, as Cortes devem comparar a posição das partes e atribuir a responsabilidade à parte que pode prevenir o acidente ao menor custo, agente considerado o “cheapest cost avoider”.

Para ilustrar a situação, o Battesini (2011, p.196) utiliza o exemplo de um acidente, causado pelo rompimento de cabos elétricos, que poderia ter sido evitado pela escavação manual, por parte da empresa construtora, a um custo estimado de R\$ 5.000,00, ou pela colocação, por parte da empresa de energia elétrica, de tubos de proteção, no custo estimado de R\$ 50.000,00 – nesse caso, a responsabilidade seria da empresa construtora, o “cheapest cost avoider” da situação.

No Brasil, como demonstra Battesini (2011,p.201-202), o princípio é aplicado de maneira implícita, como nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em relação aos casos de “surfismo ferroviário”, em que a responsabilidade da empresa ferroviária é elidida sob o argumento de que “apresenta desempenho preventivo inferior à estratégia de que dispõe o passageiro”.

Em relação às três teorias do nexo de causalidade, os tribunais brasileiros adotam soluções bastante ecléticas. No entanto, boa parte da doutrina e também da jurisprudência entende que a teoria da causalidade direta ou imediata tenha sido positivada no artigo 403 do Código Civil ao estabelecer que: “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

Essa teoria considera, como causa jurídica, apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, independente de outra condição sucessiva. Sendo que, adverte Cavalieri (2012, p.55), “a expressão ‘efeito direto e imediato’ não indica a causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim aquela que foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas”.

A jurisprudência brasileira é certa ao afirmar que:

a imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade entre os elementos de fato; e é normativo, porque

tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito). STJ, REsp 719.738/RS, Primeira Turma.

O precedente acima distingue o nexo causal da ação e do dano, ao passo que aquele decorre da lógica e apresenta seus limites definidos pela lei; enquanto que esses são determinados apenas pelo seu fato gerador. Após o estudo da conduta do agente e do nexo de causalidade, faz se mister o aprofundamento do elemento dano que se dará na sequência.

3.1.1.3 Dano

O dano pode ser conceituado como “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por uma ação ou omissão do sujeito infrator”. (PAMPLONA; STOLZE, 2014, p. 82)

Dependendo da natureza do bem afetado, pode-se dividir o dano em: moral e patrimonial. Enquanto o dano material é aquele que repercute na órbita financeira do ofendido; o dano moral é aquele que o direito tutelado integra a própria personalidade da vítima ou, em outras palavras, aquele que “afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”, como a sua imagem, honra, liberdade, etc. “Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica”. (VENOSA, 2013, p.47)

A indenização no dano moral é justificada pelo próprio ato ilícito e, na sua quantificação, é importante também levar em conta a condição social e econômica dos envolvidos. Já é consenso através da súmula 37 do STJ que são cumuláveis o dano material e o dano moral provenientes do mesmo ato ilícito. No entanto, há inúmeras controvérsias quanto à quantificação do dano moral, diante da preocupação dos julgadores em evitar o enriquecimento sem causa da vítima. No Brasil, ainda se tem um olhar desconfiado quanto ao caráter punitivo do “quantum” indenizatório.

Importante salientar que o dano é fato constitutivo determinante do dever de indenizar: portanto, sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente, ainda que assim o seja na seara penal. Nesse sentido, explica o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 52):

A responsabilidade é uma reação provocada pela infração de um dever preexistente. No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. A obrigação de indenizar decorre, pois, da existência da violação de direito e do dano, concomitantemente.

É através da indenização que se busca a reparação do dano causado à vítima, preferencialmente de forma integral. Quando não é possível restabelecer o seu “status quo ante”, isto é, voltar ao estado anterior à ocorrência do ato ilícito, lhe é efetuada uma compensação pecuniária em forma de pagamento. A indenização deve abranger o dano patrimonial em toda a sua extensão, tanto aquilo que se perdeu efetivamente, como aquilo que se deixou de lucrar, chamados: dano emergente e lucro cessante.

Somente são ressarcíveis os danos que conterem os requisitos da certeza e da atualidade. Podemos, assim, listar as condições para que o dano seja indenizável: a) que um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica tenha sido violado; b) que o dano seja certo, em relação a sua existência, e não ao seu montante; c) que o dano, de fato, subsista no momento de sua exigibilidade em juízo.

O requisito da “certeza” impede a reparação do dano meramente hipotético ou eventual, devendo existir “uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas” para ser considerado certo. (GONÇALVES, 2014, p. 52)

Além da divisão dos danos em patrimoniais e em extrapatrimoniais, podemos, ainda, classificá-los em diretos e indiretos. Esse último, também chamado de “dano em ricochete”, se configura quando uma pessoa sofre o reflexo de um dano causado a outrem.

Regra geral, os danos causados de forma indireta não devem ser indenizados. A lei, no entanto, abriu exceção para os casos em que a morte é consequência do dano gerado, admitindo-se que os dependentes econômicos do “de cujus” pleiteiem indenização ao ofensor. Para que o dano reflexo seja ressarcível, no entanto, é necessário que “seja certa a repercussão do dano principal, por atingir a pessoa que lhe sofra a repercussão, e esta seja devidamente comprovada”. (GONÇALVES, 2014, p. 52)

Venosa (2013, p. 38) ressalta que “há forte corrente doutrinária que coloca a perda da chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes”. Essa teoria pode ser compreendida como a perda de uma “possibilidade de ganho séria e real” em um “evento futuro e incerto”, “ainda que não haja prova de vínculo causal entre a perda dessa aposta e o ato danoso, devido a sua própria natureza aleatória” – como explica Peteffi (2013, p. 12), um dos introdutores da teoria que vem alcançando cada vez mais espaço na jurisprudência brasileira.

3.1.1.4 Culpa “lato sensu”

A ideia de culpa “lato sensu” (sentido amplo) engloba toda espécie de

comportamento que vai de encontro com o Direito, podendo ser intencional, como acontece no dolo, ou involuntário, no caso de culpa *stricto sensu*.

A culpa refere-se à culpa lato “sensu”, elemento essencial da responsabilidade subjetiva, de forma que não basta apenas a imputabilidade do agente para que possa ser responsabilizado, mas sim que sua conduta seja contrária ao prescrito em lei. Dessa forma, não há responsabilidade sem culpa, exceto quando há disposição legal expressa, caso em que se terá a responsabilidade objetiva.

A culpa “lato sensu” abrange, então, o dolo e a culpa “*stricto sensu*”. De maneira que há no dolo a intenção, a vontade consciente, na conduta, de produzir um resultado que sabe o agente ser ilícito, pois contrário a um dever preexistente de não causar dano a outrem. Enquanto que a culpa “*stricto sensu*” fere um “dever objetivo de cuidado” que deveria ser de conhecimento do agente que agiu de forma indiligente e imprópria.

Cavaliere (2012, p.32) faz uma distinção pontual entre o dolo e a culpa:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico - o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente de falta de cuidado.

Do trecho acima se retira que o dolo deve, necessariamente, possuir um resultado previsível, já que o agente o objetiva desde o início de sua conduta. Dessa forma, não sendo previsto, o resultado terá que, pelo menos, ser previsível. Assim, explica Cavaliere (2012, p.37):

São dois critérios de aferição da previsibilidade: o *objetivo* e o *subjetivo*. O primeiro tem em vista o *homem médio*, diligente e cauteloso. Previsível é um resultado quando a previsão do seu advento pode ser exigida do homem comum normal, do indivíduo de atenção e diligência ordinárias. Pelo critério subjetivo a previsibilidade deve ser aferida tendo em vista as condições pessoais do sujeito, como idade, sexo, grau de cultura etc.

Quanto aos elementos da culpa, portanto, pode-se elencar: a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

O terceiro requisito refere-se à atenção que todo homem que vive em sociedade deve dar ao chamado “dever de cuidado objetivo” de agir de modo a não causar dano aos bens

jurídicos de ninguém, mesmo que esteja praticando atos lícitos. Por isso, diz-se que a culpa é uma conduta deficiente, seja da vontade ou de inaptidões próprias e naturais.

A violação a esse dever de cuidado enseja a responsabilidade civil subjetiva, podendo ser geral, quando desrespeita norma contida na lei, ou particular, quando a obrigação transgredida estava consignada em contrato. Quando não existe lei ou contrato prevendo a imposição que se diz violada, corresponde ao dever jurídico genérico de respeitar as pessoas e bens.

A fim de ser caracterizada a culpa no ato de alguém, exige-se um juízo de valor em cada caso capaz de comparar o fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum, capaz e prudente. Nesse sentido, afirma Gonçalves (2014, p. 213) que “o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba a afirmação de que ele podia e devia ter agido de outro modo.”

A culpa “*stricto sensu*” pode ser manifestada de três diferentes formas, como assim explica Cavalieri (2012, p.38):

A falta de cautela exterioriza-se através da imprudência, da negligência e da imperícia. A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. A imperícia, por sua vez, decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente.

Em outras palavras, imprudência “é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela”; negligência é a “inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento”; e, imperícia é a “falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato”. (GONÇALVES, 2014, p. 215)

A doutrina tradicional também divide a culpa em três graus - grave, leve e levíssima - conforme explanação de Venosa (2013, p. 41):

A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira e, como tal, se aproxima do dolo. Nesta se inclui também a chamada culpa consciente, quando o agente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter. Entende-se que, mesmo levíssima, a culpa obriga a indenizar.

A gradação da culpa é, no entanto, irrelevante para o dever de indenizar, à medida que não é a intensidade da culpa que gradua o dano, mas o efetivo valor do prejuízo, servindo de base, apenas, para o valor da indenização.

3.1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

Pode-se separar a responsabilidade civil em duas espécies: subjetiva e objetiva. A primeira tem a culpa como seu fundamento, por isso também chamada de teoria da culpa. A segunda, no entanto, diz respeito a certas situações em que a lei impõe a determinadas pessoas a obrigação de reparar o dano, independente de culpa. Nesse caso, “a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade”. (GONÇALVES, 2014, p.33)

Dessa forma, a responsabilidade objetiva diferencia-se da subjetiva por considerar que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se conecta por um nexo de causalidade, prescindindo totalmente da prova da culpa. Nas palavras de Venosa (2013, p.20), “cuida-se da responsabilidade sem culpa em inúmeras situações nas quais sua comprovação (da culpa) inviabilizaria a indenização para a parte presumivelmente mais vulnerável”, como é o caso nas relações de consumo.

Pode-se afirmar que a responsabilidade subjetiva representa a regra geral no Ordenamento Brasileiro, ainda que a responsabilidade objetiva seja utilizada em diversos e esparsos dispositivos, de maneira que uma não substitui a outra, apenas fica circunscrita aos seus limites normativos.

Importante destacar que os casos de culpa presumida são considerados hipóteses de responsabilidade subjetiva, pois se fundamentam na culpa, mesmo que presumida. Essa noção surgiu sob o enfoque do princípio genérico de não prejudicar outrem e, como explica Venosa (2013, p.20), da “tendência jurisprudencial cada vez mais marcante de alargar seu conceito (de culpa), ou de dispensá-lo como requisito para o dever de indenizar”. Além disso, serviu de fundamento para o surgimento da teoria da responsabilidade objetiva.

O Código Civil vigente inovou ao dispor no parágrafo único do art. 927 que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Da leitura do artigo retira-se que a responsabilidade objetiva aplica-se, além dos casos descritos em lei, também “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do

dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Trata-se da teoria do risco criado utilizada para auferir a responsabilidade em justificativa da potencialidade de ocasionar danos ou exposição ao perigo proveniente da atividade costumeira do ofensor.

Ocupa-se o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.33-34) da explicação sobre a teoria:

Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo”

Conclui-se, portanto, que a teoria do risco criado ampara-se em um conhecido princípio de equidade: “quem auferir os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos”. (VENOSA, 2013, p.28)

Outras teorias foram criadas com o intuito de explicar a responsabilidade civil objetiva, como a teoria sob o risco profissional, em que o dever de indenizar justifica-se pela atividade laborativa - nos casos de acidentes do trabalho; ou do risco excepcional, em que o dever de indenizar provém da atividade que acarreta excepcional risco – nos casos de transmissão de energia elétrica e transporte de explosivos. Além dessas, a doutrina faz uso da teoria do risco integral, que justifica o dever de indenizar, ainda que inexistam nexos causais, necessitando apenas do dano - modalidade defendida, excepcionalmente, em certas situações.

3.2 Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor

Os direitos do consumidor advieram do século XX, como consequência das transformações sociais e tecnológicas que surgiram ao longo da época.

Com o desenvolvimento das sociedades de consumo, era imperioso consolidar normas que servissem de proteção ao indivíduo. Assim, em 11 de setembro de 1990, através da Lei n. 8.078, foi instituído o Código de Defesa do Consumidor (CDC), no Brasil, tendo a vulnerabilidade do consumidor como sua maior preocupação. Em relação à lei consumerista, disciplina Venosa (2013, p.248):

O Código do Consumidor deve ser entendido então como uma sobre-estrutura jurídica, uma legislação que pertence ao chamado direito social. Toda a legislação do direito privado, e também em parte do direito público, deve ser harmonizada com

os princípios consumeristas sempre que estivermos perante uma relação de consumo.

O Código do Consumidor institui, segundo Cavalieri (2012, p.43), “uma disciplina jurídica única e uniforme destinada a tutelar os direitos materiais ou morais de todos os consumidores”, de maneira que, igual e harmoniosamente, deve estimular a atividade econômica e a livre iniciativa, também princípios constitucionais.

Os consumidores, conforme art. 4º do CDC, possuem os direitos básicos à: vida, saúde e segurança; liberdade de escolha; informação; transparência e boa-fé; proteção contratual; prevenção e reparação de danos morais e materiais; acesso à justiça e inversão do ônus da prova; serviços públicos adequados e eficazes.

A boa-fé que faz referência o Código é objetiva e trata de regra de conduta que pode ser entendida como um direito/dever das duas partes, isso porque estabelece padrões de honestidade e lealdade a fim de restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. O princípio, além de estar presente em inúmeros dispositivos, deve também orientar as decisões dos juízes, daí sua importância. Nas palavras de Rizzato (2012, p.181), “é um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes”.

Outro importante princípio é o da transparência nas informações, que estabelece a obrigação do fornecedor em dar as informações claras e necessárias sobre seus produtos e serviços, bem como das cláusulas contratuais por ele estipuladas.

O tipo de responsabilidade estabelecida na legislação consumerista, tanto pelo fato quanto pelo vício do produto ou serviço, é de natureza objetiva, prescindindo, portanto, da culpa como pressuposto do dever de indenizar do fornecedor. Além disso, o consumidor deve ser indenizado na integralidade do dano sofrido, não podendo o fornecedor se eximir de sua responsabilidade, em respeito ao art. 51 do CDC, que considera nula qualquer cláusula contratual que impossibilitar, exonerar ou atenuar a responsabilidade civil do fornecedor.

Como se observa, os dois principais protagonistas do Código de Defesa do Consumidor são: o consumidor e o fornecedor.

O artigo 3º do CDC determina que “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Estão inseridos nesse contexto o produtor, o fabricante, o comerciante, o prestador

de serviços, bem como os órgãos do Poder Público que desenvolvam as mencionadas atividades ou prestem serviços que caracterizem relação de consumo.

Dessa forma, o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de fornecimento produtos e de serviços, não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual, com o consumidor.

Importante salientar que a atividade mencionada pelo dispositivo deve ser aquela desenvolvida de maneira contínua e habitual. Pode-se dizer que são os fornecedores os únicos verdadeiramente detentores da informação, isso porque - além do conhecimento que possuem quanto à produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização do produto ou serviço - são eles que podem calcular os custos reais da atividade e repassá-los ao consumidor.

Já a definição de consumidor é encontrada no art. 2º do CDC ao estabelecer que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Como o CDC utiliza conceito indeterminado e não faz distinção entre adquirente e usuário, três correntes doutrinárias tentam melhor definir a figura do consumidor. A primeira é a Teoria Finalista que propõe uma interpretação mais restritiva da expressão “destinatário final”, ao “restringir a figura do consumidor aquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio ou da família”, não podendo “adquiri-lo para revenda ou para uso profissional”. (BESSA; BENJAMIN, MARQUES, 2009, p.71)

Já os Maximalistas acreditam que “a definição do artigo 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado”. Por isso, desconsideram os fins lucrativos (ou não) da pessoa física ou jurídica quando adquire um produto ou utiliza um serviço, bastando que seja destinatário fático do mesmo. (BESSA; BENJAMIN, MARQUES, 2009, p.71)

No entanto, os autores acima explicam que a tendência nova na jurisprudência, chamada de “finalismo aprofundado”, concentra-se na ideia de consumidor como aquele que é o destinatário final imediato do produto ou serviço e encontra-se em posição de vulnerabilidade na relação de consumo. Para isso, dão o exemplo de uma pequena empresa que utiliza insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise, nesse caso, comprovada sua vulnerabilidade pode ser considerada consumidora por equiparação -

conforme artigo 29 do CDC⁴.

Pode-se afirmar que toda a legislação consumerista baseia-se no critério da vulnerabilidade do consumidor, como característica inerente a sua posição na relação de consumo, independente do seu grau econômico ou cultural. Para tanto, considera-se três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática. Alguns autores, como Leonardo Bessa, ainda incluem uma quarta modalidade: a informacional. Na explicação de Rizzato (2012, p.179):

Significa ele que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor.

Quando a vulnerabilidade é reconhecida, pode o juiz determinar a inversão do ônus da prova, em virtude da dificuldade do consumidor em produzir prova técnica. Para isso, devem estar presentes, no caso concreto, os requisitos da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança de suas alegações – conforme dispõe o art. 6º, inciso VIII, do CDC.

3.2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

Inicialmente, cabe esclarecer as definições de produto e de serviço utilizadas pelo CDC. A legislação consumerista, em seu art. 3º, parágrafo 1º, determina que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Dessa forma, como ensina Lisboa (2012, p.156), “qualquer bem adquirido em uma relação de consumo é produto, basta que a coisa tenha sido colocada em circulação no mercado de consumo pelo fornecedor”.

Quanto ao serviço, seguindo o estabelecido no parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal⁵, compreende qualquer atividade remunerada lançada no mercado de consumo por uma

⁴ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

⁵ Art. 3 § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

pessoa física ou jurídica, exceção feita à relação trabalhista.

Entende-se atividade remunerada como uma obrigação de fazer ou não fazer, devendo essa estabelecer uma contraprestação a fim de ser objeto de consumo - motivo pelo qual os contratos unilaterais de prestação de serviços e os contratos gratuitos puros não sofrem a incidência do CDC.

A responsabilidade pelo fato decorre de grave defeito no produto ou serviço prestado, capaz de gerar dano material ou moral ao consumidor. Por isso, “é também chamado de *defeito de segurança* porque compromete a segurança do produto ou serviço, gerando riscos à incolumidade do consumidor ou de terceiro”. (CAVALIERI, 2012, p.543)

As modalidades de defeito, conforme os ensinamentos de Tartuce (2014, p.177), são: de concepção, quando “atingem a própria apresentação ou essência do produto, que gera danos independentemente de fator externo”, de execução, produção ou fabricação, “relativos a falhas do dever de segurança quando da colação do produto ou serviço no meio de consumo”; e, de informação ou comercialização, “aqueles decorrentes da apresentação ou informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição ou riscos”.

Ao fabricante cabe um “dever de segurança” que lhe incumbe eliminar os riscos do produto ou serviço, sem, no entanto, prejudicar sua utilidade, de maneira a suprir a expectativa legítima do consumidor. De acordo com o § 1º do art. 12, “é defeituoso o produto que não revele a segurança que se poderiam esperar, levados em consideração sua apresentação, o uso e o risco que razoavelmente dele se presume e a época em que foi introduzido no mercado”. Quanto ao serviço, esse é defeituoso, segundo o art.14, “quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração: I- o modo de seu fornecimento; II- o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III- a época em que foi fornecido”.

Importa ressaltar que o fato de existir no mercado um produto com melhor qualidade ou um serviço com melhores técnicas, não os tornam defeituosos - art. 12, § 2º e art. 12, § 4º.

A responsabilidade objetiva do fabricante, “do produtor, do construtor, nacional ou estrangeiro, e do importador” fica evidenciada no artigo 12 do CDC, sendo exclusiva desses nos casos de defeitos provenientes de “projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”. O comerciante responde, subsidiariamente, somente quando os responsáveis principais não puderem ser identificados; quando o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante,

produtor, construtor ou importador; bem como quando não conservar, adequadamente, os produtos perecíveis. O direito de regresso contra os corresponsáveis restou ressaltado no parágrafo único do art. 13.

Na responsabilidade pelo fato do serviço, o art. 14 dispõe que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos” – dessa forma, responde solidariamente todos os que participaram da execução do serviço.

Quanto à prescrição da pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, determina o CDC em seu artigo 27, que essa se dá em cinco anos, “iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

3.2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

O vício pode ser considerado um defeito menos grave que tem o condão apenas de gerar o mau funcionamento do produto ou serviço. O exemplo da televisão é utilizado pela doutrina para distinguir o vício do fato: quando a televisão não está ligando é motivo de responsabilidade pelo vício, porém, caso exploda e cause queimaduras no consumidor, será responsabilidade pelo fato do produto.

Na explanação de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p.188):

Os bens ou serviços fornecidos podem ser afetados por vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária (art. 18).

O art. 18 do CDC determina a responsabilidade solidária de todos aqueles que participaram do fornecimento de produtos de consumo de bens duráveis ou não duráveis, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

A responsabilidade restringe-se ao fornecedor imediato na causação do dano nos casos de fornecimento de produtos in natura, a não ser quando identificado claramente seu produtor (art. 18, § 5º), assim com nas situações em que há vícios de quantidade decorrentes de pesagem ou medição (art. 19, § 2º).

Se as partes viciadas não forem substituídas em um prazo de trinta dias, contados do pedido do consumidor, pode ele, nos termos do § 1º do art. 18, exigir, alternativamente e à sua

escolha: a) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou, c) o abatimento proporcional do preço.

O mesmo dispositivo legal, em seu parágrafo 3º, permite o consumidor a fazer uso imediato das mencionadas alternativas “sempre que, em razão da extensão do vício, a simples restituição das partes avariadas puder comprometer a qualidade ou características essenciais do produto, inclusive diminuindo-lhe o valor”. Além disso, poderá também exigir “a substituição do produto viciado por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço” - art. 18, § 4º.

O art. 19 do CDC trata dos vícios de quantidade do produto e prevê que, “se o conteúdo líquido do produto for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha”: a) o abatimento proporcional do preço; b) a complementação do peso ou medida; c) a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios; d) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. Pode, também, o consumidor optar, conforme art. 19, § 1º, pela substituição do bem por outro de espécie, marca ou modelo diversos.

Os vícios de qualidade relacionados aos serviços prestados são disciplinados no art. 20 do CDC, que possibilita ao consumidor pleitear, ao seu arbítrio, as seguintes reparações: a) a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; c) o abatimento proporcional do preço.

O § 1º do mesmo dispositivo estabelece que “a reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor”. O parágrafo § 2º estabelece que são considerados “impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente dele se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”. Enfatiza-se, por derradeiro, que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos” – nos termos art. 22 do CDC. O parágrafo único ainda estabelece que, “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma

prevista neste Código”.

Quanto aos prazos decadenciais, o art. 26 do Código de Defesa do Consumidor impõe que “o direito de reclamar por vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em trinta dias tratando-se de produtos ou serviços não duráveis e em noventa dias tratando-se de bens duráveis”, iniciando-se a contagem do prazo decadencial da entrega efetiva do produto ou do término da execução do serviço. O § 3º complementa que, “tratando-se de vícios ocultos, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito”.

3.2.3 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De maneira taxativa, o CDC, em seu art.12, § 3º, estabelece as hipóteses de exclusão de responsabilidade do fabricante, produtor, construtor ou importador, que somente não serão responsabilizados quando provarem que: a) não colocaram o produto no mercado; b) embora tenham colocado o produto no mercado, o defeito inexistente; ou, c) a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O CDC ao adotar a teoria objetiva, dispensa o elemento culpa, mas não a prova, pelo lesado, em relação ao dano e ao nexo causal entre o produto ou o serviço e o dano. No entanto, presentes um dos requisitos da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor, deve o magistrado determinar a inversão do ônus da prova – nesse caso, cabe ao acionado provar a ocorrência de uma das hipóteses do artigo 12, § 3, a fim de ser exonerado da responsabilidade de indenizar, nos casos de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço.

Além disso, vale lembrar que a responsabilidade decorrente do fato do produto ou do serviço não pode ser excluída contratualmente, em consonância com o art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, que considera nula a “cláusula de não indenizar”.

Em relação ao fornecimento de serviços, o prestador somente não será responsabilizado quando provar: a) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente; ou, b) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro – conforme art. 14, § 3º, do CDC.

Da leitura do dispositivo legal acima, observa-se que a força maior não foi incluída no rol das excludentes da responsabilidade do fornecedor. Entretanto, Gonçalves (2014, p.191) esclarece em suas lições que “a arguição da aludida excludente é admitida pela jurisprudência, pois o fato inevitável rompe o nexo de causalidade, especialmente quando não guarda nenhuma relação com a atividade de fornecedor, não se podendo, destarte, falar em defeito do produto ou do serviço”.

Sérgio Cavalieri (2012, p.223), em suas explanações, justifica a distinção entre o fortuito interno e o fortuito externo. Para ele, o fortuito interno – fato imprevisível ocorrido no momento da fabricação do produto – não teria o condão de excluir a responsabilidade do fornecedor, considerando que o risco é inerente à atividade empreendida. Em suas palavras, “se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável”. Já o fortuito externo não teria relação de causalidade com a atividade do fornecedor, pois sua ocorrência se dá em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação – nesse caso, poderia se falar em “inexistência do defeito”, primeira excludente de responsabilidade aludida pela lei.

Os defeitos abrangidos pela legislação consumerista são todos anteriores à introdução do produto no mercado de consumo ou à conclusão do serviço. No entanto, a lei não faz menção ao momento exato em que o produto poderá ser considerado como inserido no mercado, devendo o operador do Direito, em face do caso concreto, valer-se da jurisprudência e da doutrina nacional e internacional. No entendimento de Cavalieri (2012, p.554), “será a partir do momento em que o produto é remetido ao distribuidor, ainda que a título experimental, de propaganda ou de teste, como se costumava fazer com certos medicamentos”.

O fato exclusivo da vítima ou de terceiro também é considerado uma causa de exclusão do nexo causal, podendo ser equiparado à força maior. Sua ocorrência se dá quando a conduta da vítima ou de terceiro é a causa determinante do acidente de consumo, não havendo qualquer responsabilidade por parte do fornecedor por falta de nexo causal entre a entre o defeito do serviço e o evento danoso. Importante ressaltar que a culpa concorrente não é admitida como causa exonerativa da responsabilidade, apenas a exclusiva, seja do consumidor ou de terceiro.

3.3 Dano eficiente: caso *Ford Pinto*

O que se tentou mostrar no desenvolver deste Capítulo é que o consumidor é a figura que se encontra na posição mais fraca na relação de consumo. Ainda que o Código de Defesa do Consumidor tenha sido criado e junto a ele inúmeros subsídios - como a responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova, o consumidor por equiparação – a fim de restabelecer o equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, aquele continua com a sua vulnerabilidade exposta diante da superioridade econômica, técnica e jurídica desse.

Aqui se começa a tratar sobre o dano eficiente – entendido quando o fornecedor, ciente dos riscos oferecidos pelo seu produto ou serviço, ainda assim o insere no mercado, ao perceber que os gastos com a prevenção do dano, ou recall, seriam superiores e, por isso, pouco lucrativos, à probabilidade do dano ocorrer multiplicado pelos gastos com a indenização que caberia a cada consumidor lesado.

Em relação ao dano eficiente Cézár Fiuza (2008, p.720) entende que:

Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um recall para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente. O dano ineficiente, por seu turno, é o dano eficiente tornado ineficiente pela ação dos órgãos administrativos do Estado e/ou do Judiciário. Na medida em que o juiz condenar a montadora a uma altíssima indenização, ao atuar em ação indenizatória proposta por um dono de automóvel, vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção, estará transformando o dano eficiente em dano ineficiente. As eventuais indenizações que a montadora terá que pagar serão tão altas, que será preferível o recall, por ser mais barato. A questão relativa ao dano ineficiente é equacionar duas questões. Por um lado, o valor da condenação há de ser alto, para que o dano seja de fato ineficiente para seu causador. Por outro lado, deve-se ter em conta que indenização não deve ser fonte de enriquecimento, mas de reparação de danos.

Situação semelhante a descrita acima pelo autor, aconteceu no paradigmático caso Ford Pinto, na década de 70.

Em síntese, o Ford Pinto era um carro subcompacto e popular, mas que devido ao “design” e à localização do tanque de combustível, apresentava sério problema: impactos em velocidade igual ou superior a 32 km/h causavam a ruptura do tanque e, conseqüentemente, sua explosão. Em decorrência dos acidentes, algumas pessoas morreram e outras tiveram ferimentos graves, fato que levou a empresa Ford à Corte norte-americana. Por meio de testes de colisão, restou comprovado, no Tribunal, que a empresa sabia do problema do tanque de combustível e que havia feito uma análise de custo-benefício para determinar se era melhor colocar um escudo especial que protegeria o tanque e evitaria explosões ou pagar as indenizações judiciais – o que foi preferido.

Da análise da Ford, concluiu-se que o custo⁶ para reparar as falhas estruturais nos novos veículos seria de US\$ 11,00 para cada automóvel, representando um gasto total de US\$

⁶ Informações retiradas do website: <http://revista.socarrao.com.br/noticias/socarrao-antigo/ford-pinto-um-dos-carros-mais-perigosos-ja-lancados-explosoes-em-colisoes-traseiras/> Acesso em: 31/10/15.

137 milhões para regularizar toda a linha de produção. Constatou-se igualmente que as indenizações para cada morte que poderia ter sido evitada custariam à empresa US\$ 200.000, cada indenização por queimaduras graves custariam US\$ 67.000 e cada veículo a ser reparado após uma colisão custaria US\$ 700. Logo, se o cálculo assumisse uma possibilidade de 2.100 veículos incendiados, 180 pessoas com queimaduras graves e 180 mortes, o custo das indenizações ficaria em “apenas” US\$ 49.500. Ou seja: a Ford assumiu os riscos porque seria mais barato indenizar as vítimas do que evitá-los. Desta forma, o júri votou por uma considerável indenização às vítimas, a fim de punir a atitude negligente da empresa.

Em casos absurdos como esse, em que se coloca em risco a vida dos consumidores à custa de ganhos econômicos, é que se justifica a função preventiva da responsabilidade civil (3.1). Assim preleciona o doutrinador Bruno Miragem (2014, p. 632-633):

Não são poucos os exemplos de danos de massa que, sendo cometidos a milhares de consumidores, não adquirem uma repercussão patrimonial individual que estimule o consumidor a demandar o ressarcimento. Contudo, considerada a soma destes pequenos danos individuais, chega-se a valores de grande vulto. A solução tradicional, via indenização de caráter ressarcitório, permitiria ao fornecedor que comete o ilícito a planejar a mensurar o risco mais alto na hipótese de insucesso, que é a devolução dos valores cobrados indevidamente, no máximo em dobro, ou a reparação dos danos causados. Em certo sentido, esta visão tradicional pode servir de estímulo à atuação ilícita ou abusiva do fornecedor, porquanto este verifique que nem todos os consumidores perceberiam o prejuízo sofrido, e dentre estes, um número ainda menor levaria adiante pretensão indenizatória contra o fornecedor. Daí porque a adoção de uma futura função preventiva de indenização responde a tais situações (...)

A função preventiva da responsabilidade civil pode até mesmo ser considerada um fundamento à fixação do quantum indenizatório quando o artigo 6⁷ do Código do Consumidor preconiza a prevenção dos danos como um direito básico do consumidor.

Mendonça (2012, p.112-113) fazendo referência a Polinsky e Shavell, utiliza-se do termo “erro de execução” para explicar as situações em que o causador do dano pode esquivar-se do dever de reparação. Isso acontece nos casos: a) em que a vítima tem dificuldade de perceber que o dano foi resultado do ato danoso de alguém e não por um fortuito; b) a vítima tem dificuldade em provar quem foi o agente causador do evento; ou, c) quando opta por não demandá-lo pelos próprios custos do litígio, incluindo os dispêndios de tempo e de esforço, quando superam o ressarcimento esperado em casos de condenação.

⁷Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

A situação vantajosa dos fornecedores de produtos e serviços permite que na análise do custo-benefício seja incluída, além dos casos de “erro de execução”, a probabilidade de o dano acontecer e o possível valor a título de condenação que teria que arcar com a ocorrência do evento danoso.

Nesse contexto, as indenizações precisam ser capazes de tornar o lesante responsável pelo completo dano causado, a fim de incentivar a adoção de medidas de cuidado suficientes para evitar os prejuízos. Assim, surge a Análise Econômica da Responsabilidade Civil, para estabelecer equilíbrio eficiente entre a prevenção e o dano; para determinar qual o padrão de diligência mínimo aos fornecedores de produto e de serviço; além de oferecer alternativas normativas que possam produzir os incentivos necessários a tais condutas com o intuito de proteger o consumidor, incluindo, aqui, os “punitive damages”.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Do ponto de vista econômico, a responsabilidade civil possui o importante papel de induzir os autores e as vítimas de lesões a internalizarem as externalidades negativas, isto é, os danos que estão fora dos acordos privados. Por isso, diz-se que “a responsabilidade civil cuida de relações entre pessoas cuja negociação envolveria custos de transação tão elevados que as partes acabam não cooperando voluntariamente”. (MENDONÇA, 2012, p.55)

A responsabilidade civil, portanto, além de ser instrumento de reparação de danos, possui como objetivos a alocação de riscos, a redução de situações danosas e os custos gerados por elas.

Neste Capítulo, estudar-se-ão as diferentes abordagens funcionais da responsabilidade civil, através da perspectiva jurídica tradicional e da Análise Econômica do Direito. Ter-se-á oportunidade de compreender os custos sociais ou totais dos acidentes segundo a classificação feita por Guido Calabresi, em primários, secundários e terciários. Além de, graficamente, analisar qual o nível eficiente de precaução necessário para atingir o menor custo social - considerando que as adoções de medidas excessivamente onerosas geram perdas sociais indesejadas.

Ademais, sob a premissa de que as normas servem de incentivo (ou desestímulo) à conduta do ofensor e da vítima, analisar-se-ão, por meio dos modelos teóricos econômicos, quais as regras de responsabilização que estimulam a adoção de um nível ótimo de precaução e de atividade, em acidentes unilaterais e bilaterais. Além da aplicação desses modelos no contexto das relações de consumo.

E, por último, buscar-se-á explicar os fundamentos de dois instrumentos amplamente utilizados no “common law” – a “Regra de Hand” e o “punitive damages” – e de que maneira cada um poderia ser aplicado, na Legislação Brasileira, a fim de definir conduta padrão de diligência, no caso do primeiro, e um “quantum” punitivo capaz de minimizar os danos eficientes sofridos pelos consumidores, na situação do segundo.

4.1 Funções da responsabilidade civil na perspectiva jurídica tradicional e na perspectiva da AED

A perspectiva jurídica tradicional reconhece três principais funções do sistema de responsabilidade civil: compensação do dano à vítima, punição do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva. Assim, explicam Pamplona e Stolze (2014, p.63):

Na primeira função, encontra-se o objetivo básico e finalidade de reparação civil: retornar as coisas ao status quo ante. Repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um quantum indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não redutível pecuniariamente. Como uma função secundária em relação à reposição das coisas ao estado em que se encontravam, mas igualmente relevante, está a ideia de punição do ofensor. Embora esta não seja a finalidade básica, a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar. E essa persuasão não se limita à figura do ofensor, acabando por incidir numa terceira função, de cunho socioeducativo, que é de tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito.

O objetivo precípua das regras de responsabilização seria, portanto, restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico, rompido pelo dano, anteriormente existente entre o agente e a vítima. “Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão”. (CAVALIERI, 2012, p.39)

Na doutrina brasileira de responsabilidade civil, escassas são as referências à função preventiva da responsabilidade civil. Coelho (2012, p.237) é um dos poucos autores que reconhece a prevenção como objetivo, ainda que não primário, tanto da responsabilidade civil subjetiva como da objetiva. No entanto, limita a função sancionatória à espécie subjetiva, como explica:

A função sancionatória é exclusiva da responsabilidade civil subjetiva, constituída em decorrência da prática de ato ilícito. No âmbito da responsabilidade civil objetiva, o devedor responde mesmo não tendo ocorrido em nenhuma ilicitude. Praticou apenas atos conformes ao direito vigente, que importam benefícios não somente para ele, como para outros ou mesmo para a sociedade como um todo. Sua obrigação de indenizar não decorre de nenhuma conduta indesejável e, portanto, não tem sentido considerá-la uma pena. A responsabilidade civil objetiva cumpre a função específica de socializar custos de certa atividade.

O mecanismo preventivo, contudo, encontra-se em ambas as espécies, apesar de atuar de maneiras diferentes. A responsabilidade objetiva não possui o condão de proibir atividades que possam gerar danos ou de sancionar a transgressão de uma norma, mas, sim, de estimular, por meio da lei, a prevenção como meio de diminuir os custos do agente.

Já na perspectiva da Análise Econômica do Direito, explica Battesini (2011, p.103-107) que “um sistema de responsabilidade civil desempenha duas funções básicas, a reparação e a prevenção, às quais podem ser acrescidas duas adjacentes, a punição e a informação.” Dessa forma, coloca a maximização do bem-estar social, isto é, o aumento do “benefício total proporcionado à sociedade deduzindo dos custos sociais dos acidentes”, como a função geral das regras de responsabilização.

A crítica da AED feita à concepção tradicional é que a reparação não faz o dano deixar

de existir, apenas o desloca da vítima para o autor. Isso explica porque, para os juseconomistas, o aspecto preventivo⁸ deve ser colocado em primeiro plano. Além disso, a função reparatória, hoje, é, conjuntamente ou alternativamente, realizada por outros mecanismos que não a responsabilidade civil e que se mostram muito mais céleres e econômicos, como é o caso dos seguros

Em relação às finalidades adjacentes, pode-se dizer que a função punitiva atua em conjunto com a função compensatória, pois é utilizada quando a segunda não consegue promover o incentivo suficiente ou necessário para atingir nível ótimo de prevenção. Nesse caso, impõe-se ao autor do dano um “ônus pecuniário adicional aos danos efetivamente verificados”, o chamado dano punitivo, que busca “induzir comportamento diante de situações de risco, seja por parte do autor do ato lesivo, prevenção especial, ou por outras pessoas que se encontrem em situação similar, prevenção geral”. (BATTESINI, 2011, p.105)

A função preventiva propriamente dita se perfectibiliza com ações que antecedem o acontecimento danoso. Sendo assim, os danos punitivos somente são capazes de exercer essa finalidade do ponto de vista da prevenção geral. De maneira específica, quando atingem o causador do dano, possuem efeito preponderantemente reparador, visto que sucedem ao dano.

A função de informação, também adjacente à responsabilidade civil, condiz com o dever do sistema de reduzir assimetrias na distribuição de informações, por meio da expansão do conhecimento sobre a maneira menos arriscada de agir.

Guido Calabresi (1984, p.44), ao discorrer sobre as funções da responsabilidade civil em sua importante obra “O custo dos acidentes”, preconiza que “a função principal é produzir a máxima redução da soma dos custos dos acidentes e dos custos de evitá-los, mediante um meio que seja justo” (tradução nossa). Sendo assim, a prevenção possui papel central no sistema de responsabilização.

4.2 Custo social dos acidentes

Guido Calabresi em sua já citada obra publicada em 1970, “The Cost of Accidents, a Legal na Economic Analysis”, concluiu que todo o sistema de responsabilidade civil possui dois objetivos principais: em primeiro lugar, deve ser justo e, em segundo, deve reduzir os custos dos acidentes.

⁸ A função preventiva compreende, aqui, a criação de incentivos para a adoção de conduta que evite ou, ao menos, minimize os custos dos acidentes e de seus riscos.

Argumenta o autor, no entanto, que a sociedade não deseja evitar a ocorrência de acidentes a qualquer custo, mas sim controlar os custos dos acidentes. Assim como não concebe a existência de uma verdade econômica absoluta traduzida em lei que pudesse decidir o único modo eficiente de alocação das perdas.

Calabresi, com o propósito de minimizar a soma dos custos dos acidentes e os custos de evitá-los, subdividiu o objetivo em três categorias: custos primários, custos secundários e custos terciários.

Os custos primários referem-se à redução da quantidade e da gravidade dos acidentes por meio de uma prevenção geral, ou método de mercado, e de uma prevenção específica, ou método coletivo.

A prevenção geral parte da premissa de que “as pessoas são livres para escolher se desempenharão ou não determinada atividade, assumindo, porém, os custos dos acidentes que venham a ocorrer”. (MENDONÇA, 2012, p.54) Dessa forma, devem-se proibir atos específicos e atividades com maiores propensões de causar acidentes ou encarecer o exercício dessas atividades, tornando-as menos atrativas quanto maiores forem os custos de seus acidentes. Esse tipo de sistema impõe a alocação dos custos de acordo com o princípio do “cheapest cost avoider”, isto é, aqueles que estavam na melhor posição econômica de ter evitado o acidente.

Já a prevenção específica entende que cabe a um órgão coletivo a função de definir “o quanto de uma determinada atividade se deseja, quem poderá desempenhá-la e como ela poderá ser realizada”. (MENDONÇA, 2012, p.54) Nesse sentido, buscará quem poderá evitar o acidente da melhor forma, “best cost avoider”, a partir de critérios morais, não econômicos.

Os custos secundários tratam dos custos sociais derivados dos acidentes e só atuam quando as anteriores medidas primárias tenham fracassado. No entender de Acciari (2014, p.33), corresponde aos “custos sociais derivados da impossibilidade de recuperação eficaz das vítimas, caso não recebam uma compensação oportuna” – exemplificando, o autor, com o caso da vítima carecer de recursos para obter o tratamento médico no tempo adequado.

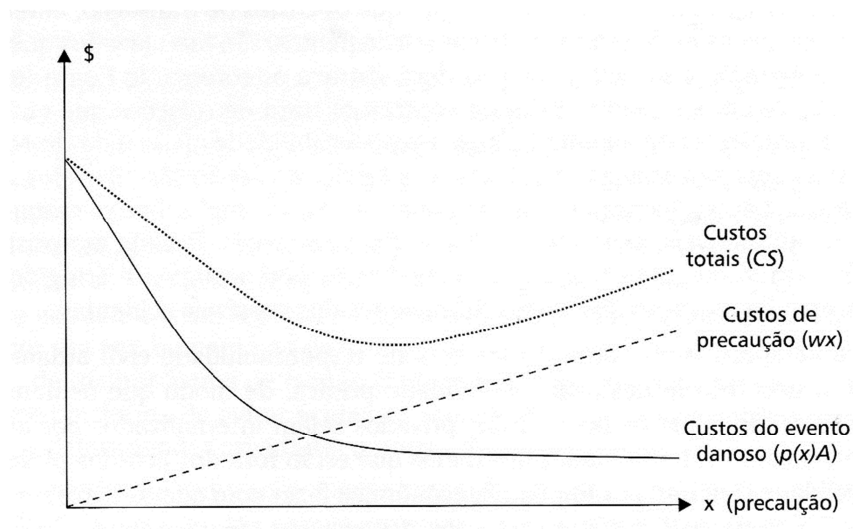
Dois meios são utilizados para reduzir os custos secundários: o método de fracionamento do risco entre um grande número de pessoas – como, “os seguros sociais ou privados”, chamado de “loss spreading” –, ou pelo “deep pocket method”, no qual os custos são repassados aos mais ricos. Esse último é explicado pela teoria da diminuição marginal da utilidade do dinheiro, em que “uma unidade monetária retirada de uma pessoa mais rica

provoca menor repercussão negativa do que se retirada de uma pessoa mais pobre”. (MENDONÇA, 2012, p.54-55)

Já os custos terciários dizem respeito aos custos administrativos desses acidentes e são reduzidos na medida em que são alcançados os dois objetivos anteriores.

Os custos totais ou sociais dos acidentes podem ser entendidos, portanto, como a soma dos custos do dano e os custos de evitá-los, traduzidos pela fórmula apresentada por Cooter e Ullen (2010, p.332): $CS = wx + p(x)A$, em que CS é o custo total esperado do evento danoso, wx é o custo de precaução e $p(x)A$ é o prejuízo esperado, correspondente à probabilidade p de ocorrência do evento danoso multiplicada pelo valor monetário A do prejuízo dele decorrente

Gráfico 1: Curva de Custo Social



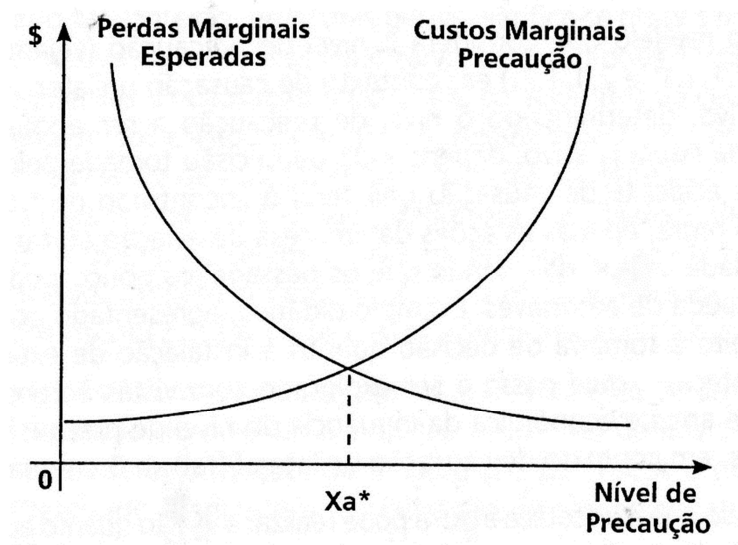
Fonte: MENDONÇA (2012, p.333)

O gráfico acima demonstra que a curva do custo social esperado (CS) é obtido somando-se a linha wx com a curva $p(x)A$, obtendo como resultado a curva em formato de U. Denota-se, com isso, que nem sempre um incremento na precaução alcançará um resultado eficiente, representado pelo ponto mais baixo da curva. A partir desse ponto, os adicionais em precaução farão aumentar o custo total, não sendo justificável. Pode-se concluir também que a redução dos eventos danosos esperados jamais alcançará o limite zero.

⁹ Os custos de precaução compreendem, aqui, “qualquer comportamento que reduza a probabilidade ou magnitude de um acidente”. (COOTER; ULLEN, 2010, p.333)

O nível eficiente de precaução, portanto, é representado pelo ponto de menor custo social total, nesse caso, o custo social marginal (custo de um pouco mais de precaução) iguala-se ao benefício social marginal (redução no custo esperado do prejuízo). Em outros termos, “o nível ótimo de precaução ocorre quando, em termos incrementais, cada unidade monetária gasta em prevenção diminui em uma unidade monetária a perda esperada”. (BATTESINI, 2011, p. 128) Dessa maneira representado:

Gráfico 2: Nível Ótimo de Precaução



Fonte: BATTESINI (2011, p.129)

Vê-se que a curva de custos marginais de precaução possui inclinação positiva, já que ao passo que são implementadas medidas adicionais de precaução, maiores são seus custos. No entanto, a curva de perdas marginais esperadas possui inclinação negativa, considerando que um maior nível de cuidado diminui a probabilidade do acidente e, conseqüentemente, os custos esperados do evento danoso. O nível ótimo de precaução (X_a) é encontrado na interseção das curvas de custos marginais de precaução e de perdas marginais esperadas, correspondendo ao valor mínimo dos custos sociais.

É notável que ambos os gráficos analisados “não nos informa(m) o nível de precaução ótimo de cada agente, mas sim uma medida de precaução social, ou seja, resultante das condutas adotadas por ambos os agentes, ofensor e vítima”. (TIMM, 2012, p. 189) Nesse sentido, surgem os modelos teóricos da análise econômica, que dão uma orientação de qual o

nível de precaução e de atividade ótimo de cada agente e como são induzidos a adotá-los a partir dos diferentes tipos de sistema de responsabilização.

4.2.1 MODELOS TEÓRICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A LaE entende que as normas servem de incentivo ou desestímulo às condutas humanas. No âmbito da responsabilidade civil, busca-se estudar de que forma as regras de responsabilização podem influenciar tanto o agente quanto a vítima a alcançarem patamares eficientes de precaução e de cuidado, nas atividades geradoras de riscos de acidentes.

Guido Calabresi (1970) foi o primeiro a comparar sistematicamente os efeitos gerados pelas regras de responsabilidade civil. Hoje, os modelos teóricos servem de instrumento, aos juseconomistas, na adoção de um conjunto de hipóteses simplificadoras da realidade, com o intuito de tornar os problemas mais palpáveis.

Não se pretende, no entanto, camuflar as limitações inerentes aos modelos teóricos, considerando que quando priorizam certas variáveis, acabam por abstrair outras que poderiam influenciar o resultado real do problema. Acontece que a falta de realismo torna-se irrelevante; importando “muito mais a acuidade das previsões e, especialmente, a estrutura do raciocínio utilizado para se chegar a elas”. (MENDONÇA, 2012, p.19-20)

A partir da análise probalística, verifica-se o nível de atividade e o nível de cuidado que o causador do dano e a vítima (ambos neutros em relação ao risco) adotariam sob ausência de responsabilização, responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva, em caso de acidentes unilaterais e bilaterais. Portanto, quatro grandes modelos serão, aqui, estudados: (i) nível de cuidado em acidentes unilaterais; (ii) nível de cuidado em acidentes bilaterais; (iii) nível de cuidado e de atividade em acidentes unilaterais; (iv) nível de cuidado e de atividade em acidentes bilaterais.

4.2.1.1 Nível de Prevenção

O primeiro modelo que será avaliado trata-se do mais elementar de todos, pois considera apenas a conduta do lesante, desprezando o comportamento da vítima ou qualquer outro fator externo (custos administrativos, nível de informação...). Nas hipóteses abaixo, a denominação custos totais do acidente corresponde aos custos sociais dos acidentes (somatório dos custos de prevenção com os custos do dano esperado - probabilidade do dano

multiplicada pelos custos respectivos). Além disso, o dano será estimado em 100, sendo três os possíveis níveis de cuidado: nenhum, médio e elevado:

Tabela 1: Estudo do Dano em Acidente Unilateral

Nível de Cuidado	Custos de Precaução	Probabilidade do dano	Custos do dano esperado	Custos totais do acidente
Nenhum	0	15%	15	15
Médio	3	10%	10	13
Elevado	6	8%	8	14

Fonte: MENDONÇA (2012, p.59)

Da análise da tabela acima pode-se concluir que o nível médio de cuidado mostra-se eficiente ao apresentar o menor custo total do acidente. Partindo da premissa da Análise Econômica de que as normas servem para incentivar ou desestimular certa conduta do agente, cabe aqui analisar qual dos sistemas de responsabilidade (ausência de responsabilidade, responsabilidade objetiva ou responsabilidade subjetiva) melhor atingiria os fins de minimizar os custos sociais do acidente.

Em um cenário de ausência de responsabilidade, o autor do dano não teria qualquer incentivo para investir em precaução, de maneira que o seu nível de cuidado seria 0 (zero), o que elevaria os custos totais do acidente para 15 (quinze), de modo a ser induzido a um comportamento inadequado.

Sob a responsabilidade objetiva, o autor iria responder por todos os prejuízos causados, independentemente de culpa. Em um primeiro momento, poderia se pensar que, desse modo, o causador do dano não teria incentivos suficientes para investir em precaução ao ser responsabilizado em qualquer circunstância. No entanto, como os custos que iria arcar seriam iguais aos custos totais (custos de precaução + custos do dano esperado), para ele seria mais interessante agir de acordo com o nível eficiente (médio) que proporcionaria o menor gasto possível (13).

Por fim, no sistema de responsabilidade subjetiva, como o agente seria responsabilizado somente se agisse com culpa, isto é, abaixo do padrão de diligência estabelecido pela lei ou pela jurisprudência, cabe aos legisladores e julgadores estipular o nível ótimo de cuidado em suas normas e decisões. Dessa forma, a responsabilidade civil subjetiva criaria incentivos para que o autor adote o nível ótimo de precaução, considerando

que o nível de cuidado elevado representaria um gasto desnecessário, e o nível inferior ao ótimo faria com que fosse responsável pelos danos do acidente.

Pode-se concluir que nos casos de dano unilateral tanto a responsabilidade objetiva quanto a subjetiva induziriam ao comportamento social ótimo, sendo vantagem o uso da primeira por mensurar o dano sem a necessidade de comparar o nível de cuidado do lesante, no caso concreto, com o nível ótimo esperado; além de não necessitar a produção de prova de culpa do ofensor.

No segundo modelo, analisa-se o dano bilateral, quando o autor e a vítima possuem papel ativo na redução dos riscos e, conseqüentemente, dos custos totais do acidente, a fim de se atingir o patamar ótimo social de cuidado.

Tabela 2: Estudo do Dano em Acidente Bilateral

Nível de Cuidado		Custos de Precaução		Probabilidade do dano	Custos do dano esperado	Custos totais do acidente
Lesante	Lesado	Lesante	Lesado			
Não	Não	0	0	15%	15	15
Não	Sim	0	2	12%	12	14
Sim	Não	3	0	10%	10	13
Sim	Sim	3	2	6%	6	11

Fonte: MENDONÇA (2012, p.60)

A análise da tabela permite-nos perceber que a ausência de uma regra de responsabilização induziria a vítima a adotar certo nível de cuidado (ainda que não ótimo), já que o lesante não o faria. Nessa situação, a vítima teria uma diferença favorável de uma unidade, caso também não adotasse nenhuma medida de precaução, não atingindo o nível social ótimo.

Em vista da responsabilidade objetiva, teríamos uma situação contrária, considerando que o lesante adotaria medidas de precaução, enquanto que o lesado tenderia a permanecer inerte. Dessa forma, a regra objetiva igualmente não constituiria mecanismo eficiente de prevenção de danos, em contexto de causação bilateral.

Por último, na responsabilidade civil subjetiva caso o ofensor adotasse o nível de cuidado exigido, todos os custos passariam a ser arcados pela vítima; dessa forma, a vítima tenderia também a exercer precaução. Nessa situação, quando as duas partes adotam um nível

de cuidado, é que os níveis ótimos de precaução são alcançados. Trata-se, portanto, de regra que induziria o menor custo total do acidente, nos casos de dano bilateral.

Contudo, como bem observa Battesini (2011, p.144), o Sistema Brasileiro de Responsabilidade Civil prevê a “possibilidade de redução do valor da indenização proporcionalmente à culpa da vítima e, em interpretação extensiva, a possibilidade de exclusão do nexo causal por culpa exclusiva da vítima”, transformando a responsabilidade civil objetiva em “instrumento dotado de efetividade no desempenho da função social de prevenção de acidente, dada a criação de incentivos para que a vítima também adote medidas de prevenção em nível eficiente”.

4.2.1.2 Nível de atividade

Além do nível de precaução, as partes podem influenciar o risco dos acidentes através da frequência ou intensidade com que desenvolvem atividades geradoras de risco.

Na prática, pondera Timm (2012, p.198), as decisões judiciais concentram-se no elemento culpa e no nível de precaução adotado, isso porque “os juízes, em geral, não possuem informações sobre o nível de atividade exercido pelas partes, ou sequer uma forma de aferir o nível de atividade ótimo para cada caso”.

No entanto, o nível de atividade é variável importante a ser observada nos modelos teóricos da Economia, já que influenciam de maneira direta na probabilidade de um acidente. No exemplo de Coote e Ullen (2010, p.343), em um acidente de trânsito, a probabilidade de ocorrer um acidente não depende somente do nível de precaução do motorista, mas também da quantidade de horas ou quilômetros que ele dirige.

Nesses casos, o lesante deve ponderar tanto as utilidades obtidas quanto os riscos adicionais criados com a atividade. O “bem-estar social ótimo” será atingido quando o nível de atividade adotado seja capaz de maximizar a utilidade, ao passo que, minimize os custos de precaução e os custos do dano esperado (custos totais).

Tabela 3: Bem-Estar Social

Nível de atividade	Utilidade total da atividade	Custos de precaução	Custos do dano esperado	Bem-estar social
0	0	0	0	0
1	40	3	10	27
2	60	6	20	34
3	69	9	30	30
4	71	12	40	19
5	70	15	50	5

Fonte: MENDONÇA (2012, p.62)

Do exemplo hipotético acima, pode-se concluir que o patamar de eficiência será alcançado quando o nível de atividade for igual a 2 (dois), ao gerar um bem-estar social equivalente a 34 (trinta e quatro) unidades - soma dos custos de precaução e do dano esperado subtraído da utilidade total da atividade.

Em casos de dano unilateral, é possível prever que o lesante, diante da ausência de uma regra de responsabilidade, não tomará qualquer medida de cuidado e desenvolverá a atividade no nível mais elevado (4) que lhe for conveniente.

Já sob a responsabilidade objetiva, uma vez que é o lesante que internalizará o bem-estar gerado, os custos de precaução e do dano esperado, esse se sentirá incentivado a agir de acordo com o ótimo social (2).

Situação diversa será encontrada em situações de responsabilidade subjetiva, quando o lesante exercerá o cuidado ótimo a fim de se eximir do dever de indenizar, mas, possivelmente, se excederá no nível de atividade realizado.

Portanto, em relação ao nível de cuidado, ambos os tipos de responsabilidade (objetiva e subjetiva) podem proporcionar o patamar adequado. No entanto, dependendo da periculosidade da atividade desenvolvida, a responsabilidade subjetiva não é a espécie recomendável, visto que o nível ótimo de atividade poderá ser ultrapassado.

Nos acidentes bilaterais, quando tanto o lesante quanto a vítima são responsáveis pelos níveis de precaução e de atividade, o bem-estar social é obtido da soma das utilidades que ambos geram de suas atividades subtraindo-se os custos de cuidado e dos danos assumidos pelos dois.

Nesse cenário, diante da ausência de uma regra de responsabilização, explica Mendonça (2012, p.63) que o “lesante exercerá o máximo de atividade sem adotar medidas de precaução”, enquanto a vítima “adotará medidas de cuidado e exercerá um nível ótimo de atividade, já que arcará com os custos de precaução e com os custos do dano esperado”.

Situação contrária ocorrerá em casos de responsabilidade objetiva, quando a vítima, sem qualquer incentivo, adotará os níveis de cuidado e de atividade que lhe proverem, considerando que todos os custos serão arcados pelo lesante. Esse, sim, terá os incentivos necessários para adotar um nível ótimo de precaução e para exercer sua atividade em um patamar desejado.

Por último, sob uma regra de responsabilidade subjetiva, o lesante só terá incentivos para adotar o nível de cuidado ótimo, a fim de elidir a culpa; no entanto, poderá exceder-se no nível de atividade, por não lhe representar custos. A vítima, por sua vez, adotará os níveis de cuidado e de atividade desejados, ciente do comportamento do lesante.

Pode-se concluir, nesse último modelo, que não há uma regra de responsabilização que induza tanto o lesante quanto a vítima a adotarem o nível ótimo de atividade. Nesse sentido, recomenda Battesini (2011, p.153):

Caso a sociedade considere mais importante controlar o nível de atividade de risco do autor, é recomendável a adoção de alguma das referida modalidades de responsabilidade objetiva, contrariamente, optando pelo controle do nível de atividade de risco da vítima, é recomendável a adoção de alguma das referidas modalidades de responsabilidade subjetiva.

Segundo Cooter e Ullen (2010, p.344), “a eficiência exige que se escolha uma regra de responsabilidade de modo que a parte cujo nível de atividade mais afeta os acidentes arque com os custos residuais do dano”. No entanto, alertam os autores, muitas vezes é necessária “uma variável adicional de controle de fora do direito da responsabilidade civil” para controlar os níveis de atividade - como a aplicação de multas ou tributações sobre certas atividades.

Outra possível solução é apontada por Battesini (2011, p.155), ao mencionar que:

(...) a noção de culpa, necessária à caracterização da responsabilidade subjetiva, tradicionalmente, é associada tão somente ao nível de precaução, sendo que, se o sistema jurídico evoluir de forma a redefinir a noção de culpa, incorporando o nível de atividade, então, as regras convencionais de responsabilidade civil poderão gerar incentivos para que o autor e vítima adotem, simultaneamente, níveis ótimos de precaução e atividade.

Ainda que passíveis as soluções apresentadas, evidente é que quanto mais variáveis são incorporadas a um modelo, mais complexo ele fica e, conseqüentemente, menos provável que um resultado ideal seja encontrado.

4.2.2 ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO PRODUTO

Os modelos teóricos da Ciência Econômica podem servir de instrumento para análise dos incentivos gerados pelas regras de responsabilização nas relações de consumo. Para isso, considerar-se-ão os causadores de danos, as empresas fornecedoras, e as vítimas, os consumidores, de maneira que os custos e os danos estejam relacionados ao produto de consumo.

Tabela 4: Estudo do Dano nas Relações de Consumo

Custo da Prevenção	Custo das Perdas	Preço Explícito	Custo Total
0	9	10	19
5	2	15	17
10	1	20	21

Fonte: ACCIARI (2014, p.53)

O preço explícito (terceira coluna) diz respeito ao preço monetário da unidade do produto pago pelo consumidor, exposto na prateleira. Já o custo total, inclui a soma do custo das perdas e do preço explícito, sendo que também será pago pelo consumidor em caso de dano do produto.

Nessa nova conjuntura, os incentivos do produtor em investir em precaução dependerão não somente de sua potencial responsabilidade, mas também da percepção do consumidor aos riscos do produto, o que afetará sua disposição para pagar. Caso o consumidor tivesse uma noção exata, isto é, uma informação perfeita, acerca dos riscos envolvendo o produto adquirido, não haveria a necessidade de uma regra de responsabilização. Isso porque a própria concorrência de mercado incentivaria o fornecedor a adotar o nível ótimo social (segunda linha da coluna acima), visto que proporcionaria o menor custo total e, conseqüentemente, despertaria a preferência do consumidor. Sendo assim, qualquer fornecedor que produzisse de modo diferente estaria fora do mercado.

Em contexto realístico, no entanto, o consumidor não possui as informações perfeitas em relação ao risco do produto, de modo que sua escolha de compra é induzida apenas pelo preço “de prateleira”, ou seja, o preço explícito. O resultado disso é que os fornecedores não possuem os incentivos necessários a investir em precaução. Nessas condições, reflete Acciari (2014, p.54), “o mercado não se ‘ajustará’ automaticamente à solução socialmente eficiente, senão que a imposição de um sistema de responsabilidade seja preferível”.

O autor destaca uma corrente de pensamento que sustenta que não importa que cada consumidor esteja perfeitamente informado; basta um pequeno grupo de consumidores informados para corrigir o mercado, considerando que os fornecedores, pela dificuldade de distinguir os grupos informados dos desinformados, produziram como se fosse sempre àqueles. No entanto, tal tendência é bastante criticada sob o argumento de que inexiste um grupo relevante de consumidores que possa alcançar esse efeito corretivo e da impossibilidade da regulação “automática” do mercado.

Sob uma regra de responsabilidade objetiva, o nível de precaução adotado pelo fornecedor seria o ótimo, e o preço explícito e o custo total percebido pelo consumidor se igualariam a 15 (quinze), considerando que a empresa arcaria com os custos das perdas (2) em caso de dano do produto. No entanto, é errôneo assumir que o sistema de responsabilidade objetiva compensará o consumidor de todos os prejuízos ocorridos, isso porque os danos relacionados aos riscos naturais do produto não são indenizados. Além disso, razões jurídicas, como uso impróprio, ausência de causalidade, e empíricas, como custos administrativos, problemas de prova, impossibilitam a compensação ao consumidor.

Em um contexto de responsabilização subjetiva, o juiz apresentaria dificuldade em saber o patamar ótimo de precaução para cada caso, a fim de separar a conduta culposa da diligente. Além disso, explica Acciari (2014, p.57):

Se o sistema fosse subjetivo e a culpa fosse julgada à luz das precauções que usualmente adotam as empresas de certo ramo, logo, nenhuma teria incentivos para investir em pesquisa tendente a descobrir e aplicar medidas mais eficientes: bastaria reproduzir eternamente os padrões de seus competidores para não ser considerado culpável e, portanto, não responsável pelos danos causados ao consumidor.

Em resumo, pode-se concluir que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro adota, adequadamente, a teoria objetiva como regra de responsabilização, ao induzir o fornecedor a assumir o nível ótimo de precaução, independentemente do conhecimento do consumidor sobre os riscos do produto. No entanto, outras medidas são necessárias a fim de se alcançar uma maior proteção ao consumidor; dentre elas a diminuição dos custos do

reclamo (custos administrativos), que - quando em desproporção ao provável benefício do processo - leva o consumidor a não exigir seus direitos em juízo e, por consequência, cria distorções nos incentivos dos fornecedores em investir em precaução.

4.3 Regra de Hand

A Análise Econômica da Responsabilidade Civil, como visto, preocupa-se em encontrar um equilíbrio entre o dano e a sua prevenção, através de uma decisão eficiente - tanto do legislador ao formular as regras normativas, quanto do julgador ao aplicá-las ao caso concreto.

Com isso, a AED buscou formular um “standard” de diligência que servisse de mecanismo de comparação para descobrir se a conduta foi ou não culposa nos casos de responsabilidade civil subjetiva, já que sua origem repousa na violação de um dever geral de cuidado, conforme estudado no segundo capítulo desta monografia.

Esse padrão de comportamento foi concebido pelo juiz norte-americano Learned Hand no conhecido caso *United States v. Carroll Towing Co* – considerado por Acciari (2014, p. 25), um “marco na história da jurisprudência norte-americana ao empregar um raciocínio básico do pensamento econômico como fundamento da sua decisão”:

Tratava-se de acidente envolvendo uma barcaça e sua carga no porto de Nova York, onde diversas embarcações encontravam-se amarradas em uma única corda. Não encontrando pessoas a bordo das barcaças, a tripulação do rebocador de uma delas ajustou a corda de ancoragem, realizando-o inadequadamente, o que fez com que mais tarde uma embarcação se soltasse, colidindo com outra e afundando com toda a sua carga. O proprietário da embarcação perdida alegou que os tripulantes do rebocador haviam sido negligentes no reajuste da corda de ancoragem. O proprietário do rebocador, por sua vez, afirmou que o dono da barcaça naufragada também havia sido negligente porque seu barqueiro não estava na embarcação durante o expediente, quando a tripulação tentou ajustar a corda. (MENDONÇA, 2012, p.66)

Na decisão da controvérsia, o juiz Learned Hand observou:

já que há ocasiões em que toda embarcação se soltará de suas amarras 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; 3) o ônus de precauções adequadas. Possivelmente formular essa noção em termos algébricos sirva para realçá-la: **se a probabilidade for chamada P, o dano de R e o ônus de O, a responsabilidade civil depende de O ser menor do que R multiplicado por P, isto é, de $O < PR$** . (MENDONÇA, 2012, p.66)

Da decisão final, o magistrado utilizou a fórmula no caso concreto e concluiu que o proprietário da barcaça deveria ser responsabilizado por agir de maneira negligente ao permitir a ausência do barqueiro durante o expediente.

O que se conclui da decisão acima é bastante lógico, considerando que se os gastos de evitar um acidente são maiores do que o custo do evento danoso em si, qualquer pessoa racional preferiria pagar uma indenização ao lesado, ao invés de impedi-lo. É o que acontece nos já mencionados danos eficientes, quando o empresário faz o opção consciente de indenizar o consumidor em caso de dano, em detrimento dos maiores custos que dispenderia com a sua prevenção (ou “recall”).

Para obstaculizar esse tipo de comportamento, a fórmula de Hand classifica a conduta como culposa quando os custos de cuidado (C) são menores do que a probabilidade de ocorrência do acidente (P) multiplicada pelos custos do dano causado (D), ou seja: $C < P \times D$. No entanto, a conduta será considerada diligente se os custos de precaução (C) forem iguais ou superiores à probabilidade do acidente (P) multiplicada pelo montante do dano provocado (D), isto é: $C \geq P \times D$.

Na explicação de Cooter e Ullen, (2010, p.346):

a regra marginal de Hand afirma que o autor do dano é culpado se o custo marginal de sua precaução é menor do que o benefício marginal resultante. Portanto, o autor do dano é responsável sob a Regra de Hand quando a precaução adicional se justifica em termos de custos.

A precaução adicional se justifica em termos de custos quando se encontra em patamar inferior ao seu nível eficiente, isto é, quando os seus custos são superiores aos benefícios que poderia gerar. A eficiência, por outro lado, é obtida quando o custo social marginal é igual ao benefício social marginal (dano esperado antes da adoção da medida preventiva subtraído do dano esperado após sua adoção) – nesse caso, não há que se falar em conduta culposa.

De maneira sintética, pode se concluir que há culpa quando o investido em precaução é menor do que os danos esperados.

O ensino jurídico tradicional, ao utilizar as figuras do “bonus pater familias” e do “reasonable man”, é bastante criticado “por criarem um padrão único e amplíssimo de diligência, inconciliável com a complexidade que caracteriza a sociedade atual”. (MENDONÇA, 2012, p.67) Enquanto que a vantagem da regra de Hand reside na criação de “standards” aplicáveis a cada caso concreto, considerando as circunstâncias de cada situação;

além disso, a aplicação repetida da própria regra possibilita que os julgadores descubram o nível eficiente de cuidado:

Numa série de ações judiciais, eles perguntam se uma precaução adicional se justificaria em termos de custos. Se a resposta é ‘sim’, o autor do dano não cumpriu o parâmetro jurídico e é responsável. Presumivelmente, os autores de dano irão reagir a essa decisão aumentando seu nível de precaução. Com o passar do tempo, chegará aos juízes um caso em que uma precaução de dano não se justifica em termos de custos. (COOTER; ULLEN, 2010, p.346)

Cooter e Ullen (2010, p.347) recomendam cautela mediante oitiva de peritos e especialistas quanto à probabilidade do dano, em atenção à tendência das pessoas de subestimá-la antes de sua ocorrência, ao passo que, depois de ocorrido o acidente tendem a supervalorizá-la. Igualmente, alertam os magistrados da necessidade de calcular a totalidade dos benefícios da adoção da medida preventiva, incluindo a diminuição dos riscos para terceiros (risco para outros), mas também a diminuição dos riscos para o próprio autor (risco para si próprio).

Ao citar os casos emblemáticos para a evolução da fórmula de Hand na jurisprudência norte-americana, Timm (2012, p. 186) menciona o caso *Hendricks v. Peabody Coal Co.*, quando um menino de 16 anos, ao nadar nas águas acumuladas em uma mina de mineração, a céu aberto, da empresa ré, sofreu um grave acidente. Diante disso, a Corte considerou a empresa culpada já que o dano poderia ter sido evitado isolando a área com uma cerca - o que teria um custo relativamente baixo, em relação ao dano e à sua probabilidade de ocorrência.

Na jurisprudência brasileira, ressalta Battesini (2011, p.220), “não são encontrados precedentes que realizem explícita comparação do custo da precaução ‘vis-à-vis’ os benefícios de evitar a situação de risco”. No entanto, de forma intuitiva, os juízes brasileiros utilizam-se da lógica apresentada pela fórmula de Hand, ao considerarem as três variáveis - prevenção, probabilidade de ocorrência e custo do dano – na determinação da conduta culposa do agente.

4.4 “Punitive Damages”

Os “punitive damages” podem ser explicados como uma “soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano (compensatory damages)”, variante com o grau da culpa do autor. (COSTA; PARGENDLER, 2005, p.16)

Esse valor da indenização que supera o montante do dano possui as finalidades de punir o ofensor quando sua conduta revelar extrema reprovação social – dolo ou grave

negligência do agente -, e de desestimulá-lo a reiterar o comportamento danoso, servindo de exemplo a todos os prováveis futuros infratores.

Pode-se dizer, portanto, que os “punitive damages” tratam-se de um tipo de “pena privada” ou “pena civil” extracontratual, destinados “a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves cuja dimensão é transindividual, ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo”. (COSTA; PARGENDLER, 2005, p.16).

As indenizações punitivas possuem especial aplicabilidade nos casos de dano eficiente (2.3), em uma tentativa de desestimular o empresário de introduzir no mercado produtos sabidamente danosos. Outro caso de real efetividade é quando aquele que ingressa com a demanda é apenas um dentre uma ampla categoria de pessoas ofendidas em situações semelhantes. Além disso, o instituto torna-se útil quando as sanções penais não forem suficientes para servir de desestímulo, ou àquelas oferecidas pela responsabilidade civil não apresentarem resposta ressarcitória adequada ao caso. Soma-se a isso a tendência atual de limitar o Direito Penal às ofensas mais graves à ordem social.

A AED preocupa-se com o “quantum” do “punitive damages” de modo que seja aplicado um mínimo necessário ao desenvolvimento de uma função de desestímulo. Já que, na visão de Rosenvald (2013, p.162), danos punitivos muito elevados induziriam três consequências:

- (a) aumento de despesas superior ao necessário para precaução de danos;
- (b) redução da produção ou diminuição do mercado com prejuízo aos consumidores;
- (c) quando grandes corporações são atingidas por elevados valores de punitive damages, os prejudicados serão pequenos acionistas e consumidores. Não alcançará o patrimônio do gestor, mas da sociedade.

O primeiro caso no Direito anglo-saxônico a valer-se das indenizações extraordinárias foi o “Statute of Councester”, na Inglaterra, em 1278. No entanto, somente no Século XVIII, o instituto passou a ser desenvolvido como um meio de indenizar as vítimas de danos extrapatrimoniais. Posteriormente, com a possibilidade de indenização por danos morais, a função da indenização passou a ser entendida como meramente compensatória. Dessa forma, os “punitive damages”, na práxis norte-americana, passaram a ser circunscritos a situações excepcionais, sob o critério da alta censurabilidade da conduta do infrator.

Nos Estados-Unidos, como regra geral, os “punitive damages” possuem aplicabilidade somente nos casos de responsabilidade extracontratual (law of torts) subjetiva e quando o ofensor age, de forma análoga ao sistema brasileiro, com dolo. O fato dos “punitive damages” dependerem da discricionariedade do júri fez surgir aberrações nas resoluções de

casos de indenização daquele país, transformando o judiciário americano em verdadeira loteria.

Dessa forma, fez-se necessária a introdução de diretrizes a fim de estabelecer limites à fixação dos “punitive damages”. Em relação ao grau de reprovabilidade da conduta do réu, por exemplo, deve-se avaliar:

se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros; se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente. (COSTA; PARGENDLER, 2005, p.19)

Outras limitações constitucionais no tocante ao “quantum” serviram, como explica Rosenvald (2013, p.146), para “evitar a falência de empresas; adequar os valores à finalidade de desestímulo; e a restringir a sua aplicação apenas em casos de extrema gravidade em que os ‘compensatory damages’ são insuficientes”.

No Sistema Brasileiro de Responsabilidade Civil, o “caput” do artigo 944 do Código Civil estabelece que “a indenização mede-se pela extensão do dano” e, com isso, consagra a regra geral de que o montante da indenização deve guardar simetria com o valor do dano. O próprio ordenamento, no entanto, prevê exceções à regra, possibilitando a redução do valor da indenização em relação ao dano por culpa do autor (parágrafo único do art. 944) e por culpa concorrente da vítima (art. 945).

Dessa forma, os críticos da indenização punitiva não admitem sua aplicabilidade diante da ausência de amparo legal no ordenamento. Além disso, argumentam que o uso do instituto vem sendo distorcido no País, confundindo-se o “punitive damages” com o caráter punitivo ligado a indenização por dano moral.

Ainda hoje, no Brasil, coexistem três correntes em relação à função da indenização do dano moral, quais sejam, a compensação/satisfação do ofendido, a punição do ofensor e tanto a satisfação do ofendido como a punição do ofensor. O Superior Tribunal de Justiça reconhece a natureza punitiva e disciplinadora da indenização em seus julgados, considerando alguns critérios para o seu arbitramento como: o grau de culpa do ofensor, a condição econômica do responsável pela lesão, e o enriquecimento obtido com o fato ilícito.

Battesini (2011, P.262) ao criticar o fato de que, no Brasil, os “punitive damages” não se encontram apartados da compensação por dano moral, cita Anderson Schreiber (2009):

(...) a prática brasileira distancia-se do modelo norte-americano, que distingue claramente compensatory damages e punitive damages. Com isso, cria-se no Brasil,

uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apensado, e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, o efeito dissuasivo, que consiste na principal vantagem do instituto.

Outra crítica feita à aplicação do instituto no Brasil, diz respeito ao seu uso em casos de responsabilização objetiva, quando os “punitive damages”, em sua origem, não englobam essa espécie de responsabilidade. Nesse sentido, questionam Costa e Pargendler (2005, p.24): “como se falar em proporcionalidade entre conduta reprovável e punição se não se tem como saber o quanto foi o agente culpado, tendo sido dispensado o exame da conduta pelo regime da responsabilidade objetiva?”

No âmbito do CDC, os maldizentes das indenizações extraordinárias argumentam que a própria legislação já oferece as respostas necessárias à reparação do dano sofrido pelo consumidor, em seu artigo 12 e outras normas. Além disso, afirmam que o veto aos artigos 15 e 16, do CDC, que acolhiam uma versão brasileira dos “punitive damages”, evidencia que a própria sociedade mostra-se relutante à aplicação do instituto no País.

A solução aos casos de danos cuja dimensão é transindividual, aos mais conservadores, encontra-se na Lei n. 7.347/85, ao dispor que nos casos de danos ambientais e ao consumidor, por exemplo, deve ser aplicada uma multa, a qual será recolhida a um fundo público, beneficiando a coletividade de vítimas e o bem jurídico prejudicado, evitando-se, com isso, o enriquecimento ilícito do lesado.

Os que admitem a possibilidade de aplicação dos “punitive damages” acreditam que a interpretação correta ao parágrafo único do artigo 944, do CC, de 2002, deve ser extensiva, à luz de fundamentos constitucionais. Dessa forma, “justifica-se a majoração no valor da indenização em relação ao dano quando a conduta do autor destoar sensivelmente da conduta do homem razoável”. (BATTESINI, 2011, P.263)

Os que defendem o instituto encontram maior fundamento a sua aplicação no âmbito da responsabilidade dos fornecedores pela oferta de produtos. Rosenvald (2013, p.144) lista as cinco principais categorias que, na jurisprudência, os “punitive damages” são tradicionalmente concedidos: em casos de condutas fraudulentas; nas situações em que o produtor conscientemente viola “standards” de segurança; quando há inadequação dos controles de segurança, por comportamento omissivo do produtor; em casos em que o consumidor não é advertido dos riscos do produtor; por último, quando o produtor é incapaz de corrigir os defeitos apresentados pelo produto, após o sua introdução no mercado.

Para esses, o próprio CDC já comporta normas, de caráter preventivo, que possibilitam que o valor da indenização ultrapasse o valor do dano sofrido, como é o caso do

parágrafo único do artigo 42¹⁰. Dessa forma, a responsabilidade objetiva não apresentaria óbice ao uso dos “punitive damages”, já que “ultrapassado o estágio inicial de estipulação do dever de indenizar (que independe do elemento culpa), nada impedirá que o juiz considere o elemento subjetivo para eventualmente aumentar o montante indenizatório ou mesmo reduzi-lo”. (MENDONÇA, 2012, p.109)

A AED, ao usar o raciocínio “ex ante”, preconiza que, em certas situações, as indenizações extraordinárias devem ser aplicadas a fim de se alcançar uma redução ótima dos eventos danosos. Para isso, o objetivo de dissuasão da responsabilidade civil, na explicação de Mendonça (2012, p. 111-117), “será apropriadamente atingido quando o lesante for responsabilizado na precisa extensão do dano que tenha causado”, retornando não apenas a vítima ao estado anterior, mas também o agente do dano, ao retirar dele “todo e qualquer benefício que ele esperava obter de suas ações lesivas”.

Nesses casos, ou a vítima ganhará o acréscimo ou o causador do dano deixará de perdê-lo (ganhando indiretamente) - isso justifica porque o “quantum” punitivo não poderia ser considerado um enriquecimento ilícito.

Nesse sentido, o sistema de responsabilização norte-americano apresenta atual tendência de conceder os “punitive damages” parcialmente ao autor da demanda e parcialmente ao Estado ou a fundos específicos, de maneira que o consumidor teria direito de receber, além da soma relativa aos danos, acrescida das despesas processuais, um valor pelo dispêndio de tempo e de esforço, a fim de incentivar a procura pelo judiciário em caso de dano, ainda que esse represente, na esfera individual, pouco prejuízo – o que, de fato, mostra-se uma boa alternativa.

¹⁰ Art. 42 - Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, pode-se compreender que a história de interação entre o Direito e a Economia não é recente, sendo marcada por períodos de intenso diálogo e por outros, de distanciamento ideológico. No entanto, a partir de 1970, já na segunda “onda”, o movimento atingiu sua maior aceitação e expansão, principalmente nos Estados Unidos, com grandes nomes como Guido Calabresi, Ronald Coase e Richard Posner.

Percebeu-se que, atualmente, a AED representa movimento bastante heterogêneo, formado por diversas correntes de pensamento, com destaque à Escola de Chicago que - ao enxergar o Direito como instrumento de promoção de eficiência econômica - propõe o uso das normas de responsabilidade civil para melhor alocar as externalidades negativas, isto é, os efeitos que as atividades geram sob terceiros.

Dos instrumentais da LaE foram estudados os conceitos de maximização do bem-estar e de eficiência. O primeiro, parte da premissa de que os recursos são escassos, enquanto que as necessidades humanas são ilimitadas. Sendo assim, as pessoas, a partir de uma análise de custo-benefício, tomam decisões de maneira a maximizar seu bem-estar, incluindo ganhos não apenas monetários.

Já a eficiência preocupa-se com alocação de tais recursos e pode ser dividida em duas categorias: a eficiência paretiana, condição em que não é possível melhorar a situação de alguém, sem piorar a posição de outrem; e o critério de Kaldor-Hicks, ou “melhoria potencial de Pareto”, situação em que os beneficiados com a mudança poderiam, ainda que teoricamente, compensar as perdas dos prejudicados.

No fim do primeiro Capítulo, estudou-se o importante Teorema de Coase, que serve de fundamentação à AED ao descrever que, quando os custos de transação estão zerados, ou próximos de zero, não importa para quem o Direito será adjudicado, visto que a solução eficiente será de qualquer maneira alcançada. Ainda que, na prática, diante dos altos custos de transação, a ação regulatória do Estado seja sempre necessária.

No segundo Capítulo, analisou-se a responsabilidade civil, no Brasil, como ramo do Direito Civil que se preocupa com a reparação do dano. Para isso, foram elucidados os elementos essenciais na formação do dever de indenizar, quais sejam: a conduta do agente, marcada por uma ação ou omissão; o dano, material ou moral; o nexos de causalidade, que serve de liame de causa e consequências entre os dois pressupostos anteriores; e, por último, a culpa “lato sensu”, que compreende a culpa “stricto sensu” – dividida em negligência, imprudência e imperícia – e o dolo, quando há intenção de resultado. Quanto às espécies de

responsabilidade civil, demonstrou-se que a responsabilidade subjetiva constitui regra geral do Código Civil brasileiro, enquanto que à responsabilidade objetiva, ao prescindir de culpa, restringe-se às situações expressas pelo ordenamento.

Posteriormente, observou-se que a responsabilidade civil, no CDC, divide-se em pelo fato do produto ou do serviço – nos casos em que o defeito coloque em risco a segurança do consumidor -; e pelo vício do produto ou do serviço – correspondente à falta de quantidade ou qualidade dos mesmos. O CDC, como estudado, dispõe, de maneira taxativa, as hipóteses de exclusão de responsabilidade, sendo ela, de maneira geral, solidária aos fornecedores, salvo a responsabilidade subsidiária do comerciante no caso de fato do produto.

Na sequência, tratou-se sobre o dano eficiente, a partir do estudo do paradigmático caso “Ford Pinto”, expondo a vulnerabilidade dos consumidores, nas situações em que o empresário, ciente dos riscos do produto, opta por colocá-lo no mercado, ao perceber que os gastos com a prevenção, ou recall, seriam superiores à probabilidade do dano ocorrer multiplicado pelos gastos com a indenização que caberia a cada consumidor lesado.

No terceiro e último Capítulo, analisou-se as diferentes abordagens funcionais da responsabilidade civil através da perspectiva jurídica tradicional - que sustenta a reparação como sua função precípua – e da AED que, a partir de uma visão “ex ante”, preconiza a prevenção como papel principal de um sistema de responsabilização.

Ulteriormente, abordaram-se os custos sociais ou totais dos acidentes entendidos como a soma dos custos do dano e os custos de evitá-los; podendo ser divididos, segundo Guido Calabresi, em três categorias: primários, referentes à redução da quantidade e da gravidade dos acidentes; secundários, derivados dos acidentes; e, por último, os terciários, relacionados aos custos administrativos. A partir da análise gráfica da fórmula dos custos sociais ($CS = wx + p(x)A$), observou-se que o nível ótimo de precaução corresponde ao valor mínimo dos custos sociais, ponto em que o custo social marginal iguala-se ao benefício social marginal.

Com o uso dos modelos teóricos da Análise Econômica da Responsabilidade Civil, estudou-se de que forma as regras de responsabilização podem influenciar tanto o agente quando a vítima a alcançarem patamares eficientes de precaução e de cuidado, nas atividades geradoras de acidentes. Sucessivamente, utilizou-se dos modelos teóricos para concluir que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro adota, adequadamente, a teoria objetiva como regra de responsabilização, ao induzir o fornecedor a assumir o nível ótimo de precaução, independente do conhecimento do consumidor sobre os riscos do produto. Ainda que outras

medidas, como a diminuição dos custos administrativos, sejam necessárias a fim de se alcançar uma maior proteção ao consumidor.

Adiante, analisou-se a Regra de Hand, “standard” de diligência concebido pelo juiz norte-americano Learned Hand que, a partir do caso “United States v. Carroll Towing Co”, estabeleceu a conduta culposa quando os custos de cuidado (C) são menores do que a probabilidade de ocorrência do acidente (P) multiplicada pelos custos do dano causado (D), ou seja: $C < P \times D$. Restou demonstrado que, de forma intuitiva, os juízes brasileiros utilizam-se da lógica apresentada pela fórmula de Hand, ao considerarem as três variáveis - prevenção, probabilidade de ocorrência e custo do dano – na determinação da conduta culposa do agente.

Por fim, investigaram-se os “punitive damages” – valor indenizatório que ultrapassa o dano sofrido, com o intuito de penalizar o infrator e de prevenir, de maneira geral, a reincidência da ação danosa. Nesse viés, estudou-se a origem do instituto no “common law”, bem como as atuais delimitações de seu uso no sistema de responsabilidade norte-americano. Na sequência, ponderou-se os argumentos prós e contras ao uso dos “punitive damages”, no Brasil, reconhecendo que essa seja a medida cabível nos casos de dano nas relações de consumo, ainda que, para evitar o enriquecimento ilícito, uma parte da indenização deva ser destinada a fundo específico de proteção ao consumidor.

Com o desenvolvimento deste trabalho, todos os objetivos inicialmente propostos foram concretizados, de modo que se chegou a uma resposta satisfatória ao principal problema apresentado: pode - e deve - a responsabilidade civil servir de instrumento de prevenção ao dano nas relações de consumo, seja com a adoção de regras de incentivo, de padrão de diligência, ou através de “quantum” punitivo que retire qualquer benefício do lesante. Esta monografia foi de grande valia, uma vez que possibilitou um novo olhar à responsabilidade civil e permitiu o aperfeiçoamento de competências de pesquisa.

REFERÊNCIAS

ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da Análise Econômica do Direito de Danos**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

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

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

CALABRESI, Guido. **El coste de los accidentes**. 1. ed. Barcelona: Ariel. S.A., 1984.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro. **R. CEJ**, Brasília, n. 28, p.15-32, jan./mar.2005. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/643/823>>. Acesso em: 28/10/2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. In **Sequencia**. V. 35. N. 68. 2014. (jan-jun), pp 261-290. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em 28 out. 2015

KLUGER, Viviana (Org.). **Análisis económico del Derecho**. 1.ed. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Analyse Économique du Droit**. 2.ed. Montréal: Dalloz, 2008.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil: o dano e sua quantificação**. - São Paulo: Atlas, 2012.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8ª ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil de acordo com a Constituição de 1988**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

ROSA, Alexandre Morais da Rosa; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia: textos escolhidos**. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil**: Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Direito do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: Método, 2014.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.