

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

GIBRAN DE LIMA DE SOUZA

**A MENSURAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL POR MEIO DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

FLORIANÓPOLIS

2014

GIBRAN DE LIMA DE SOUZA

**A MENSURAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL POR MEIO DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Florianópolis

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A mensuração do dano extrapatrimonial por meio da Análise Econômica do Direito**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Gibran de Lima de Souza**, defendido em **28/11/2014** 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/CC/2014.

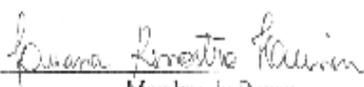
Florianópolis, 28 de Novembro de 2014.



Professora Orientadora
Everton das Neves Gonçalves



Membro de Banca
Eduardo Luiz Venturim



Membro de Banca
Luana Renostro Heinen

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, o qual o faço através das pessoas de meus pais (Silvio e Mariléia), por todo o carinho e suporte dados ao longo de minha trajetória.

Agradeço aos meus amigos, dos quais não ousarei mencionar nomes para não cometer injustiças, pelo companheirismo ofertado, momentos de alegria e compreensão.

Agradeço todos os meus colegas de trabalho, do passado e do presente, pela experiência repassada.

Agradeço a Universidade Federal de Santa Catarina, por ter me proporcionado incríveis anos de minha vida, aprimorado meu conhecimento e aberto a minha mente.

Agradeço, em especial, o Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves, não apenas pela inesgotável fonte de saber, mas, acima de tudo, pelo sempre presente sorriso cativante no rosto que lhe é característico.

Agradeço a todos os professores, mestres e técnicos que, ao longo de minha vida, ensinaram-me olhar o mundo com diferentes perspectivas.

E, por último, agradeço a ela, Fabiana Besen, pela paz que apazigua minha alma, pelo conhecimento que enriquece minha mente, pela beleza que faz brilhar meus olhos e pelo amor que aquece meu coração. À você meu anjo, esta monografia, como se dissesse água.

*Cedo ou tarde, você vai aprender, assim como eu aprendi, que existe uma diferença
entre conhecer o caminho e trilhar o caminho,*

*(Morpheus - Filme *Matrix*)*

Well, once there was only dark. If you ask me, I think the light is winning

*(Detetive Cohle – Série de TV *True Detectives*)*

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou nela é exposta.

RESUMO

A presente monografia objetiva ajudar a disseminar, no ambiente acadêmico brasileiro, as possibilidades de entrelaçamento entre ciência econômica e jurídica. Faz uso, pois, de corrente filosófico-teórica surgida, no cenário norte americano, em meados do século passado, que pretende aplicar ao Direito técnicas tipicamente econômicas. Aqui, em especial, optou-se por aproximar a Teoria Econômica com o fenômeno da Responsabilidade Civil brasileira. Tem por objetivo demonstrar a utilização prática de instrumentais da Ciência Econômica como metodologia aplicável para o entendimento das diversas áreas do conhecimento jurídico, como forma de complementação à tradicional forma de se abordar o Direito. Para tanto, utilizam-se, como marco teórico, as abordagens doutrinárias de autores como: Richard Posner, Ronald Coase, Vilfredo Pareto, Nicholas Kaldor, John Hicks, Robert Cooter e Thomas Ullen. Trata-se de pesquisa qualitativa e interdisciplinar, adotando-se o método de procedimento monográfico e dedutivo de abordagem. O trabalho ainda perpassa linha histórica do cenário político internacional, em especial o norte-americano, que contribuiu para o surgimento da *LaE*; assim como, a maximização de interesses e o conceito de eficiência. Se o Direito situa-se no campo do dever ser, a Teoria Econômica localiza-se no do ser. Se a moralidade, por vezes, demonstra o mundo como gostaríamos que funcionasse, a Teoria Econômica o apresenta como é. Pretende-se, pois, em verdadeiro processo introspectivo e de autoconhecimento, possibilitar que o Direito, acompanhado de todos os seus pensadores e operadores, seja capaz de entender o real impacto que causa no comportamento humano para assim, e somente assim, atingir os fins para os quais se propõe.

Palavras chave: *Law and Economics*, Responsabilidade Civil, Análise do dano.

ABSTRACT

The present monograph had the objective to help disseminate in the Brazilian academic environment the possibilities of connecting the economic science with legal science. It uses a philosophical and theoretical homework borned in the USA in the mid of last century, that wants to apply economics techniques to the Law. Here, in special, it has been choosen to aproximate the economy to the phenomenon of Tor Law. It wishes to demonstrate the practical use of economics instrumentals as an applicable methodology for understanding several areas of legal knowledge, as a way of complementing the traditional way on approaching the Law. In this way, it was used as theoretical framework the doctrinal approaches of authors such as: Richard Posner, Ronald Coase, Vilfredo Pareto, Nicholas Kaldor, John Hicks, Robert Cooter e Thomas Ulen. It was qualitative and interdisciplinary research, adopting the method of monographic approach and deductive procedure. The work also permeates the history line, especially the US international political scene, which contributed to the emergence of LaE; as well as the interests of maximizing the efficiency concept. If Law is located in the field of thought, the Economics is located in the being. If morality sometimes shows the world how we would like it work, economics is presented as it is. Thus, the Economy serves as an immense mirror being put ahead of Law. It is intended, therefore, in true introspection and self-awareness process, enable the Law, together with all its thinkers and operators to understand the real impact it causes on human behavior for thus and only thus, achieve its purposes.

Key words: *Law and Economics; Tor Law; Damage analysis*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	14
1.1 Conceito Jurídico de Responsabilidade.....	14
1.2 Diferença entre Responsabilidade Civil e Responsabilidade Criminal.....	15
1.3 Evolução histórica da responsabilidade civil.....	16
1.4 Elementos da Responsabilidade Civil.....	19
1.4.1 Ação comissiva e/ou omissiva.....	19
1.4.2 Ocorrência de dano.....	20
1.4.2.1 Dano patrimonial.....	21
1.4.2.2 Dano moral.....	23
1.4.2.3 Outras espécies de dano.....	25
1.4.3 Nexo causal.....	26
1.5. Excludentes da Responsabilidade.....	32
1.5.1. Culpa exclusiva ou concorrente da vítima.....	32
1.5.2. Fato de terceiro.....	33
1.5.3. Caso fortuito ou força maior.....	35
1.5.4. Cláusula de não indenizar.....	36
1.6. Responsabilidade Civil Subjetiva.....	37
1.7. Responsabilidade Civil Objetiva.....	38
1.8. A reparação do dano.....	41
1.8.1. A equidade na hora se auferir o montante da indenização.....	42
1.8.2. O problema de se quantificar a indenização por dano moral.....	43
2 A LAW AND ECONOMICS.....	45
2.1 Aspectos históricos da LaE.....	48
2.2. Escolas da LaE.....	50
2.2.1 A Escola de Chicago.....	50
2.2.2 A Escola Neoinstitucional.....	51
2.2.3. A Escola da <i>Public Choice</i>	52
2.2.4. A Escola do <i>Critical legal Studies</i>	53
2.3. Principais pressupostos econômicos.....	54
2.3.1. Escassez de Recursos.....	55
2.3.2. A maximização racional.....	56
2.3.3. O Critério da Eficiência.....	58
2.3.4. O Princípio da Eficiência Econômico-Social - PEES.....	59

2.4. Principais Precussores da LaE.....	61
2.4.1 Richard Posner.....	61
2.4.2 Guido Calabresi.....	62
2.4.3 Ronald Coase.....	64
3 A <i>LAW AND ECONOMICS</i> E A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	67
3.1 A Responsabilidade Civil dentro de seu aspecto funcional – A função preventiva.....	69
3.2 A regra do Juiz Hand e a determinação do grau de culpabilidade.....	70
3.3. O dano extrapatrimonial – quanto indenizar?.....	73
3.4. Indenizações punitivas.....	76
3.5. Estudo de caso - O cadastro indevido em órgãos de proteção ao crédito.....	78
3.5.1. Os aspectos relacionados à Responsabilidade Civil do Acórdão.....	79
3.5.2. A Análise Econômica dos casos de cadastro indevido.....	82
CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS.....	91

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) objetiva ajudar a disseminar, no ambiente acadêmico brasileiro, as possibilidades de entrelaçamento entre ciências econômicas e jurídicas. Faz uso, pois, de corrente filosófico-teórica surgida, no cenário norte americano, em meados do século passado que pretende aplicar, ao Direito, técnicas tipicamente econômicas. Aqui, em especial, optou-se por aproximar a Teoria Econômica com o fenômeno da Responsabilidade Civil brasileira.

A modernidade trouxe, e ainda traz, significativas mudanças nas formas e intensidades com que as relações sociais se estabelecem. Se em 1903 os irmãos Wright entravam para a história como os primeiros homens a realizarem um voo motorizado, pouco mais de 60 anos depois, um pequeno passo para o homem, mas um gigante passo para a humanidade era dado na lua. Se há meio século atrás, a comunicação com alguém posicionado no outro lado do globo representava tarefa hercúlea e demorada, hoje, no entanto, basta alguns toques em uma tela de 3 polegadas para se realizar operações financeiras internacionais ou, simplesmente, mandar um vídeo de bom dia para a pessoa amada.

A frenética dinâmica inerente à modernidade, seja em complexas linhas de produções industriais, seja na comunicação virtual intercontinental, proporciona ao Direito novos desafios para os quais, historicamente, não se encontram paralelos. Em especial, ao que importa a esta monografia, coube, ao estudar-se a responsabilidade civil, testemunhar mudanças a ela elementares que, até então, não possuíam espaço no Ordenamento Jurídico pátrio.

Fala-se, atualmente, na possibilidade de responsabilidade sem culpa, na responsabilidade por ato lícito ou, ainda, na indenização para danos não patrimoniais. O Direito pátrio, festeja-se, procurou se adaptar, pelo menos no campo da responsabilidade civil, às mudanças sociais.

A pretensão de se aproximar a ciência econômica ao Direito surge, pois, como mais uma destas tentativas de fazer o Judiciário adaptar-se, de forma eficiente, às demandas que lhe são apresentadas.

Tal ressalva se faz necessária, pois não raro se encontram críticas ao movimento da LaE de cunho fundamentalmente político de que esta procuraria fazer com o Direito se submetesse a desígnios neoliberais e de direita. Por um lado, tais críticas são mais

do que bem vindas pois de fato, o mal uso de pressupostos econômicos podem colorir de azul, ou de vermelho, ambiente que deveria ser incolor. Contudo, isso é verdade para qualquer área do conhecimento humano, não se limitando à Teoria Econômica, não se limitando ao Direito e, por certo, não se limitando ao “Direito e Economia” (LaE).

As ciências jurídicas sempre estiveram e sempre estarão presas à interpretação e, desta forma, a quem as interpreta. Cabe, contudo, aos estudiosos, teóricos e demais operadores do Direito se utilizarem de ferramentas capazes de questionar de forma objetiva e pontual qualquer interpretação de norma que seja incompatível com objetivos por ela propostos. A Teoria Econômica apresenta-se, pois, como poderosa fonte de arcabouço teórico e técnico capaz de predizer e analisar o impacto da norma sobre os jurisdicionados.

Esta monografia se inicia por meio do estudo da Responsabilidade Civil, apresentando, para tanto, sua evolução histórica, principais elementos, espécies, mudanças e problemas atuais. Dessa forma, o primeiro capítulo procura situar o leitor sobre qual área do Direito buscará se traçar paralelos com pressupostos econômicos.

O segundo Capítulo apresenta o que vem a ser a LaE, sua evolução histórica, principais escolas de pensamento, principais percussores teóricos e, ainda, os pressupostos sobre os quais se fundamente qualquer análise econômica: A escassez de recursos, maximização racional de interesses e o conceito de eficiência.

Sobre este último pressuposto, abre-se tópico para tratar em especial sobre o conceito de eficiência teorizado para o contexto nacional, mas perfeitamente aplicável como teoria geral para o Direito, com fundamento no ensino de Everton das Neves Gonçalves. Com vistas a convergir interesses sociais caros às ciências jurídicas e a eficiência fria típica da Ciência Econômica, Gonçalves idealizou o *Princípio da Eficiência Econômico-Social* (PEES)¹ como forma de se coadunar pressupostos aparentemente antagônicos.

No terceiro capítulo, como não poderia deixar de ser, fala-se do objeto precípua desta monografia, qual seja, dos diálogos existentes entre a LaE e à Responsabilidade Civil brasileira. Defende-se o aspecto funcional da responsabilidade civil e sua abordagem conjunta com o de seu aspecto formal. Demonstra o que vem a ser a

¹ 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. ISSN 2177-7055. Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em 10/08/2014.

regra de Hand e sua aplicabilidade no Direito brasileiro bem como aspectos a serem considerados na hora de determinar-se o *quantum debeatur* de ações judiciais por responsabilidade civil e, ainda, a possibilidade de indenizações punitivas no Direito nacional. E, ainda, passa-se ao estudo de acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) relativo a indenização por dano moral por cadastro indevido em órgão de proteção ao crédito, identificando-se a aplicabilidade da teoria apresentada nesta monografia, tanto a da responsabilidade civil isolada em seu aspecto jurídico quanto a que dialoga com a LaE.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A atual realidade das relações humanas, ressalta-se, a que veio acompanhada com as mudanças trazidas pelo século XXI, trouxe consigo novidades do ponto de vista econômico-social sobre as quais o Direito ainda tem que se debruçar. Aos poucos velhos institutos vão perdendo espaço enquanto outros encontram caminho fértil para, ao se adaptarem a estas mudanças, se reafirmarem como temática de estudo a ser constantemente vasculhada pelo acadêmico e profissional de Direito.

Destarte, o instituto da Responsabilidade Civil se mostra, na atual realidade jurídica do País, como um desses temas que merecem reflexão e estudo justamente por lidar diretamente com situações problemáticas encontradas no cotidiano de diversas pessoas, físicas ou jurídicas:

A Responsabilidade Civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais, e no prodigioso avanço tecnológico, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos à integridade da vida humana².

Nessa via, faz-se necessário apresentar o que vem a ser o conceito jurídico da responsabilidade civil, os elementos que a constituem, bem como situá-la dentro da própria evolução histórica pelo qual passou – e ainda passa – para que, ao final deste Trabalho, possam-se fazer as devidas considerações acadêmicas sobre possibilidades de futuro da Responsabilidade Civil, que vem a ser o objetivo deste TCC.

1.1. Conceito jurídico de responsabilidade

O termo “responsabilidade” possui origem no latim (*respondere*) e significa todas as consequências no mundo jurídico que certo indivíduo possui por exercer determinada atividade. A palavra, ainda, contém a raiz latina *spondeo*, procedimento pelo qual, dentro do Direito Romano, o devedor ficava vinculado através de contratos verbais.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – 7. Responsabilidade Civil*. 25. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 19.

Por certo, contudo, que a simples análise etimológica da palavra responsabilidade não se mostra suficiente para traduzir, mesmo que sinteticamente, o que vem a ser responsabilidade civil.

Portanto, importante os ensinamentos de Maria Helena Diniz ao afirmar que:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por que ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal³.

Observa-se, aqui, o conceito amplo de Responsabilidade Civil a qual é vista não apenas como dever de reparar que se extrai do ato ilícito de alguém após a averiguação de sua culpa (termos gerais da responsabilidade civil subjetiva que posteriormente será mais bem debatida), mas, também, por circunstância meramente objetiva criada pelo agente, mesmo quando a culpa se mostra ausente.

A Professora Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa em sua dissertação de Mestrado chega a defender o conceito de responsabilidade como fato social, uma vez que a vida em sociedade é norteadada pelo uso de diferentes tipos de normas para a manutenção da ordem social e a violação desta clama pela restauração do *satus quo ante*:

A responsabilidade é um fato social porque está inserida na vida em sociedade. Independente do tipo da norma descumprida, importando a transgressão em alguma lesão, rompe-se a ordem e a harmonia social, dando margem à responsabilidade que surge como instrumento único, hábil e capaz de se retornar ao *status quo ante*⁴.

Essa concepção importa no sentido de enxergar o instituto da responsabilidade, sobretudo a civil, como forma de manter-se o equilíbrio social que, afinal de contas, representa uma das funções precípua do próprio Direito.

1.2. Diferença entre Responsabilidade Civil e Responsabilidade Criminal

Importante, ainda, apontar-se a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal. Enquanto na esfera cível, a reponsabilidade do agente reside, antes de mais nada, na tentativa de restauração do *status quo ante* do que sofreu

³ *Ibidem*, p. 51

⁴ ROSA, Leilane Mendonça Zavarise. *Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado*. (Dissertação). Mestrado em Direito. Florianópolis: UFSC, 1996, p. 14.

determinado dano, na esfera penal verifica-se a existência de clamor social que exige série de punições capaz de satisfazer comoção social gerada

Nesta via, asseveram os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Como sentimento social, a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa. Vendo no agente um fator de desequilíbrio, estende uma rede de punições com que procura atender às exigências do ordenamento jurídico. Esta satisfação social gera a responsabilidade criminal. Como sentimento humano, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face de prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a ideia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que não é estranha à ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar⁵.

Enquanto que para a configuração da responsabilidade penal faz-se necessária a tipificação do ato delituoso (*nulla poena sine lege*), a responsabilidade civil comporta número infinito de possibilidades de ocorrência, uma vez que esta estará presente, *a priori*, com a presença do dano.

Contudo, importante ressaltar que um mesmo fato é capaz de gerar responsabilidade tanto na esfera penal quanto na cível, não se falando na ocorrência de *bis in idem*. E mais, a ofensa ao Ordenamento Jurídico, neste caso é uma só, ou seja, a antijuridicidade de um fato reside em sua inobservância aos ditames do sistema jurídico como um todo, sendo que apenas sua responsabilização (reparação no âmbito cível e pena no criminal) será diferente.

1.3. Evolução histórica da responsabilidade civil

Como diversas áreas do atual Sistema Jurídico Brasileiro, o tema da responsabilidade civil possui suas origens institucionais dentro do Direito Romano. Importante, portanto, compreender a evolução histórica por qual passou o instituto não

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

apenas para que se entenda a origem de alguns aspectos da responsabilidade civil como, também, para demonstrar a presença desta junto a própria história do Direito e, ainda, entenderem-se as mudanças sofridas de acordo com cada momento histórico da humanidade.

Tem-se a *vingança privada* como ponto de partida da responsabilidade civil no Direito Romano no qual as pessoas faziam justiça pelas próprias mãos sem a existência de um terceiro ente (estatal, por exemplo), capaz de definir quaisquer regras sobre os limites desta retaliação.

Posteriormente, contudo, com o advento da célebre Lei de Talião, resumida na frase “olho por olho, dente por dente” ou “quem com ferro fere, com ferro será ferido”, esta forma de vingança privada passou a possuir limites externos que visavam coibir abusos e retaliações injustificadas.

Assevera Maria Helena Diniz:

Para coibir abusos, o poder público apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou. Na Lei das XII Tábuas, aparece significativa expressão desse critério na tábua VII, lei 11^a: “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*”(se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo). A responsabilidade era objetiva, não dependia de culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano⁶.

Todavia, existia ainda, na própria Lei das XII Tábuas, possibilidades inovadoras em que se concebia chances de *composição* entre o ofensor e a vítima, evitando-se, dessa forma, a aplicação da pena de Talião. Assim sendo, em vez de haver a imposição de que o agente causador de determinado dano sofresse o mesmo mal que causara, passou-se a admitir que a vítima recebesse, a seu critério e a título de *poena*, pagamento de certa quantia em dinheiro ou em bens que permitisse ao ofensor receber o perdão da vítima.

Vislumbrava-se, nesta possibilidade de composição, pequena evolução na concepção do dano que, ao ser encarado como fator social, passava a encontrar solução não apenas através de imposição estatal externa às partes. Tentava-se, desta forma, evitar a ocorrência do “duplo-dano”, qual seja, a existência do dano sofrido pela vítima e o oriundo de reparação estatal imposta. Tal imposição, permaneceu no Direito Romano como forma

⁶ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 27.

de *pena privada*, uma vez que, não existia, à época, qualquer divisão entre responsabilidade civil e responsabilidade criminal.

Contudo, foi com a *Lex Aquilia*, datada de 286 a.C, oriunda de plebiscito proposto pelo tribuno Aquílio que a responsabilidade civil encontrou seu grande marco no Direito Romano. Ao estruturar o instituto, em especial no que tange à introdução do elemento culpa para que se pudesse tornar obrigatória a reparação. Exigência esta que encontra ecos ainda hoje no Ordenamento Jurídico Brasileiro, conforme ensina Gagliano e Pamplona Filho:

Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Se seu primeiro capítulo regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes que pastam em rebanho; e o segundo, o dano causado por um credor acessório ao principal, que abate a dívida com prejuízo do primeiro; sua terceira parte se tornou a mais importante para a compreensão da evolução da responsabilidade civil. Com efeito, regulava ela o *damnum injuria datum*, consistente na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário da coisa lesada, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade extracontratual⁷.

De fato, tal Lei dá nome a atual ideia de responsabilidade extracontratual que, também, é conhecida como responsabilidade aquiliana ou a que decorre diretamente de lei, mais precisamente do dever geral de não ocasionar dano a outrem. Fala-se em lesão de direito sem que, para tanto, seja necessária relação jurídica pré-constituída entre ofensor e ofendido, sem contrato, por exemplo.

A inserção de culpa como fator básico a ser averiguado na lei aquiliana permitiu a paulatina transição da ideia de pena (característica mais vinculada aos povos primitivos) para a ideia de reparação do dano, sendo que posteriormente, inclusive, foi incorporada no Código Civil de Napoleão, o qual influenciou diversas legislações ao redor do mundo.

Contudo, a ideia introduzida pela lei aquiliana de que não existe responsabilidade sem culpa, aos poucos, foi se mostrando insuficiente para atender as demandas jurídicas então existentes, porquanto diversos eram os casos em que a comprovação da existência do elemento culpa era impossível para a vítima.

⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p.11.

Nessa via, com o advento do mundo moderno, passou a existir movimento jurisprudencial próprio da responsabilidade civil para ampliar o conceito de culpa e, ainda, admitir novas teorias dogmáticas que possibilitam a reparação do dano tão apenas por se ter criado o risco necessário para a existência do mesmo.

1.4. Elementos da responsabilidade civil

Repassado o panorama histórico sobre os principais acontecimentos que contribuíram para a atual concepção de responsabilidade civil, cabe, agora, destrincharem-se os elementos que a constituem, sobretudo aqueles que costumeiramente são apontados pela doutrina: a) Ação comissiva e/ou omissiva; b) Ocorrência de dano e c) Nexo de causalidade.

1.4.1. Ação comissiva e/ou omissiva

Primeiramente, destaca-se que não se utilizará a culpa como elemento da responsabilidade civil, uma vez que, hoje, admite-se existência de responsabilidade sem culpa. Vislumbra-se, pois, que a melhor escolha reside em conceber a prática de ação ou omissão, causadora de determinado dano, como elemento constitutivo da responsabilidade do agente.

A responsabilidade, nestes casos, poderá se dar em decorrência de ato praticado pela própria pessoa, de ação/omissão praticada por terceiro que esteja sobre a responsabilidade do indivíduo e, ainda, por conta de danos ocasionados por coisas que estejam sobre a guarda do agente.

Ressalta-se que esta ação comissiva/omissiva não necessariamente deverá se configurar como ato ilícito pois a atual concepção da responsabilidade civil prevê a possibilidade de se responsabilizar civilmente alguém tão apenas por esta pessoa ter criado o risco capaz de gerar determinado dano. Nesta via, Silvio Rodrigues fala da não observância da finalidade social a qual a lei se destina, mesmo quando, *a priori*, esta não foi diretamente violada:

O ato do agente causador do dano impõe-lhe o dever de reparar não só quando há, de sua parte, infringência a um dever legal, portanto praticado contra direito, como também quando seu ato, embora sem infringir a lei, foge da finalidade social a que ela se destina. Realmente há atos que não colidem diretamente com a norma jurídica, mas com o fim social por ela almejado. São atos praticados com absurdo de direito, e, se o comportamento abusivo do agente causa dano a outrem, a obrigação de reparar, imposta àquele, apresenta-se inescandível⁸.

Contudo, o normal é que se indenize pela prática de ato ilícito, tido como aquele que contraria dever geral previsto no Ordenamento Jurídico Pátrio, seja pela violação de responsabilidade extracontratual, seja pela violação de obrigação compactuada em comum acordo entre indivíduos, responsabilidade contratual.

1.4.2. Ocorrência de dano

Fala-se em ocorrência de dano sempre que a vítima sofre abalo em sua esfera patrimonial ou moral não previsível jurídica ou socialmente. É, portanto, consequência lógica que ao responsabilizar-se determinada pessoa, leia-se onerá-la com o dever de reparação, deva existir, antes, prejuízo a ser reparado.

A professora Leilane Zavarize da Rosa⁹ ensina que o dano deve possuir quatro características para que o mesmo possa ser indenizável, quais sejam: a) Deve ser certo; b) Deve ser especial; c) Deve ser anormal e d) Deve corresponder a situação jurídica que não esteja protegida juridicamente.

A certeza do dano está justamente na não possibilidade de dúvidas acerca de sua ocorrência, podendo, inclusive, ser dano atual ou, ainda, futuro. O que pode tirar a possibilidade de se indenizar o dano é a sua eventualidade.

Entende-se como dano especial aquele o qual possa ser determinado e delimitado, ou seja, que não está disseminado pela sociedade, de forma que se possa reconhecer o sujeito que mereça a reparação do dano.

A anormalidade do dano refere-se àquela situação fática não previsível, que foge do cotidiano das pessoas, em outras palavras, que não seja mero dissabor característico das relações sociais do dia-dia.

⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 15

⁹ ROSA, Leilane Mendonça Zavarize, *op. cit.*, p. 26.

Por fim, ao falar-se em antijuridicidade do dano, deve-se ter em mente o conceito *lato sensu*, pois, admite-se que o dano lícito (por ação/omissão que esteja diretamente de acordo com a lei) poderá sim ser indenizável, caso contrarie a finalidade social da mesma. Caso ilícito (afrontando diretamente a lei), este será, sem sombra de dúvidas, indenizável, bastando haver a certeza do mesmo e, ainda, ser especial, facilmente delimitado.

1.4.2.1. Dano Patrimonial

O dano patrimonial como pode inferir-se de sua própria nomenclatura está vinculado ao dano causado ao patrimônio de alguém. Historicamente a espécie de dano que esteve predominantemente em foco na Responsabilidade Civil, este dano se caracteriza por toda injúria que atinge a universalidade jurídica constituída pelos bens e direitos como relevância econômica que se encontram a disposição de determinada pessoa.

Vale destacar que universalidade jurídica de bens abrange não apenas bens tangíveis/corpóreos como automóveis, jóias, imóveis etc., mas, também, bens intangíveis tais como os direitos de crédito, por exemplo. E, ainda, como bem lembra o Desembargador Sergio Cavalieri Filho, o dano patrimonial não apenas envolve o patrimônio atual de sua vítima, mas, também, pode atingir o futuro, causando-lhe sua redução ou, ainda, impedindo seu crescimento¹⁰.

Baseado nesta divisão vinculada à temporalidade que a vítima sentirá os efeitos do dano, é comum encontrar-se na doutrina a divisão do dano patrimonial em dano emergente ou lucro cessante.

Entende-se como dano emergente, aquele que representará efetiva e imediata redução ao patrimônio da vítima, sendo que o dano se dará na exata medida desta redução. Desnecessária, pois, a realização de maiores considerações sobre este dano, sendo que, nas palavras de Cavalieri Filho¹¹:

A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas,

¹⁰ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. Ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 74.

¹¹ *Ibidem*, p. 74.

tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante. Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum*.

O conceito de lucro cessante, por outro lado, apresenta a ideia de dano mediato ou futuro ao patrimônio da vítima, impedindo lucros, reduzindo ganhos etc. Como ensina Cavallieri:

Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa do lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralização da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. O cuidado que o juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito¹².

Em que pese esse último ensino de Cavallieri de que o lucro cessante não possa ser algo meramente imaginário, há de mencionar-se o conceito de *perda de uma chance* que guardando certa similitude com a ideia de lucro cessante, diz respeito ao desaparecimento de evento futuro (ainda não em curso) que geraria determinado ganho para a vítima. Trata-se pois, de “aposta” perdida pela vítima, sendo que a doutrina sempre apontou que o problema desta “modalidade” de dano reside justamente um *problema de certeza*, pois nem ao menos seria certo o ganho que a vítima veio a perder

Sobre a perda de uma chance, o ilustre professor Rafael da Silva Peteffi assevera:

A perda de uma chance sempre foi tratada dogmaticamente como um problema de certeza. Com efeito, o sistema francês exige que o dano seja certo para ser indenizado.

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza¹³.

¹² *Ibidem*, p. 75

¹³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance*. 2. Ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 13

Primeiramente possuindo forte rejeição no meio acadêmico, a responsabilidade por perda de uma chance passou, paulatinamente, a ser aceita e desenvolvida, tal evolução encontra, pois, paralelos com o conceito de dano moral, como visto a seguir.

1.4.2.2. Dano Moral

Historicamente controverso, a ideia de indenizar-se dano moral já está consolidada não apenas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁴(CRFB/88), mas, também no próprio Código Civil de 2002¹⁵. Uma vez reconhecida a possibilidade de indenizá-lo, a discussão doutrinária e jurisprudencial passou a girar em torno do que vem a ser esta espécie de dano e, mais importante, como indenizá-lo:

Cavallieri Filho, reconhecendo juridicamente o dano moral como indenizável, afirma que sua discussão deverá partir das premissas constitucionais humanísticas trazidas com a CRFB/88, atinentes à chamada “questão social”.

Tenho para mim que todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada *questão social*, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. Com efeito, a par dos direitos patrimoniais, que se traduzem em uma expressão econômica, o homem é titular de relações jurídicas que, embora despidas de expressão pecuniária intrínseca, representam para o seu titular um valor maior, por serem atinentes supra estatal, dos quais são titulares todos os seres humanos a partir do nascimento com vida (Código Civil, arts. 1º e 2º). São direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes à personalidade, tais como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade, à privacidade, enfim, à própria dignidade da pessoa humana¹⁶.

Importa dizer que a ideia de reconhecer-se o dano moral como forma de se proteger a dignidade da pessoa humana afasta o entendimento equivocado, não raras vezes difundido na sociedade, de dano moral como sinônimo de dano psíquico ou de entristecimento da vítima. Caso o fosse, não haveria de falar-se em dano moral às pessoas que, por exemplo, portam deficiências psicológicas capazes de as tornarem alienadas à realidade que as cerca.

¹⁴ 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 2014.

¹⁵ BRASIL. Código Civil (2002), *op. cit.*

¹⁶ FILHO, Sergio Cavallieri, *op. cit.*, p. 82.

Pelo contrário, o conceito de reparação ao dano moral protegerá tudo aquilo que possa violar atributos da dignidade da pessoa humana, tais como a imagem, a honra, o nome, a liberdade etc. Neste caso, não há necessidade de se comprovar a ocorrência de dor, vexame, sofrimento, humilhação e afins, pois apenas são tidos como consequências do dano moral, mas não como causas.

Estando o dano moral vinculado diretamente ao conceito de dignidade da pessoa humana, tida como valor imensurável pecuniariamente, ou seja, impossível de ser substituída por equivalente, a questão que tem atormentado profissionais do Direito está justamente em como reparar algo que não pode ser substituído?

A resposta para esta pergunta é, pois, uma das razões de ser desta monografia e será posteriormente discutida no terceiro capítulo à luz da análise econômica do Direito com o intuito de ajudar a disseminar no meio jurídico brasileiro, teses que buscam tirar a subjetividade que, *a priori*, parece tão intrínseca nas decisões que arbitram valor a ser pago a título de reparação de danos morais.

Contudo, já é recorrente na doutrina brasileira a noção de que a reparação deverá se limitar, pelo menos, em valor que não configure em enriquecimento sem causa, conforme assevera Cavallieri Filho:

Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o *princípio dano não pode ser fonte de lucro*. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano¹⁷.

E, ainda, Maria Helena Diniz:

(...) o credor teria, com a reparação do dano moral, um aumento patrimonial, sem que antes tivesse tido nenhum desembolso. Entretanto, é bom lembrar que a ordem jurídica não ampara bens econômicos. Deveras, a inviolabilidade do domicílio, o bom nome, a honra, a vida, o decoro, a liberdade gozam de tutela jurídica, constituindo assim um patrimônio ideal que se compões de bens íntimos e subjetivos. A reparação pecuniária do dano moral não pretende refazer o patrimônio, visto que este, em certos casos, não sofreu diminuição, mas dar ao lesado uma compensação, que lhe é devida, pelo que sofreu, amenizando as agruras oriundas do dano não patrimonial¹⁸.

Vê-se, portanto, a bem vinda preocupação em não descaracterizar o instituto ao se criar verdadeira “indústria do dano moral” através de sentenças sem fundamentos

¹⁷ *Ibidem*, p. 97.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 115.

objetivos que conferem à vítima valor excessivo e desproporcional ao dano auferido, o que acabaria, em verdade, apenas deslocando a ocorrência do dano do primeiro agressor que agora passaria ser vítima do enriquecimento ilícito daquele que primeiramente prejudicou. Aproximando, desta forma, o instituto da responsabilidade civil aos seus primórdios, época em que o dano era apenas repetido, mas não necessariamente minimizado.

A LaE, contudo, estuda minuciosamente o fenômeno de externalização e internalização destes danos, de maneira a explanar, através de critérios econômicos, qual a forma eficiente de quantificar-se e direcionar o dever de reparar (ou até mesmo prevenir) o dano.

Se por um lado não deve ocorrer enriquecimento ilícito, por outro, a Lei não pode tratar de forma irrisória a indenização pelo dano sofrido, sob pena de incentivar práticas socialmente inadequadas.

1.4.2.3. Outras espécies de dano

Sendo a atividade humana ilimitada, isto é, existem, em tese, infinitas possibilidades de relações jurídicas, econômicas, sociais e assim por diante, por certo que as chances de ocorrência de danos também o são. Aponta-se, pois, outras espécies de dano que possuem relevância, seja por serem temas relativamente novos, seja por representarem evolução de antigos conceitos.

Tendo encontrado forte resistência em seu início, a ideia de que pessoas jurídicas são passíveis de dano moral sagrou-se com a edição da Súmula 227 do STJ que prevê: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”¹⁹

Verifica-se que possibilidade representou evolução no instituto do dano moral ao reconhecer na figura da pessoa jurídica características e elementos que constituem a dignidade da pessoa humana que, como já mencionado, possui ampla proteção da CRFB/88. Por certo, pois, que a pessoa jurídica possui características próprias das pessoas físicas, possuem vontade própria, imagem a zelar e forte influência na vida financeira, social e política de um país.

¹⁹ Súmula baseada nos julgados REsp161739 PB, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/1998, DJ 19/10/1998 e REsp 134993 MA, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/1998, DJ 16/03/1998. Fonte: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>.

Uma vez superada a ideia de se vincular o dano moral a abalos de ordem psíquica e moral, aproximando-o ao conceito de dano extrapatrimonial (como àquele não mensurável pecuniariamente), percebe-se a evolução já firmada do instituto do dano moral que, aos poucos, cria em torno do estudo de seu reconhecimento ou não, a verificação de existência ou não de aspectos próprios da dignidade da pessoa humana.

Extensão do próprio dano patrimonial, verifica-se a ocorrência de *dano material reflexo*, também conhecido como “dano em ricochete”, dano indireto ou apenas dano reflexo, quando a agressão praticada contra determinada vítima terá efeitos que repercutirão em terceiros próximos ou ligados a ela.

Observa-se que a polêmica do estudo desta espécie de dano está justamente em como definir até qual ponto ficará o agente causador do dano responsável. Indaga-se, por exemplo, se fica o causador da morte de alguém responsável pelas obrigações até então assumidas pela vítima.

Caio Mário da Silva Pereira ensina:

Se o problema é complexo na sua apresentação, mais ainda o será na sua solução. Na falta de um princípio que o defina francamente, o que se deve adotar como solução é a certeza do dano. Se pela morte ou incapacidade da vítima, as pessoas, que dela se beneficiavam, ficam privadas de socorro, o dano é certo, e cabe ação contra o causador. Vitimando a pessoa que prestava alimentos a outras pessoas, privou-as do socorro e causou-lhes prejuízo certo. É o caso, por exemplo, da ex-esposa da vítima que, juridicamente, recebia dela uma pensão. Embora não seja diretamente atingida, tem ação de reparação por dano reflexo ou em ricochete, porque existe a certeza do prejuízo e, portanto, está positivado o requisito dano como elementar da responsabilidade civil.²⁰

Percebe-se, contudo, que a problemática girará em torno justamente do *nexo de causalidade* entre a ação do agressor e o suposto dano reflexo suportado pelas vítimas indiretas. Ou seja, tão apenas o dano reflexo certo com consequências diretas e imediatas poderá ser objeto de reparação, afastando-se, desta forma, a possibilidade de incidência de dano reflexo remoto.

1.4.3. Nexo Causal

Debatidos aspetos gerais acerca do elemento “dano”, a problemática a ser discutida é a de se verificar se, de fato, o acusado realmente deu causa ao dano, o que se

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 46.

faz através do estudo do *nexo de causalidade*, entre o agente e a ocorrência do dano. Nesta via, Serpa Lopes foi direto ao afirmar que:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço²¹.

A problemática que orbita em torno do nexo de causalidade é, pois, de cunho filosófico, dada as dificuldades de ordem prática que a vida reserva aos operadores de Direito, já previa Caio Mário da Silva Pereira:

Este é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado. Aliás, sempre que um problema jurídico vai ter na indagação ou na pesquisa da *causa*, desponta a sua complexidade maior, Ele compreende, ao lado do aspecto filosófico, dificuldades de ordem prática. Mesmo que haja culpa e dano, não existe obrigação de reparar, se entre ambos não se estabelecer a relação causal. Como explica Genéviève Viney, “cabe ao jurista verificar se entre os dois fatos conhecidos (o fato danoso e o próprio dano) existe um vínculo de causalidade suficientemente caracterizado.”²²

Ademais, a necessidade de ocorrência de nexo causal é exigida pela própria Lei que assim diz: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, *causar* dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186²³ do Código Civil).

Existem, pois, algumas teorias que buscam delimitar critérios a serem seguidos na hora de se averiguar o nexo causal entre a conduta de determinado agente e o dano por outrem sofrido, tais como a 1) Teoria da equivalência de condições; 2) Teoria da causalidade adequada; 3) Teoria da causalidade direta ou imediata todas aqui explicadas. Por fim, realizar-se-á discussão acerca de qual teoria que o Código Civil brasileiro adotou.

A primeira, teoria da equivalência das condições, ou *conditio sine qua non*, elaborada pelo jurista alemão Von Buri com base em estudos de Stuart Mill, não faz

²¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 85.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 76.

²³ BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 2 de outubro de 2014.

diferença alguma entre as causas e as condições de determinado resultado danoso²⁴, de tal forma que tudo aquilo que contribuiu para o evento será tido como causa. Daí se extrai o nome da teoria, pois todos os fatores causais se equivaleriam entre si.

Ao não se atribuir diferentes pesos acerca de quais fatores contribuíram mais ou quais fatos contribuíram menos, dizendo que todos se equivalem, acaba-se por gerar regressão infinita capaz de atribuir responsabilidade civil de vítima de trânsito ao fabricante do automóvel o que, por si só, geraria infinita gama de situações jurídicas absurdas. Ela tende a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade. Motivo esse, que faz com que os civilistas em geral a rejeitem.

A segunda teoria, da causalidade adequada, elaborada pelo também filósofo alemão von Kries, representa evolução em relação à da equivalência das condições uma vez que, nas palavras de Cavalieri Filho: “é a que mais se destaca entre aquelas que individualizam ou qualificam as condições. Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado”²⁵

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, “no curso normal das coisas”, provoca um dano dessa natureza. Em consequência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz de “causalidade adequada”, porque faz salientar na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade, eliminando os demais.²⁶

Nesta via, quando diversas condições concorrerem para determinado resultado, somente será causa aquela que for mais adequada à produção do evento. Tal teoria guarda pequena semelhança com à da equivalência de condições justamente por utilizar-se do mesmo processo mental hipotético de tentar identificar todas as possíveis causas que resultaram em algum dano específico, selecionando, contudo, a mais provável para a ocorrência deste, desconsiderando-se as demais.

²⁴ É esta a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro: O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Art. 13 do Código Penal)

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 49.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 79.

Cavallieri Filho diz, ter encontrado nas palavras de Antunes Varela, a fórmula de como se encontrar esta causa adequada:

De todos os autores consultados sobre essa questão, e não foram poucos, encontramos na lição de Antunes Varela a fórmula que mais nos poderá auxiliar na solução do problema. Não basta que o fato tenha sido *em concreto*, uma condição *sine qua non* o dano. É preciso, ainda, que o fato constitua, *em abstrato*, uma *causa adequada* do dano. Assim, prossegue o festejado Autor, se alguém retém *ilicitamente* uma pessoa que se aprestava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar outro, que aiu e provocou a morte e todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como *causa (jurídica) do dano* ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não teria dado se não fora o fato ilícito. A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de *causalidade* adequada entre *fato* e *dano* quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida (...). O que importa é “a qualificação do ato causal”. Se houve pluralidade de atos culposos, todos são levados em consideração, e a consequência será a partilha da responsabilidade, “não segundo o grau de eficiência das culpas, mas na decorrência da sua gravidade”. Daí partindo, a jurisprudência francesa considera que um dos fatos culposos, pela sua gravidade, absorve todos os outros. Por exemplo: se um transeunte se lança voluntariamente sob as rodas de um veículo, “não se dará nenhuma importância a culpa do condutor”. Com esta concepção, “há um retorno à ideia de causalidade adequada” (Planiol, Riperte Boulanger, ob. Cit., nº 1.020). Isto levou Genéviève Viney a defender a condição das contribuições das duas teorias, da “equivalência das condições” e a “causalidade adequada”²⁷

O problema, conforme apontado por Caio Mário da Silva Pereira, reside justamente no fato de não existir processo teórico a ser adotado para a definição de qual ação contribuiu mais a ocorrência do evento danoso, deixando a decisão refém da discricionariedade do juiz:

Se a teoria anterior peca por excesso, admitindo uma ilimitada investigação da cadeia causal, esta outra, a despeito de mais restrita, apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, *causa do resultado danoso*²⁸

De fato, contrapondo as duas teorias, a da equivalência das condições e a da causalidade adequada, tem-se que a primeira encontra louvor em ser cientificamente mais aplicável, ao passo em que a segunda peca justamente por sua imprecisão:

Não se pode, com efeito, apontar arbitrariamente, na cadeia dos fatos, um como gerador da responsabilidade. Não cabe, evidentemente, optar por um qualquer, e dizer que este absorve todos os outros. De Page, que é pródigo em enunciar regras relativas à determinação do nexo de causalidade, elabora mais uma, extraída da prática jurisprudencial. Segundo ele, o vínculo que une, no conjunto

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 50.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 90.

das “condições”, a culpa e o dano deve “revestir um caráter de *necessariedade*”. Quer dizer: se várias causas concorrem para o fato danoso, uma deve, *in concreto*, ser a que impõe o dever de ressarcimento. Sua indicação consiste em qualifica-la como “causa jurídica própria”. Seria aquela que, por si só, justifica a fixação do valor qualificado de “dano”. Após enuncia-lo, o civilista belga assinala que é a regra “mais delicada”, posto que domine todas as outras em torno do assunto²⁹.

A terceira teoria, da causalidade direta ou imediata, também conhecida como teoria da interpretação do nexo causal ou teoria da causalidade necessária, menos radical que as anteriores, defende que o antecedente fático imediatamente anterior ao fato danoso responsável por esse direta ou indiretamente seria o passível de ser responsabilizado. Exemplo clássico da doutrina é o da situação hipotética em que Caio, ao ser ferido por Tício (lesão corporal), é levado, rapidamente, por seu amigo Mévio ao hospital que fica no outro lado da cidade. Contudo, durante o trajeto, este vem a colidir com poste a acaba capotando, resultando na morte de Caio.

No caso acima mencionado, ao adotar-se a teoria da causalidade direta ou imediata, apenas Mévio responderá pela morte de Caio, sendo que Tício ficaria responsável tão somente pela lesão corporal que ocasionou. Nota-se, ainda, que a superveniência de fato imprevisto (capotagem do automóvel) interrompe o nexo de causalidade criado por Tício, livrando-o de ser responsabilizado do resultado morte. Sobre isso, escreveu Gustavo Tepedino:

(...) a causa relativamente independente é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexo de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito, mas sim o novo vínculo de *necessariedade* estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexo de causalidade.³⁰

A doutrina brasileira se mostra divergente quando especula qual a teoria sobre nexo de causalidade deve ser adotada pelo Código Civil brasileiro. Sérgio Cavallieri Filho, baseado em afirmação de Aguiar Dias, defende que o legislador optou pela teoria da causalidade adequada (em contra partida à esfera criminal que houve a opção pela teoria da equivalência):

A teoria dominante na atualidade é a da causalidade adequada, segundo a qual nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes: Só o são, é

²⁹ *Ibidem*, p. 80.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 91.

certo, em concreto, isto é, considerando-se o caso particular, não, porém, em geral ou abstrato, que é como se deve plantar o problema³¹ (...);

Contudo, há quem sustente que a teoria adotada pelo Sistema Jurídico Brasileiro é o da causalidade direta ou imediata, sobretudo pelo que diz o art. 403 do CC de 2002: “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*”. Cavalieri Filho, inclusive, ressalta que esta redação é encontrada em variados dispositivos legislativos de outros países:

Código Civil Francês – art. 1.151: “[...]as perdas e danos não devem compreender [...] mais do que for consequência imediata e direta da inexecução”.

Código Civil Italiano – art. 1.223: “A indenização do dano [...] deve compreender também a perda sofrida pelo credor pela falta de ganho, desde que seja ela sua consequência imediata e direta”.

Código Civil Argentino – art. 520: “No ressarcimento de perdas e danos só se compreenderão os que forem consequência imediata e necessária da falta de cumprimento da obrigação”

Código Civil Argentino – art. 901: “As consequências de um fato que costuma suceder, segundo o curso natural e ordinário das coisas chamam-se [...] consequências imediatas. As consequências que resultam somente da conexão de um fato com um acontecimento distinto chamam-se consequências mediatas”³²

Perpassada esta incursão doutrinária sobre as teorias relativas ao nexo de causalidade e sua aplicação no Direito brasileiro, ressalta-se que o jurista deve, de fato, priorizar, em face do direito positivado, se houve violação de direito alheio e, ainda, um dano. Estabelecido o nexo causal, ainda que presumido, entre a ação do agente e o sofrimento da vítima, deverá se estabelecer, segundo o ensinamento doutrinário tradicional civilista e com base nas provas que ao demandante caberá produzir, responsabilização cível pelo ato praticado.

Anota-se, contudo, que esse é o pensar “clássico” por assim dizer do Direito Brasileiro. Sendo que, o movimento da *LaE* lançou e ainda lança novas perspectivas de verificar-se a ocorrência do dano sem que, para a reparação do mesmo, seja absolutamente necessária a imposição externa estatal através do direito posto de responsabilização de alguém, o que, por muitas vezes, é capaz de gerar apenas mais prejuízos ao corpo social como um todo.

³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 50.

³² *Ibidem*, p. 53.

1.5. Excludentes da Responsabilidade

Decorrencia da regra geral de que ninguém pode responder por resultado que não tenha dado causa, importa, ao estudo da responsabilidade civil, analisar as causas capazes de exclusão do nexo causal, também conhecidas como exclusão de responsabilidade.

Na moldagem do antigo Código Civil de 1916, a ideia de responsabilizar-se determinado indivíduo pela ação de ato lícito ainda não havia se perpetuado e concretizado ao contrário do moderno estudo da responsabilidade civil, por esse motivo, a doutrina se utilizava da exclusão da ilicitude de atos para, também, automaticamente descartar o dever de responsabilidade.

Ensinava, à época, Caio Mário da Silva Pereira:

Após enunciar o Código Civil de 1916, no art. 159, o conceito de ato ilícito (no que é seguido pelo art. 186 do Projeto 634-B de 1075), enumera, o art. 160, hipóteses em que ocorre ação voluntária do agente, e se verifica o dano, sem que lhe siga efeito indenizatório. Diz este artigo que não constitui ilícito o ato praticado em *legítima defesa* ou no *exercício regular de um direito*, bem como o praticado em *estado de necessidade*. Consequentemente, nestas hipóteses exime-se o agente de reparar o dano causado³³.

Embora não totalmente rechaçada pela moderna doutrina³⁴, essa monografia deter-se-á às 3 causas mais recorrentemente encontradas como excludentes da responsabilidade extracontratual: 1) Culpa exclusiva ou concorrente da Vítima; 2) Fato de Terceiro e 3) Caso Fortuito ou Força Maior e, ainda, como excludente de responsabilidade contratual: A Cláusula de não indenizar. Estas causas atenuam ou excluem o dever de responsabilizar, justamente por atenuarem ou excluírem o próprio nexo causal.

1.5.1. Culpa exclusiva ou concorrente da vítima

Podendo o evento danoso ser decorrente de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, a responsabilidade do agente acusado de ocasionar o dano pode, conforme o caso concreto, ser atenuada ou extinta, pois, conforme ensina Silvio Rodrigues:

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.* p. 295.

³⁴ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ainda as mencionam em seu “Novo Curso de Direito Civil”.

O evento danoso pode derivar da culpa exclusiva ou concorrente da vítima; no primeiro caso desaparece a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado pela vítima; no segundo, sua responsabilidade se atenua, pois o evento danoso deflui tanto de sua culpa, quanto da culpa da vítima.³⁵

De fato, observa-se que no caso da culpa exclusiva da vítima, o agente que causou diretamente o dano apenas serviu de instrumento para a ocorrência do ato danoso. O problema, portanto, reside muito mais na (in)existência do nexu causal do que a própria culpa exclusiva em si. Portanto, opta Cavalieri Filho, por exemplo, em falar de *fato exclusivo da vítima* e não em *culpa exclusiva da vítima*³⁶. Nesta toada, deverá a vítima responder sozinha com todo o dano por ela recebido.

No caso de *culpa concorrente da vítima*, por outro lado, o dano ocasionado deverá ser suportado entre esta e o agente que causou diretamente o dano, conforme assevera Rodrigues:

Ordinariamente, em caso de concorrência da culpa, o julgador divide a indenização, e só impõe ao agente causador do dano o ônus de reparar por metade o prejuízo, deixando que a vítima arque com a outra metade. Assim, por exemplo, se na colisão entre um veículo de passeio e um caminhão, ambos trafegando em alta velocidade, aquele ficou praticamente destruído, a indenização pleiteada deve ser concedida por metade, ante a prova de culpa de ambos os motoristas.³⁷

Todavia, por certo que a divisão igualitária do dever de indenizar não se mostra, necessariamente, a mais adequada, uma vez que possível a existência de graus diferentes de culpa para a geração do dano. Sendo que a responsabilidade deverá ser repartida conforme a intensidade de culpa do agente e da vítima. Contudo, cabe apontar que a *LaE* sustenta a responsabilização baseada em quem teria melhores condições de *evitar* o dano.

1.5.2. Fato de terceiro

Para o estudo do fato de terceiro, imprescindível que se defina a figura de terceiro, ou seja, qualquer pessoa além da vítima e o responsável que não possua nenhuma ligação direta com o causador aparente do dano.

³⁵ RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, p. 165.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 66.

³⁷ RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, p. 166.

Cavallieri Filho conta história do qual foi relator no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de mulher que moveu ação de indenização contra empresa de ônibus por, supostamente, ter o veículo da empresa atingido seu marido ciclista ao tomar a contramão da direção. Neste caso, porém a prova teria demonstrado que o ciclista, na verdade, havia adentrado em buraco existente na pista por conta de obra realizada por empresa terceira, fazendo com que sua cabeça colidisse com a roda do ônibus que passava. Sendo assim, ele afirma que “A ação foi mal endereçada. Deveria ter sido dirigida contra o verdadeiro causador da tragédia, a empresa que, imprudentemente, deixou aberto o buraco na pista pela qual trafegava a vítima da bicicleta”³⁸.

Nessa via, o estudo se assemelha ao próprio fato da vítima, no sentido de que, caso o terceiro seja o único motivo para a ocorrência do dano, este deverá ser exclusivamente responsabilizado, ao passo que, caso sua culpa seja concorrente, o dever de indenizar deverá ser dividido de forma proporcional ao grau de culpabilidade deste terceiro. Conforme ensinado por Caio Mário da Silva Pereira:

A participação da pessoa estranha na causação do dano pode ocorrer de maneira total ou parcial, isto é, o dano será devido exclusivamente ao terceiro; ou reversamente se este foi apenas co-partícipe, ou elemento concorrente no desfecho prejudicial. Apenas no primeiro caso é que se pode caracterizar a responsabilidade de terceiro, porque somente então estará eliminando o vínculo de causalidade entre o dano e a conduta do indigitado autor do dano. No dizer de Aguiar Dias, “todo fato que importe exoneração de responsabilidade tira esse efeito da circunstância de representar a negação da relação de causalidade”.³⁹

Ressalta-se, porém, que a jurisprudência já fixou algumas exceções que decorrem de lei específica, tais como o de transportadores que possuem dever de segurança para com seus passageiros. É essa, pois, a dicção da Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal: “*A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é ilidida por culpa de terceiro, contra a qual tenha ação regressiva*”.

Sobre a exclusão de culpa por fato de terceiro, assevera Silvio Rodrigues:

Também no campo da responsabilidade aquiliana o fato de terceiro pode apresentar-se como causa exclusiva do evento danoso; em tal hipótese, a inexistência de relação de causa e efeito entre o fato do causador direto do dano e o prejuízo experimentado pela vítima exonera aquele do dever de reparar. Para que isso aconteça, entretanto, é mister que a ação do terceiro seja imprevisível e inevitável, e que o indigitado responsável não tenha ocorrido com qualquer parcela de culpa. Hipótese nítida é a do motorista que circula obedecendo a todas as regras do trânsito e que é abalroado por caminhão desgovernado, que, no choque, lança o automóvel sobre um pedestre. O pedestre foi atropelado pelo

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 67.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 301.

automóvel, mas a causa do desastre foi o fato de terceiro, isto é, a imprudência do caminhão, circunstância certamente imprevisível e inevitável. Não há relação de causa e efeito entre o aparente responsável (motorista do carro que atropelou) e o dano experimentado pela vítima. Se esta acionar os dois condutores dos veículos, a sentença deverá excluir da demanda a pessoa que dirigia o carro de passeio, pois não foi a causadora do prejuízo.⁴⁰

Nessa toada, percebe-se que para que seja possível a exclusão total da responsabilidade, a ação do terceiro estranho ao causador direto e a vítima deverá se revestir de características tais como ser imprevisível ou irresistível, razão pela qual alguns autores o aproximam do instituto do caso fortuito ou força maior.

1.5.3. Caso fortuito ou força maior

Para o estudo da excludente de responsabilidade pelo caso fortuito ou força maior, essa monografia olvidar-se-á de realizar maiores digressões sobre as distinções ou não dos dois institutos, sendo que, nas palavras de Silvio Rodrigues, o critério sempre ficará ao encargo do julgador:

O critério para caracterizar o caso fortuito ou de força maior, que é a excludente maior da responsabilidade, fica sempre ao arbítrio do julgador. E o rigor deste variará, inexoravelmente, conforme os seus pendores e as hipóteses em causa, pois o juiz encontrará na flexibilidade da expressão *caso fortuito ou de força maior* uma porta para julgar por equidade e mesmo contra a severidade da lei ainda quando esta não o autoriza a lançar mão daquele recurso.⁴¹

O art. 393 do atual Código Civil manteve fielmente o texto expresso do antigo art. 1.058:

“Art. 393: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.”⁴²

Percebe-se, assim, que a imprevisibilidade e inevitabilidade são características que preponderam no caso fortuito e na força maior, importando em tudo aquilo que foge do controle do agente que não deverá ser responsabilizado por aquilo que não tiver dado

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, p. 173.

⁴¹ *Ibidem*, p. 177.

⁴² BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 2 de outubro de 2014.

causa. Entretanto, os termos imprevisibilidade e inevitabilidade devem ser interpretados de forma extensa, uma vez que, por exemplo, se certa pessoa bater seu carro em outro veículo, após ter ingerido bebida alcoólica, essa será responsabilizada, pois, por mais que esta pessoa não esperasse o resultado danoso, este era totalmente previsível e, ainda, evitável. Neste sentido, ensina Caio Mário da Siva Pereira:

A tese central desta escusativa está em que, se a obrigação de ressarcimento não é causada pelo fato do agente mas em decorrência de acontecimento que escapa ao seu poder, por se filiar a um fato estranho, ocorre a isenção da própria obrigação de compor as perdas e danos. Neste sentido é que alguns autores somente consideram como escusativa a *força maior externa* (Philippe Le Tourneau, Agostinho Alvim). Por tal razão, não se enquadram na força maior os fatos que sejam direta ou indiretamente inerentes a ela, como a ruptura dos freios do veículo, o furo do pneu ou o rompimento da barra de direção (Alex Weill e François Terré, *Droit Civil, Les Obligations*, nº 731, p. 740). Invocando a teoria inglesa da *frustration*, Malaurie e Aynés enunciam uma fórmula genérica para definir a força maior como um acontecimento irresistível, imprevisível e exterior (*Droit Civil, Les Obligations*, nº 477), conceito expendido também por Philippe Le Tourneau (*Responsabilité Civile*, nº 383, p. 157).⁴³

No mesmo sentido, assevera Cavallieri Filho:

O caso fortuito e a força maior excluem o nexos causal por constituírem também causa estranha à conduta do aparente agente, ensejadora direta do evento. Eis a razão pela qual a jurisprudência tem entendido que o defeito mecânico em veículo, salvo em caso excepcional de total imprevisibilidade, não caracteriza o caso fortuito, por ser possível prevê-lo e evita-lo através de periódica e adequada manutenção. O mesmo entendimento tem sido adotado no caso de derrapagem em dia de chuva, porquanto, além de previsível, pode ser evitada pelo cuidadoso dirigir do motorista.⁴⁴

Por fim, tem-se que o legislador preocupa-se em livrar o *aparente causador do dano* do dever de indenizar por ocorrência de caso fortuito ou força maior. Baseia-se, portanto em entendimento de que este, tal como no fato de terceiro ou exclusiva culpa da vítima, nada poderia fazer para evitar a ocorrência do dano que, conforme explicitado, foge totalmente do seu campo de controle e previsibilidade.

1.5.4. Cláusula de não indenizar

Diretamente vinculada ao direito das obrigações e, portanto, ao direito contratual, a cláusula de não indenizar é estudada a partir do campo da responsabilidade civil Contratual, configurando a cláusula pela qual as partes convencionam excluírem o

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 303.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 68.

dever de indenizar caso seja a obrigação inadimplida. Esta cláusula é tida como excludente de responsabilidade, daí porque é também conhecida como *cláusula de irresponsabilidade*:

A cláusula de não indenizar é aquela estipulação através da qual uma das partes contratantes declara, com a concordância da outra, que não será responsável pelo dano por esta experimentado, resultante da inexecução ou da execução inadequada do contrato, dano este que, sem a cláusula, deveria ser ressarcido pelo estipulante.⁴⁵

Essa cláusula, em que pese comumente aceita no século passado, em especial em sua primeira metade, atualmente encontra dificuldades quanto a sua possibilidade de aplicação, uma vez que todas as relações econômico-sociais, pós CRFB/88, são regidas por princípios constitucionais de solidariedade social, bem como a boa-fé contratual trazida pelo novo Código Civil que prezam por valores de solidariedade social. Tal cláusula, inclusive, chega a ser expressamente rechaçada no Código de Defesa do Consumidor – CDC.⁴⁶

Há de ter-se, portanto, cuidado ao aplicar-se a cláusula de não indenizar, pois certas condições entre as partes contratantes devem ser consideradas para que sua admissibilidade possa ocorrer. Dentre essas condições, destaca-se a premissa de que as partes devem guardar relação de igualdade entre si (o que não ocorre, por exemplo, na relação consumerista). Deve, ainda, ser bilateralmente ajustada (não ser contrato de adesão) e não contrariar dispositivo legal expressamente posto. E, mais importante, não pode possibilitar que o agente se exima dos efeitos de conduta em que agiu com dolo.

1.6. Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil Subjetiva é também conhecida como *Teoria da Culpa* justamente por ser aquela que depende da conduta culposa do agente. Para tanto, importante apontar alguns elementos inerentes ao conceito de culpa: trazidos por Gagliano e Pamplona⁴⁷:

⁴⁵ RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, p. 179.

⁴⁶ Art. 25 do CDC: É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

⁴⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 126.

- a) Voluntariedade do comportamento do agente: Para se culpar alguém pela realização de determinado ato danoso, por óbvio que o ato por esta praticado deve ser voluntário, ou seja, livre de qualquer coação externa irresistível. Ressalta-se que, caso além de voluntária, fique comprovado que o agente *quis* o resultado danoso, a situação se tornará ainda mais gravosa, por ficar caracterizado o dolo do agente. O tradicional conceito de culpa em sentido estrito, por outro lado, resultará em ato danoso quando resultado de *imprudência, negligência, ou imperícia*, ou seja, quando o causador do dano falhar em dever de cuidado que deveria ter observado.
- b) Previsibilidade: Conforme apontado no estudo do nexo de causalidade, só se poderá apontar a culpa por prejuízo ilegal ocasionado, caso este resultado danoso fosse previsível, sob pena de cairmos na excludente de culpabilidade do caso fortuito ou força maior.
- c) Violação de dever de cuidado: A culpa implicará na violação de dever de cuidado que o agente deveria observar. Conforme apontado, se a inobservância for proposital, caracterizar-se-á o dolo.

Sintetizando o tema, assevera Cavalieri Filho:

Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante *conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano*, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por *violação de direito* deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem⁴⁸.

Contudo, a intensidade das novas relações oriundas da complexidade que a vida moderna trouxe, criou a possibilidade de se responsabilizar alguém, mesmo quando ausente sua conduta culposa, fala-se, aqui, da responsabilidade objetiva.

1.7. Responsabilidade civil objetiva

A doutrina tende a ligar o surgimento da responsabilidade civil objetiva, àquela que prescinde de culpa, com complexidade da vida moderna que, aos poucos, tornou ineficaz o uso exclusivo da tradicional *teoria da culpa* para reparar novos danos que

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 18.

surgiram e ainda surgem. Exige-se, pois, tão apenas a comprovação de dano e o nexo causal com a conduta do agente.

Caio Mário da Silva Pereira já assentava:

A insatisfação com a teoria subjetiva tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetivista mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro na doutrina da culpa, resulta da vulneração da norma preexistente, e comprovação de nexo causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificou-se, como já ficou esclarecido, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidas ao processo nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada⁴⁹.

Gustavo Tepedino, em 1999, já falava da fundamentação da responsabilidade objetiva baseada em critérios de *seguro social*, baseado em objetivos postos pela CRFB/88 que *moldam* o estudo da responsabilidade civil, criando-se a tendência de que esta torne-se cada vez mais objetiva na medida em que as relações sociais se intensifiquem:

Com efeito, *os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva*, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da defesa meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social.⁵⁰

Mais recentemente, Cavalieri Filho afirma:

Com efeito, se o desenvolvimento do maquinismo fez surgir a indústria, mudando a base econômica do País, trouxe como consequência os acidentes de trabalho. O progresso científico fez aparecer um sem-número de inventos, encheu as ruas de veículos que, se por um lado, facilitam a vida em sociedade, por outro, dão causa a um brutal número de acidentes de trânsito, diariamente. O crescimento da população, com milhões de pessoas migrando do interior para os grandes centros em busca de trabalho, levou ao caos os sistemas de transportes urbanos⁵¹.

Ou seja, logo se observou que a teoria subjetivista não mais era capaz, por si só, de atender aos anseios que a transformação da vida social dos últimos séculos trouxe.

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 262.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo, *op. cit.*, p. 176.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 141.

Percebeu-se que, caso mantida a regra sem exceção de que a vítima sempre deverá provar a conduta culposa do agente causador do dano, faria crescer, no Judiciário, o número de pessoas que, embora capazes de comprovarem os danos sofridos, não poderiam vê-los ressarcidos, pois impossibilitadas de produzirem provas neste sentido.

Em busca de fundamento teórico que servisse de suporte à responsabilidade objetiva, estudiosos do Direito elaboraram a chamada *Teoria do Risco*. Assim sendo, passou-se a conceber a ideia de que determinadas atividades contém, intrínsecas, a sua própria existência, a probabilidade de se gerar dano. Ou seja, quem quiser em praticá-las estará assumindo o perigo, o *risco*, de gerar os danos decorrentes destas.

Maria Helena Diniz ressalva o fato de que este perigo deva ser decorrente da atividade em si e não da postura do agente:

É preciso deixar bem claro que o perigo deve resultar do exercício da atividade e não do comportamento do agente. Como pontifica Marco Comporti, a atividade perigosa é a que contém notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade média, revelada por meio de estatísticas e elementos técnicos e da experiência comum. Logo, todo aquele que desenvolve atividade lícita que possa gerar perigo para outrem deverá responder pelo risco, exonerando-se o lesado da prova da culpa do lesante. A vítima deverá apenas provar o nexo causal, não se admitindo qualquer escusa subjetiva do imputado. A responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador.⁵²

O risco, pois, vincula-se à coisa, à atividade, ao caráter impessoal, extrapolando a culpa pessoal, subjetiva. Ampliam-se as possibilidades de responsabilidade para que se possa atender, de forma justa e isonômica, número elevado de vítimas que, até então, encontravam-se incapazes de serem ressarcidos os danos sofridos.

Fala-se, pois, da criação de nova teoria que visa preencher lacunas deixadas pela subjetiva, sem, contudo, necessariamente substituí-la, sendo certo que o Direito pátrio recepciona, de forma harmônica, ambas as teorias subjetiva e objetiva.

O que se quer com a implementação da responsabilidade objetiva e com a teoria do risco é evitar que se reproduzam, no Judiciário, sentenças acríicas que lesam pessoas que figurem como parte mais frágil de determinadas relações jurídicas, seja pela condição financeira, seja pela dificuldade em produzir-se provas de culpa do ofensor. A técnica individualista se mostrou, pois, insuficiente para atender princípios constitucionais

⁵² DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 68-69.

de solidariedade social e de justiça distributiva que devem permear todo o Ordenamento Jurídico pátrio, criando, por vezes, espécie de *securitização* das atividades produtivas⁵³.

1.8. A reparação do dano

Não faz sentido se falar em responsabilidade do agente causador do dano, caso não se siga a diante e se debata de que forma se dará a reparação, a indenização, da vítima.

Indenizar significa ressarcir determinado prejuízo sofrido, ou seja, *tornar indene a vítima*, cobrindo todo o dano por ela experimentado ou restaurar o *status quo ante* que é, a grosso modo, a função precípua da própria responsabilidade civil.

Assim o sendo, deverá reparar-se, no âmbito da responsabilidade por dano patrimonial/material todo o dano emergente e/ou lucro cessante, bem como a perda de uma chance sofrida pela vítima⁵⁴.

A título de ilustração, toma-se como exemplo vítima de acidente automobilístico que, ao dirigir seu carro conforme todas as regras de trânsito, é abalroada por condutor que ultrapassou o sinal vermelho, resultando em significativa deterioração do carro dela. Suponha-se, ainda, que a vítima é jogador profissional de futebol e que, por conta do acidente, sofreu lesão em seu fêmur, ficando impossibilitado de praticar o esporte pelo período de um ano.

Neste exemplo, a vítima terá direito de ver ressarcido não apenas o valor monetário de seu carro a título de dano emergente (aí inclusas despesas com reparação do carro, de transporte da vítima durante o tempo em que ficará privada da utilização de seu veículo, taxa de desvalorização do veículo, etc). E, ainda, a título de lucro cessante, teria direito de receber valor correspondente aos dias de serviços e/ou contratos de publicidade que viesse a perder, por conta da lesão em sua perna.

⁵³ “Tais circunstâncias impulsionaram a firme tendência legislativa que, nos últimos cinquenta anos, tem transformado a dogmática da responsabilidade civil em todo o mundo, fomentando, na Europa, inúmeras leis disciplinadoras da responsabilidade civil e, nos Estados Unidos, a abertura do caminho para a universalização do seguro social, entreando-se uma espécie de *securitização* das atividades produtivas.” In: TEPEDINO, Gustavo, *op. cit.*, p. 184.

⁵⁴ Art. 402 do CC: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Contudo, nem sempre será possível a reparação exata e integral do prejuízo sofrido pela vítima, restando, pois, como saída, a utilização de compensação pecuniária, conforme ensina Silvio Rodrigues:

A idéia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito. Todavia, em numerosíssimos casos é impossível obter-se tal resultado, por que do acidente resultou consequência irremovível. Nessa hipótese há que se recorrer a uma situação postiça, representada pelo pagamento de uma indenização em dinheiro. É um remédio nem sempre ideal, mas o único de que se pode lançar mão⁵⁵.

Ainda utilizando-se do exemplo do jogador de futebol, caso este viesse, por conta do acidente injustamente sofrido, a perder sua perna, a restauração do *status quo ante* restaria prejudicada, motivo pelo qual, embora não perfeita, a indenização pecuniária de caráter meramente compensatório se mostra como única solução adequada encontrada tradicionalmente pelos juristas.

1.8.1. A equidade na hora de aferir o montante da indenização.

A ideia de tornar-se a vítima indene, tem razão de ser no sentido em que se pretende reparar prejuízo emergente sofrido, bem como reaver os lucros cessantes. Esse dever, *a priori*, independe do grau de culpa do agente lesador que, embora incorra em culpa grave, leve ou levíssima, deverá ressarcir o dano experimentado pela vítima. Contudo tal situação é capaz de, eventualmente, gerar decisões flagrantemente injustas, pois poderá gerar abalo excessivo (muitas vezes definitivo) ao patrimônio do agente causador do dano que incorreu em culpa levíssima, conforme assevera Silvio Rodrigues:

Tal solução por vezes se apresenta injusta, pois não raro de culpa levíssima resulta dano desmedido para a vítima. Nesse caso, se se impuser ao réu o pagamento da indenização total, a sentença poderá conduzi-lo a ruína. Então estar-se-á apenas transferindo a desgraça de uma para outra pessoa, ou seja, da vítima para aquele que, por mínima culpa causou o prejuízo. Se uma pessoa, no vigésimo andar de um prédio, distraidamente se encosta na vidraça e esta se desprende para cair na rua e matar um chefe de família, aquela pessoa, que cometeu apenas uma inadvertência, poderá ser condenada ao pagamento de uma enorme indenização, capaz de consumir toda a economia de sua família. Pequena culpa, gerando enorme e dolorosa consequência.⁵⁶

⁵⁵ RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, p. 186.

⁵⁶ RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, p. 188.

Nessa toada, o Código Civil de 2002 fixou a ideia de reparar-se equitativamente, de acordo com o grau de culpa, o dano sofrido por alguém. É esse o exposto no parágrafo único do art. 944: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”⁵⁷

Essa possibilidade figura como considerável evolução no entendimento do dano e sua reparação, fazendo com que o magistrado possa levar em conta circunstâncias pessoais e materiais das partes de forma a minimizar possíveis efeitos negativos da sentença a ser prolatada.

1.8.2. O problema de quantificar-se a indenização por dano moral

Os exemplos até então dados dizem respeito apenas ao dano patrimonial experimentado, mas e quanto aos danos morais? Como se estima quanto que, ainda no exemplo do jogador de futebol, o esportista deveria receber por abalo moral sofrido?

Não são raras as objeções realizadas contra a reparação em valor pecuniário de dano moral sofrido, seja pela clara dificuldade/impossibilidade de se traduzir em valor monetário ofensa à dignidade da pessoa humana, seja por deixar, ao arbítrio do magistrado⁵⁸, o valor a ser pago.

Por isso mesmo que, ao longo de muitos anos, a jurisprudência brasileira era firme no sentido de se negar a reparação do dano moral, dado ao caráter inestimável deste. Considerava-se, inclusive, imoral “querer receber dinheiro em troca da dor sofrida”. Neste sentido, Silvio Rodrigues fala de julgado do Supremo Tribunal Federal:

O pai tem, se lhe morre um filho, o direito de haver do causador do dano certa indenização se esta visa compensar-lhe a perda de alimentos dele recebidos depois de maior. Se o falecimento ocorre antes disso, não se concebe igual direito, porque até então o alimentário é o menor, aquém falta esse dever pelas condições próprias da idade e subordinação às regras de assistência familiar. Cabe-lhe apenas reclamar o pagamento das despesas como tratamento da vítima, seu funeral e luto da família.⁵⁹

⁵⁷BRASIL. Código Civil (2002), *op. cit.*

⁵⁸ “Não são poucos os que proclamam ser tão melhor a Lei quanto menor poder conceder ela ao juiz; com efeito, abrir largas portas ao julgador, para lançar mão da regra que ele editaria se fosse legislador, é, ao ver de muitos, de grande inconveniência” RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, p. 192.

⁵⁹ Julgado do STF de 24 de Julho de 1941, citado por RODRIGUES, Silvio, *op. cit.*, p. 193.

Porém, a moderna concepção de indenização por dano moral caminha no sentido de concebê-lo como forma meramente compensatória, não o revestindo de caráter restaurador do *status quo ante*.

Neste sentido, ensina Cavalieri Filho:

Com efeito, o ressarcimento do dano moral não tende à *restitutio in integrum* do dano causado, tendo mais uma genérica *função satisfatória*, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Substitui-se o conceito de equivalência, próprio do dano material, pelo de compensação, que se obtém atenuando, de maneira indireta, as consequências do sofrimento. Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito – compensação –, que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava “substituição do prazer, que desaparece, por um novo”. Por outro lado não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de *pena privada* em benefício da vítima.⁶⁰

Reconhecida a possibilidade de reparação do dano moral, inclusive constitucionalmente⁶¹, o debate acerca da fixação do *quantum debeat* na doutrina brasileira gira, em regra, em torno da ideia de que tal não pode representar fonte de lucro para a vítima, ou seja, o de se evitar o enriquecimento sem causa. Fala-se, inclusive, da utilização da *lógica do razoável*⁶² como forma de estabelecer o valor a ser recebido pela vítima.

Esse, contudo, é o entendimento realizado sob a ótica estritamente jurídica e doutrinária que, classicamente, faz uso o Direito Brasileiro. Não obstante, existem novas formas de encarar-se o assunto de reparação do dano, a saber através da *LaE*.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 85.

⁶¹ Brasil, CF, art. 5º, incisos V e X.

⁶² “Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da *lógica do razoável* deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias que se fizerem presentes” (CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 98).

2 A LAW AND ECONOMICS

É do cotidiano de pesquisadores, acadêmicos e profissionais de Direito o desafio de aplicar, em casos concretos, dispositivos legais elaborados pelo Poder Legislativo de modo a coaduná-los com os princípios que regem as ciências jurídicas e alcançar, de forma célere e justa, interesses coletivos e individuais previstos na CRFB/88.

Como agravante ilustrativo desse desafio, em 2011, o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) realizou estudo cujo objetivo era verificar a intensidade da produção legislativa no Brasil. O resultado, divulgado nos meios de imprensa à época, apontou que desde a CRFB/88 o País já contava com mais de 4,35 milhões de normas (federais, estaduais e municipais), resultando na média de criação de 518 novas leis por dia.⁶³

Tais dados, quando confrontados com o fato de que juízes, promotores, advogados e demais operadores do Direito, atuantes em País com dimensões continentais tal como o Brasil, têm de adotar juízos axiológicos para possibilitarem a realização de seus trabalhos diários, fazendo aplicar, esta imensa quantidade de normas, de forma minimamente isonômica, sobre todos os jurisdicionados que por elas são alcançados, demonstra que o labor jurídico exige constante aperfeiçoamento.

Esse cenário acaba por criar ambiente fértil para que tradicionais processos com vistas à tomada de decisões acabem por adotar diferentes estratégias jurídico-hermenêuticas. Destarte, torna-se salutar a percepção e constante inserção de novos instrumentos interpretativos capazes de oxigenar a forma de se pensar o Ordenamento Jurídico pátrio com vistas à aplicação eficiente do Direito.

Ao fazer-se análise criteriosa sobre a hermenêutica jurídica tradicionalmente ensinada nas faculdades e veiculada na doutrina brasileira, percebe-se que a mesma normalmente se preocupou, e ainda se preocupa, em analisar a Lei a partir de perspectiva própria da estrita visão da própria Ciência Jurídica com o subsídio pontual de outras áreas do saber humano. Questiona-se, então, se haveria possibilidade de um olhar estranho à visão do próprio Direito por meio de atitude interdisciplinar, mormente, através da proporcionada pela Ciência Econômica.

⁶³ Notícia disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1183765>>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

Todavia, abordagem interdisciplinar vem tornando-se realidade na interpretação das leis. Acredita-se que o uso unificado de diferentes áreas do conhecimento humano tende a apenas tornar eficaz a interpretação do Ordenamento Jurídico, em especial o brasileiro. Sabe-se, por exemplo, que através do método hermenêutico de interpretação sociológica, o jurista faz mão de conhecimentos que a sociologia pode ofertar, enquanto que, ao preocupar-se em analisar a literalidade do texto da Lei, o uso da se mostra indispensável para o labor jurídico.

Neste sentido, verifica-se que o Direito norte-americano testemunhou, por volta da metade do Século XX, inovadora forma de se fazer e pensar o Direito não apenas no próprio Poder Judiciário como, também, dentro do ambiente legislativo. Trata-se, aqui, do que se conhece como *Law and Economics*, que, alicerçada no saber econômico, empenha-se em propiciar método de análise capaz de ofertar diagnósticos e prognósticos de forma a orientar e sistematizar a prática jurídica. Trata-se, pois, de instrumental técnico com potencial para tornar eficaz a adoção de políticas públicas, o processo legislativo e, claro, o processo judicial.

A LaE ou Direito e Economia surgiu nos Estados Unidos da América (EUA) nos anos 60 a partir dos escritos de Ronald Coase e Guido Calabresi. Configura-se como movimento acadêmico que caracteriza-se pelo uso do instrumental da Teoria Microeconômica para interpretar ou analisar o Direito; sendo, portanto, caracterizada pela interdisciplinaridade. Utiliza-se de abordagem inovadora para o ensino do Direito que expande a análise dos problemas jurídicos para além da norma positivada, segundo perspectiva econômica. Trata-se de tarefa desafiadora, porém com resultados promissores. Perceber o Direito pelo viés econômico, sobretudo, se relevadas as vertentes acadêmicas que o movimento desenvolveu (*property rights, public choice, critical legal studies* e os estudos tradicionais posnerianos).

Tradicionalmente, o Juiz ou operador jurídico, ao tentar dar a efetiva resposta sobre o que é o Direito, em determinado caso concreto; acaba por utilizar toda a subjetividade trazida de suas próprias condições pessoais para buscar, na norma positivada, amparo legal que fundamente sua decisão. Esse *modus operandi*, em que pese ser justificado por perspectivas estritamente jurídicas, não necessariamente trará resultados que atendam objetivos postos pelo próprio Direito. Nota-se que atuando para a aplicação e entendimento da norma, o operador jurídico o faz, a partir do instrumental teórico e hermenêutico disponível. Todavia, a metodologia hermenêutica, qualquer que seja, sempre,

será passível de propiciar verdadeira pluralidade de resultados com vistas ao revelar, por assim dizer, o Direito.

A doutrina aponta variada metodologia hermenêutica como a interpretação literal do texto legislativo, a interpretação teleológica, histórica, sistemática, finalista etc. Não há, em regra, técnica hermenêutica capaz de, por si só, dizer, ao jurista, qual hermenêutica deverá ser adotada para a conquista da derradeira decisão que implique na satisfação dos interesses das partes envolvidas em conflito, sem descuidar dos interesses sociais, coletivos e constitucionais que devem ser priorizados, por exemplo, em um processo judicial.

É nesse cenário de inúmeras possibilidades interpretativas e, conseqüentemente, de inúmeros encaminhamentos decisórios possíveis para um litígio que se exige dos Poderes Legislativo e Judiciário a criação e aplicação do Direito que seja conectado com a realidade social.

Pretende-se afastar entendimento antiquado de que a Ciência Econômica relaciona-se tão apenas com estudos voltados para a delimitação do crescimento econômico, financeiro, contratos bancários, etc. Sua moderna concepção preocupa-se em propiciar respostas a interesses individuais e coletivos, partindo-se da premissa de que os recursos, dos quais dispõe a humanidade, são finitos e que, assim, merecem uso eficiente e racional segundo estudos teóricos, técnicos e sistemáticos capazes de melhor realocá-los conforme critérios de justiça econômico-jurídica.

É certo, pois, que a proximidade entre Direito e Ciência Econômica mostra-se salutar para ambas as áreas do conhecimento humano. No que tange ao Direito, em especial, é dado que dentro de um Estado Democrático de Direito, devem, os representantes eleitos pelo povo, buscar, através do poder da Lei, atingir interesses de seus eleitores. Nesta via, famosa é a assertiva do professor Holmes sobre a necessidade de se racionalizar o Direito:

[...] para o estudo racional do direito, é possível que o pesquisador de livros antigos seja o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem da estatística e o conhecedor da economia. [...] Anseio pelo dia em que [...] no lugar de engenhosas pesquisas em arquivos, dediquemos nossos esforços e energias a estudar os fins que procuramos alcançar com o direito e as razões para desejarlos⁶⁴

⁶⁴ HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abelos Perrot, 1975. p. 35 e 44. Nesse sentido, ver, também, MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. São Paulo, Ed Atlas, 2012.

Nesse viés, o jurista que até então dispunha tão apenas de tradicionais mecanismos hermenêuticos para alcançar resultados juridicamente eficazes e justos, passa, agora, com o advento da LaE, a coadunar a tradicional hermenêutica jurídica com ensinamentos das ciência econômica de forma a iluminar o obscuro universo da tradicional interpretação jurídica, racionalizando e sistematizando o processo ao passo que elimina o excesso indesejado de subjetivismos do Ordenamento Jurídico.

Pensadores e teóricos da LaE passam, assim, a adotar critério *analítico-interpretativo* da lei, postura bem-vinda tanto em países da *Common Law* (berço da LaE) como também em países que abraçam a *Civil Law*. No Brasil, por exemplo, fala-se do uso da LaE como alternativa de critério de justiça ou método a ser adotado que busca limitar a aleatoriedade na formulação das Leis (comumente vítimas de conveniências político-eleitorais) bem como instrumento a ser utilizado pelo magistrado, que ofereça contexto sistêmico de análise baseado no uso da formulação de argumentos lógico-rationais que maximizem, de forma eficiente, os interesses dos jurisdicionados como um todo (além das partes inseridas no litígio), sem jamais abandonar os alicerces de justiça e direitos fundamentais sobre os quais nosso ordenamento se sustenta.

2.1. Aspectos históricos da LaE

Desde os seus primórdios, a humanidade se utiliza, mesmo que de forma intuitiva, de preceitos básicos da Ciência Econômica em seu cotidiano. Contudo, foi com o advento da sociedade industrial e o conseqüente incremento nas interações sociais e consumo de recursos que o estudo da Teoria Econômica passou a ser ampliado, inclusive relacionando-a com outras ciências.

Concomitantemente à evolução do estudo das ciências econômicas, o Direito também passou a reverstir-se, aos poucos, de aspectos econômicos para a elaboração de seus diplomas legais. O jurista, que deve sempre estar compromissado com a ética e justiça, passa a se preocupar com a repercussão que suas decisões terão sobre a sociedade.

Até meados da década de 30 nos Estados Unidos da América, a intervenção do Estado na ordem econômica (de mercado) do País era tida como extraordinária e pontual.

Contudo, depois de 1933, mais especificamente com o *New Deal*, o Estado se agigantou nos EUA, sendo o intervencionismo prática estatal recorrente. Nesta via, movimento questionador da referida política intervencionista começou a colocar em xeque valores sagrados do Direito norte-americano. Denominado *Realismo Jurídico*, essa corrente criticava a enorme insegurança jurídica jurisprudencial em que o País estava inserido (algo não muito diverso do Brasil, nos dias de hoje⁶⁵), caracterizada pela diversidade de julgados conforme o juiz da causa.⁶⁶

Nesse cenário, principalmente na segunda metade do século passado, desenvolveu-se uma resposta para o movimento do *Realismo Jurídico* buscando nova abordagem que justificasse a práxis econômica e seu discurso. Ocorre, portanto, transição do velho Direito Econômico (limitado à lei antitruste, contratos, propriedade etc) para o novo Direito e Economia (*Law and Economics*, segundo Richard Posner - 1977) surgida nos EUA na década de cinquenta com Guido Calabresi e Ronald Coase, esse com seu famoso e precursor artigo *The Problem of Social Cost*⁶⁷. Posner explica:

*is the application of economics to the legal system across the board: to common law fields such as torts, contracts, restitution, and property; to the theory and practice of punishment; to civil, criminal, and administrative procedure; to the theory of legislation and regulation; to law enforcement and judicial administration; and even to constitutional law, primitive law, admiralty law, family law, and jurisprudence.*⁶⁸

Esta definição, embora amplamente aceita, possui diversas vertentes dentro do próprio movimento da LaE, ou seja, possui diversas correntes de interpretação. Nesse cenário, apontam-se, por exemplo, a Escola de Chicago, a Escola de Public Choice, os Institucionalistas e os Neo-Institucionalistas, o Movimento dos Estudos Críticos, dentre outros.

Embora divergentes na abordagem, todas essas escolas são correlatas. Por exemplo, a Escola de Chicago prega que o agente econômico sempre estará em busca de maximizar sua satisfação pessoal através de processo racional, enquanto que, por outra via,

⁶⁵ Ver: D'URSO, Luiz Flávio Borges. HENRIQUE, Walter Cardoso: *Insegurança jurídica traz prejuízos ao Brasil*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2008/112>>. Acesso em 10 de outubro de 2014.

⁶⁶ Sugere-se a leitura de: GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>>. Acesso em: 8 de outubro de 2014.

⁶⁷ COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. 3 J Law and Econ. 1984.

⁶⁸ POSNER, Richard A. *Economics Analysis of Law*. 4º Ed., 1992

na Escola de Public Choice, o objetivo será sempre a maximização de sua reputação. Verifica-se, sobretudo, que todas se utilizam do mesmo instrumental (o econômico).

2.2. Escolas da LaE

A LaE possui algumas escolas de pensamento que tentam aproximar o Direito à Teoria Econômica com diferentes tipos de abordagem. Fala-se, em verdade, que está se estudando o mesmo objeto a partir de diferentes tipos de *enfoques* econômicos que, não necessariamente são excludentes entre si, pelo contrário, servem para construir panorama geral que facilita a compreensão da LaE. Assim sendo, destaca-se os enfoques contidos na 1) Escola de Chicago; 2) Escola Neoinstitucional; 3) a Escola da *Public Choice* e 3) a Escola do *Critical legal Studies*.

2.2.1. A Escola de Chicago

Tida como responsável por ter cunhado o termo *Law and Economics* em seu sentido restrito, a Escola de Chicago tem como seu principal expoente a figura de Richard Posner. Este autor aponta duas formas possíveis de se realizar a abordagem econômica ao estudo do Direito. A primeira, tida como tradicional, seguindo a linha do *Direito Econômico* intervencionista (mais afeta a regulação normativa do mercado) e outra, até então inovadora, que emprega a teoria microeconômica na análise do Direito (seriam a *old* e a *new Law and Economics*).

A nova *Law and Economics* inova justamente por trazer novidades na abordagem ao Direito (utilizando-se da microeconomia, utilitarismo benthamiano, pragmatismo norte-americano e pensamento economicista⁶⁹) para ultrapassar o uso restrito da Teoria Econômica a ramos como contratos, Direito bancário, Direito tributário etc., para aplicá-la, também, a outras áreas tais como Direito Penal, Direito de Família, de responsabilidade civil, entre outros.

⁶⁹ GONÇALVES, Everton das Neves. *A teoria de Posner e a sua aplicabilidade na ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. (Dissertação). Mestrado em Direito. Florianópolis – UFSC, 1997, p. 114.

O professor Gonçalves, ao comentar o enfoque contido na Escola de Chicago em sua dissertação de Mestrado, aduz:

Quanto à metodologia da perspectiva tradicional da LaE, tem-se que: o objeto de estudo – Direito, ou, mais especificamente, normatização, é visto como sistema de restrições e recompensas onde são observadas as respostas ou comportamentos dos indivíduos; identificam-se, os fenômenos, como acontecimentos sistemáticos e passíveis de generalização teórica para sua ocorrência; os agentes passam a agir em função de maximização de seus próprios interesses – análise custo/benefício; verifica-se a análise marginal e total das ações humanas em resposta à lei; os bens e serviços se apresentam multidimensionais uns em relação aos outros e a necessária verificação dos dados histórico-estatísticos em relação aos fenômenos verificáveis e sujeitos à lei.⁷⁰

Tal enfoque é, pois, muito caro a esta monografia, uma vez que pretende-se abordar o instituto da Responsabilidade Civil sob a perspectiva de encarar o Direito positivado como forma de estabelecer incentivos, positivos ou negativos, aos jurisdicionados, na tentativa de se estabelecer resoluções eficientes ao fenômeno do “dano” que, diga-se de passagem, não necessariamente passará sobre a apuração judicial.

2.2.2. A Escola Neoinstitucional

Também conhecida como Escola dos *Property Rights*, a Escola Neoinstitucional possui seu enfoque voltado para o estudo da utilização eficiente da propriedade. Nesta perspectiva, encara-se a propriedade a partir do estudo das relações sociais e de que forma pode se dar a apropriação eficiente.

Justifica-se, pois, o termo *função social da propriedade* (art. 5º, XXIII da CF/88) e a redistribuição dessa para *mãos mais eficientes*, tal como o processo de reforma agrária preconiza. Questiona-se a possibilidade de inversão de riqueza segundo critérios de utilização eficiente a serem ditados pelo Direito. Tal como assevera Gonçalves:

Partindo do referencial econômico da escassez de recursos e de ilimitadas necessidades, a propriedade deve ser distribuída de forma eficiente seja privadamente, seja coletivamente. Não obstante, muitas vezes, isso não ocorra, pois, se coletiva, a propriedade desestimula a ação capitalista, no entanto, defende que os direitos de propriedade privada são superiores ao da propriedade comunitária ou pública uma vez que a possibilidade de transferência estimula a manter a propriedade produtiva ou atrativa para que possa capitalizar lucros quando da possível venda futura.⁷¹

⁷⁰ *Ibidem*, p. 115.

⁷¹ *Ibidem*, p. 122.

Ressaltam-se, como critérios de eficiência da propriedade a serem adotados no enfoque neoinstitucional, três condições: a *transferibilidade* (transferência da propriedade de mãos ineficientes/não lucrativas para mãos eficientes/lucrativas); o *direito de exclusão* (afasta o indivíduo que não investiu na eficiência da propriedade, beneficiando o proprietário eficiente) e a *universalidade* (atribuível a todas as propriedades atingidas por determinada jurisdição).

Privilegia-se a propriedade privada e a acumulação eficiente de capital, mas possibilita a intervenção pontual do Estado para, em certos casos, realocar a propriedade tornando seu uso eficiente. Tal intervenção, diretamente ligada às escolhas do setor público, é o enfoque da terceira escola a ser estudada: a *Public Choice*.

2.2.3. A Escola da *Public Choice*

O enfoque contido na *Public Choice* preocupa-se com as ações governamentais que, defende-se, deveriam estar voltadas para o alcance do *bem-estar social*. Destarte, deveriam os governos focar na promoção da conservação dos chamados bens públicos, tais como lagos, rios, florestas, fauna, a qualidade de vida dos cidadãos, saúde, segurança interna e externa do País, educação, dentre outros.

Percebe-se, pois, que tal enfoque possui ampla aplicabilidade no Direito pátrio, mormente considerando que é papel dos agentes públicos estatais (partidos políticos, governantes, parlamentares, eleitores etc.) preconizarem, em suas tomadas de decisões, a adoção de certas medidas que oportunizem a concretização de objetivos previamente definidos, quais sejam, os fixados pelo direito positivo (que, ressalta-se, deveria já em seu processo legislativo, preocupar-se com a defesa de bens públicos).

Possui metodologia *individualista* baseado no utilitarismo de Bentham que sugere que a promoção dos interesses individuais resulta na maximização dos interesses coletivos. Ilustrativamente, pode-se dizer que os direitos sociais contidos nos arts. 6º e 7º da CRBF/88 de nada adiantariam, caso não fossem garantidos os direitos individuais cristalizados no art. 5º da Carta Magna.

Nessa seara, comenta-se que os enfoques até então apresentados da *LaE*, embora tenha permitido novas abordagens ao estudo do Direito, não ficaram livres de crítica. Pelo contrário, as críticas feitas aos pressupostos clássicos da *LaE* resultaram em movimento intelectual de reação que culminou na quarta escola a ser estudada, a do *Critical legal Studies*.

2.2.4. A Escola do *Critical Legal Studies*

Esta escola, traduzida para o português como Escola de Estudos da Crítica Jurídica ou Estudos Jurídicos Críticos - EJC, combatia todo tipo de formalismo e defendia a retomada de ideais marxistas. Verdade é que essa escola, em que pese assemelhar-se à tradicional *LaE* como forma de subversão do clássico pensamento jurídico formal, diferencia-se da mesma quanto aos seus pressupostos:

(...) Enquanto a *LaE* faz crítica construtiva no sentido em que se pode utilizar da metodologia economicista para instrumentalizar o Direito, definitivamente, afirmando-se como ciência, os EJC vêm combater a ideologia jurisdicista tentando desarticula-la como instituição que corresponda aos anseios sociais⁷²

E ainda:

Ao contrário da *LaE*, para os EJC, o comportamento racional economicista implica em artifício ideológico que intenta justificar, como escolha privada racional, as desvantagens e privilégios instituídos a partir de uma concepção de mundo que, naturalmente, reflete a posição dominante e politicamente imposta e que perpetua as desigualdades econômico-sociais. Os teóricos dos EJC procuram desmistificar a posição conservadora, dominante e ideológica criada em cima de uma construção jurisdicista e legalista que se encerra no *sensu comum teórico dos juristas* a justificar uma práxis de exclusão dos desfavorecidos em meio a um discurso em que o referente fica perdido pois o significante olvida-lhe em função da formação de um significado comprometido com a ideologia dominadora. Em função do exposto, os operadores jurídicos reproduzem um discurso vazio em relação ao meio social mais direcionado a um fim claro para os estudiosos dos EJC que é a alienação aos desejos sociais reais em função da manutenção do *status quo*⁷³

Observa-se que a EJC objetiva revelar ao cidadão, sobretudo o oriundo das classes menos abastadas, oprimidas, que o Direito possui discurso vazio construído sobre

⁷²*Ibidem*, p. 128.

⁷³*Ibidem*, p. 129.

invenções ideológicas que apenas apoiam os já estabelecidos arranjos sociais (*status quo*) que faz crer ser inevitável, com desculpas de serem essenciais à “justiça”.

A crítica da EJC à LaE reside justamente no suposto fato que esta nada mais é do que nova invenção acadêmica (da Escola de Chicago) que se utilizaria de argumentos aparentemente apolíticos e técnicos, mas que, em verdade, seria fruto de movimento político e de direita.

No entanto, em que pese a crítica ser sempre bem vinda para a construção salutar de ambiente acadêmico plural e inclusivo, não pode ser acompanhada de rotulações político ideológicas que em nada contribuem, senão para criar posicionamentos radicais e exclusivos. Entende-se que a LaE é sim instrumento livre de cores políticas: “*Não se trata de optar por esta ou aquela ideologia, precipuamente, trata-se de avançar no estudo de caminhos suficientes para o entendimento das relações sociais*”⁷⁴

2.3. Principais pressupostos econômicos

Realizado esse breve apanhado histórico sobre as origens da LaE, bem como suas principais vertentes de estudo, enfatiza-se que desde pelo menos a década de 1960 discute-se a possibilidade prática de se aplicar a LaE ao Direito. Todavia, esta discussão é relativamente recente no Brasil e nas faculdades de Direito do País.

Não seria exagero afirmar que, durante longos anos, os juristas enxergavam o Ordenamento Jurídico tão apenas como simples sistema de punição e coação, sem estarem interessados em compreender e apreender a possibilidade de subsídios que as ciências econômicas podem ofertar.

Dentre esses subsídios, destacam-se três premissas com características universais encontradas ao aplicar-se linearmente uma análise microeconômica ao Direito:

- a) Os recursos dos quais dispõe a humanidade são finitos;
- b) Maximização racional de nosso bem estar;
- c) Deve-se nortear os estudos econômicos de forma a alocar os recursos finitos de forma a coaduna-los às necessidades humanas.

⁷⁴*Ibidem*, p. 128.

Lembra-se, aqui, o conceito clássico dado por Lionel Robbins de que a Teoria Econômica é a *ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos*⁷⁵. Dentro da Teoria Econômica, quando se diz que certo recurso é escasso, quer-se dizer que ele o é frente à demanda existente para o mesmo.

2.3.1. Escassez de Recursos

A ideia de que os recursos são escassos, ou seja, finitos, é o ponto de partida a ser tomado por qualquer análise econômica, pois, caso infinitos fossem, a problematização de sua justa e eficiente realocação não haveria razão de existir.

Nesta via, diz-se que a finitude dos recursos força que certo indivíduo acabe tendo que realizar escolhas, traduzidas pelos economistas como *trade-offs*, ou, ainda, em *custos de oportunidades*, sendo que toda escolha importará, inevitavelmente, em custo de oportunidade do uso de determinado bem.

Para os juristas, o conceito de custo de oportunidade está presente quando o Estado, ao optar por garantir determinado direito ao cidadão, estará incorrendo em escolha que acabará consumindo recursos e, caso mal formulada, a política pública ou a decisão do agente político, provável que se incorra em desastroso resultado para a sociedade e conseqüente desperdício de riqueza.

Reconhecer e enfrentar o problema da escassez de recursos é, portanto, postura a ser adotada em qualquer análise com viés econômico. Saber que o “cobertor é curto” possibilita a priorização racional na feitura de políticas públicas, bem como, na alocação desses recursos.

⁷⁵ Do original em inglês “*Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses*” - Robbins L. *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. London: MacMillan and Co, 1935, p. 16. Disponível em: <https://mises.org/books/robbinsessay2.pdf>, acesso em 12/11/2014.

2.3.2. A maximização racional

Por outro lado, a premissa de que as pessoas maximizam racionalmente seus próprios interesses particulares remete a importante conceito da Teoria Econômica, o de *utilidade marginal decrescente dos bens*. A tomada de decisão individual deve maximizar a utilidade dos bens comparando-se as preferências marginais dos agentes. Assim, é regra que qualquer indivíduo tende a realizar determinada atividade sob a condição de que os benefícios decorrentes superem ou que, no mínimo, sejam os mesmos que os custos para realizá-la. Desta forma, apontam Cooter e Ulen:

Os economistas geralmente supõem que cada agente econômico maximize algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam os votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social, e assim por diante. Os economistas dizem, muitas vezes, que os modelos que supõem o comportamento maximizador funcionam porque a maioria das pessoas são racionais, e a racionalidade exige a maximização. Uma concepção de racionalidade sustenta que um agente racional pode classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado. Na prática, as alternativas disponíveis para o agente são restritas. Por exemplo, um consumidor pode classificar pacotes alternativos de bens de consumo, e o orçamento dele restringe sua opção. Um consumidor racional deveria escolher a melhor alternativa que as restrições permitem. Outra forma comum de entender esta concepção de comportamento racional é reconhecer que os consumidores optam por alternativas que sejam apropriadas para atingir suas metas.⁷⁶

Ressalta-se, contudo, que essa racionalidade possui limitações inerentes à própria natureza humana. Aspectos emocionais, psicológicos, religiosos e morais, dentre outros, mitigam a possibilidade da existência de um *homo economicus* completo. Tais limitações, portanto, representam fatores a serem considerado pelo economista/pesquisador e não motivos para a desqualificação de resultados alcançados. Assevera o Juiz Federal Diogo Naves Mendonça:

As pessoas maximizam racionalmente suas utilidades, que incluem satisfações monetárias e não monetárias, em todas as situações que implicam alguma escolha. Tais decisões maximizadoras, embora racionais, não precisam ser pensadas no nível consciente. A racionalidade denota uma adequação de meios e fins e não uma demorada meditação sobre as opções. Aliás, uma parte considerável do conhecimento humano é eminentemente tácita.⁷⁷

⁷⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman. 2010, p. 36-37

⁷⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 20

Contudo, a existência desses aspectos (emocionais, psicológicos etc.) não fazem com que, por si só, torne ineficiente a aplicação da Ciência Econômica como subsídio às Ciências Jurídicas e no estudo do comportamento humano, pelo contrário, representam apenas outros valores a serem considerados no cálculo econométrico que busque prever e influenciar o comportamento humano. Neste sentido, oportunas as considerações de Luciano Benetti Timm:

Para uma parcela substancial de problemas, esses pressupostos não apenas adequados, mas extremamente úteis. A racionalidade do dia a dia da vida está em todos os lugares. No entanto, em uma série de situações, principalmente naquelas envolvendo risco e incerteza, às vezes os agentes não se comportam da forma esperada. Os primeiros a investigar esses desvios comportamentais foram Daniel Kahneman e Amos Tversky com sua *Prospect Theory* e sua importância é considerada tamanha que Kahneman foi agraciado com o nobel em 2002 pelos seus estudos (Tversky já era falecido). A má notícia é que estes pesquisadores e seus seguidores demonstram que o comportamento humano diverge do modelo econômico tradicional em diversas circunstâncias. A boa notícia é que essa divergência é sistemática, isto é, ela não é aleatória. Com essa divergência possui um padrão, o comportamento humano continua sendo previsível, basta que adaptemos os modelos para incorporar limitações cognitivas⁷⁸.

A análise comportamental microeconômica da LaE focada no indivíduo ou em um grupo visa, sobretudo, explicar a situação do agente a ser estudado, considerando de forma racional as condições e incentivos que influenciam a tomada de decisão desse. Em outras palavras, pretende-se, após a aproximação do foco de estudo sobre uma única pessoa, expandi-lo para explicar as consequências que determinada regra pode ter sobre o corpo social como um todo.

Dentro das Ciências Econômicas, traduz-se o critério de maximização racional em termos *marginais*. Fala-se na ideia de sopesamento de custos realizados por alguém que uma vez tendo optado por determinada escolha, realizará atividade marginal a esta apenas se os custos dela decorrentes forem maiores ou iguais. Por exemplo, determinado fabricante de carros apenas investirá mais em equipamentos de segurança do veículo até o ponto em que tais investimentos se paguem (levando-se em conta os custos envolvendo a instalação dos equipamentos, eventuais demandas judiciais por acidentes de trânsito, etc.), ou seja, até o ponto em que *os custos marginais se igualarem aos benefícios marginais*⁷⁹.

⁷⁸ TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia*. São Paulo: Atlas. 2002, p. 26.

⁷⁹ MENDONÇA, Diogo Naves, *op. cit.*, p. 21.

2.3.3. O Critério da Eficiência

Verifica-se, nesse viés, a adoção do critério da eficiência para que a alocação de recursos escassos possam atender aos interesses individuais maximizados de forma a garantir critérios de justiça adotados pela sociedade.

Richard Posner, inclusive, chega a considerar a alocação eficiente de recurso como significado de justiça, citando, por exemplo, o princípio do “*unjust enrichment*” ou enriquecimento sem-cause no Direito brasileiro, como algo derivado do conceito de eficiência⁸⁰.

No mesmo sentido, ressalva Luciano Benetti Timm:

Finalmente, como não poderia deixar de ser, falarei um pouco sobre a suposta dicotomia entre eficiência e justiça. Mesmo quando realizado uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categoriais encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.⁸¹

Tem-se, pois, que a atividade econômica eficiente será aquela que alocar os recursos de forma a obter os melhores resultados possíveis para a efetivação de interesses individuais, coletivos e sociais, segundo a premissa da racionalidade. Resta, portanto, saber quais critérios de eficiência deverão ser utilizados.

Na Teoria Econômica, o critério da eficiência já passou pela análise de diversos teóricos, dentre eles Vilfredo Pareto (1848 – 1923) quando afirmava que a situação de eficiência se verifica quando a maximização de interesse de certa pessoa atinge tal nível que, qualquer transposição na tentativa de melhorar ainda mais estes interesses, acaba por implicar, inevitavelmente, em prejuízos para terceiros, chegando esta pessoa ao denominado *ótimo de Pareto*.

⁸⁰ “A second meaning of justice, perhaps the most common, is efficiency. We shall see, among other examples, that when people describe as unjust convicting a person without a trial, taking property without a compensation, or failing to make a negligent automobile driver answer in damages to the victim of his negligence, this means nothing more pretentious than that conduct wastes resources (...). Even the principle of unjust enrichment can be derived from the concept of efficiency (...). And with a little reflection, it will come as no surprise that in a world of scarce resources waste should be regarded as immoral” (POSNER, Richard A., *op. cit.*, p. 27).

⁸¹ TIMM, *Ibid.*, p. 27.

Destarte, dentro da visão paretiana, a alocação de recursos será ótima quando não for possível a realização de nenhuma melhora sem afetar de maneira prejudicial a situação de outro indivíduo. Observa-se, portanto, que a visão de Pareto se reveste de julgamento estritamente econômico e desprovido de quaisquer outros valores, uma vez que, nele, um agente que alocasse para si todas as riquezas do mundo poderia atingir o ótimo de Pareto.

Resta claro, portanto, a imensa dificuldade, para não dizer impossibilidade de se realizar quaisquer mudanças sem que estas estejam acompanhadas de aceitação unânime da sociedade, visão eminentemente utópica e incompatível com as tomadas de decisões públicas. O critério de Pareto, portanto, ao desconsiderar indiscriminadamente aspectos de justiça social (por exemplo), mostra-se ineficaz ao labor jurídico.

Porém, os economistas Nicholas Kaldor e John Hicks complementaram a teoria de Pareto ao criarem o critério *Kaldor-Hicks* de eficiência, ou, ainda, *melhoria potencial de Pareto* ao lançar olhar coletivo sobre o problema, teorizando que o aumento da utilidade total poderá subsistir ainda que alguém fique em pior situação, com a condição de que o beneficiado compense ou indenize o prejudicado:

O critério de Kaldor-Hicks permite, em resumo, que mudanças sejam feitas mesmo que haja perdedores; basta que os ganhadores possam compensá-los, *ainda que efetivamente não o façam*. É um critério útil porque configura, em termos gerais, importante técnica de análise da relação custo-benefício. Neste sentido, e especificamente no que interessa ao Direito e Economia, o parâmetro de Kaldor-Hicks permite avaliar objetivamente os resultados decorrentes da aplicação de determinada regra jurídica. (...) ⁸².

Nesta via, o critério de Kaldor-Hicks possui imenso valor ao estudo da LaE por facilitar a realização de mudanças sociais ao atribuir sistema de compensações aos eventuais prejudicados e possibilitar, assim, análise com critérios objetivos dos efeitos de, por exemplo, se adotar determinada política pública em detrimento de outra.

2.3.4. O Princípio da Eficiência Econômico Social - PEES

Iniciado o terceiro milênio, a humanidade vem, aos poucos, lidando com as consequências que processos de abertura econômica ao redor do globo trazem consigo.

⁸² MENDONÇA, Diogo Naves, *op. cit.*, p. 54.

Fala-se, pois, de atividades interestatais cada vez mais coordenadas para, de forma conjunta, solucionar problemas recíprocos a todos os países que formam esta verdadeira aldeia global do Século XXI. Problemas como a pacificação de conflitos armados, energia nuclear, pesquisa bacteriológico-química, escassez da água e dissuasão do tráfico de drogas não encontram limites nas fronteiras de seus países, muito menos no Ordenamento Jurídico destes, razão pela qual a procura de técnicas universais, tais como as proporcionadas pela Teoria Econômica, servem como poderoso instrumento universal capaz de ofertar princípios a serem reconhecidos por todos.

Em particular, importa citar para o Direito Brasileiro, o que tem sido defendido/propagado como Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) que julga apropriado para o cálculo econométrico o maior número de variáveis possível, *inclusive sociais*, para a tomada de decisão jurídico-econômica; ainda considerando-se a questão intergeracional para fins de averiguação da utilidade alcançada eliminando-se ou diminuindo-se os altos custos de transação e potencializando-se o bem estar pela diminuição dos *trade-offs* ocasionados pela ineficiente tomada de decisão.

Sobre o PEES, tem-se que:

Mesmo agindo egoísta e utilitariamente, o homem pode alcançar a luz da ação de consideração pelo outro pois, não o fazendo, condenar-se-á a sua própria sorte. A irracionalidade obscura levará ao extermínio, até pela deterioração do planeta Terra, assim como ocorreu com tantas civilizações que pereceram, anteriormente, pela falta de fraternidade e pela falta de percepção do óbvio: a humanidade cresce globalmente e a transitoriedade da vida individual não representa nem justifica o isolacionismo doentio do poder ineficiente.⁸³

Resumidamente, diz-se que o conceito de eficiência para o Direito é traduzida em meio de se atingir determinados interesses (jurídico-sociais) da melhor forma possível, utilizando-se, para tanto, de gestão racional de recursos (em respeito à escassez dos mesmos), reduzindo-se custos demandados e beneficiando, de forma mais ampla, os indivíduos inseridos na sociedade.

Mostra-se benéfica o intuito de importar preceitos econômicos para o alcance de interesses de forma eficiente, uma vez que a tomada de decisão realizada dentro da racionalidade econômica reduz dissensões meramente interpretativas no Sistema Jurídico Brasileiro (geradoras de insegurança jurídica) permeando de objetividade o processo legislativo e jurídico, tornando-os mais justos e previsíveis. Ao se levar em conta os custos

⁸³ GONÇALVES; STELZER, *op. cit.*, p. 16.

(*trade offs*) de decisões judiciais, estão-se considerando as consequências que as mesmas terão não somente sobre as partes integrantes do litígio, mas sim, sobre a sociedade como um todo.

Por fim, esclarece-se que a importância em estudar conceitos de eficiência para o Direito reside justamente na constatação de que administração pública refém da burocracia legalista e interesses eleitorais tende a fazer péssimo uso de recursos públicos, sendo salutar a aproximação da Teoria Econômica ao Direito por intermédio da LaE possibilitando a formulação, implementação e Princípio fiscalização das leis, bem como, do processo decisório do Poder Judiciário sobre seus jurisdicionados, de forma a alcançar-se ambiente político-jurídico capaz de servir melhor e de forma eficaz a sociedade.

2.4.Principais precursores da LaE

2.4.1. Richard Posner

Richard Allen Posner, juiz da Suprema Corte Norte-americana nascido em Nova York, Estados Unidos, jurista formado em Letras pela Universidade de Yale e em Direito pela Universidade de Harvard. O Juiz/Professor Posner deu aulas por um ano na Universidade de Standford e, em 1969, ingressou no corpo docente da Universidade de Chicago, onde realizou o trabalho pelo qual o deixou mundialmente conhecido.

Talvez o precursor mais reconhecido da LaE, em especial pela sua obra *Economic Analysis of Law* (1973), demonstrou a possibilidade de diálogo entre a Teoria Econômica e as mais diversas áreas tipicamente estudadas sob ótica estritamente jurídica, tais como Direito de Propriedade, Direito Penal e a responsabilidade civil. Seu texto demonstrava inovação no ambiente acadêmico, trazendo riqueza de análise dos mais variados assuntos jurídicos, sempre pautado em abordagem economicista.

Ponto importante dos estudos do autor é o fato de que este se preocupou em realizar análise econômica do Direito tanto sob seu aspecto normativo, quanto de seu aspecto positivado. Sendo que a Teoria Econômica possui potencial contributivo tanto para a análise do Ordenamento Jurídico posto quanto das instituições legais e governamentais. A Teoria Econômica possui, pois, ferramentas técnico-informativas que ilustram o panorama geral de consequências que determinada decisão política/pública irá gerar.

Fala-se do já mencionado *trade-off* ou o custo-social (para os juristas), esclarecendo o legislador ou o aplicador da norma sobre os sacrifícios em que este deverá incorrer caso queira atingir determinado objetivo. Ademais, Posner defende também que a LaE possibilita não apenas o estudo das normas a serem elaboradas, mas, também, a verificação da eficácia de norma já posta:

Desta forma, a Teoria Econômica assume papel normativo e positivo no Direito. Quanto à normatividade, tem-se, realmente, a impossibilidade da Economia determinar a escolha social a legalizar, porém a possibilidade de demonstração da ineficiência de certas medidas e decisões clarificando o conflito de valores e o custo de uma opção em detrimento de outra. Outra possibilidade é a de determinação dos meios pelos quais, eficientemente, uma sociedade pode resolver seus problemas levando, ainda, a uma política legislativa e judiciária eficiente. Portanto, em última análise, verifica-se ser razoável a normatividade em função da Teoria Econômica através de um Direito instrumentalizado pela Análise Econômica indicativa da relação social eficiente que, conseqüentemente, traduz a positividade econômica do mundo real.⁸⁴

Por fim, por ser o tema caro a esta monografia, cita-se também a menção que o teórico faz acerca do “fenômeno” da responsabilidade civil, defendendo que o magistrado deverá ter em mente, no momento de fixar indenização em decorrência de determinado dano de forma a prevenir a sociedade da repetição dos mesmos. Defende, pois, postura *ex ante* das decisões judiciais da responsabilidade civil em oposição à sua tradicional postura *ex post* de apenas remediar o mal ocasionado.

2.4.2. Guido Calabresi

Nascido em Milão na Itália em 1932, mudou-se para os EUA em 1939. Frequentou as famosas universidades de Yale e Oxford, estudando Direito e Economia, respectivamente. Como professor permanente de Yale, Calabresi desenvolveu obra que ficou conhecida como Análise Econômica do Direito, aplicando, contudo, abordagem diversa do acima mencionado Richard Posner.

Os estudos do autor possuem enfoque na elaboração normativa, apontando que, por vezes, a despeito de seus fins *supostamente* altruístas, as normas possuem certas incoerências que minam seus objetivos. Esclarece, por exemplo, de forma quase polêmica, que nossa sociedade *não* está disposta a preservar a vida humana a qualquer preço, sendo

⁸⁴ GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 179.

que essa muitas vezes fica a mercê não apenas de princípios morais, mas também por *jogo de questões de mera conveniência*⁸⁵.

Calabresi, juntamente com Ronald Coase, representa um divisor de águas na Análise Econômica do Direito da responsabilidade civil por passar a encará-la como fator de considerável relevo e de cunho político que possibilita delimitar a forma com que se internaliza custos resultantes de danos. Estuda-se, pois a realocação de riscos (*Some thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*⁸⁶ – Calabresi, 1961) consoante preocupação de se minimizar as externalidades negativas através de sistematização dos *custos dos acidentes*. Parte-se da ideia exposta por Calabresi de que a sociedade não está disposta a evitar acidentes a qualquer custo (não se dispõe nem ao menos a preservar a vida humana a qualquer preço), sendo que o problema está justamente em se definir em até que ponto em que os agentes sociais se dispõem a reduzir seus custos de forma a coaduná-los com objetivos sociais.

Fala-se na *instituição* de seguros como forma de se enfrentar os riscos advindos de atividades potencialmente nocivas, conforme ensina o professor Gonçalves:

(...) Analisa, pois, a questão do que ele chamou *first-party insurance* – seguros pela ação do beneficiado – e *third party insurance* – seguros contra a ação envolvendo terceiros; determinando as consequências jurídicas de assegurar danos que dependem da precaução e das medidas que o segurado tome para proteger a si e a seu patrimônio da agressão de terceiros; bem como, os resultados inerentes ao seguro frente a terceiros ou de responsabilidade civil em função da potencialidade do segurado em causar dano a terceiro.⁸⁷

Em suma, enaltece-se a obra de Calabresi justamente por tornar a sociedade ciente da importância de suas decisões como fatores que influenciam bens não raramente transacionáveis ou, ainda, bens indisponíveis (a vida, por exemplo). Ilumina o ensino do Direito por livrá-lo da abordagem simplória de se observar determinado direito posto somente pelo seus aspectos positivos e de se desconsiderar sistematicamente as externalidades negativas oriundas da proteção exclusiva de determinado direito.

⁸⁵ No original: “*Nuestra sociedad no desea preservar la vida humana a cualquier precio. Em su sentido más amplio, la ideiadegradable de que estamos dispuestos a destruir la vida nos há de resultar evidente. Existe la guerra. La Universidad de Mississippi está obligada a seguir una política de intergración racial, aun a riesgo de se pierdan vidas humanas. Pero lo más significativo para el estudio de la responsabilidad civil, y quizá tan obvio como lo anterior, es que las vidas no sólo se sacrifican cuando el quid pro quo es algún principio moral, sino también cuando están em juego cuestiones de mera conveniencia*”. (CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes*. 1. Ed. Barcelona: Ariel. S.A. 1984, p. 35)

⁸⁶ CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. The Yale Journal, v. 70, n.4, 1961.

⁸⁷ GONÇALVES, Everton das Neves, *op. cit.*, p. 168.

Seus estudos possuem, pois, diversos pontos de convergência com os de Ronald Coase e sua crítica a ineficientes atuações do Estado.

2.4.3. Ronald H. Coase

Outro percussor de fundamental importância para o estudo da LaE, mormente considerado como um dos responsáveis por ter criado parte da base teórica a qual a LaE se sustenta, é Ronald Harry Coase. Dentre suas obras de maior relevo, destaca-se *The Problem os Social Coast* publicada no *The Journal of Law & Economics*, no ano de 1960.

Na respectiva obra, Coase defende alteração na tradicional abordagem aplicada aos estudos das situações danosas, demonstra o autor que o principal problema a ser considerado *não* está na simples análise das externalidades geradas por determinada atividade, mas sim na averiguação mútua do evento danoso, que deverá levar em conta a existência dos chamados *custos de transação*⁸⁸. Esta abordagem é inovadora justamente por prezar que se evitem os custos mais elevados, de forma a maximizar o benefício geral.

Ronald Coase preconizou o ideário de que, sob ambiente de concorrência perfeita, ou melhor, em situação de custos de transação zero, a alocação de determinado bem, quando obtida através da negociação entre as partes envolvidas (não por imposição externa), será sempre eficiente, não importando a configuração legal acerca da propriedade desse bem.

É reconhecido que as motivações de Coase para a confecção de seu teorema foi o de apresentar contraposição à concepção econômica dominante à época, em especial a encabeçada por Arthur Pigou. Pigou defendia a ideia de que o Estado deveria ser chamado a agir impondo responsabilização legal ou tributação sobre empresas geradoras de danos. Coase, no entanto, defende que se as partes pudessem negociar juntas, com custo de transação zero, o resultado obtido alcançaria a “Solução Pareto Eficiente”. Deve-se aplicar

⁸⁸ “Os custos de transação podem ser definidos como os custos para estabelecer e utilizar os direitos de propriedade, ou seja, para transacionar; por exemplo, custos de redação de contratos, de monitoramento e imposição de contratos, de acesso a informação, etc. Portanto, a noção de custos de transação zero pressupõe uma situação de informação perfeita e acessível sem custos para as partes; um direito de propriedade completo e bem definido, que não permita apropriações por terceiros e corresponda a toda a extensão do bem; racionalidade perfeita ou substantiva; concorrência perfeita. Assim percebe-se que o mundo dos custos de transações zero é basicamente o mundo retratado pela teoria econômica nos seus modelos abstratos.” (RIBEIRO, Marcia Carla P. KLEIN, Vinícius. *O que é análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 71-71)

visão recíproca do problema, permitindo notar que a tradicional reação à atividade danosa acaba por gerar dano ao agente responsabilizado⁸⁹.

Dentre os famosos exemplos dados pelo autor, relembra-se o da fábrica que, ao empreender suas atividades, lança poluição na atmosfera de forma a prejudicar a vizinhança ao redor por sujar, através da fuligem lançada, as roupas que estão a secar. Explica que, diante de abordagem jurídico-tradicional, o Estado acabaria por responsabilizar à fábrica atribuindo-a determinado valor pecuniário, ou ainda, aumentar a tributação sobre as suas operações. Esta abordagem “clássica” retrata a ideia pigouviana de inclusão dos custos externos e/ou sociais no planejamento financeiro da fábrica, levando-a a atingir ponto equilíbrio de mercado diverso do existente, caso houvesse negociação dos custos entre as partes.

Mendonça ilustra este exemplo da forma a estipular os custos envolvidos no problema⁹⁰. Desta forma, suponha-se que a vizinhança ao redor da fábrica é formada por cinco moradores e que o dano causado pela fumaça às roupas equivale a R\$ 75 por morador (totalizando R\$ 375). Para resolver o problema, a fábrica pode instalar filtro de ar pelo custo de R\$ 150, ou cada morador comprará secador elétrico de roupas pelo custo individual de R\$ 50. Neste caso, evidencia-se que a solução eficiente será o da instalação dos filtros, justamente por representar o custo total de R\$150 (inferior ao R\$ 375 dos danos causados ou, ainda, dos R\$250 caso os moradores comprassem os secadores elétricos).

A solução, diante do panorama apresentado, será sempre a mesma, independentemente de quem arcará com os custos. Assim, mesmo que se atribua à fábrica o dever de arcar com uma das três modalidades apresentadas, por óbvio que esta optará pela instalação dos filtros. Por outro lado, caso se admita que a fábrica tenha o total direito de poluir, caberá aos moradores optar por uma de três soluções, a escolha, evidentemente não será diversa. Desta forma, preza-se pela possibilidade de proporcionar às partes a chance de negociarem entre si para que, juntas, atinjam a solução eficiente. Assim, a proposta de Pigou, a de intervenção estatal, não preconiza pela realocação eficiente de recursos, portanto, descabida.

⁸⁹ “Tradicionalmente, diante de uma situação em que A causa um dano a B, a questão que surge é a seguinte: como coibir A? A abordagem é equivocada por obscurecer a natureza reflexiva do problema, na medida em que evitar o dano de B significa causar um dano a A. Assim, a verdadeira pergunta a fazer seria: A deve ser autorizado a causar um dano a B ou B deve ser autorizado a causar um dano a A? Nessa ótica global, capaz de visualizar a natureza recíproca das situações danosas, o problema passa a ser o de *evitar o dano mais grave*” (MENDONÇA, Diogo Naves, *op. cit.*, p. 33).

⁹⁰ *Ibidem*, p. 34-35.

Este cenário, contudo, conforme mencionado, retrata ambiente de custos de transação iguais à zero, o que, na prática, não é o comumente encontrado. Pois há de se considerar diversos fatores tais como o custo de se identificar as partes, os envolvidos no processo de barganha, da sua execução, locomoção etc.

Assim, Naves adiciona ao cálculo de custos do exemplo, o fato que, para os vizinhos se encontrarem, cada um deverá arcar com R\$ 60 pelas despesas de locomoção e, em que pese ao se admitir a responsabilidade da fábrica, o resultado será o mesmo, caso essa possua amplo direito de poluir, o resultado será diverso:

No entanto, admitindo-se que a fábrica tenha o direito de poluir, então cada morador terá que decidir entre: (i) assumir o prejuízo de \$ 75; (ii) comprar um secador por \$ 50; ou (iii) reunir-se com os demais vizinhos ao custo de \$ 60 para comprar coletivamente um filtro no valor de \$ 150. A opção individual será pela aquisição do secador elétrico, em uma solução claramente ineficiente. Isso porque, nessa segunda hipótese, o custo global será de \$ 250, ao passo que na primeira, em que a fábrica é tida por responsável, a aquisição do filtro dependeria apenas de R\$ 150. Assim, considerados os custos de transação, assegurar o direito ao limpo será eficiente, ao passo que conferir o direito de poluir, não.⁹¹

Inferese do exemplo dado que, em situações de custo de transação zero, a solução econômica independerá de quem possui o direito ou não, sendo que a negociação privada entre as partes, em contraposição à intervenção externa estatal, sempre será mais eficiente. Todavia, caso os custos sejam positivos, a distribuição de direitos impactará diretamente na determinação da solução economicamente eficiente.

Apesar de não estar livre de críticas, o Teorema de Coase causa relevante impacto nos estudos jurídicos, em especial os de responsabilidade civil. Ao questionar a máxima de que “causou dano tem que indenizar”, o Teorema busca apreciação racional de como evitar de fato o maior dano possível, suaviza a aplicação intolerante da lei, preconizando pela capacidade negocial das partes envolvidas de solucionarem impasses, comuns à vida em sociedade, de forma eficiente, minimizando os custos envolvidos.

Daí a importância de se estabelecer a cultura econômica na comunidade judiciária. Fazer com que magistrados entendam o impacto econômico de suas decisões. Sobretudo, em um Estado Democrático de Direito como o Brasil, esta noção deve também permear os processos legislativos, a saber, deve o legislador considerar diferentes cenários econômicos na hora de se elaborar a lei e, ainda, estar ciente dos custos que são inerentes para o alcance de determinados objetivos pretendidos.

⁹¹ *Ibidem*, p. 35.

3. A *LAW AND ECONOMICS* E A RESPONSABILIDADE CIVIL

O Teorema de Coase demonstra o desejo de que se dissemine o reconhecimento de que Tribunais devam entender as consequências econômicas de suas decisões. Fala-se, pois, de visão *funcional* da responsabilidade civil que se contrapõe a concepção de sistema jurídico que seja um fim em si mesmo. Sobre o funcionalismo, comenta Mendonça:

O questionamento da autonomia lógica e dogmática proposta pelo normativismo, pautado por um sistema fechado de conceitos e de princípios gerais dos quais resultaria a solução de qualquer controvérsia jurídica, promoveu a busca por respostas funcionalmente compreensíveis. Foi o que ensejou, ainda na lição de Castanheira Neves, o surgimento de uma nova perspectiva de juridicidade, cuja particularidade resulta da pergunta básica que formula: afinal, *para que serve o direito*: Partindo da dicotomia weberiana entre “racionalidade axiológica” e “racionalidade finalística”, o autor observa que o funcionalismo privilegia a segunda forma de racionalidade, afastando-se de preocupações exclusivamente conceituais e colocando em xeque “a subsistência objectiva do direito como algo que é autonomamente em si, independentemente de sua finalístico-funcional operacionalidade”.⁹²

Há de se ter em mente, todavia, que defender a *funcionalidade* do Direito ou, mais especificamente, da Responsabilidade Civil, não significa dar espaço a funcionalismo cego capaz de reduzir importantes premissas jurídico-sociais, com posturas estritamente utilitaristas que de nada agregariam ao convívio social. Destarte, pretende-se evitar que formalismo exacerbado defensor tão apenas de uma “teoria pura do Direito”, acabe por menosprezar o resultado prático de suas implicações.

Preza-se por meio termo capaz de extrair qualidades inerentes a ambas as posturas, tanto formal quanto funcional. Nessa seara, discute-se se a Responsabilidade Civil, por exemplo, tem como condão aplicar meramente uma justiça corretiva (mais afeta ao formalismo jurídico) ou se, traria ela, em seu âmago, a lógica de justiça distributiva de recursos.

Enquanto a justiça corretiva, mormente a aplicada no Direito pátrio, preocupa-se com a interação restrita e bilateral entre o causador do dano e a “vítima” desse; a justiça distributiva entenderá o fenômeno da ocorrência do dano como típico do próprio corpo social, procurando solução que considere fatores externos aos lesantes e lesados.

⁹² MENDONÇA, Diogo Naves, *op. cit.*, p. 38.

A ideia de se admitir a averiguação de fatores externos ao da situação que gerou o dano pode, por exemplo, ser verificada na cláusula de equidade presente no art. 944 do CC e seu parágrafo único⁹³. Existe, nesse dispositivo, permissão do legislador ao julgador para que este considere elementos externos estranhos ao evento danoso, tais como fatores econômicos, sociais e culturais.

Desta forma, observa Mendonça:

Reconhecendo-se, como faz a doutrina brasileira, que a cláusula da equidade prevista no dispositivo legal em análise exige que se considerem as qualidades dos sujeitos envolvidos na relação, não há dúvidas de que se consagra uma solução de justiça distributiva, com remissão a aspectos *externos* à racionalidade formal que atribui inteligibilidade, na lição de Weinrib, à responsabilidade civil⁹⁴.

O mesmo pode-se afirmar, ainda, quanto à fixação dos danos extrapatrimoniais, uma vez que a jurisprudência já fixou entendimento de que as condições pessoais do ofendido e ofensor devem ser consideradas na hora de se estipular o *quantum debeatur*:

A análise não é diversa em se tratando de indenização por danos extrapatrimoniais, matéria em que a jurisprudência já firmou entendimento no sentido de que devem ser considerados, como critérios para a definição do montante indenizatório, o grau de culpa do lesante, a posição social da vítima, a condição econômica do ofensor, entre outros aspectos. Especificamente quanto a este último critério, há quem afirme que a sua consideração com o objetivo desinibição de novos atos lesivos (na linha da fórmula recorrente segunda a qual a indenização por danos extrapatrimoniais objetiva a compensação do lesado e o desestímulo ao lesante) faz uso, mesmo que indireto, de uma lógica econômica fundada na teoria dos incentivos. É o que está por trás da avaliação jurisprudencial – ainda que pouco criteriosa – da posição econômica do ofensor com o fim de estabelecer o *quantum debeatur* e, então, dissuadir novas condutas.⁹⁵

Vislumbra-se, pois, que a moderna concepção da responsabilidade civil no Direito brasileiro está estruturada no clássico formalismo jurídico, mas passa, aos poucos, a absorver o enfoque funcional, no passo que admite explorar as qualidades dos envolvidos. Em especial, dá espaço para a adoção de critérios atinentes à lógica da justiça distributiva já presente desde, pelo menos, a CF de 88, admitindo-se a alocação de recursos que respeitem aspectos econômico-sociais dos sujeitos. É, ainda, o que defende a LaE, ou seja, que os custos de um acidente devem ser atribuídos àquele em que se encontrava em melhor situação de evitá-lo.

⁹³ BRASIL. Código Civil (2002), *op. cit.*

⁹⁴ MENDONÇA, Diogo Naves, p. 45, *op. cit.*

⁹⁵ *Ibidem*, p. 45 e 46.

3.1. A Responsabilidade Civil dentro de seu aspecto funcional – A função preventiva

Reconhecido o aspecto funcional da responsabilidade civil, cabe então dissecá-lo, afinal qual o papel ou papéis que a doutrina e a jurisprudência têm atribuído para o ato de responsabilizar judicialmente.

Destaca-se função já abordada e que, por conta de todo o contexto de evolução histórica da responsabilidade civil é mais latente⁹⁶, que é a de reparar ou compensar danos ocasionados, famosa “restauração do *status quo ante*”. Mas, também, a preocupação cada vez mais presente em de se encarar a legislação e jurisprudência da responsabilidade civil como forma de *prevenção de riscos*, conforme ensina Mendonça:

Embora reconhecida como a função que historicamente ocupa o papel central no direito da responsabilidade civil, a reparação passa a conviver cada vez mais no moderno contexto social com a função preventiva de danos. A função preventiva, explica Tereza Ancona Lopez, deve ser compreendida não apenas como uma consequência automática do dever de indenizar (o que se relativiza diante da dispersão do mecanismo securitário), mas como um instrumento maior ao dano, de modo a efetivamente evita-lo. Só assim a função preventiva da responsabilidade civil será completamente realizada, em especial naquelas situações em que o retorno ao estado anterior se mostra impossível, como nas lesões à integridade física, à integridade psíquica, ao meio ambiente. O importante, conclui a autora, “são ações efetivas antes do dano”, que podem ser concretizadas no direito brasileiro mediante, por exemplo, “o uso de cautelares, quando o risco é eminente, ou de interditos, medidas acautelatórias e conservatórias de direito”.⁹⁷

Ademais, interessante pensar-se que, de certa forma a própria forma em que o Direito pátrio atualmente se encontra abre espaço para perspectivas funcionais. Uma vez admitida a CRFB/88 como parâmetro a ser seguido nas decisões e estudos jurídicos, tem-se como *função* do operador de Direito fazê-la ser efetivada no seu labor diário.

Verifica-se aqui, a importância em querer se aproximar Direito à Teoria Econômica, através de perspectiva interdisciplinar já admitida como aplicável ao Direito

⁹⁶ “A função básica de reparação desempenhada pela responsabilidade civil, caracterizada, fundamentalmente, pela obrigação de compensar o dano causado, de proporcionar às vítimas o ressarcimento pelos prejuízos sofridos, constitui a tônica da perspectiva jurídica tradicional. Steven Shavvel chama a atenção para o fato de que “a grande maioria dos juristas, advogados, juízes e, provavelmente, cidadãos, parece assumir que proporcionar às vítimas equitativa compensação por danos é a principal função da responsabilidade por acidentes”. Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott registram haver uma “espécie de consenso geral” no meio jurídico quanto à função reparadora da responsabilidade civil, sendo que, quando muito, a função preventiva é considerada um “bem-vindo efeito colateral”.” BATTESINI, Eugênio, *op. cit.*, p. 103.

⁹⁷ MENDONÇA, Diogo Naves, *op. cit.*, p. 48.

uma vez que reconhecida a função da responsabilidade civil como forma de, através de incentivos e repressões, influenciar o comportamento humano para que se promova, ou, no caso, evite a adoção de certas práticas que possam ocasionar resultados danos. Desta forma, explica Battesini⁹⁸:

O campo da responsabilidade civil constitui solo fértil para o estudo interativo direito-economia. De acordo com Ugo Matter, trata-se de “área do direito privado com elevado impacto potencial sobre o sistema econômico”, que disponibiliza “poderosos instrumentos de internalização”, de correção de falhas de funcionamento do sistema de mercado consubstanciadas em externalidades negativas.⁹⁹

Possível, pois, a utilização de instrumental econômico para a análise da problemática do dano, de sua reparação, e, principalmente, de sua precaução. A consagração de princípios sociais, tais como a função social de propriedade e a boa-fé objetiva do contrato no Código Civil de 2002 e, anteriormente, claro, na CRFB/88, clamam por mudanças paulatinas na metodologia utilizada para se abordar os problemas apresentados ao Judiciário, ressaltando-se, nesta monografia, as possibilidades existentes dentro da área da responsabilidade civil.

3.2. A regra do Juiz Hand e a determinação do grau de culpabilidade

Respaldado na ideia de que os operadores de Direito devem ter conhecimento acerca das externalidades causadas por suas decisões, o juiz norte-americano Learned Hand elaborou fórmula cujo objetivo seria o de criar parâmetros para determinar o grau de culpabilidade¹⁰⁰ em condutas danosas.

⁹⁸ “Como lembra Bobbio, embora o papel do direito na sociedade seja comumente considerado do ponto de vista da sua função prevalecente, qual seja, de proteger interesses mediante a repressão de atos desviantes, também é possível encará-lo através de uma perspectiva promocional. Nesse sentido, as medidas de controle social deixam de ser encaradas a partir de um sentido estrito de sanção para incluir técnicas de encorajamento e desencorajamento. Entre essas técnicas estão as sanções (respectivamente positivas ou negativas), mas não só. Há também técnicas de facilitação ou obstaculização, compreendidas como os expedientes de que o grupo social se vale para controlar os comportamentos de seus membros não mediante uma recompensa, positiva ou negativa, a determinada ação que já foi realizada, mas de modo que a sua realização futura torne-se mais fácil ou mais difícil. Tais medidas, que precedem o comportamento e por isso não são retributivas, podem, a depender do grau (ou seja, se apenas favorecem e desfavorecem ou chegam a compelir ou impedir o comportamento) denotar medidas de facilitação e de obstaculização ou de constrição e de preclusão.”. *Ibidem*, p. 48.

⁹⁹ BATTESINI, Eugênio, *op. cit.*, p. 98.

¹⁰⁰ A graduação da culpa, o distanciamento da conduta do autor e da conduta da vítima do *standard* de precaução do homem razoável, constitui fator considerado pela tecnologia jurídica na determinação do valor da indenização. Nesse sentido, ao sintetizar os resultados do estudo comparativo desenvolvido pelo *European*

No famoso caso *United States vs. Carrol Towing CO.*, um acidente que envolveu uma barça e sua carga no porto de Nova York, local onde diversas embarcações estavam amarradas com uma única corda. Não encontrando tripulação a bordo das barças, o rebocador de uma delas ajustou a corda de ancoragem de forma inadequada, o que resultou, posteriormente, que a mesma se soltasse, colidindo com outra e afundando, juntamente com toda a sua carga. Por óbvio que o proprietário da embarcação perdida defendeu que o rebocador agiu de forma negligente no ajuste das cordas. O proprietário do rebocador, por sua vez, argumentou que o dono da barça naufragada também teria sido negligente porque seu pessoal não estava na embarcação durante o expediente, no momento em que a tripulação tentou ajustar a corda.

Apresentado ao caso, o juiz Learned Hand assim decidiu:

Já que há ocasiões em que toda embarcação se soltará de suas amarras e já que, se isso acontecer, ela se tornará uma ameaça às que estão ao seu redor, o dever do proprietário, como em outras situações semelhantes, é uma função de três variáveis: 1) a probabilidade de que ela vá se soltar; 2) a gravidade do dano resultante, se ela fizer isso; 3) o ônus de precauções adequadas. Possivelmente formular essa noção em termos algébricos sirva para realçá-la: se a probabilidade for chamada de P, o dano de R e o ônus de O, a responsabilidade civil depende de O ser do que R multiplicado por P, isto é, $O < PR$.¹⁰¹

Com a aplicação desta fórmula, o juiz Hand acabou por considerar que o proprietário da barça foi negligente por deixar que não houvesse ninguém a bordo em horário comum de expediente.

Percebe-se que tal regra possui imensa compatibilidade e campo fértil para uso no juízo equitativo que o art. 944 do CC e seu parágrafo único permitem. Ao adotar critérios objetivos a serem analisados, diminui-se a sempre temerosa discricionariedade do juiz, ao passo que o obriga a detalhar, através de atribuições de valores, o que o levou a tomar determinada decisão.

Sobre a Regra de Hand, explica Mendonça:

A regra de Hand fornece, portanto, um parâmetro de diligência para fins de comparação com o comportamento supostamente culposo do causador do dano. Em linhas gerais, se os custos de um acidente são menores do que os custos de se evita-lo, uma pessoa racional não o impediria, preferindo pagar uma indenização

Centre of Tort Law and Insurance Law- Unification of Tort Law: Fault (2005), Pierre Widmer registra que a maioria dos sistemas jurídicos realiza algum tipo de graduação de culpa, seja a distinção entre “negligência grave, em oposição à negligência mínima, passando, algumas vezes, por estágios como a negligência ‘média’ ou ‘simples’ e atentando ao menor grau, a falta quase imperceptível (culpa levíssima)”, destacando que os “graus de culpa” desempenham papel na “estimação de danos”, sem prejuízo, contudo, do “princípio do *all or nothing* seguido pela quase totalidade dos sistemas”. *Ibidem*, p. 252.

¹⁰¹ COOTER; ULEN, *op. cit.*, p. 355.

ao lesado. É o que permite concluir que a conduta culposa estará presente casos custos de cuidado (C) sejam menores do que a probabilidade de ocorrência do acidente (P) multiplicada pelos custos do dano causado (D), ou seja: $C < P \times D$. Por outro lado, a conduta será 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: $C \geq P \times D$. A regra representa, portanto, um incentivo a que se assumam medidas de precaução cujos custos sejam inferiores aos do dano esperado, incentivo que não ocorrerá caso os custos de precaução superarem aqueles do dano estimado.¹⁰²

Utiliza-se análise microeconômica da situação do causador aparente do dano para que se determine se sua conduta é, ou não culpável. Dessa forma, compara o custo marginal da precaução ao custo do dano acidental multiplicado pela probabilidade de sua ocorrência. Assim, caso, o custo da precaução seja menor e, portanto, justificável, o causador aparente do dano deverá ser condenado. Todavia, caso os custos para precaver-se do acidente fossem demasiadamente elevados (superando o custo do dano multiplicado a sua probabilidade de ocorrência), não há o que se falar em condenação.

Aplicando-se à praticidade do cotidiano forense brasileiro, poder-se-ia aventar o uso da fórmula de Hand através da oitiva de peritos capazes de analisar as probabilidades relevantes de ocorrência ou não do dano em casos concretos. Neste viés, algumas particularidades sempre devem ser consideradas, como a de que a probabilidade de ocorrência de um acidente sempre aparentará ser maior, em casos em que este já estiver ocorrido, ao passo que perspectivas preditivas tendem a reduzir a expectativas de ocorrência destes mesmos acidentes.

Ademais, ressalta-se o desejo de que tribunais sejam capazes de aplicar visão holística do caso, mormente aquela capaz de averiguar o impacto, positivo ou negativo, total, incluindo-se neste cálculo a análise do risco para terceiros e, também, para o próprio autor do dano. Pois ao se ignorar o risco para o próprio agente, tende-se a aceitar situações em que a regra de Hand será mal aplicada, admitindo-se a culpabilidade equivocada do agente.

A regra de Hand aproxima-se da responsabilidade civil subjetiva, justamente por analisar o nível de culpabilidade do suposto agente causador do dano. Admite-se, pois, que todo mundo toma precauções em grau mais ou menos elevado, pergunta-se, contudo, qual a extensão das precauções adotadas e se elas eram exigíveis ou não. Desta forma, não diverge Mendonça:

¹⁰² MENDONÇA, Diogo Naves, *op. cit.*, p. 67.

É que, diante das hipóteses de responsabilidade subjetiva, sempre incidirá o questionamento acerca da existência de um erro de conduta, ou seja, da inobservância do dever geral de cuidado imposto pelo direito. Exatamente aí reside a grande dificuldade da teoria da culpa, que demanda fixação de algum parâmetro comportamental que permita, em um mecanismo de comparação, descobrir se a conduta foi ou não culposa. O recurso tradicional às figuras do homem médio, do homem razoável ou do *bônus pater familiae* pode ser aprimorado precisamente pela técnica acima descrita que, embora pensada em termos econômicos, guarda equivalência com o raciocínio jurídico. Ao final, com a aplicação da fórmula de Hand, permite-se ao juiz verificar se o autor do dano poderia ter adotado medida adicional de precaução que pudesse ter reduzido o risco de acidente, ou seja, medida adicional de cuidado que implicasse perdas marginais esperadas inferiores aos custos marginais de precaução.¹⁰³

Infere-se, portanto, que a regra de Hand insurge-se como ferramenta útil a ser adotada para a análise de questões práticas hodiernamente vinculadas à Responsabilidade Civil em geral, mormente a subjetiva, tal como já mencionado. Serve, pois, para averiguar até que ponto o Judiciário poderá exigir ou não determinada postura do jurisdicionado (seu grau de culpabilidade), abstraindo do cenário jurídico figuras rasas, como a do “homem médio”, por exemplo, possibilitando o refinamento das tomadas de decisões e, conseqüentemente, contribuindo para a elevação da segurança jurídica nos tribunais pátrios.

3.3. O dano extrapatrimonial – Quanto indenizar?

O Dano extrapatrimonial já é amplamente aceito em dispositivos constitucionais, legislativos, jurídicos e doutrinários. Reconhece-se, pois, que esse não pode confundir-se com o sentimento de angústia, dor ou humilhação que, em regra, são sentimentos que se apresentam apenas como consequência do dano.

Entende-se, todavia, que o dano extrapatrimonial estará presente somente quando interesse jurídico for violado, ressalta-se, quando a dignidade da pessoa humana se mostrar abalada. Entretanto, a problemática maior existente no meio jurídico hoje, não se refere sobre a possibilidade de se indenizar o dano extrapatrimonial ou sobre quando este ocorrerá, mas, sim, em que valor este deverá ser fixado pelas sentenças que pretendem indenizá-lo.

¹⁰³*Ibidem*, p. 69.

Do ponto de vista tanto jurídico quanto econômico, ao dano extrapatrimonial não lhe é aplicável a lógica da justiça reparativa, uma vez que este não possui valor diretamente correspondente a bens de mercado ou em pecúnia. Ou seja, impossível a substituição do mesmo, tal como explica Mendonça:

Trata-se de perdas incomensuráveis, que ocorrem naquelas situações em que as pessoas, em geral por razões psicológicas, morais, etc., não conseguem encontrar um equivalente em dinheiro para o bem lesado, ainda que colocadas diante da oportunidade de compra-lo ou vendê-lo. Nesses casos, que envolvem bens que estão fora do mercado, os danos são incomensuráveis em dinheiro em princípio, ou seja, não admitem uma compensação objetiva baseada em preços de mercado, tampouco uma compensação subjetiva baseada na indiferença.¹⁰⁴

A dificuldade em se apurar formas de se indenizar o dano extrapatrimonial, fez/faz com que o Direito caminhe para a utilização da técnica do *arbitramento*. Contudo, remanesce a polêmica acerca de como se define os critérios a serem utilizados pelo julgador na fixação do *quantum debeatur* quando se está diante de danos morais.

Sob o foco da *LaE*, diz-se que determinada indenização será perfeita quando esta, restaurando o *status quo ante* da vítima, torná-la *indiferente* entre ter o dano e a indenização e não ter tido nenhum dos dois, conforme ensinado por Cooter e Ulen:

Na verdade, o direito da responsabilidade civil possui dois conceitos distintos de indenização compensatória. Um é o conceito econômico baseado na curva da indiferença: a indenização é perfeita quando a vítima é indiferente entre ter o dano e a indenização ou não ter nenhum dos dois. Assim, a indenização compensatória é perfeita quando a vítima potencial é indiferente entre o acidente indenizado e inexistência do acidente. O conceito é relevante para danos em que o mercado oferece um substituto para o bem perdido, Quando um substituto está disponível, o preço de mercado do substituto mede o valor do bem para o autor da ação. O conceito também é relevante para bens comprados e vendidos de tempos em tempos para os quais não existe um mercado organizado regular. Por exemplo, uma carta manuscrita de James Joyce ou um Chevy 1957 conversível são vendidos de tempos em tempos, mas os itens são tão raros que não existe um mercado regular para qualquer um deles. Os proprietários desses bens raros normalmente têm prelos pelos quais estariam dispostos a vendê-los, preços estes que medem a indenização perfeita.¹⁰⁵

O conceito de reparação perfeita, contudo, não é passível de ser aplicável na ocorrência do dano extrapatrimonial. Critica-se a postura majoritariamente adotada pelos tribunais em querer encontrar, no uso da “razoabilidade” a solução para este impasse¹⁰⁶. Desta forma, a *LaE* preocupou-se em sistematizar técnicas claras capazes de extrair mínimo de racionalidade acerca da problemática dos danos não patrimoniais, ou, *lato*

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 81.

¹⁰⁵ COOTER; ULEN, *op. cit.*, p. 381-382.

¹⁰⁶ “Se nenhuma quantidade de dinheiro no mundo pode compensar a perda de uma pessoa amada, adicionar “razoável” à “indenização” piora o quebra cabeça de vez.”. *Ibidem*, p. 382.

sensu, de todos os bens em que se é impossível a ocorrência da *indenização perfeita*. Fala-se, pois, de técnicas econômicas que avaliam o comportamento humano diante de situações de riscos, ou seja, de técnicas econométricas.

Sobre a econometria, explica Mendonça:

A econometria disciplina precisamente os critérios através dos quais são avaliadas as escolhas efetuadas pelas pessoas entrevistadas. Essa análise leva em consideração, por exemplo, as condições de tempo e de lugar. Afinal, diferentes populações encaram de forma diversa a assunção dos mais variados riscos, não havendo como se cogitar de uma constante universal.

Em que pese os danos irreparáveis envolverem sempre bens dos quais as pessoas, em regra, não estão dispostas a negociarem dentro de perspectiva mercadológica (não possuem correspondente pecuniário), muitos destes danos são ocasionados por conta de *riscos* assumidos pelos agentes. E esses, sim, podem ser objetos de negociação.

Como exemplo, cita-se que apesar do fato de que o número de mortes de motociclistas vêm superando as ocasionadas pelo uso de carros¹⁰⁷, o número de vendas de motos já superou, nos estados do norte e nordeste do País, o número de venda de carros¹⁰⁸. Explica-se este fenômeno pela simples realidade empírica de que o preço de uma moto é, em regra, consideravelmente inferior ao de um carro. Ou seja, as pessoas estão dispostas a negociar, em termos pecuniários, o risco vital que correm. A partir deste raciocínio, o focado na negociabilidade do risco, que se desenvolvem os critérios para fixar-se o valor das indenizações dos danos tido como irreparáveis.

O raciocínio, pois, passa pela utilização da Regra de Hand. Assevera Mendonça:

O método utilizado é mais uma vez oferecido pela regra de Hand e se aplica àquelas situações em que o risco é conhecido e *razoável*. *Razoável* porque há riscos que são eles próprios incompensáveis. Como lembra Robert Cooter, em geral, as pessoas conseguem avaliar o pagamento de determinada quantia em dinheiro para aquisição de um item de segurança que reduza o risco de morte ou lesão corporal em razão dos acidentes automobilísticos, decidindo então se pagarão ou não pelo item adicional no momento da aquisição do automóvel. O raciocínio não se aplica, porém, para o risco hipotético de uma catástrofe que venha a destruir um país ou toda a humanidade, não havendo dinheiro pelo qual valha a pena correr esse risco. Do mesmo modo, só é possível imaginar a compensação entre dinheiro e risco quando a probabilidade de ocorrência do dano é relativamente baixa. Só assim é possível conceber a troca do risco por

¹⁰⁷ Notícia extraída do jornal *on-line* “O Globo”. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/rio/numero-de-mortos-em-acidentes-de-moto-supera-de-casos-envolvendo-carros-13023139>>. Acesso em 15 de outubro.

¹⁰⁸ Informação disponível em:< <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/08/25/numero-de-motos-ja-e-maior-do-que-o-de-carros-nos-estados-do-norte-e-do-nordeste.htm>>. Acesso em 15 de outubro de 2014.

dinheiro. À medida que a probabilidade de um dano incompensável aproxima-se de um, o próprio risco se aproxima desse dano, confundindo-se com ele, o que inviabiliza a disposição de troca por dinheiro. O método apresentado aplica-se, portanto, às situações da vida em que “danos incompensáveis correspondem a riscos compensáveis”.¹⁰⁹

Em suma, percebe-se que diante da impossibilidade de fixar-se compensação objetiva aos danos incomensuráveis (tais como os não patrimoniais) baseada em preços de mercado, ou, ainda, subjetiva, baseada na indiferença (dano mais reparação = *status quo ante*), a indenização deverá ser calcada pelo risco assumido do dano que acabou se materializando. Avalia-se, através da Regra de Hand, o valor investido para que se afastasse o risco de dano, dividindo-se os custos razoáveis de precaução pela respectiva redução na probabilidade do dano.

3.4. Indenizações punitivas

Por fim, ressalta-se que o CC de 2002 não adotou, em seu texto, a possibilidade de que se pratique as chamadas indenizações punitivas, quais sejam, àquelas fixadas em valor superior ao dano sofrido com o intuito de se desestimular determinadas práticas. Contudo, não é o que se observa nos julgados dos tribunais pátrios.

Anderson Schreiber, citado por Battesini, explica:

No Brasil, como em outros países de tradição romano-germânica, vive-se uma situação claramente anômala, na qual *punitive damages* não vêm admitidos como parcela adicional de indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação por dano moral... Grande parte das cortes brasileiras não só tem chancelado o duplo caráter do dano moral, como tem aplicado, na sua quantificação, critérios deliberadamente punitivos... A orientação jurisprudencial, a rigor, contraria expressamente o Código Civil de 2002, que, em seu art. 944, declara: “a indenização mede-se pela extensão do dano”... A única exceção ao art. 944 está em seu parágrafo único e vai no sentido da redução equitativa da indenização quando houver “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”, Neste particular, é inevitável concluir que, tendo previsto expressamente apenas a possibilidade de redução, e não de aumento, o novo Código Civil repeliu a indenização punitiva... Ao combinar critérios punitivos e critérios compensatórios, chegando-se a um resultado único, a prática brasileira distancia-se do modelo norte-americano, que distingue claramente *compensatoru 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 apenado, e em que medida está simplesmente

¹⁰⁹ MENDONÇA, Diogo Naves, *op. cit.*, p. 99.

compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo, que consiste na principal vantagem do instituto.¹¹⁰

Vislumbra-se, pois, que o principal motivo de negar a ocorrência da indenização punitiva, na ordem jurídica brasileira, reside em alguns pontos, tais como: a) Respeito ao princípio da legalidade¹¹¹ (não existe previsão legal para tanto); b) ocorrência de punição em outras instâncias alheias ao Direito cível (tais como Direito penal e administrativo) e, c) pelo que defende Mendonça, que estamos caminhando para cenário o qual seja realidade a *progressiva desvinculação da responsabilidade civil em face do elemento de culpa*¹¹².

Cavallieri Filho, fazendo certas ressalvas, caminha na possibilidade de aplicação de indenizações punitivas para danos morais, em certas circunstâncias, tais como: “A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da *dissuasão*) e a punição (no sentido de *redistribuição*).”¹¹³

Mendonça, cita os aspectos favoráveis ao caráter punitivo de certas indenizações:

Abstraída essa assistemática, o tema das indenizações punitivas, recorrente na doutrina brasileira da responsabilidade civil durante as duas últimas décadas, gera posicionamentos bem definidos quanto a sua aplicabilidade no direito nacional. Em favor de sua aplicabilidade, ressaltam-se, entre outros argumentos, (i) a necessidade de repreensão de condutas profundamente censuráveis, de modo a desestimular a reiteração pelo lesante (prevenção especial), (ii) a necessidade de demonstrar à sociedade a resposta eficaz do sistema jurídico a tal tipo de condutas (prevenção geral ou função educativa), (iii) a impossibilidade de se desvincular a responsabilidade civil do elemento culpa, um de seus pilares¹¹⁴.

Nota-se que este último argumento, alinhado ao elemento da culpa, não resta aplicável nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, uma vez que o elemento culpa é por ela desconsiderado. Contudo, indenizações punitivas tendem a guardar grande compatibilidade com a responsabilização objetiva, uma vez que se estaria falando em

¹¹⁰ SCHREIBER, Anderson *Apud* BATTESINI, Eugênio, *op. cit.*, p. 262.

¹¹¹ “A principal razão alegada por aqueles que não admitem o caráter punitivo da indenização pelo dano moral é o fato de não termos regra escrita que preveja expressamente essa espécie de sanção; pelo contrário, as que existem sinalizam no sentido oposto.” CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 98.

¹¹² MENDONÇA, Diogo Naves, *op. cit.*, p. 109.

¹¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁴ MENDONÇA, Diogo Naves, *op. cit.*, p. 109.

aumentar os esforços para a proteção das vítimas que são reconhecidamente a parte mais fraca nas situações de responsabilidade civil objetiva.

3.5. Estudo de caso – o cadastro indevido em órgãos de proteção ao crédito

Em atenção a toda teoria acerca da responsabilidade civil, da *LaE* e da interação de ambas, Procura-se, aqui, através de julgado relativamente recente do STJ, dissecar alguns elementos presentes no acórdão para verificar sua correspondência ou não com os aspectos teóricos aqui levantados, realizando-se, ainda, breve análise econômica acerca desta que é uma das causas de litígio que mais tumultuam o Judiciário brasileiro, motivando inclusive matéria especial do STJ sobre sua presunção¹¹⁵: *o pedido de dano moral por cadastro indevido em órgãos de proteção ao crédito*.

O julgado que se analisa é, pois, Agravo em Recurso Especial nº 296.477, do Rio Grande do Sul, tendo como relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, publicado em 22 de março de 2013¹¹⁶:

Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu o recurso especial. O apelo extremo, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, insurge-se contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado: "AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO À APELAÇÃO. Não desmerecida pelas razões deduzidas no agravo interno, subsiste a decisão que negou seguimento à apelação em conformidade com o art. 557, caput, do Código de Processo Civil. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EMPRÉSTIMO CONTRAÍDO POR TERCEIRO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Evidenciada a ilicitude do ato praticado pela parte ré, que lançou o nome da autora em órgão de proteção ao crédito, por dívida que esta não contraiu, causando-lhe lesão à honra e reputação, caracterizado está o dano moral puro, exsurgindo, daí, o dever de indenizar. Responsabilidade objetiva decorrente do risco da atividade desenvolvida. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à manutenção do montante indenizatório fixado em R\$ 3.000,00 (três mil reais), que se revela suficiente e condizente com as peculiaridades do caso e aos parâmetros adotados por este (...) No especial, o recorrente alega, além de

¹¹⁵Notícia disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI158699,31047-STJ+define+em+quais+situacoes+o+dano+moral+pode+ser+presumido>> Acesso em 27 de outubro de 2014.

¹¹⁶Íntegra do acórdão disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=%22cadastro+indevido%22+pedag%F3gica&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 27 de outubro de 2014.

dissídio jurisprudencial, ofensa ao artigo 944, caput e parágrafo único, do Código de Processo Civil. Sustenta, em síntese, que não houve prova dos alegados danos morais e que o valor da indenização extrapatrimonial fixado deve ser reduzido. (...) Quanto à prova do dano extrapatrimonial alegado e ao valor arbitrado a título de compensação dos danos morais, o tribunal de origem, à luz da prova dos autos, confirmou a sentença e fixou em R\$ 3.000,00 (três mil reais) proporcionais ao prejuízo moral sofrido, conforme se extrai da leitura do voto condutor, merecendo destaque os seguintes trechos: " (...) O dano moral decorrente do cadastro indevido nos órgãos restritivos de crédito caracteriza-se como *in re ipsa*, prejuízo verificável pela própria ocorrência do evento, não necessitando de demonstração específica. (...) No tocante ao quantum indenizatório, este deve ser um valor razoável para que possa surtir efeitos na sua dupla finalidade, qual seja pedagógica para ofensor e compensatória para a vítima pelo dano experimentado. Ocorre que tal valor não pode ser elevado, a ponto de se tornar muito excessivo ao ofensor ou caracterizar enriquecimento ilícito para o ofendido, nem ínfimo a ponto de tornar-se inexpressível. Nesse sentido, entendo adequado o valor R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de indenização pelos danos experimentados pelo demandante, tendo em vista a extensão do dano, o comportamento dos envolvidos, as condições econômicas e sociais e a repercussão do fato, além do lapso temporal que o requerente ficou cadastrado como inadimplente.' Em complementação, cumpre registrar que, apesar de não se desconhecer que houve ação de terceiro que efetuou indevidamente contrato em nome da autora, verifica-se que a ré, ao conceder o crédito, sem maiores cautelas, como exigência de documentos ou exame acurado das assinaturas colhidas, deu causa à inscrição do nome da demandante nos órgãos de maus pagadores. E, ainda que se tratasse de contratação eventualmente realizada por meio da apresentação de documentos extraviados ou falsificados circunstância não comprovada nos autos a requerida, diante da atividade de risco desenvolvida, responde pelas disfunções de sua atividade, absorvendo os danos decorrentes, que não podem ser repassados ao consumidor. Incide, no caso em exame, a teoria da responsabilidade objetiva, razão pela qual deve a ré responder pelos danos que vier a causar ao consumidor, independentemente da configuração da culpa. (...) Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso especial. Intimem-se. Publique-se. (Grifou-se)

3.5.1. Os aspectos relacionados à Responsabilidade Civil do Acórdão

O caso a ser estudado, diz respeito à demanda muito comum no Judiciário brasileiro, qual seja, a busca de indenização por danos morais decorrente do cadastro indevido, por um fornecedor de serviços ou produtos (no caso uma instituição financeira), em órgãos de proteção ao crédito de um de seus clientes. Esse caso, ainda, conta com a alegação por parte do banco que um terceiro haveria falsificado documentos do ofendido, razão pela qual o banco acabou negativando o nome da vítima após o inadimplemento contratual.

Para tanto, extrair-se-á trechos do acórdão para serem analisados separadamente, conforme a área da responsabilidade civil que for cabível, vejamos:

- (i) *“Evidenciada a ilicitude do ato praticado pela parte ré (...)”*: Conforme preceitua o art. 186 do CC¹¹⁷, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Neste caso, percebe-se que o Banco agiu negligentemente (conduta culposa) por não ter adotado as medidas cabíveis para a averiguação da veracidade dos documentos utilizados. Contudo, a conduta ilícita ou não do banco se mostra irrelevante para este caso, pois se trata de caso de Responsabilidade Objetiva que faz com o ato seja prescindível de ser ilícito para que seja configurada a sua reparação.
- (ii) *“(...) Responsabilidade objetiva decorrente do risco da atividade desenvolvida (...)”*: Consagra-se, neste ponto, a adoção da Teoria do Risco que surge com o advento dos tempos modernos para socorrer casos em que partes legalmente consideradas hipossuficientes, no caso a correntista de um banco frente à Instituição financeira que, por conta de sua atividade de risco, gerou o dano que se busca ver reparado.
- (iii) *“(...) Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (...)”*: É recorrente à jurisprudência brasileira a adoção de medidas genéricas que, em que pese trazerem em seu âmago a boa intenção de se efetivar equilíbrio entre as partes, peca por carregar termos rasos como “proporcionalidade” e “razoabilidade”.
- (iv) *“(...), o recorrente alega, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao artigo 944, caput e parágrafo único, do Código de Processo Civil (...)”*: Em que pese o acórdão ter feito referência ao Código de Processo Civil (CPC), acredita-se que, em verdade, queria mencionar o Código Civil de 2002, uma vez que o art. 944 do CPC nem possui parágrafo único¹¹⁸. Assim sendo, fala-se que a *recorrente* (o banco) clamou pela aplicabilidade do referido dispositivo legal o qual, lembra-se, prevê a possibilidade de indenização equitativa. Provável, pois, que a instituição financeira tenha alegado que o

¹¹⁷ BRASIL. Código Civil (2002), *op. cit.*

¹¹⁸ BRASIL, Código de Processo Civil (1973), Art. 944: Intervirá obrigatoriamente em todos os atos do processo o Ministério Público.

quantum fixado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul tenha sido desproporcional à extensão do dano sofrido pela vítima e mais, que, por conta de que o contrato ter sido realizado supostamente por terceiro fraudulento, o grau de culpabilidade da recorrente deveria ser considerado baixo e, em sede de juízo equitativo, assim também deveria ser a indenização pelo dano. Argumento que, claro, não há de se sustentar, uma vez que em se está falando em responsabilidade objetiva, sendo prescindível a determinação do grau de culpa do ofensor.

- (v) “(...) *No tocante ao quantum indenizatório, este deve ser um valor razoável para que possa surtir efeitos na sua dupla finalidade, qual seja pedagógica para ofensor e compensatória para a vítima (...)*”: A jurisprudência brasileira vem caminhando no sentido de encarar a indenização do dano além da sua mera função compensatória, admitindo-se, para tanto, a chamada indenização punitiva, denominada, aqui, de “pedagógica”¹¹⁹.
- (vi) “(...) *apesar de não se desconhecer que houve ação de terceiro que efetuou indevidamente contrato em nome da autora, verifica-se que a ré, ao conceder o crédito, sem maiores cautelas (...)*”: Percebe-se a tentativa da instituição de financeira de se eximir da culpa pela ocorrência de *fato de terceiro*. Entretanto, para que alguém possa se eximir da culpa pelo fato de terceiro, a ação deste deverá ser *irresistível e imprevisível*, o que, percebe-se, não é o caso. Deve fazer parte do labor diário de instituições financeiras, a tomada de precauções contra documentos falsificados e falsidades ideológicas, sendo, pois, estas previsíveis e, ainda, totalmente resistíveis, já que bancos possuem enorme aparato técnico-financeiro para se precaver deste tipo de fraude. Por isso, inclusive, que a decisão ressaltou a falta de cautela da ré.

¹¹⁹ Neste sentido, inclusive, diz o Enunciado 379 da 4ª Jornada de Direito Civil: "Art. 944 - O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.". Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf> >. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

3.5.2. A Análise Econômica dos casos de cadastro indevido

Ressaltados os dispositivos, do Direito civil material, mormente aqueles ligados à responsabilidade civil presentes no acórdão, passa-se, agora, a realizar breve análise econômica de algumas motivações contidas na decisão, bem como do caso em si, expandindo-o, pois, para outros casos semelhantes.

Para início da análise, transcreve-se trecho da obra do Juiz Federal Diogo Naves Mendonça sobre os casos de cadastros indevidos em órgãos de proteção ao crédito:

Um dos exemplos mais paradigmáticos em matéria de danos extrapatrimoniais na realidade jurisprudencial brasileira pode ser extraído das situações decorrentes do encaminhamento indevido do nome de consumidores para cadastros restritivos de crédito. A depender do montante indenizatório fixado, acabará sendo mais vantajoso à empresa arcar com as indenizações do que investir em uma estrutura eficiente de averiguação de procedência de dívidas. Em outras palavras, a empresa preferirá encaminhar indiscriminadamente os nomes de consumidores aos cadastros de maus pagadores a fazer uma avaliação seletiva – e naturalmente dispendiosa – dos créditos legítimos. Nessa relação custo-benefício, que integra o cálculo de qualquer instituição financeira ou outra empresa de porte razoável, o montante estipulado judicialmente a título de indenização exerce um papel definitivo.¹²⁰

Pois bem, a *LaE* ao defender a aplicação do Direito como poderoso sistema de incentivos positivos e negativos, a realidade apresentada no trecho acima transcrito demonstra que a jurisprudência brasileira, caso queira algum dia assumir papel funcional de busca por objetivos sociais constitucionalmente previstos, deve, ainda, aprimorar a fixação das indenizações pelos danos que lhe são apresentados.

No caso em tela, o da instituição financeira que pouco investe em prevenção de danos relativos aos cadastros indevidos, por ser o custo dessa providência superior aos gastos com indenizações judiciais, continuará, por muito tempo, a incorrer na prática danosa.

Ressalta-se que para os casos ora aventados, a regra de Hand, *a priori*, pouco será útil, uma vez que por se tratar de relação consumerista, a responsabilidade objetiva inerente a ela afasta a necessidade de qualquer análise acerca do grau de culpabilidade do ofensor.

Entretanto, a fórmula pode servir de base para ilustrar, de forma matemática, o cálculo feito pelas grandes companhias, sejam instituições financeiras, sejam empresas

¹²⁰ MENDONÇA, Diogo Naves, *op. cit.*, p. 107.

telefônicas que, de forma contumaz e sistemática, insistem em proceder de forma negligente e não tomar todas as medidas possíveis para que se evite o cadastro indevido, gerando, pois, o dano ao consumidor. Verificada a vantagem econômica auferida na prática do ato ilícito, a empresa, despida de qualquer moralismo ou princípio ético, maximizadora de seus próprios interesses que é, irá incorrer no ato danoso, uma vez que os custos para preveni-lo se mostrarem inferiores ao produto do baixo número de consumidores que procurarem tutela judicial pelos custos de transação envolvidos.

Por exemplo, imagine-se que “N” representa o número de consumidores afetados pelo cadastro indevido, “X” o valor economizado com a não tomada de providências pela empresa para se evitar danos ao consumidor, “A” o número de ações judiciais contra a empresa pela prática do dano e “C” o valor despendido pela empresa por cada ação, teremos que:

Se $N \cdot X > A \cdot C$, a não precaução pela empresa se mostrará lucrativa e, portanto, será a realidade desta.

Contudo, caso o cenário fosse outro e, por exemplo, ou o número de ações judiciais aumentasse exponencialmente ou, ainda, caso os magistrados fixassem valor elevado em cada indenização, teríamos que $N \cdot X < A \cdot C$ e, neste caso, a inércia negligente da empresa causaria prejuízo econômico para mesma, o que a faria repensar seus atos e, muito provavelmente, parar com a prática delituosa.

Defende-se, portanto, a adoção coerente mais ainda pensada de forma eficiente das chamadas *indenizações punitivas*, para que o Judiciário, através de seu poder coercivo, possa obstar a prática proposital de atos que gerem danos aos consumidores. Nesta via, qualquer condenação que pretendesse produzir efeitos eficazes com capacidade de dissuadir a continuação da prática delituosa, deveria realizar, através de procedimento pericial, estudo para se identificar o valor exato gasto com a prevenção de tais danos e, ainda, equivalente numérico à probabilidade destes para através de sentenças judiciais, induzir as empresas a não permanecerem na prática de atos delituosos e prejudiciais.

Contudo, o magistrado deve ter noção se está se querendo tão apenas os danos ocasionados por determinada prática comercial ou se pretende coibir a prática comercial em si. Deve, o julgador, estar ciente do impacto sobre a oferta de determinado bem ou serviço que suas decisões irão ocasionar. Perceba-se a seguinte ressalva feita por Mendonça:

Como lembram Landes e Posner, diante de uma regra de responsabilidade objetiva, os ganhos do ofensor com a renda derivada de uma atividade devem exceder à soma dos danos esperados (que necessariamente serão reparados) e dos custos com medidas de cuidado. Nesse sentido, a regra de responsabilidade objetiva apresenta-se economicamente eficiente, já que induz à decisão socialmente correta. No entanto, imaginando-se uma situação em que o evento lesivo aconteceria de qualquer maneira e, ainda assim, imputa-se o dever de indenizar, acabará por haver uma redução ineficiência da atividade. O agente não a realizará, mesmo quando fosse eficiente fazê-lo (*overterrence*). Com isso, “a responsabilidade pode levar potenciais ofensores a evitar atividades socialmente valiosas, quando o ganho de permanecer na atividade for menor do que a receita esperada, por força de acidentes que não poderiam ser evitados”.¹²¹

Vislumbra-se a intenção de que na hora de ser realizada a sentença, seja cogitado, sobretudo, quais os incentivos que esta estará oferecendo à empresa causadora do dano. Destarte, defende-se a ideia de que o magistrado tenha conhecimento global de todos os fatores que servem de incentivos para a empresa, bem como da análise de custos que esta realiza para poder prover suas atividades.

Todavia, saindo-se dos casos de responsabilidade objetiva e focando naqueles em que o elemento culpa se faz necessário, deve-se realizar considerações acerca do preconizado pelo teorema de Ronald Coase, sua descrença com a intervenção do poder Judiciário bem como a defesa de averiguação mútua do evento danoso. Ressalta-se que essa teoria não se aplica ao estudo desse caso em específico (o do cadastro indevido), uma vez as empresas *não* possuem o Direito de realizar o cadastro e, muito menos, necessitam de incorrer no risco de se cadastrar indevidamente alguém, para a prática de suas atividades habituais. A Responsabilidade, neste caso, é Objetiva tão somente por conta da fragilidade legalmente presumida do consumidor em frente aos fornecedores de produtos e serviços.

Destarte, mudando-se um pouco o exemplo, caso a prática nociva fosse *essencial* para a atividade da empresa e essa tivesse o direito de praticá-la, o cálculo econométrico prático deveria ser outro, segundo perspectivas da LaE. A simples imposição, pigouviana, externa de decisão judicial mostra-se, por vezes, ineficaz, prezando-se, aqui, pela composição entre as partes. Existem, pois, outros fatores a serem considerados.

¹²¹ *Ibidem*, p. 94.

Em termos econômicos, pretende-se afastar a ideia de que determinadas atividades que gerem externalidades negativas devam sempre ser coibidas¹²². Assim, a figura do dano deve ser sempre analisada além de sua forma abstrata. De certa forma, ao utilizar-se de argumentos como razoabilidade e proporcionalidade, magistrados estão incorrendo em uma análise econômica empírica. A LaE, destarte, pretende apenas aprimorá-la.

¹²² Como o caso do confeitiro e do médico, em que Coase teoriza uma situação relativamente comum em que um confeitiro ao realizar seu trabalho, utiliza-se de maquinário barulhento o que prejudica a prática do trabalho de um médico, vizinho seu. Nesta situação, fica claro que impedir a atividade do confeitiro apenas transferirá o dano do médico para ele. Para Coase, o verdadeiro problema apresentado seria o de verificar se valeria a pena restringir os métodos de produção do confeitiro, beneficiar a atuação do médico ao custo de reduzir a oferta de produtos da confeitaria e assim por diante. COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. Disponível em: < <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf> >. Acesso em: 7 de outubro de 2014.

CONCLUSÃO

Perpassado o panorama da atual realidade da responsabilidade civil no Brasil, bem como seu histórico, elementos e espécies, essa monografia optou por centralizar sua abordagem ao redor do fenômeno do dano e, em especial, a problematização de como quantificar a sua reparação. Nessa via, abordou-se os tradicionais meios e teorias utilizados pelo Direito brasileiro no momento em de se auferir quem deve ser responsabilizado pelo dano, bem como os critérios comumente utilizados, tais como os da proporcionalidade, razoabilidade e a figura do homem médio. Deu-se, ainda, especial atenção a possibilidade de se realizar juízo de equidade que abre espaço para que o magistrado brasileiro utilize-se de critérios não estritamente jurídicos no momento de se determinar a responsabilidade em se reparar determinado dano.

Assim, trouxe-se à baila movimento interdisciplinar que visa aproximar Teoria Econômica à Teoria Jurídica através do uso da LaE. O estudo da LaE é, antes de qualquer coisa, proposta acadêmica. Anseia-se por ambiente universitário e científico promovedor do compartilhamento de saberes e técnicas nas mais diversas áreas do conhecimento. A utilização de olhares míopes e unilaterais, que excluem sistematicamente as conquistas de outros setores do pensamento humano já se provou ineficaz e, por certo, não possui lugar na vida hodierna.

A experiência do viver humano mostra que as possibilidades de fruição dos recursos naturais é sim limitada. Deve-se prezar por análises globais capazes de atender a interesses intergeracionais, de forma a possibilitar a constante construção de um mundo justo e livre de desnecessários desperdícios. O problema é, portanto, de que forma deve o Estado ou qualquer outra forma de representação da sociedade, bem como o indivíduo unicamente considerado, se preocupar com a alocação dos recursos que lhe são dados.

A atualidade encontra-se permeada por diversas inovações tecnológicas, sendo que as interações humanas têm alcançado intensidade e complexidade nunca antes imaginadas. Fala-se em tendência de tornar tudo globalizado. Constroem-se, hoje, as bases do que amanhã será uma grande e efetiva aldeia global. Diferentes noções de justiça tendem a se unificarem para que esta comunidade pluralizada possa perdurar e evoluir rumo à concretização de direitos fundamentais ao viver humano. Se em algum ponto da existência humana, o isolacionismo era característica dos diferentes povos que a

formavam, hoje, esta realidade é cada vez mais rara. Deve-se, pois, valorizar convergências e respeitar-se divergências, para que erros do passado não voltem a se repetir.

A aproximação entre Teoria Econômica e Direito se mostra, portanto, como poderosa *ferramenta* capaz de utilizar técnicas econômicas universais na realização de justiça. Racionaliza-se o Direito e humaniza-se a Teoria Econômica. Permite-se, assim, tratamento equitativo aos iguais e diferenciado aos desiguais pelo PEES e afasta-se preconceitos e olhares míopes sobre a hermenêutica dos comandos legais.

Racionalizar de forma eficiente o uso dos recursos limitados e considerar o homem como ser individual maximizador de seus próprios interesses é o primeiro passo para se compreender e aprimorar as relações jurídico-sociais. Por certo, contudo, que o Direito deve constantemente preconizar a adoção de meios para que indivíduos possam ter liberdade de escolha. Reconhecer a capacidade de raciocínio no estudo de custos e benefícios de alguém é, pois, forma de se realizar processo de edificação de sua autonomia e efetivação de sua cidadania.

Nesta toada, a responsabilidade civil sempre esteve presente no curso da história humana. Desde que o primeiro homem causou dano a outrem e este se viu na vontade de fazê-lo pagar ou ressarcir o prejuízo sofrido, encontrava-se ali, a semente do que hoje é instituto consolidado não apenas no Brasil, mas também ao redor do mundo. Em alguns pontos, a responsabilidade civil confunde-se com o próprio Direito, no sentido de rejeitar qualquer mal injustamente sofrido (seja ele ilegal ou não) e fazer florescer, nas mais prosaicas relações humanas, a vontade de consolidação de paz social.

Contudo, a realidade das relações transnacionais clama por meios de se coadunar diferentes ordenamentos jurídicos para que se possam estabelecer formas de se enfrentar os novos desafios que são apresentados. O comportamento humano é, atualmente, extraordinariamente complexo. Decifrar seus nuances requer trabalho e tempo, fora da disponibilidade da maioria das pessoas. Não raro, portanto, que a tendência de se apegar a soluções fáceis e já postas, mesmo que flagrantemente ineficientes, é o *modus operandi* do profissional do Direito.

Assim, enfatiza-se, a Teoria Econômica *não* é fim, mas *meio* proposto para que se possa efetivar objetivos sociais postos pelo Direito. A má elaboração de normas ou, ainda, a sua posterior má aplicação, implicará em processo de má alocação de recursos,

caracterizando cenário de inevitável prejuízo para a sociedade. Propõe-se, pois, o uso da LaE como forma de otimizar o Direito valorizando-o por sua perspectiva funcional e afastando a aplicação cega de sua perspectiva formal.

A Lei é passageira, seus efeitos, contudo, podem não sê-lo. Há, pois, necessidade de interpretação jurídica inovadora para a efetiva e eficiente adjudicação de interesses tal como defendido pelo PEES. De outra banda, capacitar não apenas os operadores jurídicos, mas também os estudantes e professores em visão interdisciplinar tal qual defendida pela LaE para solução dos problemas jurídicos, mostra-se a melhor alternativa para se atingir, de forma eficaz e plena, a consolidação de real Estado Democrático de Direito.

Nessa via, após apontadas as principais escolas/enfoques da LaE, bem como seus percussores teóricos, em especial Guido Calabresi e Ronald H. Coase, defende-se o diálogo entre a LaE e a responsabilidade civil para que dificuldades encontradas nesta, possam ser analisadas e sanadas através da utilização de técnicas oferecidas por aquela.

Preza-se, pois, pela abordagem funcional ao Direito, não se querendo, contudo, que seu aspecto formal seja totalmente menosprezado, pelo contrário, este deverá estar presente no momento em de se positivar o interesse público na elaboração de normas e, ainda, quando perguntada qual a função desejada para o Direito pátrio. Se é verdade que a CRFB/88 trouxe, já em seus primeiros artigos, objetivos a serem alcançados por cidadãos e políticos brasileiros, devem operadores e estudantes do Direito preocuparem-se em encontrar meios para que tais objetivos sejam concretizados de forma eficiente.

No que tange à responsabilidade civil, demonstra-se que a aplicação da Regra de Hand é, inobstante sua aparente simplicidade, meio poderoso para que, através de cálculo econômico, possa o judiciário determinar em até que ponto é justo e eficaz responsabilizar determinada pessoa por aparente dano por ela causado. Aufere-se, através de fórmula matemática que se utiliza de variáveis – tais como probabilidade de ocorrência do dano, custos para evita-lo e, ainda, os custos do próprio dano – o grau de culpabilidade dos agentes envolvidos para que se possa encontrar qual a forma eficaz de responsabilização a ser aplicada.

Defende-se, ainda, o uso das chamadas indenizações punitivas/pedagógicas para que o Judiciário, através do poder que lhe é inerente, possa desestimular determinadas práticas que, em que pesem reconhecidamente indesejadas e ilegais, continuam a ser

recorrentemente realizadas no país. Ressalta-se, pois, os cadastros indevidos em órgãos de proteção de crédito que, não obstante diversas vezes rechaçado pelo Judiciário pátrio, continua a macular a imagem de cidadãos brasileiros. Aplicando-se cálculo econométrico ofertado pela LaE, explica-se que o número de demandas judiciais que buscam ressarcimento pelo abalo sofrido multiplicado pelo valor das indenizações recorrentemente fixados resulta em valor abaixo dos custos que empresas, tais como instituições financeiras, teriam em se evitar o dano ocasionado, razão pela qual entende-se que, mesmo que inconscientemente, o Judiciário acaba por aceitar a prática de tais atos delituosos.

A análise de jurisprudência do STJ possibilita a importância contida na aproximação entre Direito e Ciências Econômicas para se determinar a quantificação de danos extrapatrimoniais e estabelecer-se de que forma as indenizações punitivas devem ser aplicadas. Dessa forma, visa-se eliminar parâmetros excessivamente subjetivos na estipulação do valor da indenização. Utiliza-se, para tanto, técnicas que avaliam o comportamento humano e a sua propensão para aceitar determinados riscos. Faz-se uso da ideia de que, embora os danos extrapatrimoniais envolvam bens que não são passíveis de serem negociados por meios mercadológicos, alguns destes danos são resultados de riscos assumidos os quais, esses sim, podem ser transacionados.

Preza-se, ainda, pela observância de ensinamentos trazidos pelo Teorema de Coase, que demonstrou que nem toda e qualquer atividade que gere externalidade negativa deve ser coibida. Verifica-se, através da abordagem funcional do Direito, que é possível que se compensar a vítima de determinado dano seja, em última análise, solução ineficaz e indesejada para a sociedade, sendo que, nestes casos, o dano apenas estaria sendo repassado.

Ronald H. Coase demonstra que em situações das quais os custos de transação equivalham à zero (situação eminentemente teórica), a interferência estatal em se “distribuir direitos”, ou seja, em definir quem tem o direito ou não de cometer o dano não existe razão de ser, sendo que a solução eficiente ocorrerá em ambos os casos. Contudo, e ao que importa à realidade prática, sendo os custos de transação diferentes de zero (a regra do cotidiano das relações sociais), os incentivos, leia-se, imposições judiciais poderão fazer com que as partes optem por decisões tidas como ineficientes, prejudicando o corpo social como um todo. Daí que se conclui que o juiz deverá ter em mente, no momento em se auferir a responsabilização dos agentes, qual aquele que está em melhores condições de se evitar a ocorrência do dano, para que a resposta eficiente seja adotada.

Conclui-se, pois, que o diálogo entre Ciências Econômicas e o Direito, em especial com a responsabilidade civil, não é apenas possível, mas também desejável. Procura-se a constante adaptação do Sistema Jurídico Brasileiro à realidade em que este se insere. Fazer com que o magistrado tenha noção do alcance de suas decisões é prática que deve ser disseminada, visto que este possui o poder de impactar diretamente nas relações econômico sociais. A abordagem econômica é, dessa forma, ferramenta a ser utilizada pelo Direito que explica e previne as consequências de decisões jurídicas adotadas. Contribui-se para a efetivação de prática jurídica, pautada em sistema de incentivos, capaz de realizar os interesses públicos contidos na norma. Dessa forma, ao coadunar pressupostos contidos na lógica econômica aos preceitos de justiça contidos na lógica jurídica, prezando-se pela aplicação eficaz do Direito e evitando-se o uso irracional dos recursos disponíveis, está-se contribuindo para a edificação de Estado Democrático de Direito

REFERÊNCIAS

- BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia – Novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011.
- BRASIL. Código Civil (2002). *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 2 de outubro de 2014.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.
- 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 2014.
- CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes*. 1. Ed. Barcelona: Ariel. S.A. 1984
- CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Riski Distribution and the Law of Tords. *The Yale Journal*, v. 70, n.4, 1961.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. Ed. São Paulo: Atlas. 2010
- COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. 3 J Law and Econ. 1984.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman. 2010.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. HENRIQUE, Walter Cardoso: *Insegurança jurídica traz prejuízos ao Brasil*. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2008/112>>. Acesso em 10 de outubro de 2014.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil – vol. I*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – 7. Responsabilidade Civil*. 25. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- GAGLIANO, Pablör Stolze; FILHO Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Everton das Neves. *A teoria de Posner e a sua aplicabilidade na ordem constitucional econômica brasileira de 1988*. (Dissertação). Mestrado em Direito. Florianópolis – UFSC, 1997.
- GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>>. Acesso em: 8 de outubro de 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. ISSN 2177-7055. Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>. Disponível em

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em 10/08/2014.

HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abelos Perrot, 1975.

KALDOR-HICKS, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, *Economic Journal*, v. 49, n. 549, 1939.

MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bordin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, 2006.

NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000

PARETO, Wilfredo. *Manual de Economia Política*. Tradução de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural. 1982.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4 Ed., Chicago: Little Brown and Company. 1992.

POSNER, Richard. *Economia da Justiça*. 1. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2010

RIBEIRO, Marcia Carla P. KLEIN, Vinícius. *O que é análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é análise econômica do direito. Uma introdução*. Belo Horizonte: Forum, 2011

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

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

ROSA, Leilane Mendonça Zavarise. *Reflexões acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado*. (Dissertação). Mestrado em Direito. Florianópolis: UFSC, 1996

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em direito e economia?* In *Cadernos Direito GV*. 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. Ed. São Paulo: Atlas. 2009

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

Súmula baseada nos julgados REsp161739 PB, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/1998, DJ 19/10/1998 e REsp 134993 MA, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/1998, DJ 16/03/1998. Fonte:

<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999

TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia*. São Paulo: Atlas. 2002

Sites consultados

<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>. Acesso em: 1º de novembro de 2014

<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/08/25/numero-de-motos-ja-e-maior-do-que-o-de-carros-nos-estados-do-norte-e-do-nordeste.htm>. Acesso em 26 de outubro de 2014.

<http://oglobo.globo.com/rio/numero-de-mortos-em-acidentes-de-moto-supera-de-casos-envolvendo-carros-1302>. Acesso em 26 de outubro de 2014.

<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1183765>. Acesso em 24 de outubro de 2014.

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI158699,31047STJ+define+em+quais+situacoes+o+dano+moral+pode+ser+presumido>. Acesso em 27 de outubro de 2014

<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?livre=%22cadastro+indevido%22+pedag%F3gica&&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em 27 de outubro de 2014.