

UNIVERSIDADE FUMEC
Programa de Pós-Graduação em Direito

Clarice Fernandes Santos

**A INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO FORMA DE REGULAÇÃO DE CONDUTAS
SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Belo Horizonte

2016

Clarice Fernandes Santos

**A INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO FORMA DE REGULAÇÃO DE CONDUTAS
SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb

Área de concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia

Belo Horizonte

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S237i Santos, Clarice Fernandes, 1988-
A indenização punitiva como forma de regulação de
condutas sob a ótica da análise econômica do direito /
Clarice Fernandes Santos. – Belo Horizonte, 2016.
100 f. ; 29,7 cm

Orientador: Alexandre Bueno Cateb
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2016.

1. Responsabilidade (Direito) - Brasil. 2. Indenização
- Brasil. 3. Direito - Aspectos econômicos - Brasil. I.
Título. II. Cateb, Alexandre Bueno. III. Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde.

CDU: 347.51



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb _____

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza _____

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior _____

MESTRANDA: CLARICE FERNANDES SANTOS

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

"A Indenização Punitiva como Forma de Regulação de Condutas sob a Ótica da Análise Econômica do Direito"

NOTA: (90) *noventa* _____

ASSINATURA ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 30/09/2016

RESUMO

O paradigma reparatório concebido pelo Código Civil brasileiro, calcado no pressuposto de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, não trazendo resposta jurídica satisfatória. À luz dos conceitos econômicos explorados no presente estudo, verifica-se um quadro em que o sistema meramente reparatório não cumpre a função dissuasória necessária para se evitar condutas danosas, sobretudo em situações nas quais o benefício econômico auferido pelo agente que causou o dano é maior do que a eventual reparação deste. Nesse trabalho, defende-se a necessidade de se introduzir um sistema indenizatório punitivo no ordenamento jurídico brasileiro, como mecanismo de incentivo econômico à tomada de precauções por pessoas físicas e jurídicas que, em determinadas situações, não são suficientemente compelidas a evitar uma prática danosa, uma vez adstritas ao modelo exclusivamente reparatório. Com base na Análise Econômica do Direito e suas premissas fundamentais, enfrentar-se-á aqueles argumentos tendentes a rejeitar os danos punitivos no sistema brasileiro, seja pela suposta incompatibilidade com a dicção legislativa, seja pela problemática do *quantum* indenizatório.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito. Responsabilidade civil. Indenizações punitivas. Função preventiva e função dissuasória. O *quantum* indenizatório.

ABSTRACT

The compensation paradigm designed by the Brazilian Civil Code, grounded on the premise that the purpose that civil responsibility has the only function to repair the damage, has been shown to be inefficient in several conflicting situations, not being able to bring effective legal response. According to economic concepts addressed in this study, there is a scenario where the merely compensation system fails to meet the dissuasive function needed to prevent damaging practices, especially in situations in which the economic benefit gained by the agent that caused the damage is even greater than its eventual compensation. The present study defends the necessity to establish a punitive compensation system in the Brazilian legal order, as an economic incentive mechanism for individuals and legal entities to take appropriate precautions, which, in certain situations, aren't sufficiently compelled to avoid damaging practices, since it's exclusively restricted to the compensation model. Based on the Economic Analysis of Law and its fundamental premises, the arguments tending to reject the punitive damages of the Brazilian system will be confronted, whether by the alleged incompatibility with the legislative diction, or by the issue on the quantum of compensation for the damage.

Keywords: Economic Analysis of Law. Civil Responsibility. Punitive compensation. Preventative function and dissuasive function. The *quantum* of compensation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O PAPEL DO DIREITO NA ECONOMIA	9
2 CONTEXTO E DESENVOLVIMENTO e desenvolvimento histórico-filosófico – precursores da <i>Law and Economics</i>	11
2.1 O Realismo Jurídico e o sistema utilitarista	11
2.2 O desenvolvimento da <i>Law and Economics</i>	14
2.2.1 Ronald Coase: A Escola de Chicago e a base da Análise Econômica do Direito	14
2.2.2 Guido Calabresi: A Escola de New Haven	17
2.2.3 Gary Backer	18
2.2.4 Richard Posner	19
2.3 Disseminação da Análise Econômica do Direito	20
2.4 Evolução da Análise Econômica do Direito no Brasil	21
2.5 Críticas ao movimento	26
3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	30
3.1 Concepções da Análise Econômica do Direito – análise positiva e normativa	30
3.2 Noções básicas da Ciência Econômica – introdução à Análise Econômica do Direito e premissas fundamentais	32
3.2.1 Escassez	35
3.2.2 Maximização Racional	35
3.2.3 Incentivos	36
3.2.4 Equilíbrio	36
3.2.5 Eficiência	37
3.2.6 Eficiência de Pareto e Eficiência de Kaldor-Hicks	38
3.2.7 Eficiência e Justiça	39

4 TEORIA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL – EVOLUÇÃO, FUNÇÕES E PROPÓSITOS.....	41
5 ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL	46
5.1 Análise Econômica do Direito de propriedade x análise econômica da responsabilidade civil.....	47
5.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva – a Fórmula de <i>Hand</i> e sua aplicação na jurisprudência	52
5.3 Modelos econômicos da responsabilidade civil – análise de diferentes cenários – Teoria dos Jogos	61
5.3.1 1º Cenário: ausência de responsabilidade civil.....	64
5.3.2 2º Cenário: responsabilidade civil ilimitada	65
5.3.3 3º Cenário: responsabilidade civil subjetiva	66
5.3.4 4º Cenário: responsabilidade civil objetiva.....	67
5.4 Flexibilização dos pressupostos – nível de informação, custos administrativos e nível de aversão ao risco.....	68
6 <i>PUNITIVE DAMAGES</i> – CONCEITO E APLICABILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	73
6.1 A compatibilidade com o Artigo 944 do Código Civil.....	80
6.2 <i>Punitives damages</i> sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito – o <i>quantum</i> indenizatório	83
6.2.1 <i>Modelo do múltiplo punitivo (erro na execução).....</i>	86
6.2.2 <i>Modelo dos benefícios ilícitos.....</i>	88
6.2.3 <i>Modelo das sanções extraordinárias.....</i>	89
CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS.....	94

INTRODUÇÃO

O instituto do “punitive damages” visa imputar uma indenização pecuniária ao ofensor, capaz de puni-lo pelo ato ilícito praticado, visando assim inibir a repetição da conduta danosa e ainda servir de exemplo para a sociedade, servindo como uma ferramenta preventiva contra o cometimento de atos ilícitos.

No Brasil, há um esforço doutrinário em afastar a possibilidade de aplicação das indenizações punitivas, principalmente pelo mandamento literal do caput do art. 944 do Código Civil, segundo o qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Pretende-se, com o presente trabalho, realizar uma análise da viabilidade de se introduzir a indenização punitiva (*punitive damages*) no sistema de responsabilidade civil brasileiro, com base na Análise Econômica do Direito (AED) e suas premissas fundamentais.

À luz da análise econômica do direito, busca-se trazer elementos suficientes para demonstrar que o referido mandamento do Código Civil não veda a aplicação de indenizações punitivas e que essas são necessárias não somente por pelo seu valor dissuasório-preventivo, mas também por uma necessidade de se imbuir a responsabilidade civil de um aspecto equitativo, equilibrando os litígios judiciais.

A importância social, política e acadêmica do assunto está em procurar alternativas, além da indenização meramente compensatória, nos diversos casos em que esta não cumpre o papel de desestimular a prática de atos danosos, a fim de propor ao Judiciário a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo.

Para tanto, faz-se necessário utilizar da interdisciplinariedade entre Direito e Economia, já que a Análise Econômica do Direito é grande responsável por difundir a teoria do *punitive damages* no âmbito da responsabilidade civil, muito embora grande parte dos teóricos relutam a uma abordagem do direito sob o prisma da economia. O que enseja mais um debate.

No primeiro capítulo, intentou-se demonstrar a íntima relação existente entre Direito e Economia, trazendo o contexto histórico-filosófico da Análise Econômica do Direito, suas principais premissas e a influência da disciplina no universo jurídico.

No segundo capítulo, buscou-se analisar a evolução da Análise Econômica no ordenamento jurídico brasileiro, indicando, por um lado, seus precursores e, por

outro lado, os críticos à teoria.

No terceiro capítulo, introduziu-se uma breve noção acerca dos elementos básicos da Economia, bem como das premissas básicas da Análise Econômica do Direito

No quarto capítulo, abordou-se a teoria jurídica da responsabilidade civil para, no quinto capítulo, adentrar-se no âmbito da responsabilidade civil sob a ótica da Análise Econômica.

Nesse contexto, foi realizada a distinção entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva. A Fórmula de Hand, utilizada como parâmetro para a caracterização das condutas culposas, foi analisada a partir de jurisprudências de diversos ordenamentos jurídicos, bem como sua complementaridade com a Fórmula do Custo Social.

Ademais, incorporaram-se outros fatores aos modelos econômicos da responsabilidade civil, tais como: o nível de informação sobre o risco da atividade, a influência dos seguros e os custos administrativos.

Por fim, a teoria jurídica da responsabilidade civil foi abordada de forma conjunta com a teoria econômica, buscando demonstrar, por meio dessa perspectiva, a evolução da responsabilidade civil e suas novas funções e propósitos, surgidos a partir dessa comunhão de interesses.

No sexto e último capítulo, adentrou-se ao principal tema do trabalho, em que se buscou, primeiramente, conceituar os danos punitivos e fazer a oportuna correlação dessa modalidade indenizatória com os conceitos econômicos ora explorados. Em seguida, analisou-se a aplicabilidade do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de, ao final, cumprir com o fundamental objetivo deste estudo: enfrentar os principais argumentos tendentes a rejeitar os *punitive damages* no sistema brasileiro, seja pela suposta incompatibilidade com a dicção do Código Civil, seja pela problemática do *quantum* indenizatório.

1 O PAPEL DO DIREITO NA ECONOMIA

Muito se discute acerca do debate polarizado entre Direito e Economia que, aparentemente, possuem propósitos díspares, já que a doutrina jurídica se ocuparia, prioritariamente, de temas relacionados à justiça, ao passo que a Economia teria caráter positivo, com a busca da eficiência atribuída aos agentes econômicos.

George Stigler (1992) sintetiza bem essa dicotomia:

Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito [...] é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica (e, de fato, toda ação racional) e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana. Essa diferença significa, basicamente, que o economista e o advogado vivem em mundos diferentes e falam diferentes línguas. (p. 455).

No mundo globalizado, contudo, não se pode pensar mais nessa diferença de conteúdo epistemológico entre Direito e Economia. E, de fato, a relação entre ambos sempre foi marcada por uma rivalidade visível.

Robert Cooter (2005) reconhece que os contrastes de métodos entre o Direito e a Economia não podem ser negados: o primeiro é verbal, hermenêutico e se volta à justiça; a segunda é numérica, empírica e busca cientificidade.

Todavia, essa visão tem se modificado em razão da necessidade de interação entre as duas matérias. Hoje já existe um amplo reconhecimento de que, as leis, o Judiciário e o direito em geral exercem um papel essencial na organização da atividade econômica. A partir desse reconhecimento, que ainda é recente, foram desenvolvidos diversos estudos que demonstram empiricamente a influência positiva que instituições legais (o sistema de normas e o sistema judiciário) eficientes exercem sobre a economia.

Mancur Olson (1996) aponta as instituições como fator determinante para o sucesso de um país em termos de desenvolvimento, além das políticas econômicas adotadas. Segundo ele, “[...] qualquer país pobre que implemente políticas econômicas e instituições relativamente adequadas experimenta uma rápida retomada do crescimento.” (p. 3-24).

Ronald Coase (1988) alerta para o fato de que a política econômica nada mais é do que a escolha de regras e procedimentos legais e estruturas

administrativas com o objetivo de maximizar o bem-estar social. Para ele, a política econômica consiste na escolha entre instituições sociais alternativas, e estas são criadas por lei ou dela dependem:

O objetivo da política econômica é garantir que as pessoas, quando decidem que caminho seguir, escolham aquele que resulta na melhor escolha para o sistema como um todo. [...] Já que, na maior parte das vezes, as pessoas optam por fazer aquilo que elas pensam que promove o seu próprio bem-estar, a forma de alterar o seu comportamento na esfera econômica é fazer com que seja do seu interesse fazer isso (agir como é melhor para o sistema). A única forma disponível para os governos fazerem isso (que não é por meio da exortação, em geral completamente ineficaz) é alterar a lei ou sua aplicação. (p. 27-28),

Douglass North (1992), prêmio Nobel de Economia, assim resumiu a evidência histórica sobre a relação entre a Justiça e o desenvolvimento econômico:

De fato, a dificuldade em criar um sistema judicial dotado de relativa imparcialidade, que garanta o cumprimento dos acordos, tem se mostrado um impedimento crítico no caminho do desenvolvimento econômico. No mundo ocidental, a evolução dos tribunais, dos sistemas legais e de um sistema judicial relativamente imparcial desempenha um papel preponderante no desenvolvimento de um complexo sistema de contratos capaz de se estender no tempo e no espaço, um requisito essencial para a especialização econômica. (p. 2).

De fato, é o Direito uma das instituições que mais influencia a diferença de desempenho econômico entre países desenvolvidos e não desenvolvidos. Em especial, o respeito aos contratos e à propriedade privada beneficia em muito o eficiente funcionamento da Economia. Este, inclusive, talvez seja o canal mais importante, senão o único a gerar no Direito um largo campo de trabalho para os economistas.

Nas palavras de Armando Castelar (2005):

A relação entre Judiciário e desenvolvimento enseja várias oportunidades para os economistas trabalharem o tema do Direito. Quais são os méritos e deméritos de um sistema judicial e de um sistema legal numa economia? Como reformar o sistema judicial em economias em desenvolvimento para que possa propiciar maior crescimento econômico? Esta porém não é a única janela pela qual os economistas têm procurado olhar as relações entre Direito e Economia. Eles também colaboram com os advogados e tribunais, como peritos, na formulações de pareceres, na instrução de processos e na tomada de decisões judiciais sobre disputas econômicas. (p. 14).

Dessa forma, por que o Direito deveria dialogar e se aproximar da Economia?

Ingo Sarlet e Luciano Timm (2010) respondem:

Porque a Economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje uma das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos. Porque a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais. (p. 53).

2 CONTEXTO E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO – PRECURSORES DA *LAW AND ECONOMICS*

2.1 O Realismo Jurídico e o sistema utilitarista

A ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreender o Direito não é nova. Remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke, bem como aos filósofos escoceses do Século das Luzes. Na Europa, o movimento para reunir Direito e Economia ocorreu no século XIX. O atual movimento tem origem norte-americana e é, sem dúvida, a corrente intelectual que, nos últimos 50 anos, mais influenciou o mundo jurídico nos Estados Unidos (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

O progressivo discernimento acerca das fragilidades do positivismo jurídico resultou em diversas reações acadêmicas em todo o mundo. Nos Estados Unidos, a ampla aceitação de que gozava o utilitarismo filosófico favoreceu a receptividade, a partir da década de 20, de um conjunto de ideias que, posteriormente, viria a ser denominado Realismo Jurídico. As linhas mestras desse movimento foram construídas, sobretudo, nas Universidades de Columbia e Yale.

O precursor do realismo jurídico que mais se destacou, contudo, foi um professor vinculado à *Harvard Law School*, Oliver Wendell Holmes:

[...] O pai intelectual das correntes realistas modernas é um grande jurista, por muitos anos juiz da Suprema Corte, Oliver Wendell Holmes Jr., que foi o primeiro, precisamente no exercício das suas funções de juiz, a desclassificar o tradicionalismo jurídico das cortes e a introduzir uma interpretação evolutiva do Direito, quer dizer, mais sensível às mudanças da consciência social. (BOBBIO, 1999, p. 36).

As obras de Holmes (1881) provocaram a concepção realista ao afirmar que o Direito não é lógica, mas experiência. Utilizando-se da metáfora do *badman*, que seria a pessoa interessada em saber o que sofreria caso violasse a lei, Holmes apresenta a sua “teoria da previsão”, para demonstrar a possibilidade de se antever as decisões proferidas pelos tribunais. A decisão judicial seria passível de ser antecipada, buscando-se conhecer como os juízes decidiram em casos semelhantes. E, como objeto de estudo, reuniu tratados, leis e estatutos vigentes em 600 anos de história e os denominou oráculos da lei.

O pensamento de Holmes parte da perspectiva do Direito fundamentado na experiência. Em sua obra *The common law*, Holmes se apresenta contrário ao Direito praticado e afirma:

A vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades do tempo, as teorias morais e políticas que prevalecem, as instituições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros matemáticos. (HOLMES, 1881, p. 1).

Os ideais de Holmes serviram de sustentação para o realismo jurídico, defendendo que o Direito é político e, por essa forma de pensar, ajudou a transformar o Direito americano do século XX, desafiando as ideias defendidas pelos *classical legal thinkers* (HORWITZ, 1992).

Portanto, a partir das contribuições teóricas de Holmes e discípulos, o *American Legal Realism* firmou-se como uma linha de pensamento jurídico que rejeitava o formalismo, o hermetismo, característicos das teorias então em evidência, e a tese de oferecer uma única solução para os litígios, encontrada a partir de premissas abstratas. O indeterminismo do Direito revelava-se, pois, como um dos pontos basilares do movimento.

Pode-se dizer que os pilares do Realismo Jurídico consistiam em rejeitar a possibilidade de fornecer uma única resposta, admitir o papel subjetivo do magistrado na construção das decisões judiciais e considerar a necessidade de uma visão pragmática do Direito, acolhendo-se contribuições de outras áreas do saber.

Décadas após impulsionar uma profunda transformação no modo de compreender e lecionar o Direito, o Realismo Jurídico, em que pese ter perdido

prestígio no meio acadêmico, deixou como legado questionamentos e premissas indispensáveis para o surgimento de outras correntes no seio do pensamento jurídico norte-americano, principalmente, o *Law and Economics*, *Law and Society* e *Critical Legal Studies*.

Antes de abordarmos a Escola *Law and Economics*, é possível aprofundar a origem da relação entre Direito e Economia na Escola Clássica, mormente, com Adam Smith. No século 18, Adam Smith discutiu os efeitos econômicos na legislação mercantilista. Em sua obra, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, também conhecida no vernáculo português como *Riqueza das nações*, o economista defende ser a liberdade de concorrência a melhor solução para a alocação de recursos, tendo em vista que os preços seriam naturalmente formados pelo próprio mercado e, conseqüentemente, alcançar-se-ia o equilíbrio desejado.

Jeremy Bentham (1788), considerado o precursor do sistema utilitarista, aplicou a Economia para analisar a regulação de atividades não relacionadas ao mercado. Ele defendia a tese de que os princípios da moral e da legislação são construídos a partir de considerações a respeito do indivíduo, e não da sociedade. Esta nada mais é do que a soma dos indivíduos que a integram, ou seja, um corpo fictício. Analisando-se o indivíduo, é possível afirmar que as ações humanas são guiadas pelos sentimentos de prazer e dor. Bentham (1788) ressalta que esses sentimentos são os dois senhores soberanos das ações e do pensamento do homem:

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada a norma que distingue o que é certo do que é errado, e por outra, a cadeia das causas e dos efeitos. (p. 10).

Bentham (1788) propunha que o princípio da utilidade (prazer/dor; felicidade/tristeza) deveria ser um norteador não só para as ações dos indivíduos, mas para o próprio Estado, no tocante à nomogênese jurídica. Desse modo, entendendo os interesses da comunidade como as somas dos interesses de seus diversos membros, caberiam aos governantes e legisladores proporem leis e políticas públicas no sentido de gerar o máximo de felicidade para todos.

A grande herança deixada por Bentham é a fundamentação filosófica e moral

que legitima o cálculo individualista (maior satisfação) para a obtenção de justiça por meio das instituições: se os homens são maximizadores racionais de suas satisfações pelo viés individual, com base no contraste entre prazer e dor, caberia ao Estado – ao Legislativo e, em última instância, ao Judiciário – atuar com o escopo de maximizar a riqueza na sociedade, garantindo maior felicidade para um maior número de pessoas (*the greatest happiness for the greatest number*), e conseqüentemente, promovendo o bem-estar social. Daí extrai-se o efeito do utilitarismo benthamiano para a análise econômica do direito: compreender a concepção utilitária de Bentham é um pressuposto para a análise da teoria da eficiência da *Law and Economics*.

2.2 O desenvolvimento da Law and Economics

A história do desenvolvimento da *Law and Economics* ou AED é usualmente contada sob a perspectiva de uma sensível separação entre um primeiro período de pesquisas, compreendido entre 1940 e 1950, e a fase instaurada a partir de 1960, que veio hoje a refletir o núcleo central de trabalho da Escola da *Law and Economics*. Ressalta-se que a “velha” Escola centrava seus estudos em campos do Direito eminentemente ligados à Economia, tais como, o Direito Antitruste, o Direito Comercial, o Direito da Regulação e o Direito Tributário, mas que, em 1960, uma “nova” Escola rompe com essa tradição, ao utilizar a Análise Econômica para explicar e criticar regras legais que não tão obviamente comportavam uma dimensão econômica, como, por exemplo, regras contratuais, regras de responsabilidade civil e, até mesmo, regras de Direito Penal e Processual. Essa separação entre a “velha” e a “nova” Escola, entretanto, não deve ser entendida como uma ruptura, mas sim como um desencadeamento lógico da primeira em direção à segunda, como demonstrar-se-á.

Adiante, o histórico da AED será abordado de acordo com as contribuições de quatro dos seus principais estudiosos, são eles, Ronald Coase, Gary Becker, Guido Calabresi e Richard Posner, que serão apresentados de forma cronológica de acordo com a publicação de suas obras de maior impacto.

2.2.1 Ronald Coase: A Escola de Chicago e a base da Análise Econômica do Direito

A maior parte dos autores não hesita em identificar a Universidade de Chicago como a legítima precursora da AED, onde o movimento não só começou a se desenvolver, mas também ganhou a força necessária para se firmar como um verdadeiro e novo ramo de pesquisa.

Aaron Director é tido como o primeiro relevante personagem a fazer a ligação interdisciplinar entre Direito e Economia na Universidade de Chicago. Seu prestígio como professor do Departamento de Economia contribuiu para que suas ideias também fossem respeitadas na Faculdade de Direito, onde ele lecionava a disciplina *Economic Analysis and Public Policy*. Na década de 50, Director tornou possível a implantação do primeiro programa especificamente voltado à Análise Econômica do Direito nos Estados Unidos e, em 1958, Director fundou o *Journal of Law and Economics*, tendo como objetivo central divulgar sua concepção de que a regulação econômica é uma função própria do mercado e não do Estado.

Assim, é inaugurado o caminho para que, finalmente, a “nova” Escola da AED aparecesse em Chicago.

O marco da Análise Econômica do Direito é majoritariamente reconhecido com a publicação do artigo de Ronald Coase, *The problem of social cost*, em 1960, escrito com o declarado propósito de rebater as teses aventadas por Arthur Cecil Pigou, economista inglês do início do século XX, em sua obra *A Economia do Bem-estar*, de 1920.

Em linhas gerais, Pigou discute neste estudo o papel do Estado na regulação das externalidades negativas provocadas por agentes econômicos e defende a atuação estatal indireta por meio de impostos que podem incentivar ou inibir certas ações, conhecidos como impostos pigouvianos.

Ronald Coase notabilizou-se por meio dos seus artigos *The Nature of the Firm* (1937) e *The Problem of Social Cost* (1960), os quais introduziram na Economia a ideia de custos de transação, desenvolvendo a teoria que depois veio a ser denominada como “Teorema de Coase”.

Em *The Nature of the Firm*, Coase discute a verdadeira conformação da firma (ou empresa). Segundo ele, a firma é um conjunto de contratos, os quais serão realizados no seu interior enquanto seus custos forem inferiores aos custos de

transação de sua realização no mercado. Desenvolve, então, a ideia de custos de transação, tratados à época como custos de utilização do mecanismo de preço no mercado

The Problem of Social Cost é reconhecido unanimemente como o mais importante artigo redigido até hoje sobre o tema da Análise Econômica do Direito que, inclusive, lhe valeu o prêmio Nobel em 1991. Nele, Coase desenvolve de forma mais completa o que passa a chamar de custos de transação (*transaction costs*).

A ideia de custos de transação é aprimorada com o propósito de discutir sua influência na negociação que os agentes econômicos podem empreender quanto às externalidades que produzem.

Rebatendo a tese de Pigou, Coase afirma que, em um ambiente de custos de transação zero e direitos de propriedade bem definidos, os agentes preferirão negociar as externalidades que produzem a fim de chegar a uma alocação eficiente de recursos. Diferente do que alegava Pigou, não seria necessária a intervenção do Estado na regulação das externalidades, visto que os próprios particulares poderiam negociar de forma mais eficiente, por meio de indenizações, por exemplo, os danos causados aos demais, desde que isso lhes assegurasse um benefício marginal superior a esse custo de indenizar.

De acordo com Coase, portanto, a indenização pelas externalidades negativas criadas pode ser vista como um custo marginal à produção, ou seja, o custo para se produzir uma unidade a mais de um bem.

Exemplificando, Coase defendeu que o impasse existente entre uma fábrica poluidora e um condomínio vizinho incomodado pela poluição não deve ser analisado sob a perspectiva de que a primeira necessariamente gera externalidades negativas sobre o segundo, pois, se os custos envolvidos com a mudança geográfica do condomínio forem inferiores aos custos de se reduzir a poluição, então as externalidades negativas claramente mudam de endereço. A pergunta central deixa de ser, então, a de como restringir as atividades do poluidor por meio da imposição de direitos e deveres, como fazia Pigou, para concentrar-se no problema de maximização do benefício geral.

Partindo dessa observação, Coase concluiu pela irrelevância do conceito de externalidades e, assim, cristalizou seu teorema fundamental de que, na ausência de custos de transação, a atribuição dos direitos de propriedade em nada altera a alocação final dos bens entre as partes. No caso do parágrafo anterior, por exemplo,

Coase demonstra que, por mais que se fixasse legalmente o direito de o condomínio exigir medidas ambientalistas da fábrica, se os custos de remoção do condomínio forem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica irá pagar aos condôminos para que se mudem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição.

Tais conclusões implicaram uma completa desconfiança dos juristas face aos conceitos centrais de causalidade e de justiça trabalhados pelo Direito. Ora, se não é a fábrica poluidora, mas sim os condôminos incomodados que geram um custo maior para a sociedade, a ideia de que a justiça está em obrigar a fábrica a compensar seus vizinhos pelos danos advindos da poluição já não pode mais ser defendida com tanta segurança.

Assim, abriu-se caminho para que as diversas premissas e conceitos legais, mesmo aqueles não tipicamente ligados a questões de mercado, passassem a ser questionados pelo ponto de vista da economia. Essa tarefa, de analisar economicamente uma extensa área do Direito, foi então assumida por vários estudiosos de Chicago.

2.2.2 Guido Calabresi: A Escola de New Haven

Um ano após a publicação de Coase, Guido Calabresi (1979) apresentou o estudo *Some Thoughtson Risk Distribution and the Law of Torts*, no qual discute implicações econômicas no campo da responsabilidade civil.

Guido Calabresi merece destaque por ser um dos principais criadores da Escola de New Haven da Análise Econômica do Direito, na Universidade de Yale, a qual difere em alguns pontos quanto aos estudos de Ronald Coase e da Escola de Chicago.

Ao estudar o valor das indenizações pagas em processos de danos nos Estados Unidos, Calabresi parte de premissas tomadas com base nos estudos de Coase, confinando a Economia ao ambiente jurídico - entende, portanto, as normas jurídicas como mais uma forma de incentivo das condutas dos agentes econômicos. Diferente de Coase, conclui que o valor das indenizações deve ser tal que induza a prevenção, sendo preferível aos agentes gastarem com proteção e informação em vez de negociar indenizações por dano.

Para chegar a tal conclusão, Calabresi observa que muitos dos custos de transação envolvidos na negociação de indenizações podem ser lesivos ou mesmo

proibidos, não podendo os agentes disporem deles livremente, como no caso de danos ambientais ou à saúde. O sistema jurídico, então, em vez de facilitar a negociação de indenizações entre particulares, como pretendia Coase, deve induzir o cuidado e a minimização dos custos dos acidentes.

A proposta de Calabresi, deste modo, já apresenta considerável distanciamento do liberalismo econômico e político presente na Escola de Chicago, demonstrando a fragmentação da Análise Econômica do Direito já em suas origens.

2.2.3 Gary Backer

Influenciado pelas ideias de Coase, Gary Becker notabilizou-se por estender a aplicação dos postulados econômicos para a análise de diversos outros ramos do conhecimento e do relacionamento humano, merecendo destaque as contribuições do autor na análise econômica do direito penal. Em *Crime and punishment: an economic approach* (1968), Becker inaugura o que Posner chama de insistência na relevância da análise econômica em diversas áreas do Direito.

Becker propõe que os criminosos, como seres humanos que são, agem de forma racional quando escolhem praticar crimes. Sopesariam, então, o ganho possivelmente advindo da atividade ilícita com a possibilidade e a gravidade de uma eventual punição pelo Estado.

Segundo Posner (2007), uma pessoa comete um crime porque os benefícios esperados excedem os custos esperados.

Para Becker, o custo dos crimes não se tratam estritamente do valor pecuniário ganho ou despendido na prática do delito, compreendendo também a pena que porventura lhe seja aplicada. A relação de custo-benefício é feita entre o ganho que o crime possa proporcionar (pecuniário, moral, etc.) e a possibilidade e a gravidade da punição cominada pela lei, na análise da relação delito-punição. Nesse sentido, esclarece Cláudio Shikida:

[...] a análise econômica do crime baseia-se fortemente na relação delito-punição como determinante da taxa criminal, em que a eficácia policial e judicial relaciona-se com a possibilidade dos benefícios da atividade criminosa suplantarem seus custos e compensarem o risco estipulado. (p. 305).

Partindo para uma análise normativa, Becker propõe que, no combate ao crime, o objetivo da sociedade é tornar a expectativa de custos do crime muito mais alta do que a expectativa de benefícios, incentivo que faria com que potenciais criminosos julgassem que não compensa correr o risco da prática delituosa.

2.2.4 Richard Posner

Richard Posner, por sua vez, além de contribuir para alargar a aplicação da análise econômica neoclássica aos mais diferentes ramos jurídicos, ocupou-se, especificamente, de disseminar a Análise Econômica entre os estudantes do Direito. Para isso, teve que abordar explicitamente o assunto inevitável sobre qual o motivo e quais as vantagens de se avançar nesse tipo de análise. Posner defendeu, então, que a principal, senão única, função do jurista deveria ser a de garantir que a alocação de direitos entre as partes se desse sempre de maneira eficiente e, partindo daí, conclui que apenas o estudo interdisciplinar de Economia e Direito capacitaria os juristas para o exercício dessa atividade.

Posner, que havia sido aluno de Director e Coase, publicou em 1973 a obra *Economic Analysis of Law*, da qual propõe a teoria de que o elemento unificador central da *common law* é que suas regras são definidas para alcançar a eficiência.

Para Francesco Parisi, a ideia central da primeira fase do pensamento posneriano é de que o sistema jurídico da *common law* apresenta as mesmas características do mercado, buscando sempre a alocação eficiente de recursos:

A teoria do direito de Posner é simples: as regras da common law são eficientes. Os juízes da common law definem uma norma jurídica como se eles conscientemente pesassem os custos relativos aos litigantes em evitar o litígio e, em seguida, determinassem como otimizar o comportamento futuro. Os juízes, é claro, elaboram seus votos incorporando termos e conceitos jurídicos, mas a análise das regras centrais da common law demonstram que essas normas buscam efeitos idênticos aos que resultariam da análise de custo-benefício. As regras da common law servem puramente a um propósito: a criação de incentivos para que os indivíduos se comportem de modo que a taxa de disputas, seja por acidentes, quebras contratuais, delitos ou crimes, seja socialmente ótima. [...] A common law serve para reforçar o mercado. De fato, os procedimentos da common law imitam aqueles do mercado: os litigantes competem para o 'costume' do Tribunal do Júri. (PARISI, Francesco, 1973, p. 355).

A teoria do eficientismo e da maximização da riqueza marca a primeira fase do pensamento posneriano. Após receber duras críticas de Ronald Dworkin e outros

jurisfilósofos, Posner reestruturou sua análise do Direito e, ao escrever a obra *The Problems of Jurisprudence*, no início da década de 90, associou-se ao pragmatismo, considerando a Economia como instrumento e meio para prever o comportamento humano, o que poderia ser efetivamente utilizado pelo Direito, em especial na demarcação desses padrões de comportamento fixado pela jurisprudência.

Apesar das críticas no âmbito científico, Posner foi nomeado pelo presidente Ronald Reagan para assumir a posição de Juiz na *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, no final de 1981, subindo ao cargo de *Chief Judge* no ano de 1993. Talvez aí resida um dos motivos da disseminação da AED nos Estados Unidos. Posner não era somente um acadêmico que defendia a análise econômica do direito, mas aplicava tais teorias em suas razões de decidir como Juiz (*opinions*), ao passo que publicava inúmeras obras defendendo tal visão do Direito.

A parte daí, surgiu o intenso debate acerca do real sentido de eficiência. A definição desse conceito passa a ocupar o centro das discussões de juristas e economistas dedicados ao estudo da AED.

Posner enfrentou adversários das mais diversas correntes, o que o estimulou ainda mais a pensar acerca da AED. Diante disso, pode-se afirmar que, uma vez proposto e aceito o paradigma da análise interdisciplinar entre Direito e Economia, adveio a construção de uma nova abordagem dos problemas jurídicos.

2.3 Disseminação da Análise Econômica do Direito

Afirmar que a Análise Econômica do Direito é uma Escola ou um corpo teórico unificado talvez seja um equívoco. A AED é mais um movimento do que uma escola única. Silveira (2009) afirma que as escolas apresentam, de modo geral, um conjunto de postulados compartilhados e defendidos por um grupo de pensadores. Por sua vez, as abordagens ou movimentos apresentam um grau mais difuso de postulados comuns ou heterogeneidade na sua agenda de pesquisa.

Identificar qual a teoria econômica que melhor reflete o núcleo central do *Law and Economics* não é tarefa fácil. A maioria dos pesquisadores que se debruça atualmente sobre o tema prefere não entrar nesse debate, contentando-se em apresentar a AED como uma escola eclética, que comportaria diversas tradições.

A reação ao movimento pelo saber tradicional norte-americano deu-se no início dos anos 1980, sob forma de colóquios, para determinar, de maneira crítica,

qual é, efetivamente, a contribuição da análise econômica para o Direito. Impossível dizer quem ganhou o debate. Mas evidente que a unanimidade do “paradigma compartilhado” dos anos 70 desapareceu.

As acaloradas discussões estimularam o surgimento de outras escolas de pensamento. Além da corrente principal, a Escola de Chicago, são listadas como subdivisões teóricas do *Law and Economics*, a Escola Austríaca, a teoria da *Public Choice*, a Escola Institucionalista e Neo-Institucionalista, a Escola de New Haven, o Moderno Republicanismo e, até mesmo, a Escola do *Critical Legal Studies*.

Não convém aqui aprofundar em cada linha de pensamento, até porque, muito embora haja tais subdivisões, a maior parte dos autores identifica a Universidade de Chicago como a legítima precursora do movimento e a Economia Microeconômica Neoclássica como a teoria econômica que verdadeiramente permeia suas conclusões.

O movimento da Análise Econômica do Direito mantém-se em contínua expansão, com cada vez mais juristas e economistas adeptos.

Obra de grande aceitação e relevância pela Análise Econômica do Direito é a redigida por Robert Cooter e Thomas Ulen, denominada “*Law and Economics*”, cuja primeira edição é de 1987.

Também perduram diversas publicações em periódicos, tais como o “*International Review of Law and Economics*”, oriundo da Universidade Inglesa de New Castle; o “*Journal of Law, Economics, and Organization*” da Universidade de Yale; o “*Journal of Law and Economics*” e “*Journal of Legal Studies*”, ambos da Universidade de Chicago.

Certo é que os debates críticos deram lugar à ampliação das bases e, dessa forma, do potencial da AED. Nesse momento, consagra-se a recusa da ilusão de que a técnica jurídica, empregada de modo isolado, é suficiente para a solução dos conflitos sociais. Nesse sentido, merece destaque a assertiva de Posner (2007):

[...] a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de Direito e Economia. (p. 473).

2.4 Evolução da Análise Econômica do Direito no Brasil

Mesmo com o crescimento dos estudos de ADE pelo mundo, no Brasil, a expansão da temática pelos centros de pesquisas jurídicas caminhou, e tem caminhado, timidamente. As primeiras contribuições brasileiras sobre a temática ocorreram menos pelo viés institucional e mais pela incorporação do campo em trabalhos individuais de acadêmicos e profissionais que, ao ter contato com o assunto, passaram a explorar a perspectiva da interseção entre Direito e Economia nas suas pesquisas.

Tem-se que os estudos foram iniciados no final da década de 1990 e começo da década de 2000. Entre seus precursores, destacam-se Armando Castelar Pinheiro, economista que se notabilizou na área com a publicação do artigo *O Judiciário e a Economia no Brasil* (2000) e Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, organizadores da obra coletiva *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações* (2005).

Em 2007, surgiu a Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE)¹, como resultado dos debates mantidos — em grande medida — pelo Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul (IDERS)².

Na esteira desse crescimento, outras associações surgem ao longo dos anos — como a Associação Mineira de Direito e Economia (AMDE)³ e a Associação de Direito e Economia do Paraná (ADEPAR)⁴. Em 2007, o Brasil sediou, pela primeira vez, a conferência internacional da Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia (ALACDE)⁵. Em 2011, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) sediou evento, denominado “Direito, Economia e Desenvolvimento”, organizado pelo ministro Ricardo Lewandowski, para discutir a interseção entre Direito e Economia, com a participação de advogados, jornalistas, economistas e pesquisadores em geral.

Embora o movimento tenha se desenvolvido no País, estando presente já em diversas universidades, não se percebe uma criação genuinamente brasileira. Tem-

¹ Disponível em: <<http://www.abde.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

² Disponível em: <<http://www.bloglawandeeconomics.org/>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

³ Disponível em: <<http://www.amde.org.br/>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

⁴ Disponível em: <<http://adepar.wordpress.com/>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

⁵ Disponível em: <<http://www.alacde.org/>>. Acesso em: 10 maio 2015.

se, em geral, a apropriação do método desenvolvido pela Escola de Chicago e sua tentativa de aplicação, seja na vertente positiva, seja na normativa.

A carência de estudos quanto a questões fundamentais da matéria, como o método e a distinção entre suas vertentes, tem considerável parcela de responsabilidade na desinformação e conseqüente rejeição *a priori* da análise econômica no Brasil.

Conforme Rafael Zanata (2011, p. 18) aduz:

De fato, há um repúdio ideológico à Law and Economics em razão do desconhecimento da ampla gama de escolas e diferentes perspectivas sobre direito e economia. Para diversos autores, a disciplina é associada à imagem de Richard Posner e sua teoria radical eficientista. Para muitos, a Law and Economics é apenas um projeto acadêmico neoliberal nascido em Chicago.

Zanatta (2011, p. 18) ainda complementa: “Em razão do desconhecimento da diferença epistemológica entre a vertente positiva e a normativa, alguns autores brasileiros deixam de conhecer as novas portas que se abrem à pesquisa interdisciplinar em direito”.

Portanto, essa rejeição à AED, existente muitas vezes em razão da ignorância da distinção entre as vertentes positiva e normativa, inviabiliza a investigação dela, quando poderia contribuir positivamente para o Direito brasileiro.

Na vertente positiva, principalmente, é inegável a contribuição dela, seja para o Direito brasileiro, seja para qualquer outro. Em verdade, uma análise econômica positiva apenas agrega mais uma perspectiva no estudo dos fatos sociais ligados ao sistema jurídico.

Segundo Paula Forgioni (2005, p. 252): “Para muitos, no inferno de Dante estará reservado um círculo aos que ousaram contaminar o Direito com a Economia, ou propor a utilização de método ligado à AED na solução de problemas jurídicos”.

O pensamento da autora demonstra o sentimento de muitos juristas brasileiros quanto à AED e a aplicabilidade dela no ordenamento jurídico pátrio. Saudada por alguns pela objetividade com que se propõe à resolução de conflitos jurídicos, a AED é “demonizada” por outros pelo caráter técnico e cínico com que analisa as normas e o comportamento humano, propondo soluções que, muitas vezes, vão de encontro a valores morais.

A análise econômica positiva, especificamente, não exclui a

interdisciplinaridade do Direito com outros ramos do conhecimento, mas a reforça ao indicar a validade do estudo além das fronteiras disciplinares, ou seja, “[...] a Economia ilumina problemas e sugere hipóteses, mas se torna mais rica quando conjugada com outros ramos do conhecimento, notadamente a Antropologia, a Psicologia, a História, a Sociologia e a Filosofia” (SALAMA apud TIMM, 2008, p. 53). Se adotada, então, como uma visão complementar, sem reclamar qualquer exclusividade ou superioridade na explicação dos fatos jurídicos, o caráter positivo dela mostra-se como importante aporte para os estudiosos do Direito e da Economia, corroborando a ideia da interdisciplinaridade.

Ainda que a análise econômica positiva seja “contaminada” por valores e conceitos estranhos ao jurista, também o é qualquer outra análise realizada sob a ótica de ramos do conhecimento distintos do Direito. Afastar *a priori* as contribuições de qualquer uma dessas formas de análise, sob a alegação de que contaminam o Direito com valores que não estão expressos no ordenamento jurídico, mostra-se atávico, preso a uma concepção kelseniana do Direito a que se busca superar. Um verdadeiro retrocesso na Teoria Geral do Direito.

Quando se trata da vertente normativa da análise econômica, Paula Forgioni (2005) entende que o ordenamento jurídico pátrio está voltado para outros propósitos que não simplesmente a busca da eficiência na alocação de recursos. A despeito de ser um princípio orientador da atividade da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal), a eficiência não é um dos objetivos fundamentais do País (art. 3º).

Ressalta-se ainda que, ao retirar o caráter normativo do Direito, reconhecendo-o apenas como uma forma de incentivo, negativo ou positivo e, portanto, instrumento conformador da atividade econômica, a análise econômica normativa estabelece clara hierarquia entre os valores expressos no ordenamento jurídico e a eficiência, devendo esta prevalecer sobre os demais. Subverte, em grande medida, a ideia de supremacia da Constituição, submetendo-a a ditames econômicos.

Desta feita, orientar a atividade legislativa e a jurídica para a busca da eficiência, como pretende Coase, na explanação de seu teorema, e Posner, nas suas primeiras obras, pode desconsiderar valores expressos na nossa Lei Maior, como a solidariedade e a erradicação da pobreza (art. 3º, incisos I e III).

Portanto, defende-se que a aplicação da análise econômica no Brasil deve

ser limitada à força normativa da Constituição e ao constitucionalismo brasileiro, devendo os postulados e os princípios fundamentais da Escola de Chicago serem mitigados diante de mandamentos constitucionais, tais como a garantia dos direitos fundamentais.

Quando muito, vislumbra-se na vertente normativa da análise econômica uma aplicabilidade sutil no Direito brasileiro, qual seja: a identificação e o combate da ineficiência com função meramente auxiliar. Desta feita, legisladores e juristas devem evitar o desperdício de recursos, tanto quanto não configure uma ofensa aos valores constitucionais.

No Brasil, um dos estudiosos que se dedicam a esse tema é, conforme mencionado, Armando Castelar Pinheiro, cujos estudos visam traçar um perfil tanto do magistrado nacional, quanto do Poder Judiciário Brasileiro.

Segundo Castelar (2005), o embate entre Direito e Economia no Brasil cresceu na década de 1980 com a avalanche de planos econômicos e com a Constituição de 1988, que gerou um enorme déficit nas contas públicas, tanto interno quanto externo, sem a contrapartida do crescimento econômico:

José Eduardo Faria (1993) explica:

Na realidade, para neutralizar o risco de crises de governabilidade, não cabe ao sistema judicial por objetivos como disciplina fiscal acima da ordem jurídica. Zelar pela estabilidade monetária é função do sistema econômico. Como o papel do sistema judicial é aplicar o direito, ele só está preparado para decidir entre o legal e o ilegal. Evidentemente, o sistema judicial não pode ser insensível ao que ocorre no sistema econômico. Mas só pode traduzir essa sensibilidade nos limites de sua capacidade operativa. Quando acionado, o máximo que pode fazer é julgar se decisões econômicas são legalmente válidas. Se for além disso, a Justiça exorbitará, justificando retaliações que ameaçam sua autonomia. Como os juízes poderão preservá-las, se abandonarem os limites da ordem jurídica? Por isso, quando os tribunais incorporam elementos estranhos ao direito, eles rompem sua lógica operativa e comprometem os marcos legais para o funcionamento da própria economia. (p. 2).

Ainda de acordo com Castelar (2005), os tribunais brasileiros ainda tendem a entender e interpretar conflitos de modo arcaico:

Precisamos de uma economia de mercado inspirada com direito, e um direito que considere as regras do mercado, na exata medida em que, se houve um mercado sem direito, teremos uma selva selvagem. Se, ao contrário, tivermos um direito sem o funcionamento do mercado, haverá a paralisação do país e, não haverá desenvolvimento. Além disso, o velho brocardo *Fiat justitia, pereat mundus* (faça justiça ainda que o mundo pereça) não pode se sobrepor à custa da existência dos mercados e da

economia: de nada adianta, pois queremos que a justiça prevaleça para que o mundo sobreviva, se desenvolva e progrida. (p. 5).

Castelar também vê diferenças críticas na esfera microeconômica. Por meio de pesquisas realizadas por ele, revelou-se a alta “politização” das decisões judiciais brasileiras, na tentativa dos magistrados de protegerem certos grupos sociais. Os próprios magistrados se referem a esse posicionamento como um reflexo do papel de promover a justiça social que cabe a eles desempenhar.

A partir desses resultados, Castelar (2005) concluiu o seguinte:

O contraste entre essa posição dos magistrados e o que, em geral, aprendem os economistas sobre como funciona o Direito é significativa. É interessante observar, também, que são os juízes e os membros do Ministério Público – que, em tese deveriam ser os guardiões máximos da lei e da inviolabilidade dos contratos – o grupo das elites brasileiras que propugna com mais convicção que a Justiça afaste da mencionada lógica do legal *versus* ilegal. (p. 5).

Concluindo, e ainda nas palavras do autor:

[...] seja qual for a origem histórica de tais diferenças, e talvez exatamente por causa delas, é inegável que atualmente se compreende a necessidade de ampliar as fronteiras entre uma e outra ciência humana como ponto de partida para encaminhar o debate. Quer pela justificativa de estabilidade econômica, hoje reconhecida como imprescindível a um sistema legal eficiente, quer por meio da estabilidade das normas, igualmente reconhecida como fundamental ao desenvolvimento econômico, é preciso por mãos a obra e aproximar as duas áreas. (p. 05).

2.5 Críticas ao movimento da *Law and Economics*

O movimento de Direito e Economia não está isento de críticas. Castelar (2005) as divide em três grandes grupos: metodologia, conceituação e abrangência.

Primeiro, a metodologia. Muitos dos resultados de Direito e Economia não são científicos, uma vez que não se tenta criar uma teoria para depois questioná-la, o que se faz é tirar conclusões a partir de premissas que não são refutáveis. A validade “científica” e os limites epistemológicos da abordagem econômica é bastante questionável. Será que tais teorias simplistas, todas baseadas em pressupostos irrealistas, como concorrência perfeita ou pressuposto da

racionalidade, podem realmente explicar a complexidade do indivíduo, da sociedade e do mercado, prevendo como tende a ser o funcionamento da economia e o comportamento dos indivíduos?

Um segundo grupo de críticos, entre os quais se inclui Víctor Goldberg, entende que existem problemas sérios de conceituação sobre o uso da eficiência como critério de aferição. Tal critério não é absoluto, pois depende de como as pessoas avaliam os benefícios e os custos de diferentes alternativas, o que, por sua vez, é subjacente a contextos sociais, históricos e mesmo de distribuição de renda. (CASTELAR, 2005).

Tal questionamento parece ser predominante nesse contexto; na busca pela eficiência do sistema, o movimento *Law and Economics* despreza critérios de natureza ética e social, bem como os direitos humanos, a justiça distributiva e os valores éticos e morais.

Hans Kung (2000) afirma que o princípio da racionalidade econômica tem sua justificação, mas não se pode assumir como valor absoluto de forma a evitar que o subsistema da economia se eleve de fato à categoria de um sistema total, que domestique os demais subsistemas e desvirtue seus valores. “Uma ética domesticada e desvirtuada abdica de seus autênticos valores e normas, fica reduzida a mera função de álibi e se converte em eficiente.” (p. 279).

Kung (2000) ainda reflete:

Os interesses, os imperativos e os cálculos de racionalidade econômica de forma alguma podem atropelar as exigências fundamentais da razão ética baseado no pressuposto de que na economia mundial globalizada não deve imperar um darwinismo social em que sobrevive o mais forte, não podendo sacrificar-se à dignidade humana em nome da liberdade econômica. Para neutralizar a crescente economização da vida é indispensável uma reflexão crítica dos fundamentos que questione as premissas normativas das posições econômicas o que implica em considerar que economia e Estado existem em função do homem, razão porque as instituições estatais e econômicas não só deverão ser expressão do poder, mas deverão subordinar-se à humanidade do homem, a regras éticas da humanidade. (p. 288).

A terceira crítica, de acordo com Armando Castelar (2005), diz respeito à abrangência. Gordon Tullock argumenta que a AED pode tornar o Direito eficiente no sentido do *ex ante* e em termos de grandes números, todavia, trata-se de uma eficiência que pode não ser observada *ex post* e em casos individuais. Por exemplo, não raro o resultado final da aplicação do Direito não depende apenas da legislação

substantiva, mas também dos procedimentos adotados e do fato de se contar com bons advogados. Para Tullock, a pressuposição sobre a abrangência das prescrições de Direito e Economia foi longe demais, e é necessário reconhecer certos limites à aplicabilidade. Naturalmente, não é uma crítica às premissas, e sim à aplicação dos conceitos a uma realidade infinitamente mais complexa. (CASTELAR, 2005).

Nesse sentido, Pacheco (1994) destaca que o caráter interdisciplinar entre Direito e Economia deve ser reconsiderado, pois mais que uma colaboração, a AED converte a teoria econômica no único conhecimento relevante no estudo do Direito. Apropriando-se de seus dogmas fundamentais – o paradigma do *homo aeconomicus*, o sistema de mercado como o modelo de decisão ótima e a eficiência econômica como único valor social –, a economia converte-se em princípio de explicação e justificação última de toda decisão, razão porque essa mediação normativa da economia reduz a análise da questão jurídica a critérios exclusivamente econômicos.

Buchanan (1974) critica a priorização da eficiência na análise econômica do Direito, sustentando, em primeiro lugar, que a lei não deve ser uma variável instrumental desenhada para maximizar a riqueza e, em segundo lugar, que, dado seu caráter técnico – racional –, as decisões econômicas não se deveriam confiar aos juízes, porque carecem de treinamento e informação adequada.

Nessa seara, um dos questionamentos de Ronald Dworkin, em relação aos pressupostos da análise econômica de Richard Posner é: uma sociedade é melhor do que outra se tem mais riqueza? Em outros termos, a riqueza é algo que por si só vale a pena ter? Se, para a análise econômica defendida por Richard Posner, o Direito deve caminhar no sentido de se maximizar a riqueza, então deve tratar de demonstrar que uma sociedade (ou uma situação) com mais riqueza é melhor que outra que tenha menos?

Se a análise econômica do direito afirma que as ações judiciais devem ser decididas de modo a aumentar a riqueza social, definida do modo descrito, deve demonstrar por que uma sociedade com mais riqueza, por essa única razão, é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade com menos riqueza (DWORKIN, 2001, p. 359).

Contudo, destaca Mendonça (2012):

Não há razão para que se elimine a avaliação de eficiência na escolha entre duas soluções justas. Aliás, não raramente a solução justa será a solução eficiente, por uma própria coincidência prática entre os valores impostos pela ordem jurídica e a equação proposta pela teoria econômica. Às vezes essa coincidência não ocorrerá e acabará por prevalecer a solução justa, embora ineficiente. Não é possível saber *a priori* quando e em que medida a eficiência será útil à tomada da decisão; é certo, porém, que a sua consideração ou, em termos mais gerais, a consideração das consequências da decisão, pode ser proveitosa. (p. 119).

Perlingieri (2007) critica a análise econômica como metodologia autônoma de interpretação e aplicação do Direito, mas ressalta sua utilidade prática como ferramenta acessória:

Não se nega que possa ser útil o emprego de esquemas e critérios microeconômicos para “escrutinar o direito” e para avaliar a congruidade de seus institutos. É, todavia, necessário ter a consciência que se é verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, ela sozinha não consegue representar a especificação e a complexidade da ciência jurídica. (p. 64).

O espaço dos argumentos consequencialistas na metodologia civil-constitucional encontra-se, portanto, nessa complexa intercessão entre eficiência e justiça; enquanto a AED busca a eficiência nas relações jurídicas, a escola do direito civil-constitucional enxerga no direito um instrumento promovedor da dignidade humana e dos demais valores constitucionais.

A AED mira nas consequências; o direito civil-constitucional, nos princípios e valores. Percebe-se que a harmonização entre as duas escolas não é tarefa fácil e, justamente por isso, deve ser objeto de incessante estudo das academias jurídicas e econômicas, posto que a tendência ao estudo multidisciplinar se afigura uma realidade irrefreável.

Sem a menor pretensão de esgotar o assunto, acredita-se que a eficiência econômica deve ser perseguida, mas como instrumento a serviço de um direito cuja meta consiste em promover os valores constitucionais. Em outras palavras, a primeira e principal preocupação tanto do legislador quanto do intérprete da lei deve ser a promoção dos valores constitucionais, em especial o valor máximo da dignidade da pessoa humana. Em hipótese alguma, a busca pela eficiência pode ofuscar o respeito e a tutela pela dignidade do indivíduo. A eficiência serve ao homem e não o contrário.

Negar acriticamente a AED consubstanciaria postura imatura e inócua para a

evolução do estudo do Direito; adotar a análise econômica de forma também acrítica significaria ignorar a tábua de valores constitucionais. A meta a alcançar funda-se no equilíbrio, e a análise econômica consubstancia um extraordinário instrumento acessório para o contínuo progresso da metodologia civil-constitucional.

É importante ressaltar que, ao se estudar a AED, deve-se questionar qual é a verdadeira importância dos valores econômicos, e como eles podem se relacionar com outros valores, como a ética e a justiça. O critério da eficiência econômica é apenas mais um a ser considerado juntamente com outros tantos, como justiça social, democracia, direitos humanos, etc., não se sobrepondo a estes.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1 Concepções da Análise Econômica do Direito – análise positiva e normativa

Qual seria o tipo de influência que uma determinada norma poderia ter sobre o comportamento dos agentes econômicos? Como uma norma⁶ influenciaria o funcionamento da Economia? Em outras palavras, qual seria o efeito econômico de uma determinada norma sobre um determinado contexto econômico?

A AED nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da Economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.

O primeiro ponto relevante para a compreensão da metodologia econômica é a postura positivista dela, que reconhece como válido e útil, do ponto de vista epistemológico e prático, a distinção entre o que é (positivo) e o que deve ser (normativo).

Em microeconomia entende por “análise positiva” a apreciação dos fatos que tem por objetivo descrever relações de causa e efeito, de maneira a prover explicações e possibilitar previsões de como tendem a se comportar agentes

⁶ Importante esclarecer que o termo “norma” deve ser interpretado de maneira ampla como uma manifestação do direito.

econômicos em determinados contextos. (PINDYCK; RUBINFELD, 2001)

Ao aplicar uma análise positiva ao estudo de uma determinada norma com o intuito de entender qual seriam as prováveis consequências econômicas (efeitos) dessa norma (causa), faz-se o que em AED se chama de “análise de impacto econômico” ou “análise de efeito”. Esse tipo de análise, muitas vezes, revela que normas acarretam efeitos econômicos colaterais desconhecidos pelos seus criadores e, às vezes, até consequências contrárias aos objetivos pretendidos com tal norma. (DE GEEST, 2001a)

Uma análise de impacto econômico pode ser utilizada, por exemplo, por um governo que considera a possibilidade de aumentar um imposto incidente sobre combustíveis. Nesse contexto, perguntar-se-ia: quais seriam as prováveis consequências econômicas desse aumento? Poder-se-ia indagar, a título de ilustração, se esse aumento seria repassado para outros preços, se haveria pressão inflacionária, se isso poderia reduzir a atividade econômica, entre outros questionamentos.

Pode-se dizer que a análise positiva é uma poderosa ferramenta nas mãos de juristas ou economistas experientes. Com ela é possível se investigar as prováveis consequências de certa política ou decisão judicial, bem como identificar os meios mais eficientes e, portanto, menos custosos de se alcançar um determinado objetivo social, desde que esse objetivo tenha sido previamente estabelecido, seja por um julgamento de valor do pesquisador ou do juiz, seja por uma escolha política prévia já realizada pelo ente competente (e.g. Legislativo).

A segunda questão para o entendimento da metodologia econômica refere-se a uma abordagem finalística, teleológica, pela qual se pretende saber que tipo de norma seria mais adequada para a obtenção de determinados objetivos econômicos.

Pergunta-se: qual seria o tipo (conteúdo, forma, características, sanções etc.) de norma que poderia atingir esse objetivo de maneira a se obter o máximo benefício e o mínimo custo possível? Em outras palavras, considerando um determinado contexto real dentro do qual se deseja atingir certo objetivo por meio da criação de uma norma, pergunta-se: que características deveria ter ou como deveria ser essa norma para que se atingisse tais objetivos de maneira mais economicamente eficiente?

Em microeconomia chama-se de “análise normativa” a avaliação, sob o ponto de vista da eficiência econômica, de várias opções de ação que é seguida da

sugestão de se escolher a alternativa mais eficiente de todas. Ou seja, uma vez comparadas diferentes possibilidades, a análise normativa sugere qual deveria ser escolhida segundo o critério da eficiência econômica. É claro que na tomada de decisões há um juízo de valor que deve levar em consideração esse critério juntamente com tantos outros que se relacionam ao tema. (PINDYCK; RUBINFELD, 2001)

Portanto, o uso da AED serve para se propor a criação de normas eficientes ou a modificação de normas e instituições jurídicas de maneira a torná-las mais eficientes. Isso implicaria avaliar vários tipos de normas que poderiam, em tese, atingir o mesmo objetivo social, comparando-as no que diz respeito ao critério do custo econômico, para, então, defender a escolha que represente a melhor relação custo/benefício.

Um exemplo disso é supor que um governo tenha interesse em promover a construção de uma grande obra de infraestrutura, mas careça dos recursos necessários para fazê-lo. Podendo se valer do direito em todas as suas modalidades para atingir seu objetivo, como o governo poderia agir de maneira mais eficiente? O que seria mais eficiente? a) Aumentar tributos gerais incidentes sobre toda população ou aumentar tributos específicos apenas sobre os potenciais beneficiários das obras; b) destinar esses recursos para que empresas estatais conduzam as obras ou fazer uma licitação e usar os recursos para pagar as empresas privadas que se mostrarem mais eficientes; c) conceder incentivos fiscais para empresas privadas construir com recursos próprios; d) obrigar empresas privadas a cederem os materiais (desapropriação) os funcionários (recrutamento compulsório) necessários para a construção e usar o poder de coerção do Estado (multas e prisões) para garantir que todas as empresas obedeçam; e e) elaborar um esquema de parceria público-privada no qual empresas privadas arquem com as despesas da construção, mas possam recuperar o investimento por meio da exploração econômica da obra que seria regulada pelo governo?

Em resumo, a análise positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela interpretação, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a análise normativa se destina a nos auxiliar a escolher entre alternativas possíveis, isto é, escolher entre arranjos institucionais ou legais diversos dado um valor (vetor

normativo) previamente definido.

3.2 Noções básicas da Ciência Econômica – introdução à Análise Econômica do Direito e premissas fundamentais

Quando se fala em Economia, de um modo geral, é comum imaginar se tratar, em primeiro momento, de dinheiro, cálculos matemáticos, gráficos ou bolsas de valores. Evidentemente que são institutos tradicionalmente associados à Ciência Econômica. Contudo, o moderno entendimento da Economia se traduz em um modelo de compreensão da conduta humana, considerando os desejos do indivíduo e a escassez dos recursos. Nas palavras de N. Gregory Makiw (1999):

[...] economia é o estudo da forma pela qual a sociedade administra seus recursos escassos. Na maior parte das sociedades os recursos não são alocados por um único planejador central, mas pelas ações combinadas de milhões de famílias e empresas. Os economistas, portanto, estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas poupanças. (p. 7).

Nas palavras de Troster e Mochón (2002):

[...] economia é o estudo da maneira como a sociedade tende a administrar os recursos escassos para produzir bens e serviços e distribuí-los para seu consumo entre os membros da sociedade. Este conceito é baseado no princípio da escassez, segundo o qual os bens são escassos porque os indivíduos desejam muito mais do que a sociedade pode produzir. Os recursos são escassos, mas os desejos e as necessidades dos indivíduos não são. Supõe-se que nunca haverá recursos suficientes para atender a todos os desejos de todas as pessoas. Até porque, sempre se quer mais do que setem. Ou seja, os desejos não são estáticos, e sim dinâmicos. (p. 5-6).

Ivo Teixeira Gico Júnior (2009) aduz que

[...] o direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A Economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma suas decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências.

Com efeito, Economia é a ciência que estuda e analisa todas as relações que se voltam no sentido de ordenar e também administrar a utilização dos recursos, tendo em vista que estes são escassos.

A AED, obviamente, trabalha com conceitos, valores e critérios da ciência econômica, razão pela qual se faz necessário introduzir uma breve noção acerca dos elementos básicos da Economia.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a Economia é classificada em Microeconomia e Macroeconomia: a macroeconomia é a parte da economia que se encarrega de estudar o funcionamento econômico em geral, bem como as políticas econômicas que são adotadas em larga escala, por exemplo, em um país. Isto é, engloba a sociedade em seu conjunto, funcionando ao mesmo tempo, não de forma independente. Algumas das variáveis mais usadas são o Produto Interno Bruto, a taxa de desemprego, os níveis de impostos ou a taxa de juros, entre outras variáveis. A microeconomia é a parte que se encarrega do comportamento de cada ator econômico de forma individual, como podem ser as famílias, as empresas ou os trabalhadores. Nela analisa-se, de forma exaustiva, leis como a da oferta e demanda, entre os consumidores e os ofertantes, o nível de preços, ou a elasticidade de cada produto. Isto é, o como se chega a um acordo entre as necessidades dos consumidores e das empresas que oferecem os bens e serviços, bem como todas as variáveis “psicológicas” que podem afetar, como a qualidade do produto ou as diferentes necessidades de cada pessoa.

A AED tem por base os métodos da teoria microeconômica. Os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Esses custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informação disponível no momento da avaliação. Essa análise de custo/benefício é consequencialista, porque leva em conta o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a decisão, e não as causas que levaram à necessidade de tomar uma decisão. Os agentes econômicos preocupam-se com o futuro e não com o passado (uma vez que este não pode ser modificado).

Portanto, o Direito e Economia Positiva emprega modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da Economia, utilizando-se principalmente os modelos microeconômicos marginalistas, aproveitando-se também da Teoria dos Custos de Transação, Teoria do Agente, Teoria da Escolha Pública e da Teoria dos Jogos.

Segundo Armando Castelar, as premissas fundamentais para a análise econômica do direito são mais ou menos universais:

- a) O ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade.
- b) No processo de maximização da sua utilidade, as pessoas reagem aos incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços.
- c) As regras legais moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influem nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento, etc.

Dessa forma, convém ponderar sobre a relevância de cinco premissas fundamentais: escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência.

3.2.1 Escassez

Os indivíduos vivem em um mundo de recursos escassos. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem. Mas num mundo de recursos escassos os indivíduos precisam realizar escolhas.

3.2.2 Maximização Racional

Os agentes econômicos são maximizadores racionais de utilidade – ou seja, suas escolhas sempre se basearão na adequação de meios disponíveis para gerar os fins que mais interessam. Esta premissa leva à inevitável conclusão de que os indivíduos só se engajarão conscientemente em unidades adicionais de atividade (seja de consumo, produção, oferta de trabalho ou de qualquer outra natureza) se o benefício auferido for maior que o custo despendido para obtê-lo.

Por exemplo, o custo dos acidentes: o condutor do veículo só respeita a norma de parar em sinal vermelho porque isso é mais econômico que receber uma multa de trânsito.

Cristiano Carvalho (2008) aduz que “indivíduos são racionais, o que significa que efetuam escolhas e que as escolhas buscam maximizar o seu próprio interesse,

ou, como dizem os economistas, maximizar a sua utilidade. E, para tanto, reagem a incentivos.”

3.2.3 Incentivos

Nesse sentido, os incentivos são resultantes da maximização racional. Se os indivíduos maximizam suas utilidades racionalmente, há sempre e em qualquer lugar uma resposta aos incentivos, em especial ao sistema de preços, ou seja, os preços, em sentido lato, influenciam o comportamento humano. Na área legal, a norma estabelece preços (recompensas e sanções pecuniárias), tais como benefícios trabalhistas, multa, reclusão/detenção penal para os vários tipos de comportamento.

Não é a toa que, de acordo com Coase, a função básica do direito, numa perspectiva econômica, seja manipular corretamente os incentivos.

De maneira geral, uma norma – seja uma lei, sentença ou contrato – cria um incentivo para que as pessoas se comportem de determinada maneira. Se os incentivos que são provocados fazem com que as pessoas não se comportem de maneira eficiente – por exemplo: provocando o desperdício, desvalorizando o cuidado, facilitando o furto, ou desmotivando o trabalho – isto gera um custo para a sociedade. Estes custos relacionados aos (des)incentivos gerados por uma norma poderiam ser evitados se eles fossem previstos antes da norma ser criada. Por isto deve-se atentar para os incentivos que uma norma gera para verificar se são bons, ou seja, estimulam um comportamento eficiente por parte de quem é regulado pela por ela, ou se são ruins, se implicam custos para a sociedade em virtude de condutas ineficientes.

3.2.4 Equilíbrio

Defende-se também que o equilíbrio é um princípio basilar da Análise Econômica do Direito. Por equilíbrio, entende-se que as interações na política e no direito tendem, tal como no mercado ao equilíbrio. Por que as pessoas, ainda que auto interessadas, tendem a conviver pacificamente, mesmo quando não há regras formais para tanto? Porque os costumes, as tradições, enfim, as regras informais de convivência, acabam direcionando o conjunto de ações individuais a uma situação de equilíbrio. Outrossim, mesmo quando todos os sujeitos agem em prol de seu

auto-interesse racional, o resultado acaba sendo uma tendência para o equilíbrio, simplesmente porque as ações individuais acabam não tendo mais poder de influenciar o sistema (ou mercado) do que as outras.

Uma lei, por exemplo, é o resultado que surge – é um ponto de equilíbrio, portanto – quando todos os agentes políticos estão maximizando seus interesses através do processo político.

3.2.5 Eficiência

A ideia central da AED é conseguir interpretar o Direito a partir da perspectiva econômica. Isto significa, acima de tudo, enxergar custos e benefícios por trás das normas, o que nem sempre é tão evidente aos olhos dos juristas. Uma vez sabendo quais tendem a ser os verdadeiros custos gerados pelo Direito, seria possível trabalhar com normas de maneira a obter a máxima eficiência na alocação de recursos escassos.

O critério básico da AED é o conceito econômico de eficiência na alocação de recursos escassos, tendo em vista a maximização da riqueza. Normas eficientes seriam aquelas que fazem com que pessoas racionais se comportem de maneira a reduzir custos desnecessários, podendo, assim, aumentar sua riqueza.

Eficiência significa essencialmente ausência de desperdício no emprego dos recursos na produção de bens e serviços, provendo o máximo desses bens e serviços com os recursos e a tecnologia disponíveis e incorrendo no mínimo custo. (TROSTER; MOCHÓN, 2002).

Rachel Sztajn (2005) assim define eficiência:

Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função. Em suma: é a busca pelo ótimo, evitando-se o desperdício na utilização de recursos. (p. 83).

Nesse sentido, a professora Sztajn (2005) ainda indaga:

Por que não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas? Eficácia como aptidão para produzir efeitos e Eficiência como aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar o melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira mais produtiva, pois a perda de recursos/esforços representa custo social. (p. 81).

Portanto, a última das premissas consiste no critério da eficiência, para avaliar se os escassos recursos existentes estão sendo bem utilizados. Para os seguidores do Direito & Economia, a eficiência é um critério básico para analisar a qualidade das normas legais e da sua aplicação.

3.2.6 Eficiência de Pareto e Eficiência de Kaldor-Hicks

A eficiência é possuidora de duas conotações, quais sejam: a eficiência de Pareto, aquela na qual a posição de “A” melhora sem prejuízo da de “B”; e a chamada eficiência de Kaldor-Hicks, na qual o produto da vitória de “A” excede os prejuízos da derrota de “B”, aumentando, portanto, o excedente total.

A professora Sztajn (2005) explica:

No que diz respeito a eficiente circulação da riqueza, o critério usual é o proposto por Pareto, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor. O economista considera que a mudança é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior. Critica-se esse critério, chamado de Pareto, porque depende da alocação inicial da riqueza e porque não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas. [...] Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como os preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam a proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando os agregados em várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez que se refina o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente. Este parece ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito a contribuição dos benefícios: o dar mais a quem tem maior utilidade marginal. (p. 76).

Segundo Castelar (2005), o princípio da eficiência remete a um dos argumentos com os quais se justifica a alegação de que Direito e Economia se preocupa mais com a eficiência do que com a equidade. Isso é parcialmente falso. Quando uma mudança leva a uma situação de *pareto*, pelo menos uma pessoa ficou melhor, sem que ninguém tenha ficado pior. Do ponto de vista econômico, houve um ganho de eficiência, ainda que a nova situação possa ou não ser mais equitativa.

Pelo princípio da eficiência, mudanças de regras que levem a uma situação *pareto* são sempre desejáveis. Entretanto, uma mudança que não seja equitativa, em longo prazo, acarreta problemas de distribuição de renda, por exemplo. Assim, a eficiência e equidade não são necessariamente divorciadas. (CASTELAR, 2005).

Em geral, também se consideram desejáveis regras que aumentem o excedente total – o “tamanho do bolo”, numa expressão mais coloquial –, mesmo que não sejam *paretos*. Isso porque, aumentando o excedente total, é sempre possível aos ganhadores transferir parte do seu ganho para os perdedores e, com isso, gerar uma situação *pareto*. Aqui entram, porém, questões mais subjetivas – qual o tamanho da redistribuição que se deve buscar? – para as quais a teoria econômica não tem resposta. A análise econômica deve concentrar-se, portanto, na busca de alternativa que seja *pareto* ou aumente o excedente total, sem entrar na discussão de “como o bolo deve ser distribuído”. (CASTELAR, 2005).

3.2.7 Eficiência e Justiça

Silveira (2009) define o Direito como:

[...] um sistema modulador de eficiência e equidade de um determinado sistema social, ou seja, não é apenas um instrumento de eficiência, mas é o próprio instrumento de realização da eficiência e de sua ponderação com as exigências de igualdade e equidade. (p. 77).

Logo, não há razão para distanciar justiça e eficiência, por isso Casamiglia citado por Silveira (2009) afirma que há uma conexão entre ambas em pelo menos cinco sentidos:

- 1) uma sociedade idealmente justa é uma sociedade eficiente;
- 2) uma sociedade justa e equitativa dificilmente será uma sociedade que desperdiça, não utiliza ou subutiliza recursos;
- 3) a eficiência é uma componente da justiça, embora não seja nem o único, nem o principal critério de justiça;
- 4) a eficiência, entendida como processo de maximização da riqueza social, exige intervenções regulatórias, corretivas ou estratégicas do Estado no mercado;
- 5) exige uma utilidade em observar se os mecanismos jurídicos de controle são eficientes na produção de riqueza social. (p. 76).

Contudo, o questionamento de Bruno Meyerhof Salama (2008) é pertinente:

O desperdício de recursos é, no mínimo, indesejável. Há, portanto, algo de intuitivo no emparelhamento entre eficiência (que correspondente à ausência de desperdício) e justiça. Mas até que ponto a maximização da riqueza se relaciona com a justiça? Até que ponto o Direito, enquanto “ciência normativa”, deve integrar cálculos de custo e benefício? (p. 26).

O problema mais relevante concernente à justiça na visão da AED é a imprecisão dela quando comparada com a noção de eficiência. Essa difusão de critérios pode significar que não há uma ideia consensual de justiça na sociedade. Uma vez que a perspectiva econômica procura o bem-estar agregado (individual e coletivo), a inclusão de uma noção de justiça nem sempre é fácil.

Evidentemente que a noção de justiça é relevante para os dois níveis no modelo econômico. Primeiramente, ao nível agregado, porque o bem-estar da sociedade vê-se afetado pelos sentimentos de justiça. Em segundo lugar, porque a noção de justiça afeta o comportamento individual por meio de normas sociais ou de normas psicológicas.

Essas normas, por sua vez, alteram a análise custo/benefício e, conseqüentemente, as decisões dos indivíduos. Ignorar essas alterações significa que a política proposta não é eficiente. Ressalta-se que a relação entre justiça, sentimentos e comportamento individual tem sido estudada no contexto da escola comportamental (*Behavioral Law and Economics*).

Por fim, não podemos ignorar que muitas noções de justiça e moral concorrem para promover a eficiência e o bem-estar social. Como exemplo, pode-se pensar o princípio moral de que não se deve mentir ou enganar, uma vez que não só promove relações sociais cooperativas, como diminui a necessidade de uma estrutura coerciva que consome recursos da sociedade. Existem, porém, noções de justiça e moralidade que não são eficientes.

Já foi dito aqui que a perspectiva econômica vê o Direito como uma instituição que deve promover a eficiência, contribuindo, dessa forma, para melhorar o bem-estar social. No longo prazo, podemos mesmo dizer que o Direito tende a ser eficiente.

No entanto, essa teoria é bastante polêmica dada a diversidade de sistemas jurídicos que existem no mundo. Por óbvio, não existe apenas um sistema eficiente, isto é, pode haver muitas soluções eficientes para o mesmo problema, do mesmo modo que sistemas muito diversos podem ser igualmente eficientes. Contudo, existem na realidade muitas normas jurídicas e aspectos institucionais que não têm

um conteúdo facilmente explicável pela perspectiva econômica. E existem muitos aspectos do ordenamento jurídico que são claramente ineficientes. Até que ponto a evolução histórica do Direito corresponde realmente a um processo de melhoria do bem-estar social (será o Direito causa ou consequência das melhorias sociais?); é uma questão empírica para a qual ainda não há uma resposta.

4 TEORIA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL – EVOLUÇÃO, FUNÇÕES E PROPÓSITOS

A teoria econômica, aliada à teoria jurídica da responsabilidade civil, inova ao trazer funções e metas para esse instituto do direito privado, no intuito de contribuir para a consecução de fins socialmente relevantes, dentre eles, a prevenção de acidentes.

Com o advento da evolução tecnológica, econômica e industrial após a Segunda Guerra Mundial, os princípios norteadores do dever de reparar o dano sofreram alterações, em razão da necessidade de adequação social.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, após a Constituição de 1988, a responsabilidade civil vem sendo encarada sob novos ângulos, já que o modelo tradicional se mostra ineficaz em diversas situações conflituosas, levando o operador do Direito a buscar a superação da visão clássica do Direito. Tal superação não se traduz, por óbvio, no abandono da ideia de reparação, mas no redimensionamento da responsabilidade civil, que, para atender aos modernos e complexos conflitos sociais, deve exercer várias funções.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2006) afirmou que a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento, baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa.

Com base em tal argumento, a autora conceitua a responsabilidade civil como:

[...] [a] aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo

praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (p. 40).

No Código Civil de 2002, a teoria subjetiva coexiste com a teoria objetiva, aplicada esta, conforme assevera Washington de Barros Monteiro (2007), nas hipóteses em que a desigualdade econômica ou social entre o agente e a vítima traz a necessidade de abolir qualquer indagação sobre a subjetividade do lesante.

Ocorre que a função da responsabilidade civil no atual sistema ainda se limita à reparação do dano, por meio da qual se busca ressarcir o prejuízo sofrido pela vítima ou compensar seu dano por meio de um equivalente ou sucedâneo pecuniário. Ou seja, a preocupação é exclusivamente com a figura da vítima, não importando a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade da sua culpa, a sua fortuna, o proveito por ele obtido com a ofensa ou quaisquer outras circunstâncias que a ele digam respeito.

O anseio de obrigar o agente, causador do dano a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no status quo ante. Observa o insigne Antônio Montenegro que a teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões em torno da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-s buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocado pelo dano. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 13).

Ao lado dessa tradicional função de reparação, outras funções vêm sendo idealizadas no contexto da responsabilidade civil, como a função preventiva, bem como a respectiva função punitiva. Essa última baseia-se na teoria do *punitive damages*, do Direito norte-americano, que defende o caráter de pena da indenização e será objeto de análise mais adiante.

Conforme visto no capítulo anterior, de acordo com a teoria econômica, a principal atribuição da responsabilidade civil se dá no âmbito da prevenção de acidentes, sob entendimento de que é melhor preveni-lo, para que não seja necessário repará-lo.

Vale lembrar que a premissa adotada pela AED é a de que os indivíduos respondem às normas como incentivos ou desestímulos, muito similarmente à forma como o comportamento das pessoas é diferentemente condicionado por preços no

mercado, ou seja, os indivíduos analisam os custos (ponderando nesse cálculo os eventuais riscos) e os benefícios de uma conduta antes de tomá-la. Se a norma cria um “preço” (punição) muito elevado e se o Estado dispõe de um sistema eficiente para identificar e punir quem adote tal conduta (risco), possivelmente o benefício que decorre dessa conduta não será mais tão interessante ao potencial autor.

Sob o ponto de vista social, constata-se que, efetivada a reparação, o dano proporcionado pelo acidente não deixa de existir, ele apenas é trasladado da vítima para o autor. Não havendo o real retorno à situação anterior, mas a mera transferência do dano, Hans-Bernd Shafer e Claus Ott consignam que o “o princípio da compensação não é suficiente como guia” para um sistema de responsabilidade civil. (BATTESINI, 2011, p. 104).

Diante dessa aparente dicotomia de percepções, pergunta-se: qual o verdadeiro propósito da responsabilidade civil? Guido Calabresi (1970) sustenta que os dois principais objetivos de um sistema de responsabilidade civil são a justiça e a prevenção de acidentes (ou redução de custos).

Até meados da década de 70, os propósitos da responsabilidade civil não eram objeto de discussão entre os acadêmicos. As regras de responsabilização se justificavam em termos de justiça, tipicamente tratada como algo intuitivo.

O movimento da AED trouxe a ideia da dissuasão (prevenção) como o principal objetivo da responsabilidade civil, a qual ainda é bastante questionada.

Gary Schwartz (1994) aponta algumas das principais críticas. Uma delas sugere que tais regras são “supérfluas” como mecanismos de desestímulo, pois podem existir outros incentivos para a dissuasão de condutas arriscadas. Por exemplo, pode existir um incentivo moral, ou seja, um indivíduo pode agir de maneira adequada para não criar riscos para outras pessoas, ou até mesmo para si.

Outra crítica sugere que o sistema de responsabilidade civil não seria causa suficiente para a dissuasão, isto é, teria efeitos insignificantes sobre o esforço em se prevenir acidentes. Os seguros, por exemplo, interviriam entre o potencial autor e a imputação de responsabilidade de modo a reduzir ou eliminar os incentivos criados pela ameaça de responsabilização.

Ademais, o autor ressalta que a maior parte das condutas negligentes decorre de lapsos inadvertidos, genuinamente acidentais, ou seja, não decorrem da escolha racional dos indivíduos. Logo, as regras de responsabilidade civil não teriam efeito sobre esse grupo de comportamento. Acrescenta ainda que as limitações cognitivas

e psicológicas podem impedir que as pessoas atuem de forma racional em face de uma regra de responsabilidade. Por exemplo, elas simplesmente desconhecem as regras e suas implicações ou desconsideram a chance de serem responsabilizadas.

Por fim, Gary Schwartz (1994) cita o seguinte exemplo: princípios éticos e morais parecem atuar de forma poderosa sobre médicos, mas atuam de maneira distinta sobre motoristas, pois muitos deles não parecem, por um lado, preocupados com o bem-estar dos demais. A segurança pessoal, por outro lado, tem um efeito mais intenso sobre eles.

Nesse contexto, importa examinar a possibilidade de combinar as atribuições da responsabilidade civil consideradas por ambas as correntes. Gary Schwartz (1994) analisou os regimes da responsabilidade civil e buscou interpretá-los a partir da noção de justiça, prevenção e ambos combinados.

Referente à responsabilidade subjetiva, para a teoria econômica, a culpa pode ser descrita segundo a Fórmula de Hand, na qual há uma ponderação entre os custos com a prevenção do risco e danos esperados.

Apesar da clara implicação econômica contida na Fórmula, o parâmetro de culpa formulado por Hand também pode ser explicado em termos morais e éticos. Geralmente, os potenciais autores de danos arcam com o ônus da prevenção. A escolha deles em adotar ou não medidas de cuidado demonstra se dão um peso maior aos seus próprios interesses ou ao bem-estar dos demais indivíduos. Se optam pela primeira alternativa, a conduta pode ser censurada por ser eticamente imprópria.

A responsabilidade objetiva também pode ser explicada a partir da noção de justiça corretiva. A maioria das hipóteses sujeitas às regras desse regime evidencia que a conduta do autor do dano é causa suficiente para a ocorrência de acidentes, ou seja, geralmente, é a parte que detém as melhores condições para evitá-lo, adotando os níveis adequados de cuidado e de atividade ou mesmo se abstendo de realizá-la. Nesses casos, a imposição de responsabilidade objetiva faz sentido tanto sob a perspectiva econômica quanto sob a perspectiva da justiça corretiva.

Fábio Ulhoa Coelho (2010) destaca que ambas as regras de responsabilidade civil desempenham a função preventiva, porém, de maneira distinta. Ele ressalta que, para compreender essa diferença, convém examinar as atribuições específicas de cada uma, pois a responsabilidade subjetiva sanciona atos ilícitos, e a objetiva viabiliza a socialização de risco.

A responsabilidade subjetiva visa a coibir condutas negligentes, antissociais. A obrigação de indenizar representa a punição do causador do dano pela prática do ato ilícito, daí decorre a função sancionatória da referida regra. Sob a responsabilidade objetiva, no entanto, o causador do dano pode ser responsabilizado ainda que não tenha incorrido em qualquer ilicitude. (COELHO, 2010). Muitas vezes, ele atuou de maneira diligente, mas o dano não poderia ter sido evitado.

Portanto, sua obrigação de indenizar, por um lado, não pode ser encarada sobre esse viés sancionatório, uma vez que não decorre de uma conduta indesejável. Por outro lado, será considerado responsável pela reparação do prejuízo, porque ocupa uma posição econômica que lhe permite socializar os custos com eventuais acidentes.

O autor aduz que a sanção imposta pela responsabilidade subjetiva (compensação da vítima) tem por finalidade evitar novos danos da mesma natureza. Por exemplo, o motorista obrigado a reparar o dano decorrente de sua imprudência no trânsito, tende, em tese, a se tornar mais cauteloso. Nesse sentido, a função sancionatória pode expressar-se também pela ideia de prevenção, desestimulando condutas ilícitas causadoras de prejuízo ao interesse alheio. A responsabilidade objetiva, por sua vez, não desempenha tal função.

Fábio Ulhoa sustenta que, aparentemente, por não sancionar condutas, a mencionada regra não apresentaria um caráter preventivo, pois, se nenhum outro comportamento era exigível do autor, a imputação de responsabilidade não teria o efeito de desestimular a conduta originária.

Entretanto, embora não desempenhe uma função sancionatória, a responsabilidade objetiva previne acidentes à maneira dela:

O mecanismo preventivo é diverso do que opera a responsabilidade subjetiva, mas existe. Em vez de proibir a conduta originadora dos danos e sancionar a transgressão, a lei estimula o agente a buscar a prevenção como meio de redução dos seus custos. Na competição empresarial, todos sabem, estar em condições de vender produto de igual qualidade do concorrente por preço mais baixo é fator decisivo. Se um empresário consegue reduzir a margem estatística de acidentes de consumo inevitáveis associados ao seu produto, ele poderá praticar preço menor que os dos concorrentes que não conseguiram a mesma redução. (COELHO, 2010, p. 288).

Tais considerações evidenciam que a análise dos propósitos da

responsabilidade civil não pode considerar o sistema de responsabilização como um todo. Como ressalta Schwartz (1994), é possível que esse campo do Direito Privado tenha se desenvolvido de forma confusa e desordenada, considerando o propósito de prevenção em algumas ocasiões e de realização de justiça corretiva em outras. Isso não quer dizer que ambos os aspectos não possam ser considerados. É um erro pensar que optar por um deles implica a renúncia do outro.

Um sistema injusto não pode ser adotado simplesmente porque previne acidentes ou reduz custos de forma eficiente, bem como não pode ser dito justo por exclusão dos demais. “Um sistema de redução de custos economicamente ótimo pode ser totalmente ou parcialmente inaceitável por nos parecer injusto e nenhum argumento acerca de sua eficiência faria muito para salvá-lo.” (CALABRESI, 1970, p. 26).

A justiça não pode ser ignorada na discussão sobre o sistema de responsabilidade civil, pois é necessária a sua estruturação.

Certamente, prevenir acidentes é algo positivo e, muitas vezes, promover a segurança pode ser melhor do que oferecer uma compensação depois que o dano ocorre. Nesse sentido, a teoria econômica tem muito a oferecer. Assim, antes de reparar uma injustiça (um dano injusto) é melhor impedir que ela ocorra. O sistema de responsabilidade civil pode ser encarado sob essa perspectiva instrumental, pelo menos quando se tratar de responsabilidade subjetiva. Essa consequência confere à função de prevenção um importante componente de justiça.

Diante de tais considerações, prevenir acidentes também deve interessar aos defensores da justiça corretiva. Ambos os propósitos de um sistema de responsabilidade civil, tanto a realização de justiça, quanto a prevenção de acidentes, devem ser compreendidos como complementares e não concorrentes.

5 ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL

Neste momento, objetiva-se compreender a aplicação do instituto da responsabilidade civil, sob a ótica da AED. A responsabilidade civil extracontratual é “[...] um dos primeiros campos do direito privado analisado com sucesso mediante a utilização de modelos econômicos formais.” (COOTER; ULEN, 2010, p. 324).

A abordagem econômica da responsabilidade civil se propõe a analisar a estrutura do sistema jurídico, a fim de criar um padrão de eficiência econômica às regras de responsabilidade civil, para atingir objetivos socialmente relevantes, como a prevenção de acidentes e a redução de seus custos, a dispersão social dos riscos, entre outros.

Para tanto, a análise econômica constrói modelos que permitem avaliar os incentivos proporcionados pelas regras de responsabilidade civil, tanto objetiva quanto subjetiva, interpretando e aplicando tais normas à luz dos fundamentos da teoria econômica.

5.1 Análise Econômica do Direito de propriedade x análise econômica da responsabilidade civil

De acordo com Landes e Posner (1987), a propriedade e a responsabilidade civil, raramente, são abordadas a partir de uma perspectiva unificada pela teoria econômica:

[...] o direito de propriedade confere ao seu titular as prerrogativas exclusivas de usar, controlar e gozar de alguns recursos, ou seja, é o direito de excluir qualquer outra pessoa de se apoderar de um bem sem o consentimento de seu dono, independentemente de qualquer argumento. (p. 29).

A teoria econômica do direito de propriedade não tenta explicar o que a propriedade significa⁷, mas busca prever os efeitos das normas relacionadas ao direito de propriedade, especialmente do ponto de vista da eficiência e, quando possível, da distribuição. A partir dessa compreensão, a teoria econômica busca incentivar as trocas voluntárias, assegurando que os direitos de propriedade fiquem nas mãos daqueles que os valorizam mais.

Yoram Barzel (1997) entende que o direito de propriedade possui duas

⁷ Em relação ao conceito jurídico de propriedade, pode-se entendê-la como um conjunto de direitos que estabelece o que as pessoas podem fazer com os recursos que possuem. No direito brasileiro, Caio Mário da Silva Pereira define-a nos seguintes termos: “[...] a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha”. No caput do artigo 1.228 do Código Civil brasileiro, está prevista a seguinte disposição: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

funções na literatura econômica: a habilidade de usufruir a propriedade, que corresponde à função econômica; e o direito atribuído pelo Estado, que constitui a função jurídica.

Uma das consequências que se pode extrair dessa distinção é a seguinte: quando não existe a função jurídica, a função econômica é limitada. Nesse sentido, é possível afirmar que a função jurídica amplia a função econômica. Isso porque os Direitos Econômicos de Propriedade constituem o fim almejado pelos indivíduos, enquanto que os Direitos Legais de Propriedade são o meio legal para que se alcance aquele fim.

Segundo Barzel (1997), os Direitos Econômicos de Propriedade consistem nos direitos que um indivíduo tem sobre um bem e na sua habilidade, em termos de expectativa, de consumir esse bem diretamente ou por meio de trocas, ou seja, de efetivamente dar uma função econômica/transacional ao direito de propriedade.

Já a função dos Direitos Legais de Propriedade é fornecer meios para execução e para adjudicação por um terceiro. Na ausência dessas garantias, os direitos podem ter valor, mas os ativos e sua troca devem ser autoexecutáveis.

A regra da responsabilidade civil, portanto, institui um direito não de excluir outrem do uso de algum recurso, mas de reivindicar compensação por eventuais prejuízos produzidos: “[...] sempre que alguém puder destruir um direito inicial porque está disposto a pagar um valor objetivamente determinado por ele, esse direito é protegido por uma regra de responsabilidade civil.” (CALABRESI; MELAMED, 1972, p. 1.092).

Nesse sentido:

A maneira prática de distinguir o direito de propriedade de uma regra de responsabilidade é adotar como referência o remédio legal disponível para uma vítima real ou potencial de um dano. Aquele que possui o direito de impedir a conduta causadora do dano ou de obter *punitive damages*, tem uma regra de propriedade porque a injunção ou a ameaça de *punitive damages* deve deter um potencial autor de dano de buscar se apropriar do direito sem negociar com o seu dono. Se, contudo, o titular conta somente com o direito de receber uma compensação, então está protegido apenas por uma regra de responsabilidade civil, pois qualquer um que estiver preparado para pagar o preço do prejuízo, não será dissuadido a não causá-lo. (LANDES; POSNER, 1987, p. 30).

Dessa forma, o direito de propriedade canaliza as transações para o mercado, na medida em que alguém, para se apoderar do direito de propriedade de seu titular original, deve negociá-lo. Ou seja, permite que cada parte diga quanto um direito

vale para ela, conferindo ao seu detentor o veto se a oferta do interessado não for suficiente. Todavia, a responsabilidade civil permite que as transações sejam efetuadas pelo sistema legal, no sentido de que a violação de um direito é permitida com base no valor determinado pelo Estado, em vez de determinado pelas partes.

Os custos para estabelecer o valor inicial de um direito, por meio de uma negociação, são chamados de custos de transação. Segundo Thráinn Eggertsson citado por Battesini (2011), custos de transação “[...] são os custos que surgem quando os indivíduos comercializam direitos de propriedade sobre ativos econômicos e fazem valer seus direitos exclusivos.” (p. 47).

De modo mais amplo:

[...] os custos de transação envolvem os custos com a obtenção de informação necessária (descobrir o titular do direito), com a negociação em si (custo de oportunidade, custo de consultores e advogados) e com a própria execução do acordo (custos de fiscalização, custos de recurso aos tribunais). (RODRIGUES, 2007, p. 50).

Assim, sinteticamente, os elementos do custo de transação podem ser divididos em custos de busca, custos de negociação e custos de execução.

Os custos de transação serviram de base para a elaboração do Teorema de Coase, proposto por Ronald Coase em 1960, no artigo intitulado *The Problem of Social Cost*.

Quando as pessoas realizam uma negociação, elas chegam a um acordo em relação às condições de interação e de cooperação. Em algumas situações, essas condições de interação e de cooperação são uma imposição exterior, como certas condições estabelecidas pelo Direito. Essas condições estabelecidas pelo legislador são, muitas vezes, menos eficientes se comparadas com condições que decorrem de acordos entre partes.

Coase possui duas premissas básicas para chegar a uma alocação eficiente de recursos, quais sejam: definição clara do direito de propriedade e ausência de custos de transação entre os agentes. Havendo essas condições, as partes negociarão de forma a atingir uma solução eficiente, alocando os recursos em seus usos mais valiosos.

Com base nessa ideia, Cooter e Ulen (2010) formularam uma regra que estabelece a relação entre a necessidade do Direito e o êxito da negociação. Em primeiro lugar, os autores afirmam que o Direito é desnecessário e indesejável para

uma solução eficiente, quando a negociação é bem-sucedida. Em segundo lugar, o Direito é necessário e desejável, quando a negociação falha. Essa formulação é um ponto de partida para o estudo do Teorema de Coase. Nas palavras de Armando Castelar (2005):

Se os direitos de propriedade foram devidamente assinalados e se o custo de transação for igual a zero, as partes vão sempre negociar até obter um resultado eficiente, a despeito da forma como os direitos de propriedade forem estabelecidos a princípio. Um corolário desse teorema é que, em tais condições, o direito nada influi na eficiência da economia. Seu impacto se daria tão somente sobre a distribuição de renda. No segundo caso, por exemplo, sempre se observa a solução eficiente – a resolução do problema pela parte prejudicada – mas quem paga a conta muda de uma situação para a outra. [...] Como o próprio Coase registra, a utilidade do seu teorema não é entender como funciona um mundo ideal, sem custos de transação, e sim compreender quais seriam as soluções eficientes que o direito deveria procurar emular. (p. 23).

Segundo Vasco Rodrigues (2007), externalidade é o impacto que a atividade de um agente econômico impõe a outro que não por via do sistema de preços. Será positiva ou negativa conforme o impacto se traduza em benefício ou em custo para quem a suporta. Por exemplo, quando alguém fuma, a fumaça do cigarro implica um custo para a saúde das pessoas que estão próximas (os fumantes passivos). Esse custo é um exemplo de externalidade negativa. Contudo, se o fato de essa pessoa comprar cigarros contribuir para o aumento do preço do tabaco e, de essa forma, prejudica, economicamente, o restante dos fumantes, esse prejuízo não é considerado como uma externalidade, por ocorrer por meio do sistema de preços.

Para Coase, a externalidade não é causada apenas por uma parte, mas uma parte será obrigada a sofrer um dano. A externalidade não deve ser internalizada, necessariamente, pela parte que a causou, embora isso pareça injusto. A externalidade deve ser internalizada pela parte que a absorver com menor custo. Isso pode ser injusto, mas, em muitos casos, é mais eficiente.

Imagine uma situação que envolva duas atividades, sendo que as ações de uma delas influenciem negativamente a outra. Do ponto de vista jurídico, é necessário que se defina se essa atividade nociva pode ser praticada ou se a parte que está sofrendo o prejuízo tem o direito de não mais o sofrer. A primeira impressão é a de que a justiça exige que a parte causadora do dano arque com ele. Entretanto, sob a perspectiva da eficiência, o Direito deve ser alocado à parte que mais o valoriza. No caso de as partes seguirem o Direito de modo não cooperativo, a

alocação de direitos afetará a eficiência. No caso de as partes negociarem com êxito, a alocação de direitos não importará para a eficiência. Pressupondo-se que a negociação foi bem-sucedida, o uso dos recursos é eficiente, independentemente da norma legal aplicada.

Para o Teorema de Coase, quando os custos de transação são suficientemente baixos, os recursos serão usados eficientemente, não importando a atribuição inicial dos direitos de propriedade. Em síntese, o Teorema de Coase, quando aplicado para resolver disputas sobre direitos de propriedade, tem a seguinte implicação: quando os custos das transações são baixos, as partes que disputam os direitos de propriedade estão na melhor posição para resolver eficientemente a questão. “Se os custos de transação são zero, a estrutura das leis não importará, porque eficiência resultará em todos os casos.” (POLINSKY, 1974, p. 1.658).

Entretanto, outra situação é quando se tem custos de transação elevados. Nesse caso, o uso eficiente dos recursos dependerá da alocação inicial dos direitos de propriedade. Portanto, quando os custos de transação forem suficientemente altos para impedir a negociação, o uso eficiente dos recursos dependerá do modo de atribuição dos direitos de propriedade. Dessa forma, quando há custos elevados de transação, a intervenção do sistema legal é recomendada para a alocação eficiente do direito de propriedade.

Portanto, a indenização é tida como um “remédio” legal que busca sanar danos ocorridos no passado, bem como para evitar danos futuros. Ambos os tipos de “remédios” permitem subseqüentes negociações dos direitos de propriedade, permitindo que estes mudem de mãos. Entretanto, o tipo de “remédio” aplicado tem implicações na distribuição de valores. No caso de custos de transação elevados, a indenização do dano é o “remédio” mais eficiente, enquanto que, no caso de custos de transações baixos, a cessação de interferência é o “remédio” mais eficiente.

A razão para a primeira regra (a indenização é mais eficiente) é que, quando os custos de transação impedem a negociação, a indenização não deixa a vítima do dano em pior situação, ao mesmo tempo em que o infrator talvez fique em uma situação melhor, e não em situação pior. Por sua vez, o motivo para a segunda regra (cessação de interferência é mais eficiente) é que a cessação de interferência é mais clara e simples do que a indenização, pois a quantificação do valor indenizatório pode ser imprevisível, enquanto que o “remédio” proibitivo é mais direto

e, portanto, mais eficiente.

A razão para altos ou baixos custos de transação, na prática, muitas vezes se relaciona à quantidade de partes envolvidas no conflito e à proximidade geográfica entre elas. Quando há apenas duas partes envolvidas, o custo de comunicação entre elas tende a ser mais barato. De forma semelhante, quando há algumas partes envolvidas, mas estão geograficamente próximas, os obstáculos à cooperação serão baixos, com baixos custos de comunicação.

Nessa situação, em que os baixos custos de transação permitem a negociação voluntária, o “remédio” jurídico mais eficiente é a ação mandamental. Contudo, em negociações entre muitas partes, o custo de comunicação entre elas tende a ser maior. De modo semelhante, a dispersão geográfica tende a gerar custos de comunicação mais altos. Nessa situação, em que os custos de transação são altos e impedem a negociação voluntária, a indenização pecuniária é mais eficiente.

Calabresi e Melamed (1972) ofereceram uma teoria integrada de “remédios” designada para promover o uso eficiente de recursos para solucionar os problemas de usos incompatíveis de propriedade: *property rule* e *liability rule*.

Com relação a *property rule*, o tribunal pode, por intermédio da concessão de medida cautelar, instruir as partes no conflito a utilizarem as trocas voluntárias para proteger uma transferência. Esse método de proteger os direitos é o meio mais eficiente quando o nível de custos de transação entre as partes no conflito é baixo. Apenas nessas circunstâncias é possível que trocas voluntárias determinem quem mais valoriza o Direito. No Direito brasileiro, pode-se também encontrar as ações possessórias, que têm natureza diferente das ações petitórias, para proteção do direito de propriedade.

Por sua vez, na *liability rule*, o mercado não pode determinar quem mais valoriza o Direito, quando os custos de transação entre as partes são altos. Quando a troca voluntária é incapaz de resolver disputas sobre qual dentre dois usos conflitantes de títulos tem o maior valor, Calabresi e Melamed propõem utilizar a troca supervisionada judicialmente, para proteger e, possivelmente, para realocar os recursos. Nesse caso, a concessão de indenização é preferível.

5.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva – a Fórmula de *Hand* e sua aplicação na jurisprudência

A doutrina clássica do Direito Civil já se debruçou consideravelmente sobre o tema da responsabilidade civil, porém com a densidade do mundo dos negócios e com a evolução das relações sociais surgiu a necessidade de revisar o arcabouço teórico que cerca a disciplina.

Hoje, percebe-se uma tendência de “objetivação” da responsabilidade civil, baseada por critérios de aplicação do instituto que independem da conduta culposa do agente causador do dano. Como pode ser observado na frase do juiz Roger Traynor (caso *Escola v. Coca-Cola Bottling Company*):

“Mesmo que não haja culpa, a política pública exige que a responsabilidade seja fixada onde quer que ela reduza com maior eficácia os riscos para a vida e a saúde inerentes a produtos defeituosos que cheguem no mercado”.

As funções exercidas pela responsabilidade civil passaram a ser questionadas: compensar a vítima, reparar o dano? Punir o agente causador do dano? Caráter punitivo ou sociopedagógico do ressarcimento do dano? Gestão de risco nas atividades?

A AED procura dar “eficiência econômica” às normas legais, já que os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja de natureza social ou cultural. Nessa linha, determinada regra de responsabilização é desejável se fornece incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução no exercício de suas atividades.

Como exposto pelo professor Antônio Maristrello Porto (2012), a análise econômica se propõe a responder questões como “de que forma podemos definir o nível ótimo de precaução para uma determinada atividade?”; ou “que regras oferecem os incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução?”.

A responsabilidade civil não surge, necessariamente, em decorrência do

descumprimento contratual, e sim de atos ilícitos⁸ de caráter intencional, acidental, ou em função do exercício de uma “atividade de risco”. Na tradição jurídica do “*Common Law*”, a responsabilidade civil é denominada de “*Tort Law*”.

Conforme esclarece Fernando Araújo (2007):

[...] na responsabilidade extracontratual interessa-se sobretudo pelo impacto dos diversos regimes possíveis nos níveis de prevenção de danos, de acidentes, enquanto que na responsabilidade contratual se centra nos incentivos ao cumprimento e à confiança; naquela, interessa-se pela demarcação e gradação entre dolo e negligência, entre responsabilidade subjetiva e objetiva, e pela eventual verificação de culpa do lesado, enquanto que nesta, o que releva para a análise econômica é a demarcação entre os interesses contratuais que representam o equilíbrio de valores em jogo entre as partes, com uma relativa subalternização dos temas da causalidade e da culpa. (p. 831-832).

Cooter e Ulen (2010) elencam os três elementos que precisam estar presentes para o ressarcimento da vítima, segundo a perspectiva do direito norte-americano: 1) o autor da ação deve ter sofrido dano; 2) o ato ou omissão do réu deve causar o dano; e 3) o ato ou omissão do réu precisa constituir a violação de um dever de cuidado que o réu tinha para com o autor da ação. Esses elementos não se diferenciam substancialmente dos elementos elencados pela doutrina brasileira, porém a evolução das relações sociais fez com que houvesse a reformulação da aplicação desses critérios, como será observado adiante.

Para a AED, é desejável que os agentes adotem níveis de precaução com o intuito de minimizar o risco, porém, em situações específicas, adotar mais precaução pode se mostrar excessivamente ineficiente e custoso, além de implicar resultados indesejáveis, com criação de “peso morto” para a sociedade. A essência econômica do direito da responsabilidade civil consiste no uso da responsabilização para internalizar externalidades criadas por custos de transação⁹ elevados.

Conforme elucida Fernando Araújo (2007):

⁸ De acordo com Washington de Barros Monteiro, “[...] em face, pois, da nossa lei civil, a reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Todo ato ilícito gera para seu autor a obrigação de ressarcir o prejuízo causado. É de preceito que ninguém deve causar lesão a outrem. A menor falta, a mínima desatenção, desde que danosa, obriga o agente a indenizar os prejuízos conseqüentes de seu ato.” (p. 538).

⁹ Os custos de transação são os custos envolvidos em uma barganha, seja ela de bens, serviços ou direitos. Uma transação pode ser desmembrada em três estágios. O primeiro é a localização de um parceiro que queira barganhar. O segundo é a conclusão da negociação entre os parceiros, que pode incluir a redação de um acordo. Depois disso, em terceiro lugar, é necessário fazer que a negociação seja cumprida, o que implica o monitoramento do desempenho das partes e a punição de violações ao acordo. Assim, sinteticamente, os elementos do custo de transação podem ser divididos em custos de busca, custos de negociação e custos de execução. (COOTER; ULEN, 2010).

As soluções de responsabilidade civil são avaliadas pela análise econômica como se tratasse de um puro sistema de incentivos, visando-se basicamente que através dele se proceda à internalização ótima dos custos sociais de cada atividade econômica, repercutindo-se dinamicamente no plano de incentivos, nos incentivos que respeitam à assunção de riscos e à adoção de um certo nível de atividade arriscada, nos incentivos à adoção de cautelas (suscitando-se por isso a questão de sua complementaridade com a prevenção que se alcança através da regulação).

A AED parte do pressuposto de que existem níveis médios ótimos de precaução, analisados por meio da capacidade de promover eficiência econômica, o que difere da abordagem clássica da doutrina, que adota um critério deontológico do dever geral de cuidado, que associa esse nível ótimo com a natureza da conduta praticada. Robert Cooter e Thomas Ulen (2010) apontam que um dever de cuidado é um parâmetro jurídico que prescreve o nível mínimo aceitável de precaução, advindo, desse modo, a responsabilidade subjetiva, que possui o elemento da culpa. De acordo com os autores, sob uma regra de responsabilidade subjetiva, agentes que tomarem precauções tão grandes ou maiores do que o parâmetro jurídico de cuidado escaparão da responsabilização pelos danos acidentalmente sofridos por outra pessoa. Aqueles que tomarem precauções menores do que o parâmetro jurídico poderão ter que pagar indenização por tais danos sofridos por outra pessoa.

A teoria econômica distingue a responsabilidade subjetiva da objetiva sob o seguinte critério: na primeira regra, alguém será considerado responsável por um acidente que venha a causar se agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia), isto é, se adotou um nível de cuidado inferior ao denominado “devido cuidado” (*due care*); na segunda regra, alguém será responsável por um prejuízo que venha causar independente de culpa, desde que haja relação de causalidade entre a sua conduta e o dano.

Tanto do ponto de vista econômico quanto jurídico, a noção de culpa está vinculada ao controle do nível de diligência, ou seja, implica a violação do dever de previsão do ato ilícito. Entretanto, a grande dificuldade reside justamente em determinar o nível da culpabilidade da conduta. Sob a perspectiva econômica, os magistrados devem, inicialmente, buscar identificar o nível eficiente de precaução, para, em seguida, verificar a existência ou não de culpa.

Nesse contexto, é imprescindível mencionar um marco na história da jurisprudência americana, quando o juiz Learned Hand, no caso *United States v.*

Carroll Trowing Co., elaborou uma fórmula cujo objetivo era estabelecer um parâmetro para a caracterização das condutas culposas. A fórmula expõe, de modo sintético, que o nível de precaução deve ser menor do que a magnitude do acidente, e, se ele ocorrer, multiplicado pela probabilidade da ocorrência.

Hugo A. Acciarri (2006) explica o caso:

O caso começou em razão da perda de uma barcaça e sua carga no porto de Nova York. Um conjunto de barcos estava amarrado – mediante uma única linha de cordas – às docas deste porto quando a empresa proprietária de um deles contratou a demandada (uma empresa de reboque marinho) a fim de movê-lo para fora da área do cais. O barco em questão se encontrava sem tripulação a bordo, os empregados da empresa de reboque procederam, por sua conta, de forma a soltá-lo e reajustar toda a linha de cordas que o amarrava. Esta operação se realizou de modo inadequado e uma das barcaças, movida pelo vento e correnteza, rompeu suas amarras, chocou-se contra outro barco e afundou com a carga. O proprietário do barco naufragado demandou a empresa de rebocadores pela negligência de seus trabalhadores na operação. A demandada, por sua vez, contestou alegando que o demandante fora também negligente, porque nenhum empregado da empresa estava a bordo da embarcação no momento em que a tripulação do rebocador deveria manipular os cabos. Se a operação tivesse contado com a presença de um agente capacitado – sustentou a demandada – poderia ter-se realizado corretamente.

O magistrado entendeu que não havia nenhuma norma específica que determinasse se era ou não obrigatório que houvesse um agente da empresa autora da ação em sua embarcação nessas condições e, por isso, só restava estabelecer se essa ausência era ou não culpável de acordo com as normas gerais, e que a decisão sobre esse ponto definiria a questão. (p. 20).

O juiz sustentou a respeito:

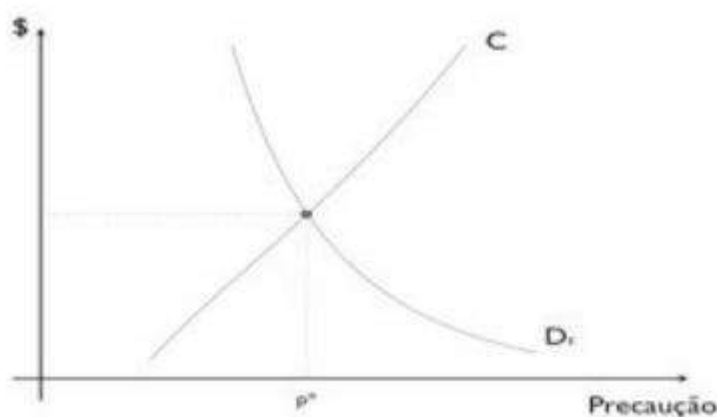
[...] a obrigação do proprietário em tomar as medidas contra danos resultantes é uma função de três variáveis: (1) a probabilidade de que o barco se solte de sua amarra, (2) a gravidade do dano resultante caso este ocorra, (3) o custo de adoção das precauções adequadas. Possivelmente seria conveniente expressar essa noção em termos algébricos: se chamamos P a probabilidade, L os danos e B o custo da adoção das medidas de precaução, a responsabilidade depende de que B seja menor que L multiplicado por P, isto é, se $B < PL$ (esta ação será culpável).

No caso, Hand concluiu-se que a omissão da autora, ao deixar a embarcação amarrada sem pessoal a bordo, devia ser considerada, efetivamente, culpável. Em resumo, Learned Hand descreveu o dever de cuidado como uma função de três variáveis: (1) a probabilidade de ocorrência do dano (P – probability); (2) a gravidade do dano se o acidente vier a ocorrer (L – losses); e (3) o custo da precaução adequada (B – burden). Portanto, de acordo com a solução de Hand, há culpa

quando o investido em prevenção é menor do que os danos esperados.

A representação gráfica da fórmula de Hand é a seguinte:

Figura 1 - Fórmula de Hand



Fonte: ANTÔNIO JOSÉ MARISTRELLO PORTO, 2012, p. 65.

C = custo marginal de precaução

DE = dano esperado marginal = pd

p = probabilidade marginal de ocorrência de dano

d = dano marginal

O Custo Marginal representa o acréscimo de custo total que ocorre quando se aumenta a quantidade de bens produzida em uma unidade (ou a redução de custo total após a redução em uma unidade na quantidade produzida). Pela Lei dos Rendimentos Marginais Decrescentes, os Custos Marginais são crescentes à medida que se vão produzindo mais unidades do bem pois, a partir de certo ponto, para conseguir mais uma unidade produzida é necessário acrescentar cada vez mais unidades do fator produtivo.

Pessoas racionais decidem "na margem", ou seja, a escolha é feita quando o benefício marginal de uma decisão exceder o custo marginal. Muitas decisões só têm sentido se feitas na margem, ou seja, considerando não grandezas totais (como custos ou receitas), mas os acréscimos a esses valores associados à decisão considerada.

De acordo com o gráfico, qualquer nível de precaução inferior a "p" constituirá uma conduta culposa e qualquer nível superior de precaução será excessivo, logo,

ineficiente.

Após a análise conceitual da Fórmula de Hand, vale demonstrar na prática a sua aplicação em diferentes ordenamentos jurídicos:

a) Corte Americana – *Hendricks v. Peabody CoalCo.* (1969)

A empresa proprietária de uma mina de carvão abandonada foi considerada negligente e condenada a indenizar pelos danos sofridos por um jovem de 16 anos, que se lesionou gravemente em uma rocha submersa, enquanto se banhava em um espelho de água formado pelas chuvas. A Corte fundamentou sua decisão considerando que o custo de precaução, qual seja a eliminação ou drenagem do espelho d'água era estimado entre US\$ 12 mil a US\$ 14 mil, montante inferior aos US\$ 200.000,00 sofridos pelo jovem, pelos custos hospitalares e outros. Desse modo, a empresa foi negligente em não adotar medidas preventivas alternativas, de baixo custo, como a restrição ao acesso com o isolamento da área e/ou colocação de placas proibitivas de sinalização.

b) Tribunal Inglês – *Bolton v. Stone* (1951)

O caso decorre de um rebatedor do jogo de críquete que, durante uma partida, atirou uma bola por cima de uma cerca, atingindo uma pessoa que passeava em uma via próxima. A *House of Lords* (Tribunal de Justiça na Grã-Bretanha) considerou que não havia negligência do clube de críquete, visto que o risco de ocorrer um acidente era muito baixo, pois, conforme restou evidenciado, durante 90 anos da prática do esporte ninguém havia se acidentado, e a bola só foi atirada fora dos limites do campo em apenas seis oportunidades. Ademais, houve a adoção de medidas razoáveis de precaução, como a existência de uma cerca de proteção de 8,5 metros de altura, o que dificultava a passagem da bola. De acordo com o juiz relator do caso:

[...] em meu julgamento, o teste a ser aplicado aqui é se o risco do dano a uma pessoa na estrada era tão pequeno que um homem razoável na

posição dos apelantes, considerando o problema do ponto de vista da segurança, julgasse correto não tomar providências que evitassem o perigo.

c) Tribunal Brasileiro – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O TJSP caracterizou a negligência da conduta da Companhia de Saneamento Básico de São Paulo (SABESP), condenando-a ao pagamento de indenização por danos materiais à Gival Pereira da Cruz, em decorrência da morte por afogamento de dois de seus filhos, que se banhavam no rio Juqueri, em local próximo a ponto de captação de água que integra o sistema de abastecimento, operado pelo Ente Público.

O desembargador Ronaldo Frigini, relator do caso, considerou que:

[...] o local dos fatos, como apontado pela ré, é perigoso e não deve ser utilizado por terceiros para nenhum fim, tanto que na época havia placas com os dizeres PERIGO DE MORTE. CANAL PROFUNDO E FORTES CORRENTEZAS. PROIBIDO PRATICAR ESPORTE MOTORIZADO. PRESERVE SUA VIDA E O MEIO AMBIENTE. Em verdade, cabia a SABESP impedir o acesso à área do acidente pelos moradores da região ou por qualquer pessoa. Tanto é verdade que, após o infortúnio, contratou um funcionário para fiscalizar a área ininterruptamente. Ora, a necessidade de maior vigilância resulta até mesmo da própria dinâmica da narrativa do local e dos fatos pela requerida em sua contestação. Se ela própria reconhece a periculosidade natural do lugar não poderia ficar na tranquilidade de apenas duas placas com dizeres incisivos, mas não totalmente explicativos. Não necessitava aguardar o trágico evento para, só depois, adotar as medidas necessárias. (Apelação Cível n. 422.298.5/4-00).

Constata-se, desse modo, que, ao contrapor a probabilidade de ocorrência de acidentes graves e as medidas adicionais de precaução passíveis de adoção com objetivo de evitar o acidente, como a contratação de funcionário para fiscalizar a área, o TJSP, implicitamente, aplicou os fundamentos da Fórmula de Hand como critério de determinação da negligência da conduta do Ente Público. O dano esperado era maior que os custos de precaução que a empresa poderia adotar para evitar o acidente.

Segundo Eugênio Battesini (2011), aplicar a responsabilidade subjetiva, exige a tomada de dois tipos de decisão por parte do juiz: primeiro, ele deve estabelecer o parâmetro de diligência aplicável ao caso (qual o comportamento abstrato); e, segundo, deve compará-lo à conduta efetivamente adotada.

Sob a perspectiva econômica, a primeira decisão envolve a determinação de

um nível razoável de precaução exigível para o caso concreto (algo equivalente ou aproximado ao nível ótimo), enquanto a segunda envolve uma confrontação entre o nível razoável estabelecido e o nível efetivamente adotado.

A Fórmula de Hand evidencia que, para a aferição da culpa, e conseqüente aplicação da responsabilidade subjetiva, é relevante ponderar os custos e benefícios de se evitar o dano. Entretanto, tal análise requer a obtenção de diversas informações, seja por parte do ofensor, da vítima, do juiz, do legislador ou do órgão regulador.

A objetividade matemática da solução proposta por Hand, embora sedutora, possui algumas dificuldades. Ela depende de dados estatísticos de probabilidade, que, em grande parte dos casos, não são facilmente obtidos. Depende também da aferição dos custos de prevenção, os quais não costumam ser divulgados pelas empresas e, quando o são, nem sempre são plenamente confiáveis, entre outras informações necessárias para aplicação da regra.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, prescinde de culpa, satisfazendo-se com a existência do dano e do nexo de causalidade e está respaldada, sobretudo, na teoria do risco.

Acerca da teoria do risco, esclarece Carlos Roberto Gonçalves (2011): “a obrigação de reparar um dano surge do simples exercício da atividade que o agente desenvolve em seu interesse e sob seu controle, em função do perigo que dela decorre para terceiros.” (p. 486).

Houve uma evolução substancial na compreensão da responsabilidade civil objetiva no Direito brasileiro. A “Teoria do Risco” foi fundamental para afastar o elemento da culpa dos atos ilícitos, já que não se discute culpa, pois todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.

A própria natureza da atividade traz consigo riscos que podem afetar o funcionamento normal da comunidade, com potencialidade lesiva, sendo que o dever de segurança deve guiar esse tipo de atividade. A título de exemplos, pode-se elencar o transporte aéreo, exploração de produtos radioativos, inflamáveis, tóxicos, entre outros.

Landes e Posner (1987) consideram os seguintes fatores para aplicação da responsabilidade objetiva: elevados danos esperados com o acidente, impossibilidade de evitá-los mediante o exercício de elevada precaução e a

viabilidade de reduzi-los pela restrição ou realocação da atividade. O primeiro fator, quando presente, evidencia substanciais benefícios sociais associados à redução do nível de acidentes. O segundo demonstra que tal redução não pode ser economicamente alcançada apenas conduzindo a atividade com maior precaução. E o terceiro, por fim, indica que a redução das taxas de acidente talvez possa ser economicamente alcançada com a redução ou eliminação da atividade, uma vez que não implicará em grandes perdas sociais.

Para compreender como tais regras atuam na redução do número de acidentes e qual oferece maior proteção ou melhores incentivos para que as partes adotem comportamento eficientes, a abordagem econômica da responsabilidade civil construirá diversos modelos.

5.3 Modelos econômicos da responsabilidade civil – análise de diferentes cenários – Teoria dos Jogos

Os modelos teóricos da análise econômica da responsabilidade civil buscam identificar os incentivos que diferentes regras de responsabilização criam sobre as partes envolvidas em atividades com risco de acidentes, em especial, os proporcionados pelas regras de responsabilidade subjetiva e objetiva.

Observa-se que, se potenciais causadores de danos não são responsabilizados, estes não contam com incentivos para adotar medidas de prevenção, uma vez que os custos da vítima representam uma simples externalidade. Contudo, se as vítimas esperam ser sempre compensadas plenamente, tampouco terão incentivos para tomar precaução.

A Fórmula de Hand fornece um critério para estabelecimento do nível ótimo de precaução do ofensor, porém não leva em conta o comportamento ou conduta da vítima, não sendo suficiente para se aferir uma regra da responsabilidade civil. A conduta da vítima pode interferir decisivamente na probabilidade de ocorrência de eventos danosos, ao mesmo tempo em que as medidas de precaução mais eficientes e menos custosas podem ser aquelas adotadas pelas vítimas.

Cooter e Ulen (2010) colocam que, ao se analisar a eficiência de determinada regra de responsabilização civil, não se pode deixar de levar em consideração os

incentivos gerados para que a vítima se comporte de forma desejável.

No ordenamento jurídico brasileiro, duas modalidades são classificadas pela doutrina: culpa concorrente e culpa exclusiva da vítima. A atuação exclusivamente culposa da vítima tem o condão de quebrar o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade civil. A culpa exclusiva da vítima não está expressa na legislação civil, mas advém da construção doutrinária e jurisprudencial, conforme entendimento de José Aguiar Dias (1994):

Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pelo qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso. (p. 693).

O exemplo mais divulgado sobre culpa exclusiva da vítima diz respeito ao sujeito que, visando suicidar-se, arremessa-se sob o carro em movimento. Esse evento danoso não pode ser atribuído ao motorista que conduzia o veículo de forma compatível com as regras de trânsito, e tão-somente à vítima, que exclusivamente deu causa ao resultado final.

Referente à culpa concorrente, esta está tipificada no Código Civil Brasileiro, em seu artigo 945: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” (n. p.).

Richard Posner denomina a culpa concorrente de “negligência contributiva”, na qual a vítima contribui para a ocorrência do resultado.

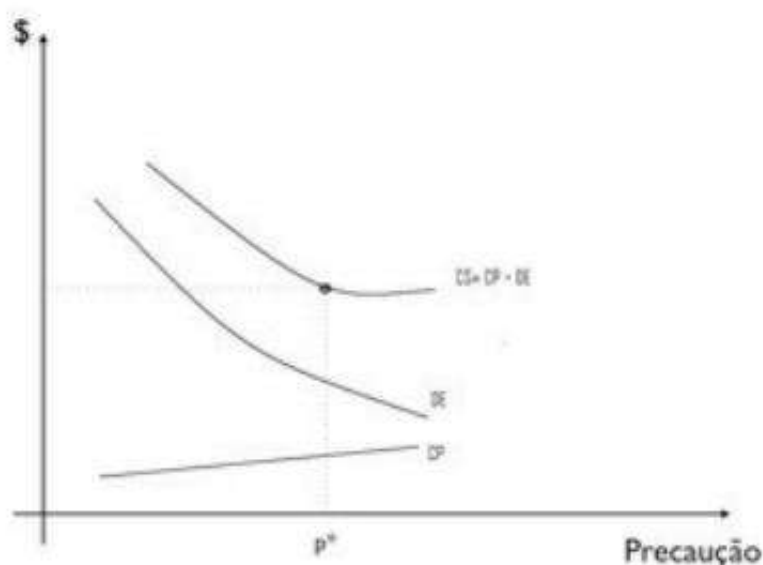
O seguinte exemplo ilustra essa situação: caso B estacionasse a uma distância de pelo menos 20 metros da curva, a chance de ocorrência de uma batida seria reduzida de 0,1% para 0,05%, a um custo de apenas R\$ 5,00 para B. Pergunta-se: seria desejável que essa medida de precaução fosse adotada por B? A resposta é “sim”, pois o benefício marginal (R\$ 10,00) é superior ao custo marginal de precaução (R\$ 5,00), fazendo com que B adote essa medida de precaução. Todavia, em um cenário de responsabilidade ilimitada do ofensor, B poderia não se dar ao trabalho de adotar tal medida, por saber que seria ressarcido de qualquer maneira, caso a batida ocorresse. Não haveria incentivos para que B adotasse uma medida de precaução. Portanto, pode-se concluir que o nível ótimo de precaução do ofensor, em geral, depende do nível de precaução adotado pela vítima, e vice-versa.

Há certamente uma relação de interdependência das condutas do ofensor e da vítima.

De acordo com Cooter e Uler (2010), o modelo econômico da responsabilidade civil tem por base dois elementos: o custo de precaução e o custo do prejuízo ou dano esperado. Tal modelo considera que a probabilidade de acidente diminui com o aumento da precaução. Contudo, adotar medidas de cuidado implica gastos, de modo que, quanto maior o nível de cuidado adotado pelo autor, maiores serão os custos envolvidos.

A Fórmula do Custo Social se baseia no modelo que estipula a minimização de uma função dos custos sociais, em outros termos, no custo do dano e no custo de se evitar o dano. A fórmula retira o foco da análise da conduta de cada agente (ofensor e vítima). O custo social (CS) é a soma do custo de exercício de precaução e o dano esperado ($CS = CP + DE$).

Figura 2 – Fórmula do Custo Social



Fonte: XXX (xxxx), p. xx.

CS = Custo Social

CP = Custo do Exercício de Precaução

DE = Dano Esperado

Em observância à FIG. 2, o nível de precaução ótimo “p” seria aquele que

minimiza a função de custo social. Neste caso, “p” não nos informa o nível de precaução ótimo de cada agente, mas sim uma medida de precaução social, resultante da interação das condutas do ofensor e da vítima. A fórmula de Hand e a fórmula do custo social são complementares, pois oferecem um panorama mais amplo da conduta de todos os agentes envolvidos.

Portanto, há um inter-relacionamento entre as condutas da vítima e do ofensor, já que a conduta adotada por um dos agentes modifica o cenário que se apresenta o outro agente.

A responsabilidade civil pode ser empregada em diversos cenários, com base no diagrama proposto pela Teoria dos Jogos. A partir de cada situação, procura-se estabelecer quais são os níveis de precaução que ofensor e vítima podem estabelecer.

Frequentemente, existem situações em que há poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima para uma pessoa depende do que o outro agente econômico possa escolher. Essas situações assemelham-se a jogos, na medida em que as pessoas precisam adotar determinada estratégia, também conhecido como comportamento estratégico.

Na teoria da microeconomia de formação de preços, pressupõe-se que os agentes econômicos são racionais e buscam maximizar sua riqueza, na medida em que as oportunidades disponíveis para um indivíduo são consideradas independentes das escolhas de outros agentes. Entretanto, as oportunidades econômicas disponíveis para um agente podem depender das escolhas feitas por outros agentes, a exemplo da celebração de contratos.

Seguindo o exemplo do motorista e eliminando onexo de causalidade, tem-se que o resultado eficiente é encontrado quando ofensor e vítima tomam medidas de precaução simultâneas, ou seja, o ofensor reduz a velocidade e a vítima estaciona o carro longe da curva. A probabilidade de ocorrência da batida será de 0,1% quando ambos deixam de exercer precaução; de 0,05% quando apenas um dos agentes exerce precaução; e de 0,02% quando ambos exercem precaução. O custo para ambos tomarem precaução é de R\$ 5,00, e o montante do dano em caso de acidente é de R\$ 20.000,00.

5.3.1 1º Cenário: ausência de responsabilidade civil

Quando há ausência de responsabilidade civil, o ofensor nunca será responsabilizado por eventuais danos que venham causar à vítima. Nesse tipo de situação, o ofensor tem pouco ou nenhum incentivo para incorrer no custo do exercício de precaução.

Quadro 1 – Ausência de responsabilidade civil

		VÍTIMA	
		EXERCE PRECAUÇÃO	NÃO EXERCE PRECAUÇÃO
OFENSOR	EXERCE PRECAUÇÃO	-R\$ 5,00; -R\$ 9,00	-R\$ 5,00; -R\$ 10,00
	NÃO EXERCE PRECAUÇÃO	R\$ 0,00; -R\$ 15,00	R\$ 0,00; -R\$ 20,00

Fonte: Elaborado pela autora.

Nesse caso, a vítima arca com o dano esperado (DE) e o custo de precaução (CP), ao passo que o ofensor arca somente com o custo de precaução — o ofensor tende a optar por não incorrer no custo de precaução de R\$ 5,00, em face da alternativa de nada pagar.

Conforme observado pelo professor Antonio Maristrello (2012), as pessoas tendem a reagir a incentivos e podemos afirmar com algum grau de certeza que um número menor de ofensores adotaria precaução caso vigorasse a regra da ausência da responsabilidade civil.

5.3.2 2º Cenário: responsabilidade civil ilimitada

No segundo cenário, o ofensor arca sempre com o dano esperado e com seu

custo de precaução, ao passo que a vítima arca somente com seu custo de precaução. Como o ofensor arca com o valor integral no ressarcimento do dano, a vítima não tem incentivos para arcar com o custo de precaução, o que gera uma situação ineficiente para a economia, além de custos sociais, de acordo com a AED.

Quadro 2 – Responsabilidade Civil Limitada

		VÍTIMA	
		EXERCE PRECAUÇÃO	NÃO EXERCE PRECAUÇÃO
OFENSOR	EXERCE PRECAUÇÃO	-R\$ 9,00; -R\$ 5,00	-R\$ 15,00; R\$ 0,00
	NÃO EXERCE PRECAUÇÃO	-R\$ 10,00; -R\$ 5,00	-R\$ 20,00; R\$ 0,00

Fonte: Elaborado pela autora.

Verifica-se que a vítima tem poucos incentivos para exercer a precaução. Quando vítima e ofensor exercem precaução, tem-se um custo social de R\$ 14,00 ($R\$9 + R\$5 = R\$14$), ao passo que quando somente o ofensor exerce precaução, o custo social fica em R\$ 15,00. A regra deve procurar um ponto ótimo para que dê eficiência à economia e dinamismo às relações sociais, razão pela qual os extremos devem ser rechaçados, a exemplo do cenário de ausência da responsabilidade civil e de responsabilidade civil ilimitada.

5.3.3 3º Cenário: responsabilidade civil subjetiva

O terceiro cenário está sustentado na responsabilidade civil subjetiva, quando o ofensor age com culpa. No QUADRO 3, o critério de caracterização de culpa será proposto com base na Fórmula de Hand — o ofensor age com culpa se deixar de reduzir a velocidade, uma vez que o custo em que arca para tomar essa medida de precaução é inferior à redução do dano esperado.

Quadro 3 – Responsabilidade civil subjetivada

		VÍTIMA	
		EXERCE PRECAUÇÃO	NÃO EXERCE PRECAUÇÃO
OFENSOR	EXERCE PRECAUÇÃO	-R\$ 5,00; -R\$ 9,00	-R\$ 5,00; -R\$ 10,00
	NÃO EXERCE PRECAUÇÃO	-R\$ 10,00; -R\$ 5,00	-R\$ 20,00; R\$ 0,00

Fonte: Elaborado pela autora.

Em análise à tabela, o ofensor tende a exercer precaução, pois o gasto para exercer alguma medida (R\$ 5,00) é bem menor que o prejuízo para o dano esperado, fazendo com que o exercício de precaução seja uma estratégia dominante para o ofensor. Cumpre observar que a Fórmula de Hand imputa ao ofensor todos os custos que integram a fórmula do custo social, que esse age com culpa. Contudo, a vítima não possui estratégia dominante, apesar de preferir exercer precaução, dado que para o ofensor é igualmente vantajoso exercer precaução. Quando o ofensor adota o nível ótimo de precaução, a vítima passa a arcar com todos os custos que integram a fórmula do custo social. Desse modo, o cenário da responsabilidade civil subjetiva gera incentivos para que os agentes (ofensor e vítima) adotem níveis ótimos de precaução, com a definição do critério de culpa.

5.3.4 4º Cenário: responsabilidade civil objetiva

Sob o cenário da responsabilidade civil objetiva, o ofensor arca, em regra, com dano, com exceção da incidência da regra da culpa exclusiva da vítima. No modelo proposto, adotaremos que a responsabilidade será do ofensor em todos os casos, exceto quando a vítima agir com culpa exclusiva, com base na Fórmula de Hand. O QUADRO 4 demonstra a matriz de possibilidades.

Quadro 4 – Responsabilidade civil objetiva

		VÍTIMA	
		EXERCE PRECAUÇÃO	NÃO EXERCE PRECAUÇÃO
OFENSOR	EXERCE PRECAUÇÃO	-R\$ 9,00; -R\$ 5,00	-R\$ 5,00; -R\$ 10,00
	NÃO EXERCE PRECAUÇÃO	-R\$ 10,00; -R\$ 5,00	R\$ 0,00; -R\$ 20,00

Fonte: Elaborado pela autora.

Quando o ofensor exerce ou não precaução, a resposta menos custosa para a vítima é exercer precaução (R\$ 5,00), sendo que o exercício de precaução nesse jogo é uma estratégia dominante para a vítima. Por seu turno, o ofensor não possui estratégia dominante, apesar de sabermos que a vítima tende a exercer precaução, o que implica, inevitavelmente, que o ofensor também exerça precaução. A escolha dos níveis ótimos de precaução redundará na minimização dos custos privados e também dos custos sociais, pensando em uma escala macroeconômica.

Pode-se dizer que a escolha entre uma regra e outra dependerá do que for considerado mais benéfico para a sociedade. De fato, existem dificuldade sem se alcançar os dois objetivos (aumentar a precaução e reduzir o nível de atividades arriscadas), cabendo ao poder público recorrer a mecanismos que buscam atingir o equilíbrio desejável.

5.4 Flexibilização dos pressupostos – nível de informação, custos administrativos e nível de aversão ao risco

A análise dos modelos de responsabilidade civil pode ser realizada com a incorporação de outros fatores, como nível de informação sobre o risco da atividade, influência dos seguros e custos administrativos.

Conforme destaca Battesini (2011):

[...] a flexibilização de determinados pressupostos dos modelos teóricos básicos permite evidenciar como opera o sistema de responsabilidade civil quando se consideram dimensões mais amplas do que o nível de precaução e o nível de atividade das partes envolvidas em condutas com risco de acidente. (p. 156).

O rigor formal dos modelos é amenizado de modo a considerar que as partes contam com diferentes níveis de informação acerca da probabilidade e severidade dos danos, diferentes níveis de aversão ao risco, bem como as escolhas são influenciadas pelos custos administrativos. Dessa forma, os modelos ganham em complexidade e perdem em preditivo à medida que novas variáveis são incorporadas à análise.

O primeiro pressuposto a ser flexibilizado é o de que autor e vítima são perfeitamente informados acerca da probabilidade e da severidade dos danos associados aos diversos níveis de precaução da atividade. Destaca-se que o nível de informação de que dispõem terá impacto sobre o funcionamento do sistema jurídico de alocação de danos.

A partir dessa análise, é possível ingressar em um novo campo de investigação: as relações de mercado. Por exemplo, o nível de informação dos consumidores será relevante tanto para a eficiência dos incentivos proporcionados pelas regras de responsabilização, quanto para a própria dinâmica mercadológica.

Considere que o autor é uma empresa que comercializa seus produtos ou serviços em um mercado competitivo e que a vítima se relaciona com a empresa contratualmente ou via sistema de preços (consumidor). A distribuição de informação pode ser simétrica (quando as partes são perfeitamente informadas sobre o risco da atividade) ou assimétrica (quando o autor é perfeitamente informado e a vítima dispõe de informação imperfeita, subestimando os riscos inerentes à atividade).

Nesse contexto, novas variáveis serão consideradas: o preço e os custos de produção dos produtos. O bem-estar social, nesse momento, levará em conta custos e benefícios sociais ligados à produção e equivalerá à soma das utilidades de todas as partes envolvidas em atividades com risco de acidentes (empresas, consumidores, etc.), deduzidos os respectivos custos de prevenção e danos esperados.

Conforme elucida Battesini (2011):

O principal aspecto da análise é que a disposição dos consumidores em adquirir um produto ou serviço será afetada por sua percepção sobre a situação de risco. Desse modo, as empresas contam com incentivos para reduzi-lo, não apenas para evitar a responsabilização, mas também para ganhar competitividade. (p. 158).

Quando o consumidor dispõe de informação perfeita, o próprio mercado proporciona resultados eficientes quanto aos níveis de precaução e de atividade da empresa, seja qual for o regime de responsabilidade adotado.

No entanto, quando a percepção dos consumidores acerca dos riscos inerentes ao produto é deficiente, os incentivos criados pelas regras de responsabilidade são significativamente alterados. Nesse contexto, não conseguem identificar se o preço do produto comercializado reflete ou não o potencial risco de acidente, bem como o subestimam e acabam por optar por aquele produto que oferece menor preço.

Steven Shavell (2004) destaca que nenhuma empresa desejará incorrer em custos adicionais com a segurança se os consumidores não reconhecem e não as recompensam pagando mais pelos produtos. Portanto, a responsabilidade é necessária para induzir empresas a adotarem o nível ótimo de cuidado.

O segundo pressuposto a ser flexibilizado considera que as partes envolvidas em atividades de risco de acidente não são influenciadas pelos custos administrativos ¹⁰ ao tomarem suas decisões. Contudo, tais custos, além de representarem um dispêndio substancial de recursos, afetam os incentivos criados pelas regras de responsabilização.

A quantidade de ações tende a ser maior sob o regime de responsabilização objetiva quando comparado com o de responsabilização subjetiva. Sob o primeiro regime, a vítima terá incentivos para reivindicar indenização sempre que o prejuízo dela exceder os custos esperados com o processo. Sob o segundo regime, a vítima não terá sempre tais incentivos, visto que terá que comprovar a culpa do autor.

Os exemplos mais claros de efeitos negativos da assimetria de informação sobre o mercado estão resumidos nos conceitos de seleção adversa e risco moral (moral hazard).

¹⁰ Custos administrativos são os custos (legais ou não) com os quais as partes deverão arcar para solucionar os seus conflitos, tanto judicial quanto administrativamente, o que inclui os custos de oportunidade, as despesas com advogado, os gastos com processo judicial, entre outros.

A seleção adversa consiste, justamente, no efeito que a assimetria de informação produz na escolha do agente. Dada a incapacidade de o contratante distinguir o “bom” e o “ruim”, pela falta de conhecimentos, os bons (fornecedores, contratados, segurados) tendem a afastar-se de mercado em que a assimetria de informação é crítica, com o objetivo de não serem contaminados pelos problemas de má qualidade, reputação, etc, que afetam determinado mercado. Como exemplo, está o mercado de carros usados: como só o dono do carro consegue precisar onde estão os problemas do veículo, o consumidor tende a olhar com desconfiança para esse mercado. Daí a opção mais frequente pelo carro “zero km” ou pela procura por concessionárias, que, embora vendam o produto a preços superiores, conferem maior garantia à venda (benefício para o consumidor) e elevam a expectativa de qualidade do veículo (benefício para o vendedor de produto de boa qualidade).

O risco moral, por sua vez, decorre de comportamento *ex post*, ou seja, assumido por indivíduo segurado que toma atitude de risco por saber-se coberto. A assimetria é *ex post* porque, no momento em que assume o risco, ele já é segurado. E mais: decorre, também, do fato de que, independentemente de o agente ter estado fora do grupo de risco anteriormente à contratação, a condição de segurado costuma elevar a sua propensão ao risco - o qual, por sua vez, está diluído entre todos os segurados. Ou seja, o comportamento de risco surge, também, como uma consequência indesejada da condição de segurado. Exemplo disso, está no comportamento esperado dos grandes bancos. Em razão da comoção pública que ocorreria em caso de falência de um grande banco - o que levaria à perda das economias de uma vida de milhares de famílias, determinados bancos são administrados na certeza de que podem assumir determinados riscos que, no limite, seriam cobertos pelo Estado (*too big to fail*).

No âmbito jurídico, a jurisprudência propaga informações inexatas e equivocadas sobre os custos, o que leva a resultados indesejados, uma vez que oferece incentivos adversos para os agentes. O Poder Judiciário, uma vez que não possui um entendimento uniforme sobre o caso, leva a situações de insegurança jurídica.

Desse modo, os custos administrativos e de informações têm papel importante na realidade jurídica e precisam ser bem dimensionados para que os agentes se sintam inclinados a adotar medidas de precaução. A regra da responsabilidade civil objetiva é mais eficiente para as situações de dano unilateral,

por dispensarem a caracterização de culpa e atingirem o resultado eficiente. A vítima, por vezes, tem dificuldade de produzir prova da culpa do ofensor e, nesse caso, a responsabilidade objetiva afasta a necessidade de comprovação de culpa.

O terceiro e último pressuposto diz respeito ao nível de aversão ao risco, do qual as partes envolvidas em atividades arriscadas são neutras em relação ao risco. Quando adotam a posição de neutralidade perante o risco, tomam decisões considerando apenas os custos e os benefícios envolvidos na atividade. Contudo, muitas vezes, autor e vítima não estão dispostos a assumir riscos, sobretudo quando as perdas esperadas são elevadas.

Para Steven Schavell (2004), o problema com acidentes envolve não apenas o objetivo de reduzir seus riscos, mas também o de alocá-los adequadamente, para que a pessoa avessa ao risco não tenha que suportá-los. A parte que tem aversão ao risco se preocupa não só com o valor esperado do prejuízo, mas também com a sua possível magnitude.

Em geral, esses indivíduos recorrem a mecanismos de proteção como o seguro. Eles podem, inclusive, optar por reduzir o nível de atividade e, em casos mais extremos, deixar de realizar a atividade de risco, o que afeta a alocação dos recursos no mercado, a utilidade esperada dos indivíduos e, conseqüentemente, o nível de bem-estar social.

Schavell (2004) destaca que o bem estar social depende não apenas dos fatores enfatizados nos capítulos anteriores – positivamente, os benefícios obtidos pelas partes ao exercerem suas atividades e, negativamente, os custos de precaução e dos danos esperados com acidentes – mas também se a parte aversa ao risco o suporta. Segue-se que, sob uma solução socialmente ideal para o problema dos acidentes, duas coisas serão verdade: ou as partes avessas ao risco não se engajarão em atividades de risco socialmente desejáveis ou não suportarão os riscos, o que quer dizer, os riscos serão distribuídos mediante contratos de seguro ou serão deslocados para a parte neutra a ele.

A solução para o problema da alocação dos riscos de acidente pode ser obtida com o deslocamento do risco da parte avessa para a parte neutra a ele, ou com a repartição entre as partes, situação que reduz a magnitude dos danos para ambas as partes. Nesse contexto, os mecanismos de distribuição e de alocação de riscos, em especial o sistema de responsabilidade civil e de seguro, exercem um importante papel.

Os incentivos criados pelas regras de responsabilidade civil são alterados quando autor e vítima podem obter seguro contra acidentes.¹¹

O seguro é perfeito e acessível às partes e, em qualquer regime de responsabilidade adotado, será eficiente quanto à alocação do risco, haja vista que ele afasta o risco da parte avessa a ele. Entretanto, é um sistema de eficácia relativa:

Em geral, o seguro transfere os riscos da parte segurada para a seguradora. Transferir é outro nome para externalizar. A externalização do risco dá ao segurado um incentivo para reduzir suas precauções. A indústria de seguros chama a redução da precaução causada pelo seguro de risco moral. (COOTER; ULEN, 2010, p. 369).

6 PUNITIVE DAMAGES – CONCEITO E APLICABILIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Danos punitivos, algumas vezes chamados de danos exemplares ou vingativos, ou, ainda, de “dinheiro esperto”, consistem em uma soma adicional, além da compensação ao réu pelo mal sofrido, que lhe é concedida com o propósito de punir o acusado, de admoestá-lo a não repetir o ato danoso e para evitar que outros sigam o seu exemplo. (PROSSER; WADE; SCHWARTZ apud MORAES, 2003, p. 7).

Com o surgimento da *Law of Torts*, característica da *Common Law*, pode-se dizer que a primeira vez em que se teve notícia dos *punitive damages* foi no ano de 1763, no caso *Wilkes v. Wood*. Andrade (2009) explica:

No common law, a primeira articulação explícita da doutrina dos punitive damages remonta a 1763 e é encontrada no julgamento do célebre caso *Wilkes v. Wood*. O nº 45 do jornal semanal *The North Briton* publicara um artigo anônimo de conteúdo alegadamente ofensivo à reputação do rei George III e de seus ministros. Em consequência, Lord Halifax, secretário de Estado do rei, determinou a expedição de mandado genérico (*general warrant*), autorizando a prisão dos suspeitos de envolvimento na publicação do artigo, sem identificá-los nominalmente. Foram presas 49 pessoas, dentre as quais o autor do artigo, John Wilkes, inflamado membro da oposição no Parlamento. Mensageiros do rei invadiram e reviraram a casa de Wilkes, forçando gavetas e apreendendo livros e papéis provados, sem inventariá-los. Wilkes, então, ajuizou uma *action for trespass* contra Mr.

¹¹ O seguro é um sistema privado de direito da responsabilidade civil que realoca os custos de acidentes de acordo com contratos entre segurados e seguradoras.

Wood, subsecretário de Estado, que havia pessoalmente supervisionado a execução do mandado. Demandou *exemplary damages*, ao argumento de que uma indenização de reduzido valor não seria suficiente para impedir a prática de condutas semelhantes. O júri estabeleceu a soma, considerável para a época, de £1000 (mil libras) a título de *punitive damages*. O mesmo episódio deu origem ao caso *Huckle v. Money*. *Huckle*, um modesto tipógrafo, foi detido com base no mesmo mandado genérico. Por essa razão, ajuizou *uma action for trespass, assault and imprisonment*. Embora os relatos do caso indiquem que ele tinha sido confinado por apenas seis horas e, nesse período, tenha recebido tratamento consideravelmente civilizado e cortês, o júri estabeleceu em seu favor *punitive damages* no montante de £300 (trezentas libras), quase trezentas vezes o salário semanal que ele recebia de seu empregador. Em apelação, o réu admitiu sua responsabilidade, mas sustentou que a indenização era excessiva dado o curto período de tempo de confinamento e o civilizado tratamento dispensado à vítima, assim como a baixa renda e a posição econômica desta. Essa argumentação foi rejeitada por Lord Chief Camden, que observou que, se o júri tivesse considerado apenas o dano pessoal, "talvez £20 (vinte libras) de indenização pudessem ser consideradas suficientes", mas concluiu que o júri fez bem em estabelecer *exemplary damages*, por entender que um policial entrar na casa de um homem com base em um mandado genérico, sem indicação do nome do investigado, para procurar evidências constitui um dos mais ousados ataques à liberdade individual. Esses precedentes assentaram as bases da doutrina dos *punitive ou exemplary damages*, que poderiam ser invocados para punir ofensores em casos de malícia, opressão ou fraude, ou seja, em casos nos quais o ato ilícito foi praticado de forma especialmente ultrajante. (p. 178-180).

Notavelmente, nos Estados Unidos, a Teoria do *punitive damages* encontrou um solo fértil e desenvolveu-se de forma estrondosa, gerando célebres casos de indenizações milionárias, mormente no âmbito da responsabilidade extracontratual.

A aplicabilidade acentuada do *punitive damages* nos Estados Unidos justifica-se pelo espírito pragmático dos povos anglo-americanos e decorre, igualmente, do estilo de vida patrimonialista da sociedade americana. As indenizações punitivas assumem proporções vultosas, típicas de uma sociedade altamente industrializada e economicamente rica. (REIS, 1998).

O instituto do *punitive damages*, também conhecido como "*exemplary damages*", "*vindictive damages*", ou ainda "*smart money*", busca a imputar uma indenização pecuniária ao ofensor, capaz de puni-lo pelo ato ilícito praticado, visando, assim, inibir a repetição da conduta danosa e ainda servir de exemplo para a sociedade, servindo como uma ferramenta preventiva contra o cometimento de atos ilícitos.

No conceito de Andrade (2009), os danos punitivos constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, aliciação ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é

especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria.

Essa definição encontra respaldo (especialmente no que diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta do ofensor) nos critérios criados pela Suprema Corte norte-americana para a possibilidade de avaliação do pedido de danos punitivos em uma ação, quais sejam: 1) grau de repreensibilidade da conduta do ofensor, 2) relação com o dano sofrido pela vítima e 3) sanções eventualmente previstas em lei ou em regulamentos por condutas semelhantes àquelas praticadas pelo ofensor.

No Brasil, há um esforço doutrinário em afastar a possibilidade de aplicação das indenizações punitivas, parte pela confusão que se faz quando aplicadas em associação a indenizações por danos morais e também parte pela aversão natural à importação de institutos estrangeiros ao sistema pátrio.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Junior (2010) afirma o seguinte:

Se no Direito Norte-Americano pode acontecer o emprego da indenização do dano moral como meio punitivo, aqui, entre nós, o uso da sentença civil para transformar a indenização do prejuízo individual em pena, sem que lei alguma autorize, ofende a garantia constitucional do *nulla poene sine lege*. (p. 49).

A garantia constitucional mencionada pelo autor diz respeito ao artigo 5º, XXXIX, da Constituição brasileira: “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (n. p.).

Esse e outros argumentos reprovam a aplicação do *punitive damages*, tais como, a existência de outras instâncias de responsabilização, mais afetas à punição de condutas repreensíveis (Direito Penal e Direito Administrativo); a progressiva desvinculação da responsabilidade civil em face do elemento culpa; o mandamento literal do caput do art. 944 do Código Civil, segundo o qual “[...] a indenização mede-se pela extensão do dano.” (n. p.).

Noutro giro, há autores que entendem ser razoável aplicar o critério punitivo no arbitramento da indenização.

Nelson Rosenthal (2010), justificando a necessidade de difusão da Teoria do Dano Punitivo, aduz que a insuficiência das soluções oferecidas pelos meios ressarcitórios de responsabilidade, implica na necessidade do ordenamento jurídico ir além da reparação propriamente dita e investir em outros meios repressivos, sem que com isto tenha de recorrer ao extremo do direito penal.

Carlos Alberto Bittar (1999), ao sustentar o caráter desestimulante do dano

punitivo, diz que “[...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que representa advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido ou o evento lesivo advindo”. (p. 249).

Nessa mesma linha de raciocínio, Clayton Reis (2002) afirma que “[...] a punição do ofensor, nesse aspecto, assume um importante papel no processo educativo destinado à construção de uma sociedade em que haja mais respeito aos direitos do próximo”. (p. 159).

Através desses entendimentos, pode-se afirmar que o instituto da responsabilidade civil passa hoje por uma profunda revisão. Concebido com o instrumento adequado para propiciar à vítima o ressarcimento pelos prejuízos sofridos pela ação alheia, começa a ser visto, por parte da doutrina, como um dos mecanismos para se estabelecer uma conduta socialmente desejável.

Vê-se uma passagem gradual de um Direito Civil que dava mais ênfase aos direitos patrimoniais, para um Direito Civil mais preocupado em dar uma resposta satisfatória à sociedade, ou seja, atento à função social do nosso ordenamento jurídico.

Portanto, o ideal da função punitiva tira a feição individualista da responsabilidade civil, no sentido de ser compreendida como um instituto destinado a promover valores desejados pela sociedade.

Apesar de o critério punitivo não ter sido abarcado explicitamente por nossa legislação, é possível verificar uma tímida aparição de seu ideal no artigo 53 da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67):

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido. (n. p.).

No artigo anterior, observa-se a importância não só dada ao dano sofrido pelo ofendido, mas principalmente às características do ofensor, tais como sua culpabilidade e reincidência em casos similares, restando evidente a finalidade preventiva e punitiva da norma.

Houve também uma tentativa de inovação legislativa com a redação do artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor, que foi objeto de veto presidencial. A redação do artigo era a seguinte:

Se comprovada alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como situação econômica do responsável. (n. p.).

Outra tentativa foi o Projeto de Lei nº 6.920/2002, que previu a inclusão de mais um parágrafo no artigo 944 do Código Civil, com a seguinte redação: “§2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.” (n. p.).

Apesar dos projetos frustrados de positivação da indenização punitiva no ordenamento pátrio, o que se verifica é que muitos juízes, desembargadores e ministros, sensíveis às necessárias adaptações do Direito à realidade fática, passaram (seguindo o posicionamento do STJ, cuja tendência a admitir danos punitivos começou a se estabelecer em meados da década de 1990) a inculcar um caráter “punitivo-pedagógico” ao dano moral, o que é um fenômeno em certa medida curioso, já que aplicado dessa maneira (no dano moral), o dano punitivo não guarda relação com o sistema que deu origem ao instituto.

O dano moral tem um caráter imaterial e resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade (vida, integridade física, honra, liberdade, etc.). Violações essas que, a priori, não impedem o arbitramento de uma modalidade punitiva de indenização, mas que se tornaram paulatinamente uma forma travestida de aplicação dos *punitive damages* nos julgados brasileiros. Há de se fazer uma distinção, pois o dano moral é o dano mediato, definido por exclusão em relação ao dano extrapatrimonial, isto é, um prejuízo vital, um sofrimento, a perda de um projeto de vida, um abalo de crédito, ou qualquer outro prejuízo não apurável em dinheiro. Já a indenização punitiva tem (ou pelo menos deveria ter nos julgados brasileiros)

uma característica diametralmente oposta, já que é apurável em dinheiro, e essa apuração deve ter como base aspectos sistematizados para a fixação de um *quantum* tal como o benefício do autor auferido com a prática do evento danoso e a probabilidade de o autor ser efetivamente responsabilizado por aquele dano.

A crítica formulada à aplicação de indenizações punitivas nesses moldes incide sobre uma questão mormente processual. Trata-se da impossibilidade de defesa do réu no que concerne ao valor excedente à parcela reparatória, visto que nos julgados pátrios não se verifica uma fundamentação adequada do arbitramento da modalidade punitiva ou mesmo uma divisão das parcelas do dano moral de caráter compensatório das de caráter punitivo-pedagógico. É esse o teor da crítica formulada por Camargo (2010):

A forma como é aplicado o dano punitivo em nosso país acaba por desvirtuar a aplicação do próprio instituto, bem como a do dano moral em si, razão pela qual se deve considerar os elementos processuais necessários para garantir a ampla defesa e o contraditório, bem como que a decisão seja fundamentada o bastante para justificar uma possibilidade de dano punitivo em acréscimo ao compensatório, sendo certo que sem a formatação adequada torna-se extremamente difícil aceitar a possibilidade de aplicação dos danos punitivos, sob pena de se perpetuar o desequilíbrio processual. (p. 202).

Afinal, como se defender de uma “pena” que sequer é denominada por aquela que a impõe como uma pena, arbitrada como um valor devido de caráter compensatório? E, ainda que o valor seja arbitrado a título de função punitivo-pedagógica, com base em quais parâmetros se dá esse cálculo? Compartilhando dessa preocupação, Camargo (2010) critica, apontando que:

[...] pode-se, quase via de regra, notar uma ausência de fundamentação da sentença, no sentido de expor e fundamentar o que levou à aplicação dos danos punitivos e à majoração da indenização. A inserção do caráter punitivo é praticamente automática e o magistrado não diferencia o que é compensatório do que é punitivo. (p. 210).

Nesse sentido, observa Diogo Naves Mendonça (2012):

O que seria uma ferramenta extraordinária acaba exercendo o papel de um expediente ordinariamente invocado, sem qualquer sistematicidade, tampouco repercussão nos montantes indenizatórios estipulados em decisões que envolvam danos de natureza extrapatrimonial. O tratamento genérico das funções compensatória e punitiva da indenização, sem delimitação da soma destinada a cada qual, acaba por contribuir para o

quadro de assistemática que já caracteriza a jurisprudência sobre o assunto. (p. 108-109).

Essa postura revela a seguinte situação: os juízes brasileiros, para esquivarem-se da suposta ausência de previsão legal, passaram a camuflar a indenização punitiva para que suas sentenças possam surtir algum efeito real na conduta dos indivíduos. O fator de desestímulo foi embutido no dano moral, introduzindo, assim, um valor “punitivo-pedagógico”, como se fosse da essência desse instituto, e como se apenas nas violações a direitos da personalidade pudesse se pensar em no caráter punitivo da indenização.

Essa tendência pode ser observada nos julgados do STF e STJ: “O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.” (STJ, REsp. 715320/SC, Rel^a. Min^a, Eliana Calmon, DJ11/09/2007).

Ronald Coase (1960) afirma que “[...] seria aparentemente desejável que os tribunais entendessem as consequências econômicas de suas decisões.” (p. 18). Com isso, ele vislumbrava que, especificamente no campo da responsabilidade civil, os tribunais deveriam se preocupar com uma perspectiva eminentemente funcional (e não formal) da responsabilidade civil. Ou seja, deveriam se atentar para uma das mais essenciais funções desse instituto, que é prevenir a ocorrência do evento danoso.

Todavia, uma abordagem funcionalista não pode existir em países de tradição civilista sem estar conectada com a lógica formal adotada pelo corpo normativo. A complementaridade entre as abordagens leva à conclusão de que se chegar a uma posição intermediária é necessário, pois o extremismo para ambos os lados leva a aplicações nefastas das teorias.

Nessa seara, ensina Mendonça (2012) que, se levado ao extremo, o funcionalismo pregado por uma abordagem econômica radical, por um lado, poderia reduzir o vocabulário jurídico a conceitos econômicos ou ainda invocar a eficiência como fundação ética do direito. Por outro lado, o formalismo exacerbado simplesmente ignoraria as repercussões práticas das opções normativas (abstratas ou concretas) em nome da integridade de uma suposta racionalidade intangível do sistema jurídico.

6.1 A compatibilidade com o Artigo 944 do Código Civil

No Brasil, o instituto da responsabilidade civil caminhou para que se desse cada vez menos importância aos aspectos anímicos da conduta perpetrada pelo ofensor, relegando-se a culpa para segundo plano, enquanto se alocava, para assumir papel de primeira importância, a vítima e o prejuízo por ela suportado. Tal fenômeno, inegavelmente, atingiu de maneira negativa as perspectivas de que a responsabilidade civil viesse a atuar adequadamente como um instrumento moralizador de condutas ilícitas.

Em razão disso, a função preventiva e dissuasória da responsabilidade civil deixou de ser exercida com eficiência, relegando-se tal tarefa quase que com exclusividade aos demais ramos do Direito Sancionador, tais como o Direito Penal e o Direito Administrativo, ramos estes que possuem limitações principiológicas que os tornam inaptos a dar respostas adequadas a todas as situações lesivas.

Por outro lado, é certo que nem mesmo a ampliação das hipóteses em que a responsabilização do causador do dano ocorre sem que seja necessário perquirir sobre a ocorrência de culpa (chegando-se, inclusive, a erigir uma cláusula geral de incidência da responsabilidade objetiva no art. 927, parágrafo único do CC/2002) pode assegurar a retomada da eficiência da função preventiva da responsabilidade civil.

Com efeito, o desenvolvimento da sociedade de consumo e da produção em massa permitem ao grande fornecedor internalizar os custos das indenizações por eles devidas em razão dos riscos de sua atividade.

Ao analisar tal circunstância, José Reinaldo de Lima Lopes esclarece que, *“diante do consumidor, o grande fornecedor pode dispor de um recurso a mais: o custo da indenização pode entrar no seu cálculo de custos de produção, sendo posteriormente repassado no custo das mercadorias. Se o custo é tal que pode ser facilmente suportado pelo mercado, a responsabilidade é absorvida como risco da empresa”*.

Conclui, então, o citado autor que *“a responsabilidade civil do fabricante, mesmo quando definida em termos de responsabilidade objetiva pode não surtir os efeitos imaginados de desestímulo se funcionar para a empresa calcular seus custos de produção e concluir que mesmo assim vale à pena correr determinados riscos”*.

Tem-se aí o foco do problema em questão: como aplicar a indenização punitiva no sistema jurídico brasileiro, a fim de coibir reiteradas condutas antijurídicas no âmbito da responsabilidade civil?

Importante enfrentar, na defesa de uma espécie indenizatória-punitiva, a interpretação comumente dada à redação do *caput* do art. 944 do Código Civil de 2002. Assim dispõe: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Parte da doutrina interpreta a lei de modo a se preocupar exclusivamente com a figura da vítima, deixando de lado a reprovabilidade da conduta do ofensor e a intensidade da culpa dele. A finalidade da indenização é tão-somente restitutiva, restrita ao reestabelecimento do *status quo ante*, o que, à luz da AED, esse entendimento não merece prosperar.

As perspectivas indenizatórias do múltiplo punitivo, dos benefícios ilícitos e das sanções extraordinárias buscam complementar o aspecto restitutivo da indenização arbitrada. Muito embora seja tratada como uma parcela punitiva, os *punitive damages* se inserem numa abordagem ampla da restituição.

A doutrina que invoca o caráter meramente reparatório das indenizações no ordenamento pátrio ignora que os *punitive damages* constituem em verdade uma perspectiva reparatória completa, que leva em consideração não apenas a situação da vítima, mas também a situação do lesante, de forma que a restituição do *status quo ante* não se restringe apenas à condição daquela. Restituir apenas a vítima à situação inicial dela, seria reparar o *status quo ante* de forma parcial, incompleta.

Daí concluir que, mesmo sob o argumento de que o ordenamento pátrio cristalizaria por meio da redação do art. 944 do Código Civil de 2002 um viés meramente reparatório das indenizações, não procederia à rejeição aos *punitive damages* em virtude disso, pois as modalidades indenizatórias punitivas são em verdade uma forma de reparação em termos de riqueza total, ou seja, são uma visão mais ampla do problema da restituição.

Ademais, o parágrafo único do referido artigo deve ser aplicado em relação à necessidade de majoração da indenização: se o juiz pode reduzir o valor em virtude da desproporção, por que não poderia aumentá-lo com base no mesmo princípio?

Nesse contexto, conclui-se com a crítica de Mendonça:

Sob o argumento de que o foco da responsabilidade civil deve recair sobre a vítima, sem maior alusão à reprovabilidade do ato, nos moldes supostamente exigidos pelo atual estágio da disciplina, acaba por ser

deixada em segundo plano a qualificação da conduta danosa. E então o discurso, concebido em favor da própria vítima, acaba por prejudicá-la. O vício, que se repete na jurisprudência, pode fazer com que o dano seja mais vantajoso do que evitá-lo, eliminando-se de vez toda a coerência – econômica e axiológica – da responsabilidade civil (p. 129).

Há também a crítica levantada pela doutrina que refuta a admissibilidade da indenização punitiva com fundamento no art. 884:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Para tanto, parte-se da premissa de que “há enriquecimento ilícito quando alguém, a expensas de outrem, obtêm vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior”. Uma vez que a vantagem patrimonial a ser entregue à vítima tem por causa, justamente, o prejuízo causado pelo ofensor, e que a mensuração dessa vantagem patrimonial (= indenização), por força de lei, deve ser realizada dentro de estritos limites (= a “extensão do dano”, ex vi do art. 944, caput, do CC/2002), diz-se que a quantificação da indenização além dos limites do prejuízo efetivamente sofrido representaria, para a vítima, a obtenção de enriquecimento sem causa, e, para o ofensor, não a atribuição de uma indenização, mas, sim, a imposição de uma pena.

Diante desses argumentos, quer-nos parecer que dita “ausência de causa” se relaciona intimamente com o paradigma indenizatório da responsabilidade civil e com a utilização (admissível, lícita, dentro dos limites constitucionalmente exigidos) da pena privada.

Nesse sentido, serve-nos de premissa a afirmação de B. STARCK, para quem, *“se a ideia de pena privada é justa em si, torna-se evidente que o ‘enriquecimento’ ou o ‘empobrecimento’, se é que se deve empregar tais expressões, possuem uma base legal, uma causa, e, por essa razão, toda a crítica desaparece”*.

Portanto, conclui-se que referidos mandamentos do Código Civil não vedam a aplicação de indenizações punitivas, sendo evidente que estas são necessárias não somente por pelo seu valor dissuasório-preventivo, mas também por uma necessidade de se imbuir a responsabilidade civil de um aspecto equitativo, equilibrando os litígios principalmente entre vulneráveis e grandes corporações.

Para tanto, a análise econômica do direito trouxe critérios objetivos para a fixação do *quantum* indenizatório, outra problemática vivida pelo ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se arbitrar o montante real e justo àquele sofredor do dano.

6.2 Punitives damages sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito – o *quantum* indenizatório

O especial valor da Economia para o estudo dos *punitive damages* está no fato de que esta proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Frisa-se que, para os economistas, as sanções se assemelham a preços e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem aos preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos a atividade sancionada.

À luz da AED, busca-se trazer elementos suficientes para demonstrar que o mandamento do Código Civil não veda a aplicação de indenizações punitivas e que essas são necessárias não somente por pelo seu valor dissuasório-preventivo, mas também por uma necessidade de se imbuir a responsabilidade civil de um aspecto equitativo, equilibrando os litígios, principalmente entre vulneráveis e grandes corporações.

A questão quanto ao montante arbitrado ganhou holofotes especialmente na década de 90, quando, nos Estados Unidos, os valores multimilionários das indenizações punitivas começaram a ser objeto de crítica, como nota Andrade (2009):

A preocupação com os montantes indenizatórios e com a definição das situações em que seja cabível a imposição dos *punitive damages* tem levado vários estados americanos a estabelecer medidas restritivas ou regulatórias. Assim, por exemplo, muitos estados exigem, para a imposição da indenização punitiva, a apresentação, pelo autor, de prova clara e convincente (*clear and convincing proof*) dos comportamentos que ensejam essa espécie de indenização. Outros adotaram um julgamento bifurcado (*bifurcated trial*), para que o júri primeiro estabeleça a responsabilidade do

réu e fixe a indeniza o compensatória, determinando, somente depois, se ao réu deve ser imposta indeniza o punitiva. [...] Alguns estados estabelecem que uma parte do montante fixado a título de punitive damages seja destinada a um fundo estadual. (p. 199).

Nessa esteira, a Suprema Corte dos EUA firmou jurisprudência estabelecendo critérios para a fixa o do valor indenizatório a título de puni o. O caso paradigmático foi o do comprador de um automóvel BMW que detectou partes do carro vendido como novo, haviam sido repintadas, gerando uma deprecia o de 10% do valor do veículo, adquirido por US\$ 40.000,00. A condena o inicial foi estipulada em US\$ 4.000,00 a título de indeniza o compensatória e US\$ 4 milhões a título de indeniza o punitiva. A última cifra foi alcançada pela estimativa de que 1.000 automóveis repintados haviam sido vendidos como novos pela montadora. A Suprema Corte do Alabama reduziu pela metade o valor da indeniza o por danos punitivos em razão de uma divergência na apura o do número de vendas realizadas. Manteve-se, porém, a aplica o da fórmula do múltiplo punitivo, que será exposta a seguir. Quando chegou   Suprema Corte dos EUA, o caso foi utilizado para a defini o de parâmetros para as indeniza es punitivas. A Suprema Corte mencionou tr s critérios fundamentais: averigua o do grau de censurabilidade da conduta lesiva, rela o entre montante compensatório e o montante punitivo e compara o entre a indeniza o punitiva e o valor das penas civis previstas para casos semelhantes (caso BMW of North America, Inc v. Gore, 1996).

No Brasil, o problema da fixa o do montante indenizatório de caráter punitivo também gera duas preocupa es conexas: a possibilidade de cria o de uma modalidade indenizatória que configure um "cheque em branco" para magistrados e a insegurança jurídica gerada a partir dessa ausência de qualquer critério objetivo para a fixa o de montantes punitivos.

Tal problema pode ser solucionado da mesma forma que as penas são arbitradas no âmbito do direito penal, por meio de um controle rígido de dosimetria, baseado em fórmulas expressamente previstas na legisla o. Para que esse valor seja fixado de forma objetiva e compatível com os princípios do Direito pátrio, alguns modelos econômicos serão expostos.

Mas antes, importa ressaltar que o problema da fixa o do montante punitivo diz respeito mormente   dissuasão em um patamar  timo. Se valores excessivamente altos são fixados para danos punitivos, empresas tendem a

repassar os custos para os consumidores e usuários de serviços. Dessa forma, indenizações punitivas apenas agravariam a situação dos consumidores, o que demonstra que a fixação do *quantum* constitui o ponto essencial à eficácia dissuasória dos *punitive damages*.

A questão dissuasória pode ser mais bem entendida a partir do exemplo de Cooter e Ulen (2010), em que se supõe que o fabricante de um aditivo de combustível automotivo esteja diante da opção de realizar um controle de qualidade ao custo de \$ 9.000 por ano. Dispensar o referido controle permite a redução de custos, mas provoca a produção de lotes de aditivo de má qualidade, ensejando o dano esperado de \$ 10.000 por ano (\$ 1.000 de prejuízo a dez carros).

Do ponto de vista econômico, a eficiência exige que o fabricante realize o controle de qualidade, já que se espera uma economia de \$ 10.000 mediante um gasto de \$ 9.000. Adotando-se o modelo da responsabilidade objetiva do produtor, o resultado eficiente seria facilmente alcançado caso se tratasse de um sistema perfeito. Nessa hipótese, todos os consumidores lesados demandariam o produtor, obtendo indenizações perfeitamente compensatórias, sem custos e sem erros de quantificação. Em tal cenário, o fabricante acabaria por internalizar \$ 10.000 em virtude de não ter adotado medidas de cuidado ao custo de \$ 9.000. O produtor racional optaria, assim, por efetuar o controle de qualidade. Em um cenário mais realista, porém, nem todos os consumidores demandam o produtor, quer porque não sabem que foi o aditivo defeituoso a causa do dano, quer porque não podem provar o fato. Supondo-se que apenas metade das vítimas acabe por obter ressarcimento, haverá a possibilidade do que se chama erro de execução (*enforcement*), ensejando uma responsabilidade do fabricante de apenas \$ 5.000, caso ele opte por não realizar o controle de qualidade (ao custo de \$ 9.000). Nesse caso (erro de execução = $\frac{1}{2}$), cria-se uma situação na qual o produtor racional, atento à maximização de seus lucros, acabará não efetuando o controle de qualidade, configurando-se uma situação de ineficiência.

Como verifica-se no exemplo anterior, a fixação de indenizações punitivas configura uma forma de criar incentivos aos indivíduos para direcionar a lógica de custo/benefício quando direitos estão em jogo, evitando que responsabilidade civil seja instrumentalizada egoística e individualmente. A dignidade humana também se vê contemplada, já que se impõe um cálculo que vai além dos interesses de apenas um agente econômico.

O modelo de cálculo do valor da indenização punitiva baseado no fator “erro na execução” é apenas um dos diversos modelos que a AED proporciona para se chegar a um valor ótimo (ou seja, eficiente) no que concerne à dissuasão de possíveis agentes causadores de dano.

Tendo em vista a constatação de que o valor estipulado seja talvez o fator mais determinante para o sucesso ou o fracasso dessa modalidade indenizatória, estudar-se-á a seguir três modelos fruto dos estudos de Direito e Economia para se chegar a um valor eficiente de indenizações punitivas, ou seja, um valor que promova efetivamente a dissuasão, de forma que essa possa ser alcançada sem que sejam criados custos excessivos ou desproporcionais.

6.2.1 Modelo do múltiplo punitivo (erro na execução)

O atual sistema econômico é responsável pela enorme assimetria de informações presente nas relações de consumo, o que faz com que o sistema da responsabilidade civil não seja acionado muitas das vezes.

Ao comprar um carro, como no exemplo da BMW, é extremamente improvável que o consumidor tenha conhecimento suficiente para perceber que por debaixo de uma lataria nova estão partes reaproveitadas e pintadas como se novas fossem, e ainda que eventualmente seja um técnico no assunto, poderá deixar de recorrer às regras de responsabilidade civil por razões como os altos custos com advogados, a demora da prestação jurisdicional, etc.

Polinsky e Shavell (1998) entendem que, em situações de assimetria de informações ou altos custos do processo judicial, o causador do dano esquiva-se do dever de indenizar, motivo pelo qual é necessário estipular um valor que compense esse “erro na execução”, de forma a dissuadir o oportunismo por parte dos lesantes.

O modelo do múltiplo punitivo busca dissuadir a prática de eventos danosos que se beneficiam os lesantes desse “erro na execução”.

Acerca do exemplo do fabricante de aditivo de combustível, Diego Naves Mendonça (2012) expõe que, em casos como esse, nos quais o lesante tem a possibilidade de se esquivar da reparação integral dos danos que provoca, justifica-se, do ponto de vista da eficiência, a fixação de indenizações punitivas.

O autor destaca que a ineficiência gerada pelo erro de execução deve ser compensada mediante a elevação do montante indenizatório, de modo que o patamar apropriado da indenização corresponda ao montante do prejuízo causado, multiplicado pela recíproca da probabilidade de o lesante ser condenado. No exemplo do fabricante de aditivos, como há 50% de probabilidade de o lesante ser responsabilizado em R\$ 1.000 (dano de cada consumidor), a indenização deve ser multiplicada por $1/0.50$ ($=2$), alcançando-se R\$ 2.000 (dos quais R\$ 1.000 correspondem à indenização punitiva). Dessa forma, o lesante internalizará integralmente os danos causados (R\$ 10.000), retomando-se o patamar ótimo de dissuasão.

É evidente que a adoção desse modelo de cálculo pode apresentar dificuldades de ordem fático-probatórias. Afinal, como aferir a probabilidade exata do lesante ser responsabilizado? Como se chegar ao valor do dano exato sofrido por cada consumidor?

A probabilidade de ser responsabilizado pelo evento danoso pode ser aferida por meio da averiguação da quantidade de produtos colocados no mercado (número de produtos de um lote, por exemplo) comparada com as ações propostas contra o fornecedor em razão do dano causado por aquele bem de consumo. O múltiplo punitivo toma como parâmetro de cálculo exatamente essa “probabilidade” de ressarcimento do dano e, portanto, é representado pela recíproca do erro na execução ($1/E$). Como a responsabilidade total do lesante (R) será igual ao valor da indenização compensatória (Ic), paga individualmente a todos os consumidores que acionarem o sistema de responsabilidade civil multiplicado pelo fator de “na execução” (E), o múltiplo punitivo, que corresponde precisamente ao inverso do erro na execução, atua eliminando o fator erro na execução do cálculo. Tem-se, então, que $R = Ic \times E \times 1/E$ $R = Ic$. →

Como se depreende do modelo algébrico exposto, o múltiplo punitivo acaba com a possibilidade de perpetuação de condutas danosas oportunistas, alcançando-se uma dissuasão ótima na causação de danos.

No Brasil, o legislador introduziu a ideia da eliminação dos erros na execução por meio das ações coletivas. Nesse modelo, criou-se um mecanismo de habilitação coletiva de todos os lesados, de tal sorte que se não houver a habilitação de indivíduos em número proporcional ao dano causado, o Código de Defesa do Consumidor atribui a um legitimado coletivo a competência para promover a

execução do montante remanescente, *in verbis*:

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (n. p.).

Como explica Mendonça (2012), se, por exemplo, diante da condenação de uma empresa por um dano que tenha atingido cerca de 100 mil consumidores, apenas 20 mil promovam a execução dos prejuízos por eles sofridos, competirá ao legitimado coletivo fazer as vezes dos outros 80 mil consumidores, executando os prejuízos remanescentes. Viabiliza-se, com isso, a integral internalização dos prejuízos pelo causador do dano, fator que se apresenta essencial à narrativa econômica da dissuasão (afasta-se o *underterrence*).

6.2.2 Modelo dos benefícios ilícitos

Se por um lado o modelo do múltiplo punitivo busca dissuadir o lesante a obter vantagem em virtude do erro na execução, o modelo dos benefícios ilícitos tem como ponto focal a dissuasão de utilidades obtidas a partir do seu comportamento condenável, caracterizado por dolo ou culpa grave. Esse modelo está centrado em criar um “plus” indenizatório pela conduta ultrajante do lesante no intuito de obter uma vantagem ilícita.

Para Haddock, Chesney e Speigel (2010), esse modelo justifica-se, pois, para que os ofensores de danos sejam induzidos a se comportarem de maneira ótima, a magnitude da responsabilização deve ser igual à soma das perdas causadas e das utilidades ilícitas obtidas.

Esse modelo é muito bem exemplificado a partir do caso exposto por Vitor Fernandes Gonçalves (2001):

Trata-se do caso real em que uma fábrica de armas colocou à venda um revólver, mesmo sabendo que o produto apresentava uma falha de desenho, com risco de disparo acidental, já que o custo de redesenhar a arma seria de US\$ 200 mil e os gastos para consertar armas já postas no

mercado, de US\$ 1,93 por unidade. Ao final, a empresa concluiu que, diante da pequena probabilidade de acidentes, sairia mais barato pagar indenizações do que proceder às medidas necessárias a evitá-los, decidindo-se por nada fazer. [...] O acidente acabou ocorrendo com um consumidor, que processou a fábrica e obteve, a título de indenização punitiva, a quantia de US\$ 2,89 milhões, exatamente o valor que a empresa deveria ter gasto a título de prevenção. (caso *Sturm, Ruger e Co., Inc. v. Day*—Supreme Court of Alaska, 1979). (p. 159).

Existem autores que rechaçam esse modelo no Brasil, aduzindo que a adoção deste implicaria a transposição de uma função punitiva restrita ao Direito Penal para a esfera civil. Para alguns doutrinadores, há uma suposta barreira intransponível entre os institutos de Direito Penal e Direito Civil, o que comprometeria, em tese, a sanção na esfera civil.

No entanto, face a gradual dissolução das fronteiras entre os ramos do Direito, essa divisão vem perdendo respaldo no ordenamento pátrio, como assinala o Código Civil, que contém muitos exemplos de repreensão civil a determinadas condutas. Por exemplo, o devedor em mora responde não apenas pelas consequências da mora, arcando também com a eventual impossibilidade da prestação por caso fortuito ou força maior (art. 399 do Código Civil); o herdeiro que sonega bens da herança perde o direito que sobre eles tinha (art. 1.992); o possuidor de má-fé, ao contrário daquele de boa-fé, perde o direito à indenização por bem feitorias úteis e não pode levantar as voluptuárias (art. 1.220).

O modelo em questão tem o importante papel dissuasório de eliminar as utilidades obtidas por meio da prática de condutas mal intencionadas. O seu especial valor está na atenção ao enriquecimento ilícito do lesante. Ao criar um mecanismo de retirar as utilidades ilícitas obtidas em decorrência de uma conduta mal intencionada, aquela conduta não representa uma possibilidade de obter benefícios. O cálculo dessa parcela punitiva tem como desiderato maior colocar o lesante no *status quo ante*, algo que para a doutrina brasileira, que rejeita as indenizações punitivas, é comumente colocado em segundo plano.

6.2.3 Modelo das sanções extraordinárias

O modelo das sanções extraordinárias pretende ser mais abrangente que os

demais. Como é sabido, a proteção da titularidade de um direito pela ordem jurídica (*entitlement*) pode dar-se mediante regras de propriedade ou de responsabilidade. Por uma regra de propriedade, permite-se ao titular de um direito vetar transferências contrárias à vontade dele. Em outras palavras, a regra de propriedade admite a transferência da titularidade apenas de modo voluntário. Já por uma regra de responsabilidade, a proteção não chega a impedir uma transferência involuntária, mas resguarda o direito a uma indenização em favor do titular.

O abuso das regras de responsabilidade pode, em certas situações, criar vantagens para um dos agentes, isso porque, após um sopesamento entre o ônus de arcar com uma regra de responsabilidade e uma regra de propriedade, a regra de responsabilidade se mostra menos gravosa para o agente oportunista. É o caso do desrespeito a cláusulas contratuais. Em variadas situações a regra de responsabilidade não alcança o valor indenizatório que deveria ser pago caso o agente resolvesse obter o mesmo resultado respeitando a regra de propriedade.

Nesse diapasão, cumpre fazer alusão à lição de Mendonça (2012), para quem as indenizações extraordinárias:

[...] servem exatamente para desencorajar tais desapropriações, mediante eliminação dos ganhos obtidos com o abuso das regras de responsabilidade. Elas permitem que o agente provocador do dano pague por todas as utilidades que uma negociação lhe teria provido, ou seja, ele deve ser destituído de todos os ganhos que pretendia obter ex ante da ação. (p. 126).

Um caso brasileiro que exemplifica o abuso de regras de propriedade ensejantes de aplicação de indenização extraordinária é do artista “Zeca Pagodinho”. Trata-se do caso do cantor que, supostamente aliciado pela cervejaria Brahma, rompeu o contrato para realização de peças publicitárias com outra empresa do mesmo ramo, realizando peças publicitárias depreciativas à imagem da primeira empresa ainda na vigência do contrato com ela. Como pode depreender-se do acórdão que julgou a Apelação nº 9112793-79.2007.8.26.0000, a Brahma, ciente do contrato ainda em vigência entre o cantor e a cervejaria concorrente, deliberadamente aliciou o cantor para o descumprimento da cláusula contratual de exclusividade, inclusive garantindo ao cantor que não se preocupasse com esse desrespeito, pois ela arcaria com eventuais custos indenizatórios.

Nessa oportunidade, percebe-se que a empresa Brahma, ao sopesar a

vantagem obtida pelo aumento das vendas com o pagamento da cláusula de rescisão do contrato, concluiu ser mais vantajoso ignorar a cláusula de exclusividade do cantor, aliciando-o de má-fé e violando a regra de propriedade de imagem prevista na disposição contratual. Muito embora nesse caso o julgado tenha se dado no sentido de restituir à cervejaria vítima da conduta da Brahma os valores gastos com materiais e peças de publicidade, até então, para o modelo das indenizações extraordinárias, toda a vantagem obtida pela opção deliberada ao desrespeito da regra de propriedade de imagem deveria ser ressarcido a título de indenização.

O acórdão dispôs que deveria ser dado:

[...] o parcial provimento do recurso para o fim de julgar a ação parcialmente procedente e condenar a ré em danos patrimoniais consistentes nos gastos com materiais publicitários inutilizados (encartes e folders) e com espaços publicitários comprovadamente adquiridos e não utilizados pela recorrente, tudo a ser apurado em liquidação, com correção monetária a partir dos desembolsos e juros de mora a contar do evento danoso. E também em danos morais e à imagem arbitrados em R\$ 200.000,00, com correção monetária a partir da data do acórdão e acréscimos de juros contados da data do evento danoso. (n. p.).

O que se percebe é que se buscou a restituição do *status quo ante* do lesante, ou seja, todos os gastos publicitários não aproveitados pela cervejaria vítima tiveram de ser ressarcidos. Para o modelo das indenizações extraordinárias, entretanto, as utilidades obtidas pela cervejaria Brahma com a deliberada violação da disposição contratual também deveriam ser objeto de indenização, pois de forma contrária, estar-se-ia estimulando o desrespeito progressivo às regras de responsabilidade, não se alcançando a dissuasão num patamar ótimo.

CONCLUSÃO

O estudo da norma jurídica pode ser realizado também em relação à eficácia social, no sentido de dimensionar a força dela (por meio do dever-ser jurídico) e incentivar condutas humanas para os fins almejados. Assim, com base na hermenêutica jurídica, há uma licença para o intérprete e propositor das normas jurídicas buscar paradigmas fora da Ciência Jurídica.

O fundamento básico da AED é oferecer uma teoria para prever os efeitos das normas sobre o comportamento humano e das instituições jurídicas. A construção dessa corrente hermenêutica tem como foco a figura do *homo economicus*, que é sensível aos valores da eficiência, do resultado objetivo, da satisfação de interesses imediatos e pessoais, da praticidade, em busca do seu bem-estar. Para tanto, a Teoria Econômica do Direito utiliza da metodologia e de alguns dos principais princípios da microeconomia, entre eles, a eficiência e a escolha racional.

A ideia central da Economia é a de que as pessoas respondem a incentivos, de modo que as mudanças nas circunstâncias que as cercam podem levá-las a alterar as suas escolhas, sempre de modo a maximizar seus interesses. Nesse sentido, a Economia fornece uma teoria comportamental para avaliar o Direito, a fim de compreender como os sujeitos reagem às regras jurídicas.

No âmbito da responsabilidade civil, a AED enxerga sob uma perspectiva funcionalista, no qual a função dela não é tão-somente a reparação dos danos, mas, antes de tudo, a dissuasão de eventos danosos.

Ocorre que impedir que os danos ocorram não evitará todos os acidentes, já que o sistema de responsabilidade civil não é perfeito. Por isso, a prevenção e a compensação devem ser compreendidas como metas complementares e não concorrentes. É importante prevenir, por um lado, a ocorrência de danos, principalmente quando a vida e a integridade física das partes envolvidas são colocadas em risco. Por outro lado, sempre existirão prejuízos a serem reparados. Tratam-se apenas de dois momentos distintos de um mesmo processo: prevenir a ocorrência de acidentes e reparar o dano caso ela venha ocorrer.

Os *punitive damages* inserem-se, portanto, nesse contexto de busca por um sistema de responsabilidade civil eficiente. A eficiência a que se faz referência não

se reduz a um conceito genérico de eficiência econômica, mas se aduz à eficiência do sistema de responsabilidade civil em atingir o fim mais primordial: evitar a ocorrência do evento danoso, funcionando como um mecanismo de pacificação social.

Portanto, não se nega o papel reparador da responsabilidade civil, mas busca-se, na verdade, ampliar o conceito de reparação para levar em consideração não apenas o dano sofrido pelo lesado, mas também a vantagem obtida pelo lesante. Para essa perspectiva da Responsabilidade Civil, além de colocar a vítima no estado em que se encontrava antes do evento danoso, a restituição do lesante ao *status quo ante* se mostra à medida que melhor se coaduna com o aspecto dissuasório desse sistema.

No ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação de indenizações punitivas no âmbito do direito civil, no entanto, enfrenta barreiras. Primeiro aquelas que apontam a ausência legal de parâmetros para a fixação do montante dessas parcelas indenizatórias. Em segundo, aquelas que defendem o caráter meramente reparatório do sistema, haja vista a interpretação do art. 944 do Código Civil.

Entretanto, a AED traz modelos econômicos objetivos, compatíveis e coerentes tanto com a realidade fática do caso, quanto com a legislação pátria, a fim de se apurar o montante indenizatório capaz de reparar o dano e evitar a repetição dele.

A criação de uma modalidade indenizatória punitiva calcada em parâmetros objetivos de cálculo, ao evitar a ocorrência do evento danoso, constitui um poderoso instrumento de pacificação social, e essa perspectiva da responsabilidade civil cristaliza-se na máxima de que melhor do que reparar o evento danoso, é impedir a ocorrência dele.

Dessa forma, a Ciência Econômica, como metodologia de interpretação e aplicação do Direito, é de grande utilidade prática. Todavia, vale ressaltar que ela sozinha não consegue representar a especificação e a complexidade da Ciência Jurídica, servindo como uma ferramenta acessória ao Direito.

Percebe-se que a harmonização entre as duas ciências não é tarefa fácil e, justamente por isso, deve ser objeto de incessante estudo das academias jurídicas e econômicas, posto que a tendência ao estudo multidisciplinar se afigura como uma realidade irrefreável.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral & indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do Direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato.** Coimbra: Ed. Almedina, 2007.

BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights.** 2. ed. New York: Cambridge University Press, 1997.

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

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.** Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Victor Civita, 1984.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito.** Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOUDEWIJN, Bouckaert; DE GEEST, Gerrit (Eds.). **Encyclopedia of Law & Economics.** Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

BUCHANAN, James M. Buena Economía. Mal Derecho. In: ROEMER, Andrés (Org.). **Derecho y Economía: una revisión de la literatura.** México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

CALABRESI, Guido. **Some thoughts on risk distributions and the law of torts.** Yale Law School. Paper 1979.

CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis.** New Haven and London: Yale University Press, 1970.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability rules and inalienability; one view of the Cathedral. **Harvard Law Review**, Massachusetts

(EUA), v. 85, n. 6, p. 1.089-1.128, abr. 1972. Disponível em: <goo.gl/NR6Nu2>. Acesso em: 02 mar. 2016.

CAMARGO, Paulo Sergio Uchoa Fagundes Ferraz de. Danos Punitivos. In: DONNII, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco (Coord.). **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo**, abr./jun. 2010.

CARVALHO, Cristiano. A Análise Econômica do Direito Tributário. In: SCHOEURI, Luis Eduardo (Coord). **Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: QuartierLatin, 2008. p. 1-21.

CASTELAR, Armando. Direito, Economia e mercados. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COASE, Ronald C. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, n. 3, p. 01-44, out. 1960.

COASE, Ronald. **The firm, the market and the law**. Chicago: Chicago University Press, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COOTER, Robert. The confluence of justice and efficiency in the economic analysis of law. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (Coord.). **The origins of Law and Economics – essays by the founding fathers**. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luis Marcos Sander e Francisco Araújo Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIA, José Eduardo. A justiça e os argumentos de ordem fiscal. **O Estado de S.Paulo**, 29 jun. 2004. p. A-2.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): paranóia ou mistificação? **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XLIV, p. 242-256, jul./set. 2005.

GICO, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010. Disponível em: <goo.gl/f3HUcd>. Acesso em: 15 mar. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Volume IV).

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HADDOCK, David D.; MCCHESENEY, Fred S.; SPIEGEL, Menahem. Um fundamento econômico ordinário para sanções legais extraordinárias. In: SALAMA, Bruno (Coord.). **Direito e Economia – textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 01-63.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendel. **The common law**. Reprint. Originally published: Boston: Little, Brown, 1881.

HORWITZ, Morton. **The place of justice holmes in american legal thought**. Stanford: Stanford University Press, 1992.

KÜNG, H. **Una ética mundial para la Economía y la Política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Tort Law**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press. 1987.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Belo Horizonte: Ed. Atlas, 2015.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à Economia**: princípios de micro e macroeconomia. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

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

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

NORTH, Douglass Cecil. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. San Francisco (EUA): International Center for Economic Growth, 1992.

OLSON, Mancur. Distinguished lecture on Economics in government. Big bills left on the sidewalk: why some nations are rich, and other poor. **Journal of Economic Perspectives**, Maryland, v. 10, n. 2, p. 3-24, 1996.

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

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD Daniel L. **Microeconomics**. 5. ed. New Jersey (EUA): Prentice Hall, 2001.

POLINSKY, A. Michell. Economic analysis as a potentially defective product. *Harvard Law Review*, Massachusetts, v. XXX, XXXX, p. 1.655-1.681, 1974.

POLINSKY, Mitchell; SHAVEL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. **Harvard Law Review**, Massachusetts, v. 111, p. 905-910, 1998.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: Luciano Benetti Timm (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 03-93.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REIS, Clayton. **Novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSENVALD, Nelson. A refundação das penas privadas. **Revista Acadêmica Milton Campos**, Nova Lima, v. 1, n. 2, jul./dez. 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia. In: TIM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. **Direito fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SCHWARTZ, Gary T. Reality in economic analysis of tort law: does tort law really deter? **UCLA Law Review**, n. 42, p. 377-444, 1994.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

STIGLER, George. Law or Economics?. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 35, n. 2, p. 455-468, 1992.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

TROSTER, Roberto Luis; MOCHÓN, Francisco. **Introdução à Economia**. São Paulo: Ed. Zahar, 2002.

ZANATTA, Rafael A. F. Desmistificando a *Law and Economics*: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. **Revista dos Estudantes da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 10, p. 01-21, 2011.