

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

MARCELO HENRIQUES DE ANDRADE

ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO
CONTEXTO BRASILEIRO E A FÓRMULA DE HAND

Belo Horizonte

2019

MARCELO HENRIQUES DE ANDRADE

**ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO
CONTEXTO BRASILEIRO E A FÓRMULA DE HAND**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Linha de pesquisa: Autonomia privada, regulação e estratégia (Direito Privado).

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb

Belo Horizonte

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A553a Andrade, Marcelo Henriques de, 1980-
Análise econômica da responsabilidade civil no contexto brasileiro e a fórmula de Hand. / Marcelo Henriques de Andrade – Belo Horizonte, 2019.
68 f. : il. ; 29,7 cm

Orientador: Alexandre Bueno Cateb
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2019.

1. Culpa (Direito). 2. Direito e economia. 3. Responsabilidade (Direito). I. Título. II. Cateb, Alexandre Bueno. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.51(81)



FUMEC

Dissertação intitulada “ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO BRASILEIRO E A FÓRMULA DE HAND” autoria de MARCELO HENRIQUES DE ANDRADE, aprovado pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Alexandre Bueno Cateb – Universidade FUMEC
(Orientador)

Prof. Dr. Paulo Márcio Reis Santos – Universidade FUMEC
(Examinador Interno)

Profa. Dra. Ana Carolina Marinho Marques – UNA
(Examinadora Externa)

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza
Coordenador do Programa de Mestrado em Direito
da Universidade FUMEC

Belo Horizonte, 28 de junho de 2019.

Para Catarina e Vicente que, sem saber,
me impulsionam.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, em especial minha mãe, eterna professora.

À Danni, pelo apoio irrestrito e por cuidar tão bem dos nossos filhos durante minha ausência.

Ao meu irmão Gustavo Andrade, pela especial ajuda na reta final.

Aos amigos da docência que literalmente fiz na estrada. Foram milhares de quilômetros correndo atrás do sonho e aprendendo uns com os outros.

Ao meu orientador Alexandre Cateb pela compreensão, apoio e, mais ainda, por despertar verdadeiro interesse e fascínio pela AED.

A Deus, pela proteção e força.

*“Falar do Brasil sem ouvir o sertão
É como estar cego em pleno clarão
Olhar o Brasil e não ver o sertão
É como negar o queijo com a faca na
mão*

*Esse gigante em movimento
Movido a tijolo e cimento
Precisa de arroz com feijão
Que tenha comida na mesa
Que agradeça sempre a grandeza
De cada pedaço de pão”.*

*Trecho da canção “Do Brasil” (Vander
Lee).*

RESUMO

O trabalho desenvolvido refere-se à discussão jurídica da possibilidade de utilização de ferramentas e métodos da análise econômica como forma de auxiliar na criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas de responsabilidade civil em um contexto brasileiro. Dentre as ferramentas apresentadas como auxiliares da teoria clássica, discute-se a Fórmula de Hand, desenvolvida pelo juiz norte-americano Learned Hand, que analisa a negligência utilizando critérios objetivos matemáticos, o que pode auxiliar o empreendedor na definição de estratégias jurídicas para ilidir ou minimizar custos com ações indenizatórias para reparação de danos ocorridos em função da atividade. Questiona-se, portanto, como problema de pesquisa, a adoção da Fórmula de Hand e sua eventual compatibilidade com a legislação civil em vigor, num contexto de ativismo judicial e interpretação da norma de modo a promover o desenvolvimento econômico e garantir a segurança jurídica nas relações empresariais. O objetivo geral é elaborar uma análise crítica da responsabilidade civil clássica e apresentar alguns postulados da Análise Econômica do Direito para auxiliar na compreensão do direito a partir do conceito de eficiência. São objetivos específicos: (a) analisar os tipos de responsabilidade civil com a classificação e apresentação de requisitos essenciais a luz da teoria clássica; (b) definir análise econômica do direito e apresentar seus postulados; (c) demonstrar a viabilidade na aplicação das ferramentas de análise econômica do direito à responsabilidade civil, mais especificamente à culpa em sentido estrito; (d) analisar a negligência à luz da Fórmula de Hand e (e) promover estudo de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Análise econômica do direito. Responsabilidade civil. Culpa em sentido estrito. Fórmula de Learned Hand.

ABSTRACT

This dissertation refers to the legal discussion of the possibility of using tools and methods of economic analysis as a way to assist in the creation, interpretation and application of legal norms of civil liability in a Brazilian context. Among the tools presented as an aid to classical theory, the Hand formula developed by the US judge Learned Hand, which analyzes negligence using objective mathematical criteria, is discussed, which may help the entrepreneur in defining legal strategies to rebuke or minimize costs with indemnity actions to repair damages occurred as a result of the activity. We question the adoption of the formula and its possible compatibility with the existing civil legislation, in a context of judicial activism and interpretation of the norm in order to promote economic development and ensure legal security in business relations. The general objective is to elaborate a critical analysis of the classic civil responsibility and to present some postulates of the Economic Analysis of the Right to help in the understanding of the right from the concept of efficiency. Specific objectives are: (a) to analyze the types of civil liability with the classification and presentation of essential requirements in light of the classic case; (b) define economic analysis of the law and present its postulates; (c) demonstrate the feasibility of applying the tools of economic analysis of civil liability, more specifically to blame in the strict sense; (d) analyze the negligence in the light of the Hand Formula and (e) promote a study of the STJ ruling.

Keywords: Economic analysis of law. Civil liability. Fault in the strict sense. Learned Hand Formula.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise econômica do Direito
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
nº	Número
REsp	Recurso Especial
SP	São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Relação inversa entre o custo total do dano e o custo das medidas de prevenção para reduzi-lo.....	56
Gráfico 2 – Nível de precaução e causação unilateral.....	57

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	DIREITO E ECONOMIA	15
2.1	O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?.....	15
2.1.1	Os postulados	19
2.1.2	Eficiência: Pareto e Kaldor-Hicks.....	23
2.1.3	As dimensões positiva e normativa	25
3	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	28
3.1	BREVES CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CLÁSSICA	30
3.2	DA CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	31
3.2.1	Contratual e extracontratual	31
3.2.2	Subjetiva e objetiva.....	33
3.3	EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE: INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE E NEXO DE CAUSALIDADE	37
3.4	RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	40
4	CULPA E ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	44
4.1	DA CLASSIFICAÇÃO DA CULPA	46
4.2	A CULPA EM SENTIDO ESTRITO COMO FALTA DE CAUTELA: NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA.....	49
4.2.1	Negligência.....	49
4.2.2	Imprudência	51
4.2.3	Imperícia.....	52

4.3	ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	52
4.4	A FÓRMULA DE HAND NA DETERMINAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA PARA CARACTERIZAÇÃO DA CULPA EM SENTIDO ESTRITO	58
4.5	ESTUDO DE CASO: RECURSO ESPECIAL Nº 974.138/SP.....	60
5	CONCLUSÃO.....	63
	REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O mercado atual exige das empresas um nível ótimo de organização como forma de garantir a competitividade e o sucesso nas relações concorrenciais. Dentro desse contexto, é possível afirmar que as estratégias adotadas pelos empresários devem considerar tanto fatores internos oriundos da própria atividade como também outros que, embora sejam (im)previsíveis e ocasionais, podem ser incluídos no planejamento estratégico como forma de redução de custos e aumento da lucratividade.

Considerando os custos inerentes a qualquer atividade econômica, especialmente aqueles advindos de ações judiciais para reparação de danos, que como dito, são de difícil previsibilidade e de ocorrência ocasional, é preciso adotar regras objetivas para quantificar o valor do investimento em segurança e estabelecer um nível ótimo de precaução que se possa afastar a responsabilização por culpa e evitar desperdício na prevenção do dano.

Partindo de um contexto de responsabilidade subjetiva, regra no Direito brasileiro, definir a culpa por negligência e estabelecer critérios mais claros e objetivos no campo da responsabilidade civil auxilia o empresário no momento de projetar os valores que serão considerados na adoção de medidas de precaução, e o julgador que, ao decidir sobre o dever de indenizar, pode se pautar por um padrão mínimo de comportamento desejado e verificar sua eficiência no caso concreto.

Como a ciência econômica estuda o comportamento humano sob vários aspectos – e não apenas do ponto de vista monetário, é possível utilizar suas ferramentas de análise para auxiliar o jurista na criação, interpretação e consequente aplicação das normas ao caso concreto. Assim, dentro do contexto concorrencial em que os indivíduos buscam a maximização de seus interesses em um ambiente de escassez, com maior utilidade e menor custo, é fundamental experimentar a análise econômica de padrões de comportamento humano na relação com o Direito.

Pelas razões expostas, o trabalho se insere na temática de diálogo entre a Ciência Econômica e o Direito, haja vista que a primeira pode fornecer ferramental para melhor aplicação da norma e o Direito, via de consequência, ajuda o economista na compreensão do comportamento dos agentes econômicos dentro do contexto normativo. O entrelace dos institutos, embora visto por alguns com ressalva, é natural e necessário.

Vale lembrar que a proposta de trabalho em momento algum tem a pretensão de eximir a responsabilidade daqueles que agem culposamente e causam danos de qualquer

natureza. Ao contrário, o estudo objetiva apresentar aos operadores da ciência jurídica ferramentas alternativas para melhor análise da doutrina à luz do caso concreto.

Uma das ferramentas a serem usadas como base na objetivação das regras de responsabilidade civil é a Fórmula de Hand, que pode auxiliar, tanto no momento de elaboração do texto legal, quanto na sua interpretação e aplicação.

Contudo, antes de estudar a fórmula propriamente dita, faz-se necessário compreender o instituto da responsabilidade civil e seus elementos essenciais, bem como entender os postulados da análise econômica para, ao final, analisar a culpa pela negligência, sob o enfoque da regra de Hand. Para tanto a pesquisa foi apresentada com o enfoque em três eixos principais, representados por capítulos.

No primeiro capítulo a pesquisa aborda Direito e Economia fornecendo premissas essenciais à compreensão do instituto e possibilitando a posterior relação com a responsabilidade civil.

O capítulo seguinte, representando o segundo eixo da pesquisa, propõe a análise da teoria clássica da responsabilidade civil e sua classificação como contratual e extracontratual; subjetiva e objetiva. Na sequência, o trabalho analisa as excludentes de responsabilidade para, ao final, apresentar considerações acerca da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor.

O terceiro e último eixo trata da culpa como um dos elementos essenciais da responsabilidade subjetiva, propondo análise crítica da teoria clássica a partir de conceitos da análise econômica do direito. A ideia é verificar a aplicabilidade do ferramental econômico para municiar juristas na compreensão do conceito de negligência.

Ainda no terceiro eixo da pesquisa, a proposta é discutir a culpa em sentido estrito, consubstanciada na negligência, imperícia e imprudência, relacionando esses conceitos à análise econômica do direito e abordando a possibilidade de adoção do conceito de negligência proposto por Hand, ao Direito brasileiro. Após, estabelecidas as relações propostas, o estudo traz decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro em sede de Recurso Especial com aplicação implícita de fundamentos econômicos à decisão judicial.

Diante do contexto apresentado e da necessidade de se estabelecer critérios objetivos que auxiliem o julgador no momento de caracterizar a negligência no caso concreto, analisando a responsabilidade civil sob a ótica da análise econômica do direito – positiva e normativa –, é que a presente pesquisa jurídica se mostra útil e relevante, justificando-se. Se viável for a utilização de ferramentas auxiliares para melhor compreensão e aplicação do conceito de negligência, auxiliando o julgador na tarefa de estabelecer a culpa, torna-se

imperioso incluir tais elementos para melhor aplicação da responsabilidade civil subjetiva e objetiva dentro de um contexto concorrencial.

Questiona-se, portanto, como problema de pesquisa, a adoção da Fórmula de Hand e sua eventual compatibilidade com a legislação civil em vigor, num contexto de ativismo judicial e interpretação da norma de modo a promover o desenvolvimento econômico e garantir a segurança jurídica nas relações empresariais. O objetivo geral é elaborar uma análise crítica da responsabilidade civil clássica e apresentar alguns postulados da Análise Econômica do Direito para auxiliar na compreensão do direito a partir do conceito de eficiência. São objetivos específicos: (a) analisar os tipos de responsabilidade civil com a classificação e apresentação de requisitos essenciais a luz da teoria clássica; (b) definir análise econômica do direito e apresentar seus postulados; (c) demonstrar a viabilidade na aplicação das ferramentas de análise econômica do direito à responsabilidade civil, mais especificamente à culpa em sentido estrito; (d) analisar a negligência à luz da Fórmula de Hand e (e) promover estudo de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

2 DIREITO E ECONOMIA

A disciplina *law and economics*, traduzida aqui como “direito e economia”, surge na década de 60 e aponta necessária confluência entre duas tradições, de um lado a ciência jurídica e do outro a econômica. Embora seja comum a utilização da tradução literal, no Brasil, a *law and economics* também recebeu o nome de “Análise econômica do Direito” (AED) e as duas expressões serão utilizadas no trabalho como sinônimas (SALAMA, 2017). Assim, antes de passar a análise dos postulados e da possível relação da disciplina com o direito brasileiro, é necessário discorrer sobre o significado de AED ou simplesmente de Direito e Economia.

2.1 O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

Para responder a pergunta, e por razões exclusivamente didáticas, faz-se necessário entender o que é análise econômica para depois associá-la ao direito. Isso porque quando se emprega o termo economia “nossa pré-compreensão nos leva automaticamente a pensar em dinheiro, mercados, emprego, inflação, juros, etc” (GICO JÚNIOR, 2010, p. 11).

Por essa razão, sustenta Ivo Teixeira Gico Júnior (2010, p. 11), que indagações como “qual o efeito da taxa de juros sobre o nível de emprego? Quanto custa construir uma ponte ligando o Brasil à Argentina sobre o Rio Uruguai?”, via de regra são associadas ao conceito de análise econômica, enquanto outras do tipo: “por que estupradores costumam atacar entre 5:00 e 8:30 da manhã ou à noite? Por que os quintais de locais comerciais são geralmente sujos, enquanto as fachadas normalmente são limpas?” (GICO JÚNIOR, 2010, p. 11), estão, para o senso comum, naturalmente dissociadas¹.

Nota-se que o campo de pesquisa da ciência econômica estende-se a questões muito mais abrangentes do que a simples análise monetária e acaba por oferecer ferramentas que

¹ Ivo Teixeira Gico Júnior apresenta uma série de outras perguntas para demonstrar situações práticas que, embora não sejam tradicionalmente consideradas econômicas, podem ser analisadas e respondidas com a utilização de ferramentas da análise econômica. Vale transcrever algumas delas: “Por que está cada vez mais difícil convencer os Tribunais Superiores de que uma dada questão foi efetivamente pré-questionada? Por que em Brasília os motoristas param para que um pedestre atravessasse na faixa, mas em outros locais do Brasil isso não ocorre? Por que os advogados passaram a juntar cópia integral dos autos para instruir um agravo de instrumento quando a lei pede apenas algumas peças específicas? Por que o Governo costuma liberar medidas tributárias ou fiscais impopulares durante recessos e feriados, como o Natal? Por que o número de divórcios aumentou substancialmente nas últimas décadas? Por que existem várias línguas?” (GICO JÚNIOR, 2010, p.11).

auxiliam na melhor compreensão do comportamento humano, das normas jurídicas e sua aplicação no mundo concreto.

Quando se pensa na resposta para a pergunta sobre o porquê dos esturpadores agirem com maior frequência entre 5h e 8h30 da manhã e considerando a análise dos riscos e benefícios em relação aos custos da escolha, podem-se encontrar valiosas informações para o combate ao ilícito e o estabelecimento de políticas públicas de prevenção².

Isso porque, “uma análise econômica pressupõe a apreensão das opções entre diferentes condutas, bem como dos custos, riscos e benefícios envolvidos em cada uma dessas escolhas” (PIMENTA, 2006, p. 162).

Dentro desse contexto é que “a ciência econômica [...] investiga um amplo espectro de atividades humanas, muitas das quais também são estudadas por outras ciências sociais como a ciência política, a sociologia, a antropologia, a psicologia e, como não poderia deixar de ser, o direito” (GICO JÚNIOR, 2010, p. 12).

Corroborando o mesmo sentido:

Os campos em que o diálogo entre Direito e Economia se demonstra fecundo abrangem matérias como propriedade, contratos e responsabilidade civil, operações em mercados, em que é mais evidente a existência de interesses comuns, particularmente aquelas operações que envolvem instituições sociais e institutos jurídicos. Em outras áreas do Direito, a visão econômica é mais difícil de aceitar, dizem muitos, notadamente em áreas nas quais os efeitos patrimoniais são considerados secundários, como é o caso das relações de família (SZTAJN, 2005, p. 141).

Dito isso, é possível estabelecer a relação da Economia com o Direito na medida em que o uso das ferramentas econômicas pode contribuir para melhor compreensão e aplicação da norma jurídica no caso concreto. Esse é o entendimento de Eduardo Goulart Pimenta:

[...] entenda-se por análise econômica do Direito a tentativa de contribuir para o avanço na elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas mediante sua avaliação por meio de critérios e métodos particulares à ciência econômica (PIMENTA, 2006, p. 169).

Como consequência da união das duas ciências, Eugênio Battesini aponta que é um “empreendimento acadêmico de natureza interdisciplinar que alavancou o ensino e a pesquisa nas duas ciências, propiciando o surgimento de vasta literatura, nas mais diversas áreas de pesquisa jurídica e econômica” (BATTESINI, 2010, p. 11).

No mesmo sentido, Cooter e Ulen (2010, p. 33) destacam que:

A análise econômica do direito é interdisciplinar por reunir dois campos de estudo com o propósito de facilitar a compreensão de ambos. A economia nos ajuda a

² “O conhecimento de economia tem valor (“*payante*”) fora do meio universitário. Na concepção de suas políticas, os governos se inspiram nisso, especialmente na criação (ou extinção) de organismos de regulação” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 12).

perceber o direito de uma maneira nova, que é extremamente útil para os advogados e para qualquer pessoa interessada em questões de políticas públicas, ainda, haja um costume de conceber a lei como ferramentas para a justiça e o direito como o seu provedor. A economia visualiza as leis como incentivos para mudar o comportamento, como preços implícitos, e como instrumentos para atingir objetivos de políticas públicas (eficiência e distribuição). Muitas vezes, a análise econômica pressupõe como instituições jurídicas como a propriedade e o contrato, que afetam drasticamente a economia, por exemplo, a ausência de propriedade segura e contratos confiáveis costumava paralisar a economia de alguns países da Europa oriental e do terceiro mundo, e os planos de desenvolvimento econômico nesses países é a instituição de regimes jurídicos previsíveis e estáveis (COOTER; ULEN, 2010, p. 33).

Para o professor Ivo Teixeira Gico Júnior (2010, p. 13), “quando usamos o termo Análise Econômica do Direito, portanto, estamos nos referindo à aplicação do ferramental econômico justamente às circunstâncias a que normalmente não se associam questões econômicas”.

Desse modo, utilizar critérios e métodos econômicos para analisar o Direito é promover a interpretação, aplicação e criação do sistema normativo considerando como ponto central a eficiência econômica da lei, ou seja, verificando se a norma cumpre seu papel na geração e distribuição de recursos materiais disponíveis em seu contexto de incidência. (PIMENTA, 2006).

Considerando que o surgimento da análise econômica do direito inova ao apresentar a viabilidade de utilização de ferramentas objetivas para auxiliar na interpretação e criação das normas jurídicas, de modo a torná-las mais eficientes, é natural que surjam movimentos críticos em sentido contrário.

A reação se deu por parte de juristas norte-americanos logo no início dos anos 1980 sob a forma de colóquios, que tinham como objetivo a verificação e identificação das contribuições efetivas do uso do instituto para o direito (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Contudo, para Rachel Sztajn o argumento que se opõe ao diálogo entre Direito e Economia carece de racionalidade uma vez que, “ainda que os fatos sejam considerados sob a ótica quantitativa e empírica, própria do método econômico, em nada destrói a argumentação jurídica, qualitativa” (SZTAJN, 2005, p.148).

Seguindo a mesma linha de raciocínio:

Por conta de diferentes metodologias utilizadas pelos dois ramos do conhecimento — o modelo dogmático e abstrato ensinado nas escolas de Direito e a construção de modelos a partir de dados empíricos recolhidos na sociedade associados a teorias — nas escolas de economia —, os operadores do Direito veem com desconfiança e com restrições as tentativas de associar o raciocínio econômico aos esquemas abstratos predominantes na formulação e análise das normas jurídicas. Esquecem-se, entretanto, de que, por estarem mais presos à análise da realidade social, os economistas vêm enveredando rapidamente pelos meandros dos modelos normativos propostos pelo Direito (SZTAJN, 2005, p. 139).

Pelas razões expostas é que, embora exista alguma resistência, a análise econômica do Direito ganha cada vez mais adeptos e amplitude no espectro de aplicação. Para Mackaay e Rousseau:

O movimento da análise econômica do direito se impôs, em poucos anos, nas melhores faculdades de direito norte-americanas, como uma corrente de pensamento de primeira importância, e até como principal fonte de renovação da teoria do direito. A maior parte das faculdades de direito oferece cursos usando a análise econômica do direito. Até cursos clássicos, como, por exemplo, sobre bens (property), obrigações (contracts) e responsabilidade (torts), foram modificados, e os professores que os ministram acreditam que não é possível limitar-se ao direito positivo, mas ser necessário dar aos alunos instrumentos – econômicos – para determinar se o direito está adequado para preencher sua função. Muitas faculdades de direito contratam economistas como professores, quer exclusivos, quer em parceria (cross appointment) com o departamento de ciências econômicas. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 11)

Do ponto de vista histórico, o movimento contemporâneo de Direito e Economia tem origem nos trabalhos produzidos por Ronald Coase – *The Problem of Social Cost* (1960) – e Guido Calabresi – *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961) (BATTESINI, 2010).

No Brasil, seguindo tendência internacional, surge de forma gradual um movimento de análise econômica do direito com a publicação de literatura na área. Bettesini cita, por exemplo, a obra organizada por Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn intitulada “Direito & Economia: análise econômica do Direito e das organizações” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005). Menciona, ainda, o livro “Direito e Economia” (2005), organizado por Luciano Benetti Timm, e “Direito, Economia e mercados” (2006), de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (BATTESINI, 2010).

A difusão da proposta dos teóricos da análise do Direito e da Economia justifica-se em razão da enorme contribuição entre as ciências. Nota-se que a ciência econômica pode fornecer alternativas importantes aos juristas para melhor compreensão do Direito e do comportamento humano³.

Por óbvio que para a criação ou interpretação da norma não se pretende adotar exclusivamente critérios econômicos; contudo, inegável que a soma das duas ciências – jurídica e econômica – pode contribuir tanto na elaboração do texto legal quanto em sua

³ Cf. Pinheiro; Saddi, 2005, p. 17: “É mais fácil compreender as duas áreas, direito e economia juntas, do que separadas. Ou em outras palavras, como funcionam todas as relações legais que governam a sociedade e qual é a influência do Direito na economia e por seu turno, a influência da economia no Direito?”.

aplicação ao caso concreto, além de fornecer aos economistas elementos essenciais para determinação e compreensão de determinadas condutas humanas⁴.

2.1.1 Os postulados

A análise econômica adota a escassez como ponto de partida para estudar o comportamento humano, uma vez que se os recursos fossem infinitos todos poderiam satisfazer suas necessidades. Um ambiente sem escassez é um ambiente sem problemas econômicos (GICO JÚNIOR, 2010).

Por esse motivo, segundo Ivo Teixeira Gico Júnior, “a escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes (senão não seria uma escolha, não é mesmo?)” (GICO JÚNIOR, 2010, p. 16).

Partindo-se de um ambiente escasso e da necessidade de se fazer escolhas, é preciso detalhar postulados elementares para melhor compreensão da ciência econômica aplicável ao Direito. Para Ivo Gico Teixeira Júnior, o custo de oportunidade, a conduta racional maximizadora, a reação das pessoas a incentivos, o mercado, o equilíbrio e a eficiência (Pareto-eficiente) estabelecem um ponto de partida para a análise econômica do Direito (GICO JÚNIOR, 2010).

Com a escassez de recursos os agentes econômicos são obrigados a fazer escolhas. Para tanto, é preciso analisar as vantagens e desvantagens, uma vez que a adoção de uma opção gera necessariamente o abandono de outra. Diante deste conflito, escolher uma coisa em detrimento da outra gera um custo, chamado custo de oportunidade⁵.

⁴ Corroborando a ideia de cooperação necessária entre as duas ciências, vale trazer à baila importante contribuição de Coase: “As razões utilizadas pelos tribunais na determinação dos direitos vão, frequentemente, parecer estranhas para um economista, porque muitos dos aspectos nos quais as decisões se baseiam são, do ponto de vista econômico, irrelevantes. Por isso, situações que são, para um economista, idênticas, serão tratadas de maneiras diferentes pelos tribunais. O problema econômico em todos os casos de efeitos prejudiciais é como maximizar o valor de produção. No caso *Bass v. Gregory*, ar fresco era sugado pelo poço, o que facilitava a produção de cerveja, mas ar imundo era expelido pelo poço, o que tornava a vida nas casas próximas menos agradável. O problema econômico está em decidir o que escolher: um custo mais baixo da cerveja e menos conforto nas casas próximas ou um custo maior da cerveja e um maior conforto” (COASE, 2008, p.12).

⁵ Cf. Salama, 2017, p. 26-27: “A escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e a incorrerem em tradeoffs. Os tradeoffs são, na verdade, são “sacrifícios”: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo. Esse algo de que se abre mão é o chamado “custo de oportunidade”. Todas as escolhas têm custos de oportunidade. Isso quer dizer que nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade, é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais”.

Assim, aproveitando o exemplo de Ivo Gico, “se decidimos comprar caças para fortalecer nossa Aeronáutica, abdicamos de outra alocação que esses recursos poderiam ter (e.g. construir escolas)” (GICO JR., 2010, p.17). Segundo o professor:

A utilidade que cada um gozaria com uma dessas atividades é o seu custo de oportunidade, i.e., o preço implícito ou explícito que se paga pelo bem. Note que dizer que algo tem um custo não implicar afirmar que tem valor pecuniário. Agora você sabe que há muita sabedoria no dito popular “tudo na vida tem um preço”, basta olhar para o lado (GICO JR., 2010, p.17).

Ao fazer suas escolhas, os agentes econômicos estabelecem necessária relação de custo benefício e assim visam atender ao seu próprio bem-estar. Assim, pode-se dizer que a conduta dos agentes é racional maximizadora⁶, ou seja, visam sempre à obtenção de maiores benefícios com menores custos, utilizando-se para tanto juízo de ponderação no momento de tomada de decisão (GICO JÚNIOR, 2010). Observe-se um exemplo:

[...] um fabricante sabia que seu produto irá, às vezes, ferir os consumidores. Até que ponto esse fabricante tornará o produto seguro? Para uma empresa que queira maximizar os lucros, a resposta depende de dois custos: primeiro, dos custos efetivos para tornar o produto mais seguro, que, por sua vez, dependem de fatos relativos ao projeto e à fabricação do produto e dos custos da emissão de advertências aos usuários; e do “preço implícito” de ferimentos causados aos consumidores por meio da responsabilidade jurídica do fabricante. A responsabilidade é uma sanção imposta por danos causados a outros. O produtor precisará da ajuda de advogados para fazer uma estimativa desse preço implícito. Depois de obter as informações necessárias, ele irá comparar o custo da segurança e o custo implícito de acidentes. Para maximizar os lucros, o produtor irá ajustar a segurança até que o custo efetivo da segurança adicional seja igual ao preço implícito de acidentes adicionais (COOTER; ULEN, 2010, 25).

Outro exemplo que ilustra bem a análise de custos para tomada de decisão racional é apresentado por Michael Sandel (2012) ao tratar do problema com os tanques de gasolina de um dos modelos de veículo da Ford. O Ford Pinto era equipado com um tanque de combustível na parte traseira e quando sofria uma colisão naquele local, podia explodir ou pegar fogo. Os acidentes vitimaram vários proprietários do veículo, contudo, o custo para consertar os carros era de 11 dólares por unidade. Ao avaliar a relação entre os custos:

Para calcular os benefícios obtidos com um tanque de gasolina mais seguro, a Ford estimou que em um ano 180 mortes e 180 queimaduras poderiam acontecer se nenhuma mudança fosse feita. Estipulou, então, um valor monetário para cada vida perdida e cada queimadura sofrida – 200 mil dólares por vida e 67 mil por queimadura. Acrescentou a esses valores a quantidade e o valor dos Pintos que seriam incendiados e calculou que o benefício final da melhoria de segurança seria de 49,5 milhões de dólares. Mas o custo de instalar um dispositivo de 11 dólares em 12,5 milhões de veículos seria de 137,5 milhões de dólares. Assim a companhia chegou à conclusão de que o custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro (SANDEL, 2012, p. 58).

⁶ “Os economistas geralmente supõem que cada agente econômico maximize algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social, e assim por diante.” (COOTER, ULEN, 2008, p. 36).

O caso apresentado demonstra claramente hipótese de decisão racional maximizadora. A Ford, promovendo análise de custo e benefício, prefere arcar com a reparação de todos os danos ocasionados pelos veículos que pegarem fogo a reparar todos os tanques, aumentando as medidas de precaução e diminuindo consideravelmente a chance de ocorrência do dano. Ora, se os custos com a precaução são maiores que os custos de reparação, qual seria o incentivo para precaver?

A proposta de questionamento serve apenas para reflexão, uma vez que, considerando a escolha racional maximizadora, eventual alteração na estrutura de incentivos, ou seja, na motivação para decidir, pode levar a uma mudança no cenário, o que nos leva a concluir que os incentivos atuam diretamente na relação de custo benefício e podem alterar a conduta do agente, e, por via de consequência, interferir na escolha. Em resumo, pessoas respondem a incentivos (GICO JÚNIOR, 2010). No mesmo sentido é o posicionamento de Posner:

O que talvez seja novidade é que eu não apenas compartilho com Benthan a certeza que os indivíduos são maximizadores racionais de sua própria satisfação em todos os setores da vida, mas também acredito na eficiência econômica como conceito tanto ético, quanto científico (POSNER, 2010, p. 17).

Assim, se a ideia é diminuir o número de acidentes ocasionados pelo incêndio no carro da Ford, é mais adequado pensar no problema sob o prisma dos incentivos. Uma alteração na relação custo-benefício criaria um novo incentivo e poderia mudar os rumos da decisão tomada pela montadora.

Salama apresenta exemplo elucidativo da relação custo-benefício bem como a política de incentivos:

Para ilustrar, suponha que uma empresa saiba que seus produtos às vezes causarão danos a seus consumidores. Por exemplo, uma empresa de transporte aéreo sabe que sempre existe a possibilidade de que haja acidentes aéreos. Quanto a empresa investirá para tornar seus voos mais seguros? Como as empresas têm por objetivo maximizarem seus lucros e remunerarem seus acionistas, a resposta dependerá principalmente das seguintes variáveis: (a) dos custos para tornar os produtos e serviços mais seguros (por exemplo, os custos para treinamento de pessoal, manutenção de aviões, desenvolvimento de novas tecnologias, etc.), (b) da probabilidade de ocorrência de acidentes com cada uma das possíveis tecnologias e métodos de segurança que podem ser empregadas; (c) dos danos à reputação da empresa no caso de acidentes (por exemplo, por causa da diminuição da procura por passagens aéreas após um acidente); (d) dos custos relacionados à responsabilização civil por danos causados (especialmente pagamentos de indenizações a vítimas e de multas ao governo); (e) da probabilidade de que, no caso de acidentes, haja responsabilização civil ou penal da empresa ou de seus diretores (o que dependerá, dentre outras coisas, dos requisitos legais que fixarão os parâmetros para determinação da culpabilidade); e (f) dos custos para mitigar as perdas decorrentes dos acidentes caso eles ocorram. Para estimar todas essas variáveis, a empresa necessitará de informações da sua área técnica e comercial, e de seus advogados também. De posse dessas estimativas, a empresa irá investir para tornar seus produtos e serviços mais seguros até o ponto em que tais investimentos se paguem. Vale dizer: a empresa investirá em segurança até o ponto em que os custos marginais forem iguais aos benefícios marginais. No momento em que os

investimentos em segurança causarem mais custos do que benefícios, a empresa deixará de investir em segurança (SALAMA, 2017, p. 28-29).

Partindo desse conjunto inicial de postulados, e compreendendo o comportamento humano, é possível identificar se a decisão está sendo tomada em um contexto hierárquico ou de mercado.

Isso porque, as escolhas dos agentes podem variar, por exemplo, em um contexto de relação de emprego, ou mesmo, dentro de uma estrutura de hierarquia militar. Quando inexistente qualquer hierarquia e os agentes são livres para decidir, interagem realizando trocas ou barganhas dentro de um contexto social ao qual o professor Ivo Teixeira Gico Júnior (2010) chama de mercado.

Se as interações são livres dentro do contexto de mercado e as escolhas racionais, maximizadoras, é possível estabelecer um contexto ótimo na relação entre custos e benefícios (GICO JÚNIOR, 2010). Pontifica com clareza o autor:

Quando a interação social se dá no âmbito do mercado, o comportamento racional maximizador levará os agentes a realizar trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas. Nesse ponto, diremos que o mercado se encontra em equilíbrio. Equilíbrio é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes (GICO JÚNIOR, 2010, p.18).

No mesmo sentido:

Um equilíbrio é um padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas. Os economistas geralmente pressupõem que as interações tendem ao equilíbrio, independentemente de ocorrerem em mercados, eleições, clubes, jogos, equipes, empresas ou casamentos (COOTER; ULEN, 2010, p. 37).

O mercado equilibrado, ou seja, aquele no qual as relações se tornam ótimas para os agentes fazendo cessar as trocas, é mais eficiente⁷, uma vez que serão eliminados os desperdícios. Como os agentes respondem aos incentivos, uma alteração neste ponto pode gerar um equilíbrio e diminuir os custos desnecessários (GICO JÚNIOR, 2010).

Em resumo, os postulados auxiliam na compreensão do comportamento dos agentes em um ambiente de escassez, com escolhas racionais, motivadas, dentro de um contexto livre que deve ser eficiente⁸.

⁷ Cf. Gico Júnior, 2010, p. 18-19: “Eficiência aqui também é um termo técnico utilizado no sentido **Pareto-eficiente**, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a de situação outrem. Equilíbrios constituem, portanto, ótimos de Pareto” (GICO JÚNIOR, 2010, p. 18-19, grifos do autor).

⁸ Cf. Battesini, 2010, p. 361-362: “Fortemente articulada em torno da análise econômica do direito promovida por Richard Posner, a escola de Chicago é a vertente mais difundida e influente do movimento de direito e economia. O principal traço distintivo da escola de Chicago é a aplicação do instrumental analítico microeconômico, calcado na teoria dos preços, na eficiência alocativa e em soluções de equilíbrio ótimo, no

2.1.2 Eficiência: Pareto e Kaldor-Hicks

O termo eficiência pode ser entendido sob vários aspectos. O mais comum deles considera eficiente um processo quando não for possível aumentar mais os benefícios sem também promover um aumento dos custos (busca da otimização da relação entre *output* e *input*). Isso possibilita obter o máximo de benefício sem a necessidade de aumento dos custos. Trata-se de maximização da riqueza e do bem-estar com a redução dos custos (SALAMA, 2017).

Portanto, a título de exemplo, uma fábrica de carros será eficiente quando não puder produzir mais carros sem necessariamente aumentar seus custos, sejam eles com a compra de novas máquinas, contratação de pessoal ou realização de novos investimentos etc. (SALAMA, 2017). Via de consequência, se a produção puder ser maior com os mesmos custos, quer dizer que a fábrica não será eficiente.

Mas é possível tornar a análise mais interessante, fugindo de exemplos óbvios como este. Suponha que cada acidente aéreo cause, no total, custos de \$100 milhões (refiro-me aqui à soma de todos os custos sociais relevantes, que englobam tanto as perdas da companhia aérea quanto das vítimas dos acidentes). A seguir, suponha que uma empresa possa investir \$2 milhões em uma nova tecnologia de segurança aérea, e que essa nova tecnologia causará uma diminuição de 1% na probabilidade de ocorrência de acidentes. Será que este investimento é eficiente? A resposta é negativa. Afinal, a empresa investirá \$2 milhões para evitar custos de \$1 milhões ($1\% \times \$100 \text{ milhões} = \1 milhão). O investimento nesta tecnologia diminui as chances de acidentes, mas torna a sociedade mais pobre (SALAMA, 2017, p. 35).

Para Eduardo Goulart:

O principal referencial adotado pela ciência econômica é a eficiência. Produção eficiente de bens e serviços; eficiência na utilização dos fatores de produção com o objetivo de maximizar suas potencialidades; eficiência na distribuição da riqueza entre as diferentes camadas da população (PIMENTA, 2006, p. 160).

A eficiência também pode ser analisada segundo o critério desenvolvido pelo economista italiano Vilfredo Pareto, denominado Ótimo de Pareto (PIMENTA, 2006, p. 163). Assim, uma situação é considerada eficiente ou ótima “se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa pior (mais uma vez, em sua própria opinião)” (COOTER; ULEN, 2010, p. 38). Para Bruno Meyerhof Salama:

Dada uma gama de possíveis alocações de benefícios ou renda, uma alteração que possa melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo, é chamada de “melhora de Pareto”. Uma alocação será

sentido de Pareto ou de Kaldor-Hicks, com o propósito de analisar o direito, sendo favorável a soluções de mercado, em oposição à regulação governamental”.

ótima no sentido de Pareto quando não for possível realizar novas melhoras de Pareto.

Dessa perspectiva, uma situação será eficiente se, e somente se, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos um outro indivíduo piore a sua. Por isso, um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável (SALAMA, 2017, p. 36).

Adotando o critério desenvolvido por Pareto, não será eficiente suposta autorização legislativa para funcionamento de aplicativos de transporte (Uber, Cabify, 99, etc.) que, embora tragam benefício para uma grande parcela da sociedade, podem por outro lado, piorar a situação dos taxistas, haja vista migração das pessoas para as novas plataformas virtuais de transporte. Se há ganhadores e perdedores, não se pode falar em eficiência segundo Pareto.

Segundo o célebre economista-sociólogo Vilfredo Pareto (1848-1923), o critério que leva seu nome é empregado para avaliar se uma economia é melhorada após uma troca. Para evitar uma avaliação na qual as perdas de uns são pesadas contra os ganhos de outro (o que implica uma comparação interpessoal de utilidade e, eventualmente, um paternalismo da parte de quem julga), diz-se que há um ganho se cada pessoa, após a troca, se encontrar, segundo seus próprios valores, na mesma ou em situação melhor. Na medida em que as pessoas não sejam invejosas umas das outras, o critério corresponde à unanimidade nas decisões coletivas. A inveja faria com que não apenas não se aceitasse perder no sentido absoluto, mas quando recusáramos mesmo um ganho menor (menos que proporcional) ao dos demais. Se se admitir a inveja, poucas mudanças poderiam ser consideradas ganhos (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 88).

Além do Ótimo de Pareto, a eficiência também pode ser entendida a partir da teoria desenvolvida pelos economistas Nicholas Kaldor e John Hicks. Segundo Salama:

O critério de Kaldor-Hicks busca superar a restrição imposta pelo ótimo de Pareto de que mudanças somente são eficientes se nenhum indivíduo fica em posição pior. Pelo critério de Kaldor-Hicks, o importante é que os ganhadores possam compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam. Isso quer dizer que o critério de Kaldor-Hicks permite que mudanças sejam feitas ainda que haja perdedores (SALAMA, 2017, p. 37).

Sobre o padrão Kaldor-Hicks, Eduardo Goulart explica que “trata-se de um padrão de eficiência econômica que também parte do princípio de que os bens e serviços devem ser atribuídos àqueles que mais os valorizam, ou seja, aos agentes econômicos que se recusem a trocar tais bens ou serviços pelo valor monetário dos mesmos” (PIMENTA, 2006, p. 164).

Desse modo, sob a ótica da eficiência de Kaldor-Hicks, “uma conduta é economicamente eficiente se os que dela se beneficiam ganham mais do que aquilo que perderam os agentes que por ela foram prejudicados” (PIMENTA, 2006, p. 165).

Em suma, os ganhos dos ganhadores devem ser maiores que as perdas dos perdedores e somente desse modo pode-se afirmar a eficiência da norma (PIMENTA, 2006).

Seja em razão da busca de otimização da relação entre *output* e *input*, ou mesmo se a eficiência for considerada sob a ótica de Pareto ou Kaldor-Hicks (compensação), em relação

às políticas públicas, em que dificilmente será estabelecida a unanimidade – ou seja, sempre haverá perdedores –, o critério de compensação sofre severas críticas⁹. Segundo Salama:

A utilização da eficiência de Kaldor-Hicks como guia para políticas públicas também não está livre de problemas. A crítica mais comum é a de que este critério apenas leva em consideração o nível de riqueza, mas deixa de lado o problema da sua distribuição. [...] (a) o fato de que o valor marginal do dinheiro é diferente para ricos e pobres (ou seja, “R\$1,00 vale mais para um indivíduo pobre do que para um indivíduo rico”) e (b) a mensuração se dá em um momento limitado no tempo, mas o que é eficiente hoje pode deixar de sê-lo amanhã se um único indivíduo, por exemplo, alterar suas preferências (SALAMA, 2017, p. 37).

Considerando o objeto do trabalho pode-se afirmar que a destinação de recursos para prevenção de danos precisa ser avaliada segundo critérios de eficiência econômica, seja sob a perspectiva do Ótimo de Pareto, ou pelo sistema de compensação, o que evita custos desnecessários e promove melhor alocação de recursos¹⁰.

2.1.3 As dimensões positiva e normativa

A análise econômica do direito está consubstanciada em duas dimensões e auxilia tanto a criação quanto a interpretação e aplicação da norma jurídica. Quando dedica esforços ao processo de criação da norma, auxilia de forma diferente de quando o assunto diz respeito à aplicação e interpretação. Pode-se dizer, portanto, que coexistem análise descritiva (ou positiva) e análise prescritiva (ou normativa).

Desse modo, “a AED reconhece como válido e útil do ponto de vista epistemológico e pragmático a distinção entre o que é (positivo) e o que deve ser (normativo). A primeira proposição está relacionada a um critério de verdade e a segunda a um critério de valor” (GICO JÚNIOR, 2010, p. 13)¹¹.

Assim, segundo Pinheiro e Saddi:

⁹ Para exemplificar a aplicação da eficiência de Kaldor-Hicks, Salama analisa o seguinte caso e traz como exemplo: “A prefeitura da cidade de São Paulo recentemente proibiu a colocação grandes cartazes de propaganda na cidade. Houve ‘perdedores’, e disso não resta dúvida porque várias pessoas perderam seus empregos e outras tantas perderam seus negócios. Por outro lado, o sólido apoio da população à nova legislação parece indicar que os ganhos do restante da população (os ‘ganhadores’) excederam as perdas do grupo de ‘perdedores’. Novamente, note que pelo critério de Pareto esses ‘perdedores’ teriam que ser de fato compensados, de modo que deixassem de perder. Mas pelo critério de Kaldor-Hicks, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra” (SALAMA, 2017, p. 37).

¹⁰ Segundo Sztajn (2005, p. 140), “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”.

¹¹ Cf. Mackaay; Rousseau, 2015, p. 7: “Nos Estados Unidos da América, essa leitura é objeto de uma corrente intelectual denominada “análise econômica do direito” ou, ainda, “direito e economia”. Não se trata de direito econômico, no sentido que se dá à expressão na França (ou no Brasil)”.

A análise econômica do direito pode então ser dividida em duas grandes searas, que vamos chamar de correntes: uma corrente positivista e uma normativista. A primeira prediz os efeitos das várias regras legais; por exemplo, como o agente econômico vai reagir às mudanças no Direito, uma análise econômica positivista de indenizações, em matéria de responsabilidade civil, deve poder prever os efeitos das normas de responsabilidade objetiva e subjetiva em oposição às condutas (ou comportamentos) de negligência (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 21).

No mesmo sentido, “o Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar” (SALAMA, 2008, p. 9).

Vale transcrever a lição de Ivo Teixeira Gico Júnior, *in verbis*:

A ideia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigada e averiguada por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva – e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, não é passível de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamaremos de análise normativa. Nesse sentido, quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão (GICO JUNIOR, 2010, p. 14).

Para melhor compreensão da análise normativa e diante da necessidade de se estabelecer relação com o tema proposto – responsabilidade civil sob o enfoque da análise econômica do direito – faz-se necessário estabelecer os fundamentos teóricos da análise.

Segundo Eugênio Battesini, a análise normativa da responsabilidade civil “se preocupa com a estruturação do sistema jurídico, com a formatação das regras de responsabilidade civil de maneira a minimizar custos e maximizar o bem-estar social” (BATTESINI, 2010, p. 372). Para tanto direciona esforços, dentre outros, à análise das regras de responsabilidade objetiva, com exclusão do nexos causal, e subjetiva (negligência, contribuição da vítima, culpa exclusiva), dedicando-se à construção de modelos teóricos na tentativa de entender como a atribuição de responsabilidades influencia no comportamento dos agentes envolvidos em atividades de risco (BATTESINI, 2010).

A análise positiva pode auxiliar na caracterização de três elementos essenciais – quais sejam, o nexos causal, o nexos de imputação e o dano – partindo dos fundamentos da teoria jurídica tradicional e promovendo análise positiva à luz da ciência econômica, abordando os conceitos de culpa, ato ilícito, dano e nexos de causalidade (BATTESINI, 2010).

No mesmo sentido, a compreensão sobre o que seria a norma jurídica, sua racionalidade e as consequências de sua aplicação ao caso concreto faz parte da análise positiva, e a escolha do melhor arranjo institucional dado ao um valor faz parte da análise normativa do direito (GICO JUNIOR, 2010).

Dito isso, estabelecer critérios objetivos para identificação da falta de precaução no caso concreto perpassa tanto a dimensão positiva quanto a normativa da AED, uma vez que identificado o dano, é preciso avaliar se a conduta do agente causador foi insuficiente para evitá-lo e se houve negligência.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

O estudo da responsabilidade civil merece constante revisão especialmente pelo fato de que a sociedade se moderniza e, com tais mudanças, surgem situações ainda não discutidas pelo Direito. Nesse contexto, é fundamental estudar o tema sob a ótica da análise econômica que, conforme se demonstrará em capítulo próprio, poderá fornecer ferramentas importantes para a melhor definição de negligência, tornando a atividade empresarial mais competitiva, eficiente, previsível e segura ¹².

O surgimento de novas tecnologias facilita a vida por um lado, mas também cria situações novas capazes de gerar dano. Por óbvio que os danos causados aos usuários de aplicativos de transporte são recentes, assim como aqueles causados pela larga utilização de serviços bancários *on-line*, o que atrai necessariamente uma revisão constante da responsabilidade civil.

Endossa tal percepção Marco Antonio Bezerra de Melo, ao afirmar

que a cada avanço tecnológico corresponde mais um agente potencial de dano, conferindo ao estudo da responsabilidade civil um relevo social espetacular e uma necessidade premente de modernizar-se com vistas a tentar acompanhar os movimentos sociais e tecnológicos (MELO, 2019, p. 1).

Em razão dos avanços tecnológicos e de uma gama maior de serviços prestados, maiores também serão os danos em função da prática de atos ilícitos¹³, contratuais ou extracontratuais, comissivos ou omissivos. Na lição de Silvio Venosa, só interessa ao Direito Civil os ilícitos geradores de dano, *in verbis*:

No campo civil, só interessa o ato ilícito à medida que exista dano a ser indenizado. O Direito Civil, embora tenha compartimentos não patrimoniais, como os direitos de família puros, é essencialmente patrimonial. Quando se fala da existência de ato ilícito no campo privado, o que se tem em vista é exclusivamente a reparação do dano, a recomposição patrimonial. Quando se condena o agente causador de lesões corporais a pagar determinada quantia à vítima, objetiva-se o reequilíbrio patrimonial, desestabilizado pela conduta do causador do dano. Não há, no campo civil, em princípio, ao contrário do que vulgarmente podemos pensar, sentido de

¹² Fernando Araújo esclarece que “a análise econômica da responsabilidade civil é relativamente recente, embora os fundamentos matemáticos sejam há muito conhecidos, de certo modo integrando aquilo que são as instituições básicas da ‘revolução marginalista’. As soluções de responsabilidade civil são avaliadas pela análise econômica como se se tratasse de um puro sistema de incentivos, visando-se basicamente que através dele se proceda à internalização ‘ótima’ dos custos sociais de cada actividade económica, repercutindo-se dinamicamente no plano dos incentivos, nos incentivos que respeitam à assunção de riscos e à adopção de um certo nível de actividade arriscada, nos incentivos à adopção de cautelas (suscitando-se por isso a questão da sua complementaridade com a prevenção que se alcança através da regulação)” (ARAÚJO, 2007, p. 832).

¹³ Vale esclarecer a ideia de ilícito no direito penal e sua associação ao conceito de crime. Na Lição de Venosa: “No campo penal, há série de condutas denominadas típicas, descritas na lei, que se constituem nos crimes ou delitos. Quando alguém pratica alguma dessas condutas, insere-se na esfera penal. O ato ilícito no campo penal, portanto, é denominado crime ou delito. A terminologia ato ilícito é reservada, no sentido específico, para o campo civil, daí se falar em responsabilidade civil” (VENOSA, 2017, p. 576)

“punir o culpado”, mas o de se indenizar a vítima. Essa última afirmação, quase um dogma no passado, tem sofrido modificações modernamente, pois muito da indenização de dano exclusivamente moral possui uma conotação primordialmente punitiva, como veremos em nossos estudos nesse campo (VENOSA, 2017, p. 575).

Adotando abordagem crítica sob a ótica da análise econômica do Direito, em um sistema de responsabilidade civil podem ser identificados seis objetivos, quais sejam: (a) criar incentivos para que as partes adotem nível eficiente de precaução; (b) criar incentivos para que as partes adotem nível eficiente de atividade; (c) criar incentivos para que as partes obtenham informações sobre o grau de risco e sobre tecnologias de redução de risco, em nível eficiente; (d) realizar eficiente distribuição social dos riscos; (e) minimizar custos administrativos; e (f) a realização da justiça (BATTESINI, 2010, p. 371).

Tais objetivos devem ser relacionados às funções básicas e adjacentes dentro de um sistema de responsabilidade civil. Como funções básicas, entenda-se a reparação e a prevenção. Acrescentem-se às básicas, as funções adjacentes de punição e informação, sem desconsiderar a relevante função de promoção do bem-estar social e controle das atividades de risco (BATTESINI, 2010, p. 371).

A função reparadora tem como objetivo a compensação ou ressarcimento dos prejuízos causados e está diretamente ligada à perspectiva jurídica tradicional. Em relação à prevenção, o foco deve estar voltado para a criação de incentivos para autor e vítima, para que adotem postura mais segura visando evitar ou minimizar os danos (BATTESINI, 2010, p. 371).

Assim, é útil a discussão sobre a aplicação de novas ferramentas à teoria clássica da responsabilidade civil¹⁴, permitindo maior previsibilidade e estabelecendo critérios mais objetivos para definição de culpa e nexos causal, o que permitirá, em última análise, que as decisões judiciais sejam mais eficientes¹⁵.

¹⁴ Segundo Mackaaye Rousseau (2015, p. 12-13), “as hipóteses de responsabilidade civil extracontratual (em geral acidentes) realçam as dificuldades. Imagine-se, por exemplo, se numa piscina, um nadador, ao pular, fere outro que estava na água. Quem deve ter prioridade e quem deve ser considerado negligente? Posner propõe adivinhar, nesses casos, como os interessados se comportariam se tivessem podido contratar: um contrato hipotético. Implicitamente, tal contrato hipotético nos põe novamente perante a avaliação de utilidades de uns e outros”.

¹⁵ Segundo Botelho (2016, p. 30-31), “são poucas as situações nas quais o ordenamento jurídico e/ou o Poder Judiciário tome decisões que resultem em ganhos para todas as partes envolvidas, ou seja, que gere um ótimo paretiano. Com isso, uma decisão judicial é tratada como um sistema topológico fechado, onde um ganhador pressupõe o aumento de bem-estar de uma parte e a redução da pretensão/bem-estar de outra parte. Em outras palavras, uma sentença judicial acaba estando fora do conceito de Pareto-eficiência”.

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CLÁSSICA

Embora exista enorme esforço acadêmico na tentativa de melhor conceituar a responsabilidade civil é evidente, obrigatória e coincidente na doutrina a associação do termo com os conceitos de dano e indenização/reparação. Por óbvio que as variações conceituais podem surgir da necessidade de se englobar os mais variados aspectos relacionados ao instituto jurídico, o que de maneira alguma denota qualquer afastamento da etimologia da palavra.

Em sua obra, Sérgio Cavalieri Filho (2018, p. 14) aponta que o termo “responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação”. Ainda segundo o Autor, no sentido jurídico:

A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 14).

Embora o dever jurídico de reparação tenha sido mencionado, percebe-se que maior relevância se deu à conduta antijurídica praticada. Esse também parece ser o ponto central do conceito apresentado pelos professores Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho, *in verbis*:

Responsabilidade civil pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando, a priori, ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências de seu ato, do qual surge a obrigação de reparar. Assim sendo, a responsabilidade civil deriva da agressão a interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 53).

De forma diversa, e sem perder contato com o essencial, verifica-se na lição clássica apresentada por Caio Mário pequeno ajuste conceitual, com a transferência do ponto central do ato antijurídico para o próprio dever de indenizar. Assim, segundo o autor, “reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano” (PEREIRA, 2018, p. 14).

Posicionando-se no mesmo sentido, Marco Aurélio Bezerra de Melo aborda a responsabilidade civil sob o enfoque obrigacional. Segundo ele, “podemos definir responsabilidade civil como a obrigação patrimonial de reparar o dano material ou compensar o dano moral causado ao ofendido pela inobservância por parte do ofensor de um dever jurídico legal ou convencional” (MELO, 2019, p. 2).

O conceito de responsabilidade civil, na visão de Álvaro Vilaça de Azevedo, “nada mais é do que o dever de indenizar o dano” (AZEVEDO, 2011, p. 243). Assim, “ou o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta a vida” (AZEVEDO, 2011, p. 243).

Além de conceituar responsabilidade, faz-se necessário verificar se o dever de indenizar tem origem em uma relação jurídica contratual ou extracontratual, assim como se a responsabilidade é subjetiva ou objetiva, o que permitirá uma melhor delimitação do campo de análise.

3.2 DA CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Após breves considerações sobre o instituto da responsabilidade civil, incluindo a abordagem conceitual da teoria clássica, faz-se necessário estabelecer sua classificação quanto a origem, se contratual ou extracontratual, bem como se a culpa é ou não elemento essencial, o que aponta para uma responsabilidade objetiva ou subjetiva. Tais classificações são relevantes na medida em que o trabalho pretende discutir o conceito de negligência – elemento presente na concepção de culpa em sentido estrito – dentro do contexto da responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

3.2.1 Contratual e extracontratual

A responsabilidade civil pode surgir tanto do descumprimento de um dever legal quanto do inadimplemento contratual¹⁶. No Código Civil brasileiro de 2002, a responsabilidade extracontratual está prevista nos artigos 927 a 954, enquanto a contratual, decorrente do inadimplemento, tem previsão nos artigos 389 a 420 (BRASIL, 2002). Outras legislações também estão organizadas segundo o modelo dualista. Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves apontam:

O Código Civil Francês, por exemplo, traz a responsabilidade civil delitual ou extracontratual entre os seus arts. 1.382 e 1386, enquanto a responsabilidade contratual está nos arts. 1.146 a 1.155, no capítulo que trata dos danos e dos interesses decorrentes do descumprimento da obrigação.

Entre as codificações mais atuais, o Código Civil Italiano, de 1942, também consagra a divisão, em seu Livro IV, que regula as obrigações. A responsabilidade

¹⁶ Segundo Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, “[...] convencionou-se classificar a responsabilidade civil, quanto à origem, em contratual ou negocial e extracontratual ou aquiliana, a última devido à sua origem na *Lex Aquilia de Damno*” (TARTUCE; NEVES, 2018, p. 156).

civil extracontratual, por fatos ilícitos, está prevista entre os arts. 2.043 e 2.059. Por outra via, a responsabilidade contratual, decorrente do inadimplemento obrigacional, tem os efeitos descritos nos arts. 1.218 a 1.229.

De modo semelhante fez o Código Civil Português, de 1966, eis que a responsabilidade por fatos ilícitos e pelo risco consta dos arts. 483º a 510º, ao passo que a decorrente do não cumprimento das obrigações está entre os arts. 790º e 836º. De qualquer forma, já há uma tentativa de unificação na legislação portuguesa, pela previsão da obrigação de indemnização, entre os arts. 562º e 572º (TARTUCE; NEVES, 2018, p. 156).

Tal divisão existe desde os primórdios do Direito Romano e segundo Flávio Tartuce, à época “convencionou-se classificar a responsabilidade civil, quanto à origem, em contratual ou negocial e extracontratual ou aquiliana” (TARTUCE, 2018, p. 51). Ainda segundo o autor, “essa divisão, consagrada de um modelo dualista ou binário, acabou por influenciar a elaboração das codificações privadas modernas” (TARTUCE, 2018, p. 51).

Didaticamente a doutrina clássica de Sergio Cavalieri Filho aponta no mesmo sentido:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 29).

Embora seja reconhecida a importância da classificação a partir da origem – se contratual ou não –, afastando-se do modelo clássico, Flávio Tartuce coloca em discussão a tendência atual de superação do referido dualismo, com a possível adoção de um modelo unitário, ou seja, que não faça distinção quanto à origem da responsabilidade. Cita como exemplos em sua obra a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) (BRASIL, 2013), que responsabiliza as pessoas jurídicas de forma objetiva independentemente de o ilícito ter origem contratual ou não, e o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) no momento em que divide a responsabilidade pelo fato ou vício do produto ou do serviço, e dispõe sobre a figura do consumidor por equiparação (TARTUCE, 2018, p. 56).

Feitas essas considerações, embora o modelo unitário ganhe força na doutrina “ainda há razões doutrinárias e categoriais para se apontar a divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual. Todavia, há passos fortes para a superação da dicotomia” (TARTUCE, 2018, p. 56). Independentemente da superação da dicotomia, ou da desnecessidade de se discutir a origem do ilícito, se contratual ou não, como o objeto da pesquisa está ligado ao conceito de culpa em sentido estrito, para fins didáticos, a separação é relevante.

3.2.2 Subjetiva e objetiva

O ponto central da classificação da responsabilidade civil em subjetiva ou objetiva é a culpa. Em linhas gerais, na responsabilidade objetiva a necessidade de verificação do elemento culpa desaparece, enquanto na subjetiva é essencial para caracterizar o dever de indenizar¹⁷.

Em relação à responsabilidade que independe de culpa, Marco Aurélio Bezerra de Melo afirma: “A chamada responsabilidade civil objetiva é aquela na qual para a configuração do dever de indenizar é dispensada a prova da culpa do ofensor, bastando ao lesado provar o dano e o nexo causal sofrido” (MELO, 2019, p. 19).

A dispensa da culpa se dá justamente pelo fato de que, segundo Sérgio Cavalieri Filho, “na responsabilidade objetiva é irrelevante o nexo psicológico entre o fato ou atividade e a vontade de quem a pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta” (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 225).

O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL, 2002) disciplina a responsabilidade objetiva. Para melhor abordar o instituto, vale a pena a transcrição integral, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Da leitura do dispositivo, nota-se a ausência de definição sobre quais seriam as atividades de risco. Segundo Arnaldo Rizzardo, o Código Civil vigente: “Enveredou para a teoria do risco¹⁸, em consonância com o parágrafo único do art. 927, nas situações em que a

¹⁷ Cf. Pereira, 2018, p. 21: “A mais profunda controvérsia e a mais viva polémica vigem em torno da determinação do fundamento da responsabilidade civil. Se não padece dúvida a indagação se o ofensor é responsável, travam-se de razão os autores quando enfrentam esta outra questão: por que é responsável o causador do dano? Os escritores, de maneira geral, e os escritores brasileiros, em particular, agrupam-se em campos inimigos ao desenvolverem a fundamentação do princípio, distribuindo-se nas duas teorias que se combatem: de um lado, a doutrina subjetiva ou teoria da culpa, e, de outro lado, a doutrina objetiva, que faz abstração da culpa (responsabilidade sem culpa) e se concentra mais precisamente na teoria do risco” (PEREIRA, 2018b, p. 21).

¹⁸ Sobre a referida teoria, Sérgio Cavalieri Filho afirma que “a busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano” (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 225)

atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (RIZZARDO, 2019, p. viii).

Ainda com relação à definição de risco, vale transcrever a lição do professor Caio Mário:

A meu ver, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado (PEREIRA, 2018b, p. 347).

Adotando o mesmo posicionamento, Sergio Cavalieri Filho afirma: “Não há, a priori, como especificar, exaustivamente, quais são as atividades de risco, mas pode-se adotar, em face à teoria do risco criado¹⁹, o critério do risco inerente como elemento orientador” (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 7).

Feitas as considerações e depois de estabelecidas as conexões com a teoria do risco, faz-se necessária a análise da responsabilidade, cujo elemento culpa é essencial para a determinação do dever de indenizar. Atento à lição de Marco Aurélio Bezerra de Melo: “Diz-se que a responsabilidade civil é subjetiva quando o lesado tem o ônus de provar a culpa daquele a quem imputa como causador do dano” (MELO, 2019, p. 18).

O elemento culpa tinha como fato gerador o quase-delito, enquanto o delito era identificado pela presença do dolo. Considerando a moderna concepção de responsabilidade civil (dentro na doutrina subjetiva), embora o dolo possa agravar a situação do agente, o ponto mais importante é tão somente a conduta (PEREIRA, 2018b, p. 40).

Desse modo, “a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposo do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente” (PEREIRA, 2018b, p. 40).

Apenas para contextualizar, o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) adotava a responsabilidade subjetiva como regra e o apoio de todo o sistema estava conectado ao conceito de culpa provada, não deixando qualquer espaço para aplicação de responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2018).

Já a codificação civil de 2002 (BRASIL, 2002), embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva conforme já tratado anteriormente, estabeleceu a objetiva nos casos

¹⁹ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo” (PEREIRA, 2018b, p. 162).

especificados em lei. Desse modo, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), mantendo a lógica do art. 159 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), trouxe no bojo do art. 186, os requisitos do ato ilícito. Assim, nos termos do art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo, podem se extrair da leitura do artigo os requisitos do ato ilícito, quais sejam: “a) conduta culposa ou dolosa, b) dano, c) nexos causal entre o dano e a culpa e d) imputabilidade” (MELO, 2019, p. 18).

Arnaldo Rizzardo (2018, p. 33-34), em seu estudo sobre a responsabilidade civil, promoveu a análise de cada um dos requisitos do ato ilícito, estabelecendo a trajetória do ato desde o início até o fim, com a consequente responsabilidade. Vale aqui transcrever na íntegra o trecho da obra:

a) A ação ou omissão do agente, investindo contra alguém, ou deixando de atuar, ferindo seu direito ou o patrimônio. Opera-se por ato próprio essa ação ou omissão, com a atuação direta do agente, que ataca uma pessoa, ou destrói seus bens, ou investe contra sua honra, ou descumpre uma obrigação de proteção; ou por ato de terceiros, como nos danos causados pelos filhos, pelos tutelados e curatelados, pelos empregados, pelos hóspedes, pelos educandos, ficando responsáveis os pais, o tutor ou curador, o empregador, o hoteleiro, o educador; ou pelo fato dos bens ou coisas que se encontram na guarda e poder de uma pessoa, e, assim, pelos prejuízos provocados pelos animais, pelos veículos, pela máquina.

b) Que a conduta ou omissão de conduta do agente seja culposa, e que se expanda pela violação de um dever jurídico de observar ou de não transgredir uma regra. Essa conduta ou omissão se manifesta de forma voluntária, e, então, caracteriza-se o dolo; ou de forma não voluntária, importando na culpa propriamente dita. Assim colhe-se do seguinte texto do art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”.

c) O nexos causal, revelado na relação entre a violação da norma e o dano. O desrespeito ao dever traz o prejuízo, vindo este elemento no verbo ‘causar’ que está no mesmo dispositivo acima. Não se perfectibiliza a responsabilidade se o resultado negativo não decorre daquela violação específica da norma. Assim, dirigindo o motorista cautelosa e corretamente, e a vítima precipita-se na frente do veículo, está ausente a relação de causalidade; igualmente nos acidentes de trabalho, quando, embora certo grau de perigo que oferece a atividade, a obediência a uma série de cuidados e cautelas importa em não ocorrer o dano.

d) O dano ou resultado negativo que atinge a pessoa ou seu patrimônio, e que se encontra nas seguintes expressões do citado preceito: ‘violar direito’ ou ‘causar dano a outrem’, bastando uma das alternativas. Se, embora verificada a violação de um dever jurídico, e configurada a culpa ou o dolo, não surgir qualquer prejuízo, nenhuma indenização é devida. Praticando o motorista, na condução de seu veículo, várias atropelias, as cominações restringem-se ao âmbito administrativo, desimportando a ilicitude da conduta (RIZZARDO, 2019, p. 33-34).

De uma leitura dos requisitos essenciais do dever de indenizar fica evidente que o ato ilícito surge de uma conduta culposa geradora de dano, que pode ser omissiva ou comissiva, e que entre a conduta e o dano exista um nexos de causalidade, ou seja, o dano surgiu em virtude da conduta do agente.

Como a culpa será tratada em capítulo próprio, dada sua relevância para o estudo em questão, faz-se aqui necessária a análise do dano e do nexo de causalidade²⁰.

O artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002) coloca o dano como elemento principal (ou requisito essencial, na etimologia da responsabilidade civil). Uma conduta antijurídica obriga o ofensor a reparar o mal causado, ou seja, reparar o dano, seja ele provocado por ação ou omissão (PEREIRA, 2018b, p. 51).

Para a doutrina, incluindo o professor Caio Mário da Silva Pereira (2018b, p. 51), “o dano, como elemento da responsabilidade civil, há de ser atual e certo”, sendo atual aquele existente ou preexistente. Isso quer dizer, em princípio, que não se admite para efeito de indenização, a reparação por danos futuros, uma vez que sequer justificariam a propositura de ação indenizatória (PEREIRA, 2018b).

Ultrapassada a questão do dano atual, em relação à certeza, “não se compadece com o pedido de reparação um prejuízo meramente eventual” (PEREIRA, 2018b, p. 56). Isso porque, segundo o autor, via de regra, a certeza está ligada a atualidade o que exclui a responsabilidade por danos meramente hipotéticos ou conjunturais, que sequer podem vir a ocorrer²¹.

Aqui não se pode confundir danos hipotéticos com a perda de uma chance. Na perda da chance existe a certeza de que uma oportunidade foi perdida e gerou prejuízo (PEREIRA, 2018b). Vale trazer a baila caso notório decidido pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a perda de uma chance (BRASIL, 2006):

Tornou-se notório caso em que o Superior Tribunal de Justiça, com base nessa teoria, concedeu indenização a participante de conhecido programa televisivo de perguntas e respostas (“Show do Milhão”). Na hipótese, entendeu o Tribunal que a incorreção da pergunta formulada pelo apresentador – que, a rigor, não poderia ser respondida – retirara da concorrente a chance de disputar o prêmio máximo. A dificuldade de liquidação do dano, nesse caso, decorre do fato de que, diferentemente dos demais danos ressarcíveis, a vítima não perdeu aqui bem jurídico, senão a oportunidade de alcançá-lo. Em razão de tal circunstância, cabe ao intérprete estabelecer, com base na análise da probabilidade de auferimento pela vítima de certo benefício econômico, o quantum indenizatório que, necessariamente, haverá de ser inferior ao valor do bem jurídico almejado (PEREIRA, 2018b, p. 58).

²⁰ Cf. Pereira, 2018b, p. 51: “A consagração constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, associada ao acelerado desenvolvimento tecnológico, deslocou a ênfase da conduta do agente para o dano ressarcível, assistindo-se ao surgimento de formidável tipologia de novos danos, na esteira do incremento de riscos e do potencial danoso trazido pelas novas invenções” (PEREIRA, 2018, p. 51).

²¹ Cf. Pereira, 2018b, p. 57: “Em minha atividade profissional, discuti pretensão ajuizada por um jovem que argumentava que, em razão de sua idade e de sua vida provável, poderia, dentro na previsão desta, atingir o generalato. Discuti a causa e o Tribunal de Minas acolheu a minha tese: a indenização não poderia ser concedida nestes termos, porque seria aceitar a tese do dano hipotético”.

O último elemento essencial à responsabilidade civil subjetiva é o nexo causal, ou seja, a relação que se estabelece entre a conduta do agente e o dano causado. Sem esse liame desaparece, por óbvio, o dever de indenizar²². Segundo Caio Mario, o nexo de causalidade “é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado” (PEREIRA, 2018b, p. 102).

Isso porque, segundo Paulo Nader:

Às vezes o nexo é de fácil constatação, como o existente em dano por atropelamento, estando o motorista embriagado e na contramão. Muitas vezes o nexo requer provas especializadas para a sua apuração, como pode ocorrer com o paciente que vem a falecer em mesa de cirurgia e seus familiares, inconformados, interpretam o fato como decorrente de culpa do cirurgião. No caso concreto, não basta que tenha ocorrido a ação médica e o evento morte, indispensável saber ainda se esta foi uma consequência daquela e se o profissional agiu culposa ou dolosamente. Com os dados clínicos do paciente, exame de necropsia, anotações do ato cirúrgico, depoimentos diversos e laudo pericial, o julgador terá recolhido os elementos necessários à diagnose do fato. O nexo de causalidade exige prova conclusiva, não devendo ser inferido por meras presunções, todavia, admite-se a prova indiciária e circunstancial quando formam entre si uma tessitura de dados que se harmonizam e se completam (NADER, 2018, p. 526).

Dentro do contexto apresentado, conjugando-se o art. 186 com o art. 927 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) é possível identificar o ato culposo²³, o dano e o nexo de causalidade como elementos essenciais para a responsabilidade civil subjetiva, sendo certo que o nexo de causalidade ocupa posição de destaque, uma vez que a culpa é dispensável nas hipóteses de responsabilidade objetiva²⁴.

3.3 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE: INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE E NEXO DE CAUSALIDADE

A excludente de responsabilidade, quando presente, pode afastar o dever de indenizar daquele que, embora tenha praticado determinado ato – comissivo ou omissivo – causador de

²² Cf. Pereira, 2018b, p. 102: “Na etiologia da responsabilidade civil, como visto, são presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista, porque sem eles não se configura: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro. Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um “erro de conduta”; não basta que a vítima sofra um “dano”; que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado” (PEREIRA, 2018b, p. 102).

²³ Em sentido diametralmente oposto, para Caio Mário da Silva Pereira, “não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil” (PEREIRA, 2018b, p. 14).

²⁴ Cf. Pereira, 2018, p. 102: “Diante da proliferação de novas hipóteses de responsabilidade e do desprestígio do papel da culpa, inapta a servir de critério seguro ao julgador na determinação do dever de indenizar, o conceito de nexo de causalidade assume extraordinária importância no estudo da responsabilidade civil” (PEREIRA, 2018b, p. 102).

dano, não será responsabilizado. A conduta existe assim como o dano, contudo, desaparece o dever de indenizar, seja pela excludente de ilicitude ou de nexos causal. Arnaldo Rizzardo esclarece que:

Há situações que provocam prejuízos ao direito de outrem, mas não constituem atos ilícitos. Porque incluídos no rol de direitos subjetivos, relacionados à ordem jurídica, são sancionados e protegidos pela lei. Enquadram-se no exercício do direito garantido às pessoas, não podendo, pois, sofrer a repulsa nas suas consequências. Mesmo que presente o dano, e embora verificada a relação de causalidade entre a ação do agente e o dano a uma pessoa ou aos bens alheios, não decorre o dever de indenizar. A ação humana torna-se legítima, não sofrendo recriminação legal (RIZZARDO, 2019, p. 57).

O Código Civil de 2002 traz no artigo 188 três excludentes de responsabilidade capazes de afastar a ilicitude da conduta, quais sejam:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo (BRASIL, 2002).

O inciso I faz referência à legítima defesa e ao exercício regular de um direito reconhecido. Prescreve o art. 25 do Código Penal vigente no Brasil²⁵: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940).

Apoiado no art. 25, Caio Mário apresenta como requisitos da legítima defesa: “1) a iniciativa da agressão por parte de outrem, isto é, que do agente não tenha partido provocação; 2) que a ameaça de dano seja atual ou iminente; 3) que a reação não seja desproporcional à agressão – *moderamen inculpatae tutelae*” (PEREIRA, 2018b, p. 379). Ademais, a legítima defesa pode ser própria – proteção de bens ou interesses próprios – ou de terceiros.

Apresentado o conceito clássico de legítima defesa, surge a necessidade de se discutir a hipótese de o sujeito ter a falsa percepção da realidade. Imagine-se pessoa que, acreditando falsamente estar sob ameaça de dano iminente, toma atitude para se livrar do dano causando dano ao suposto agressor. Estaria agindo de forma lícita? Livrar-se-ia da responsabilidade de reparar o dano?

²⁵ Cf. Melo, 2019, p. 27: “Parece suficientemente sedimentado na doutrina brasileira que, a despeito da diferença de efeitos da legítima defesa entre a responsabilidade civil e penal, é nesse ramo do direito público que podemos haurir o conceito convincente e universal dessa exclusão de ilicitude”. De acordo com o professor Flávio Tartuce, o exercício regular de um direito reconhecido é uma das excludentes mais discutidas na jurisprudência nacional (TARTUCE, 2018, p. 1475).

Segundo jurisprudência e doutrina majoritária, a legítima defesa putativa não exclui a ilicitude do ato. Corroborando, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no seguinte sentido:

Civil. Dano moral. Legítima defesa putativa. A legítima defesa putativa supõe negligência na apreciação dos fatos, e por isso não exclui a responsabilidade civil pelos danos que dela decorram. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL, 2007).

Além da legítima defesa, respeitando a ordem do artigo 188 do Código Civil vigente (BRASIL, 2002), também não constitui ato ilícito aquele praticado no exercício regular de um direito reconhecido²⁶. Caio Mario, de forma simples e objetiva, afirma que “quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém” (PEREIRA, 2018, p. 380). Vale ressaltar que o direito deve ser exercido sem abuso, ou seja, dentro dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes²⁷.

Assim, aproveitando a lição de Marco Aurélio Bezerra de Melo, “quando uma pessoa age nos limites razoáveis de seu direito subjetivo ou potestativo, a toda evidência, inexistirá o cometimento de ato ilícito, não advindo dever reparatório algum” (MELO, 2019, p. 32).

A terceira excludente de responsabilidade prevista no artigo 188, II, do Código Civil vigente (BRASIL, 2002) afasta a ilicitude do ato quando a deterioração ou destruição de coisa alheia, ou lesão à pessoa, ocorrer a fim de remover perigo iminente. Segundo Flávio Tartuce, o referido artigo “consagra o estado de necessidade ou a remoção de perigo iminente, expressões que merecem tratamento idêntico, como se sinônimas fossem” (TARTUCE, 2018, p. 1469).

Uma ótima definição para o instituto pode ser extraída do art. 24 do Código Penal, o qual “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se” (BRASIL, 1940).

Pontes de Miranda (1954) citado por Marco Aurélio Bezerra de Melo (2019, p. 30) traz o real sentido da situação e afirma que o estado de necessidade “é a situação fática em que, para se evitar perigo, se tem de invadir a esfera jurídica de outrem, uma vez que o perigo não seja atividade de alguém, contrária a direito. Tanto no estado de necessidade, quanto na legítima defesa, há ‘defesa’ de interesses próprios, autodefesa”.

²⁶ De acordo com o professor Flávio Tartuce, o exercício regular de um direito reconhecido é uma das excludentes mais discutidas na jurisprudência nacional (TARTUCE, 2018, p. 1475).

²⁷ Vide art. 187 do Código Civil (BRASIL, 2002), que assim dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Além das excludentes que afastam a ilicitude da conduta existem outras que afastam o nexo de causalidade e, da mesma maneira, o dever de indenizar. Como a responsabilidade subjetiva depende da conduta culposa capaz de gerar dano e da existência da relação de causa e efeito, fica evidente que se afastado o nexo causal inexistirá o dever de indenizar.

Para Sergio Cavaliere Filho,

causas de exclusão do nexo causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente. Essa impossibilidade, de acordo com a doutrina tradicional, ocorre nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 94).

O fato exclusivo da vítima ou de terceiro, bem como o caso fortuito e de força maior, são excludentes de responsabilidade capazes de afastar o nexo causal e, conseqüentemente, o dever de indenizar, uma vez que impedem o vínculo de causa e efeito necessário entre a conduta do agente e o dano.

3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) adotou nos artigos 12 e 14 a responsabilidade objetiva como regra para reparação de danos causados aos consumidores (BRASIL, 1990), excluídos apenas os profissionais liberais e as sociedades coligadas.

Para a lei consumerista, independentemente se agiu ou não com culpa, aquele que violou direito alheio e causou dano será responsável pela reparação. Nesse sentido, vale transcrever o exemplo elucidativo de Filomeno, *in verbis*:

Desta forma, se, por exemplo, o consumidor experimentou um prejuízo ao seu patrimônio pela explosão causada por um botijão de gás, dificilmente ele poderia provar perante o juízo competente que a causa dessa mesma explosão teria sido um defeito na válvula daquele objeto. Daí por que não se precisará falar da “negligência” do operário da distribuidora de gás, ou então até da alteração do botijão. Bastará ao consumidor alegar que houve a explosão, os prejuízos que sofreu, demonstrando o nexo causal entre o acidente e o mau funcionamento do produto (FILOMENO, 2016, p. 211).

Desse modo, conforme dito em capítulo anterior, a responsabilidade objetiva²⁸ dispensa o elemento culpa, bastando a ocorrência do dano e do nexo de causalidade.

²⁸ Cf. Filomeno, 2016, p. 213: “A chamada ‘responsabilidade objetiva’, ou também chamada de ‘responsabilidade sem culpa’, se deve aos seguintes fatores: a) a produção em massa – a demanda pelos bens de consumo, cada vez maior, fez com que a atividade fabril adotasse métodos cada vez mais sofisticados para a produção não de um pequeno número de produtos de forma artesanal, mas sim a produção em quantidade maior para atender à demanda crescente; ora, desta forma, como há uma produção em série, é perfeitamente previsível que alguns desses produtos, fabricados aos milhares, venham a apresentar alguma anomalia; b) a vulnerabilidade do consumidor – como já visto anteriormente, enquanto o fornecedor de um produto conhece todas as fases de sua fabricação (desde a concepção, passando pela execução, e informações a respeito dele), o consumidor as

Vale dizer que esse modelo de responsabilização se alinha ao modelo estadunidense²⁹.

Segundo Sylvio Capanema de Souza, José Guilherme Vasi Werner e Thiago Ferreira Cardoso Neves, *in verbis*:

O Direito norte-americano desenvolveu a teoria das garantias implícitas para daí extrair a responsabilidade objetiva dos fabricantes e fornecedores de produtos e serviços, o que se prende a uma visão consensualista do Direito, típica daquele sistema. O sistema europeu, por seu turno, com a ideia de defeito, parece ter calcado a responsabilidade dos fornecedores em uma ideia de culpa (a existência do defeito ensejaria referência a uma negligência, imprudência ou imperícia do fabricante e justifica a escolha feita pelo legislador para a imputação) (SOUZA; WERNER; NEVES, 2018, p. 93).

desconhece, e apenas espera que o produto que viu anunciado por determinado tipo de publicidade é da maneira pela qual o viu, e que vai desempenhar as atividades anunciadas, e não causar-lhe prejuízos, não apenas econômicos, mas também à sua saúde e segurança; c) a insuficiência da responsabilidade subjetiva – uma vez que, sem o mínimo conhecimento a respeito das características de um produto ou serviço que lhe causou sérios danos pessoais e/ou econômicos, a não ser aquelas concedidas pelo próprio fornecedor, o consumidor ficaria inteiramente à mercê daquele, já que não lhe bastaria demonstrar que os mencionados danos resultaram da utilização de um produto ou prestação de um serviço, mas também o elemento subjetivo do responsável, consistente em dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia); d) o fornecedor há de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com sua venda – como de resto já diziam os romanos, ‘*ubi emolumentum ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*’; ou seja, quem lucra com determinada atividade que representa um risco a terceiros deve também responder pelos danos que a mesma venha a acarretar; e) em decorrência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades – a responsabilidade objetiva, ou seja, que independe da comprovação de culpa, teve sua pioneira introdução no direito brasileiro mediante o Decreto Legislativo nº 2.681/1912, que cuidava da responsabilidade dos proprietários de ferrovias, bondes e elevadores; ou seja, por se tratar de atividades de risco (no caso das ferrovias, na época das locomotivas a vapor, com efeito, as fagulhas não raramente causavam danos às plantações e florestas através das quais corriam os trens, daí não se poder falar de culpa, propriamente dita, mas de atividade eminentemente de risco); também o antigo ‘Código Brasileiro do Ar’ (Decreto-lei nº 32, de 18-11-1966), e o vigente ‘Código Brasileiro de Aeronáutica’ (Lei nº 7.565, de 19-12-1986), igualmente cuidaram da responsabilidade objetiva dos transportadores aéreos, tanto no que diz respeito a pessoas e cargas transportadas (responsabilidade decorrente do vínculo contratual), como a pessoas e bens de terra, porventura atingidos pela queda de uma aeronave (questão da chamada ‘culpa extracontratual’, exatamente por se cuidar de uma atividade de risco, igualmente); as ‘Leis de Acidentes do Trabalho’, designadamente o Decreto-lei nº 7.036, de 1944, também cuidavam da responsabilidade das empresas e empregadores de modo geral, pelos acidentes-tipos ocorridos em decorrência da atividade fabril, risco esse absorvido, como se sabe, pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS); finalmente, poderíamos também citar a precursora ‘lei de política ambiental’ (Lei nº 6.938/81), que em seu art. 14, § 1º, fala, expressamente, que ‘sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade (...)’; e, finalmente: e) o produto ou o serviço, uma vez concebidos e colocados no mercado, com defeito relativo à sua concepção, execução ou informações, ganha vida própria, donde a máxima *res ipsa loquitur* – a coisa ou serviço prestados de maneira defeituosa, na nomenclatura do Código de Defesa do Consumidor, falam por si mesmos, por apresentarem um risco, pelo simples FATO de sua existência e colocação no mercado” (FILOMENO, 2016, p. 213).

²⁹ Embora o sistema brasileiro acompanhe a tendência interfaccional, criticando o modelo de responsabilidade objetiva, Mackaay e Rousseau propõe a seguinte reflexão: “Quanto ao dano que a baixo custo no atual estágio da técnica o fabricante poderia evitar, o regime produz os mesmos efeitos que o da culpa, é mais fácil do que o autor fazer prova. Além dos acidentes “evitáveis” a responsabilidade sem culpa não induz o fabricante a produzir bens mais seguros. Claro, o fabricante terá interesse em anunciar o perigo do produto e explicar como usá-lo de maneira segura. Mas, além dessas medidas, o fabricante preferirá assumir o custo dos acidentes resultantes dos produtos defeituosos ao invés de adotar medidas de maior segurança na fabricação. Isso reflete o princípio já apontado de que acidentes não necessariamente merecem ser prevenidos. O efeito do regime da responsabilidade sem culpa é associar uma garantia obrigatória implícita assumida pelo fabricante, cujo prêmio está incorporado no preço de compra, aos produtos manufaturados. Essa medida terá como efeito pôr o produto fora do alcance de alguns compradores” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 388).

Como no Código de Defesa do Consumidor a análise da culpa ficou adstrita aos profissionais liberais e as sociedades coligadas, a responsabilidade dos fornecedores só pode ser afastada nos termos dos art. 12, § 3º, e art. 14, § 3º da Lei nº 8.078/1990, ou seja, quando verificadas as excludentes de responsabilidade, *in verbis*:

Art. 12. [...].

.....

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

.....

Art. 14 [...].

.....

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (BRASIL, 1990).

Na hipótese, os fornecedores não serão responsabilizados se disponibilizarem bens de consumo sem defeito, bem como se o evento se der por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro³⁰. Isso porque, “a culpa ou fato exclusivo de terceiro é fator obstatante do nexo de causalidade, constituindo uma das excludentes da responsabilidade civil consumerista” (TARTUCE, NEVES, 2018, p. 242).

Ocorre que um sistema de responsabilidade no âmbito das relações de consumo deve considerar a posição assimétrica das partes, haja vista ter a vítima menos informações que o autor do dano; e mais, o fornecedor pode tomar todas as medidas de precaução para evitá-lo. Desse modo, como a vítima não será ressarcida caso tenha culpa exclusiva, percebe-se que a norma cria incentivos de precaução para as duas partes (BATTESINI, 2010).

No mesmo sentido, como não se pode precisar dentro do contexto normativo atual o nível ótimo de investimento em medidas de precaução, nem para o autor nem para a vítima do

³⁰ Cf. Tartuce; Neves, 2018, p. 242: “Apesar de a lei mencionar a culpa exclusiva de terceiro, seria melhor utilizar o termo fato exclusivo de terceiro, uma vez que a responsabilidade civil pelo CDC, em regra, independe de culpa, o que pode gerar a confusão. Na verdade, a expressão fato exclusivo é concebida em sentido amplo, a englobar a culpa (desrespeito a um dever preexistente) e o risco assumido por outrem (conduta acima da situação de normalidade, uma iminência de perigo que pode causar dano)”.

dano, evitando custos desnecessários para prevenção, é louvável estabelecer padrões objetivos de análise visando definir políticas eficientes de incentivos e precaução³¹.

Apresentando situação frequente na relação de consumo, na qual o dano foi causado apenas pelo fornecedor e existe uma disparidade entre a informação do autor e da vítima, Eugênio Battesini verifica que a regra da ausência de responsabilidade é ineficiente em relação ao nível de precaução e de atividade do autor (BATTESINI, 2010).

Se comparada com a regra de responsabilidade subjetiva, serão gerados incentivos para que o autor tome medidas de precaução eficientes. Contudo, não foi exitosa a experiência em relação ao nível de atividade do autor (BATTESINI, 2010, p. 375).

Em resumo, qual o limite de gastos com medidas de precaução? Como o Direito e a Economia podem auxiliar na melhor compreensão da responsabilidade objetiva presente no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990)? As indagações propostas servem para provocar maior reflexão especialmente em razão da necessidade de maior eficiência em um mercado concorrencial, em que os custos determinam a permanência ou não de determinadas atividades empresariais.

³¹ Cf. Battesini, 2010, p. 247: “O Código Civil de 2002, no parágrafo único do artigo 931, combinado com o artigo 945, contempla a regra de responsabilidade objetiva com possibilidade de redução do valor da indenização proporcional à culpa da vítima e com possibilidade de exclusão do nexo causal por culpa da vítima, dispondo, pois, de mecanismos eficientes para, no âmbito das relações de consumo, corrigir problema de distribuição assimétrica de informação, com a vítima dispondo de nível de informação inferior ao autor, bem como para controlar o nível de atividade do autor e o nível de precaução do autor e da vítima”.

4 CULPA E ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil subjetiva é regra no ordenamento jurídico brasileiro e como a culpa é um dos seus elementos essenciais, compreender o instituto em todos os seus aspectos relevantes permite a melhor análise econômica do direito com o fim de se discutir a verdadeira falta de cuidado ou de adoção de medidas suficientemente preventivas para evitar o dano³².

Antes de analisar o conceito de culpa propriamente dito, faz-se necessário estabelecer distinção prévia entre a culpa em sentido amplo e em sentido estrito. Tal distinção será fundamental para a análise econômica da responsabilidade civil subjetiva. De acordo com Flávio Tartuce:

[...] pode-se afirmar que a culpa deve ser entendida em sentido amplo (*lato sensu*) e em sentido estrito (*stricto sensu*). No primeiro sentido, a culpa engloba o dolo – a intenção de prejudicar outrem, a ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do Código Civil brasileiro – e a culpa estrita – que vem a ser o desrespeito a um dever preexistente ou a violação de um direito subjetivo alheio, pela fuga de um padrão geral de conduta (TARTUCE, 2018, p. 239).

Assim, a culpa em sentido amplo – *lato sensu* – inclui tanto as condutas praticadas com dolo quanto aquelas onde não exista a vontade de causar o dano – culpa em sentido estrito.

Ocorre que verificar a presença da vontade em provocar o resultado danoso pode ser tarefa praticamente impossível, uma vez que se trata de ânimo subjetivo, ou seja, revelável a partir da vontade do agente. Desse modo, independentemente se o agente pretendia ou não provocar o dano, age com dolo se tinha ou deveria ter consciência do resultado.

Por essa razão, embora o dolo esteja inserido no conceito de culpa em sentido amplo, a doutrina civilista se alinha no sentido de classificar como dolosa as condutas antijurídicas com consciência do resultado. Mesmo que o agente não tenha a intenção de prejudicar (*animus nocendi*), se age de forma antijurídica e tem (ou deveria ter consciência do resultado), presente estará o dolo (PEREIRA, 2018a).

Em termos de responsabilização, independentemente da presença da vontade do autor do dano, serão responsabilizados tanto aqueles que agem de forma dolosa quanto aqueles que, mesmo não desejando o resultado, atingem direito alheio. Dolo, segundo Arnaldo Rizzardo, “corresponde à prática voluntária de uma infração à lei. Age a pessoa deliberadamente no

³² Segundo Venosa, “quando se tem em mira a culpa para a caracterização do dever de indenizar, estaremos no campo da chamada responsabilidade subjetiva, isto é, dependente da culpa do agente causador do dano” (VENOSA, 2017, p. 578).

rompimento da ordem natural das coisas ou do equilíbrio no relacionamento humano. A infração é pretendida, repercutindo maior gravidade nas consequências e no combate pela lei” (RIZZARDO, 2019, p. 4).

Caminhando no mesmo sentido, de acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2018, p. 52) afirma que “pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.

A partir do enunciado, é possível notar que o autor conceitua culpa como uma “conduta voluntária³³ contrária ao dever de cuidado” (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 52), ou seja, o agente deixa de tomar medidas de precaução – comissivas ou omissivas – para evitar o dano.

Do conceito apresentado por Sergio Cavalieri Filho é possível identificar os seguintes elementos: “a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção” (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 52).

Embora exista enorme dificuldade na identificação do elemento volitivo de causação de dano, Marco Aurélio Bezerra de Melo (2019, p. 38) relaciona culpa e dolo com os conceitos de delito e quase-delito, valendo-se da percepção de vontade de causar dano a outrem.

A culpa no direito civil é tomada em seu sentido amplo a abranger tanto a intenção voltada para causar o dano com plena consciência do mal que se quer praticar como o comportamento negligente ou imprudente de alguém que causa um dano sem querer, mas que poderia ser evitado se o seu autor se conduzisse com a diligência exigida pela vida em sociedade. A culpa em sentido amplo inclui o dolo (delito) e a culpa em sentido estrito (quase delito), diferenciando-se pela intenção de prejudicar, presente no primeiro e ausente no segundo. Em um ou outro caso, essa conduta será contrária ao direito se causar desarmonia social pelo advento do dano causado a alguém, pois não terá nenhuma relevância jurídica uma conduta imprudente de alguém que em uma desavença familiar acabe atirando pela janela um pesado cinzeiro que danifica o próprio bem, não vindo a atingir a incolumidade ou o patrimônio de outrem (MELO, 2019, p. 38).

Do mesmo modo se posiciona a doutrina clássica do professor Caio Mário ao conceituar a culpa “como um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo” (PEREIRA, 2018, p. 92).

De toda sorte, como o objetivo do trabalho é analisar a culpa em sentido estrito, aqui relacionada, segundo Flávio Tartuce (2018, p. 239), “a três modelos jurídicos, quais sejam, a

³³ “Conduta voluntária é sinônimo de conduta dominável pela vontade, mas não necessariamente por ela dominada ou controlada, o que importa dizer que nem sempre o resultado será querido” (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 46).

imprudência, a negligência e a imperícia”, a análise econômica pode auxiliar especialmente para conceituar a negligência, fornecendo elementos objetivos capazes de afastar o dever de indenizar quando for o caso³⁴.

A idéia é aplicar a formula de Hand e estabelecer padrões ótimos de precaução de modo a evitar custos desnecessários, tanto para o Autor quanto para a vítima do dano. Assim, como parte da doutrina sustenta certa tendência de objetivação da responsabilidade, com o afastamento do elemento culpa, é possível avaliar de forma matemática, considerando os custos e os incentivos, quais serão os efeitos de tais mudanças³⁵.

4.1 DA CLASSIFICAÇÃO DA CULPA

Inicialmente, de acordo com Sergio Cavalieri Filho,

a culpa é sempre a mesma coisa – violação de um dever de cuidado. Embora unitário o seu conceito, a conduta culposa pode-se dar de maneiras diversas, importando, isso, dizer que as modalidades em que se desdobra a culpa nada mais são que maneiras diversas de violação do dever jurídico de cuidado (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 55).

Vale a transcrição literal da classificação promovida pelo professor Arnaldo Rizzardo:

a) Culpa *in eligendo*: É a forma segundo a qual o agente não procede com acerto na escolha de seu preposto, empregado, representante, ou não exerce um controle suficiente sobre os bens usados para uma determinada atividade. Os erros cometidos na direção de um veículo, ou trafegar nele quando não reúne condições mecânicas de segurança, provocam a responsabilidade pelo dano superveniente.

b) Culpa *in vigilando*: Caracteriza-se com a falta de cuidados e fiscalização de parte do proprietário ou do responsável pelos bens e pelas pessoas. Exemplificando, não se acompanha o desenvolvimento das atividades dos empregados; admite-se que uma pessoa despreparada execute certo trabalho; abandona-se veículo, com a chave de ignição ligada, em local frequentado por crianças; não são vistoriados os veículos pelo dono; dirige-se um carro com defeitos nos freios e com pneus gastos.

c) Culpa *in comitendo*: É a culpa que exsurge da prática de uma atividade determinadora de um prejuízo, como nos acidentes automobilísticos, na demolição de um prédio em local muito frequentado, sem o afastamento dos transeuntes.

d) Culpa *in omitendo*: Na culpa com esta feição, o agente tinha a obrigação de intervir em uma atividade, mas nada faz. Depara-se o culpado com a responsabilidade dada a sua falta de iniciativa. Há um socorro a prestar, mas queda-se inativa a pessoa.

³⁴ Embora reconheça a importância da culpa para a responsabilização, segundo Flávio Tartuce, existe uma tendência de que a culpa seja considerada como coadjuvante e cada vez mais se adote a responsabilidade objetiva que inclusive, pode-se tornar regra. Nesse aspecto, a culpa passaria a ser coadjuvante e o dano assumiria o protagonismo na responsabilidade civil contemporânea (TARTUCE 2018, p. 253).

³⁵ Na mesma toada segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo: “a culpa em sentido estrito se dá a partir de sua identificação concreta como um desvio de comportamento do agente que, segundo as suas condições pessoais de discernimento e aquelas decorrentes do próprio fato, não procedeu de modo prudente como devia e podia, causando, ainda que não intencionalmente, dano a alguma pessoa” (MELO, 2019, p. 40).

e) Culpa *in custodiendo*: É a ausência de atenção e cuidado com respeito a alguma coisa, facilmente verificável em relação aos animais, que ficam soltos pelas estradas.

f) Culpa grave ou *lata*, leve e levíssima: Do direito antigo nos advém esta classificação. A primeira se avizinha do dolo civil. Envolve uma crassa desatenção e a violação de dever comum de cuidado relativamente ao mundo no qual vivemos. Alcança dimensões maiores quando a violação é consciente, embora não almejado o resultado. No dizer de Pontes de Miranda, “é a culpa magna, nímia, como se dizia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidado indispensável. Quem devia conhecer o alcance do seu ato positivo ou negativo incorre em culpa grave”³⁶.

A culpa leve se expressa na falta que poderia ser evitada com uma atenção comum e normal no procedimento da pessoa.

Levíssima ela se denomina quando evitável o erro com uma atenção especial e muito concentrada. O ser humano carece de habilidades e conhecimentos na realização de um mister, ou incide em fatos danosos devido à ausência de um maior discernimento na apreciação da realidade. É o acidente de veículo que acontece por causa da falta de capacidade para manobrar quando o carro se encontra entre outros dois.

g) Culpa contratual e extracontratual: A primeira consiste na violação de um dever determinado, inerente a um contrato. Nasce da violação dos deveres assumidos, como no desempenho do mandato recebido e do depósito, quando os titulares da obrigação não se esmeram em diligência e cuidado. São negligentes na defesa de interesses alheios, ou não se portam com a seriedade que revelariam se a coisa lhes pertencesse. Exemplo de culpa contratual ocorre nos contratos de transporte, cuja responsabilidade é regida pelo Decreto no 2.681, de 7.12.1912 (regulamenta a responsabilidade civil das estradas de ferro) (RIZZARDO, 2019, p. 7-8).

Considerando a culpa em sentido estrito, materializada, conforme dito, na imprudência, negligência e imperícia, torna-se evidente verificar a conduta do agente e promover melhor análise das modalidades *in comittendo* e *in omittendo*. Para Flávio Tartuce, a culpa *in comittendo* está relacionada a uma ação ou comissão – imprudência – e a *in omittendo* tem alinhamento com a omissão – negligência (TARTUCE, 2018, p. 263).

Em relação às modalidades de culpa *in eligendo*, *vigilando* e *custodiendo*, desnecessária qualquer análise mais aprofundada, uma vez que nos termos do art. 933 do Código Civil prevê que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos” (BRASIL, 2002).

Desse modo, tem responsabilidade objetiva, nos termos do art. 932 do Código Civil:

Art. 932 [...]:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

³⁶ Nota do autor citado: “Tratado de Direito Privado, 3a ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1971, tomo XXIII, p. 72, no 2.790, 1”.

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia (BRASIL, 2002).

No tocante à classificação da culpa em grave, leve ou levíssima, importante e esclarecedora é doutrina de Silvio de Salvo Venosa:

No sistema tradicional do Código de 1916, era irrelevante a consideração do grau de culpa que outrora era levado em conta. Distinguiam-se a grave, a leve e a levíssima. A culpa grave era decorrente de imprudência ou negligência manifesta, avizinhandose do dolo. A culpa leve era aquela em que faltava ao agente a diligência ordinária em sua conduta, aquela em que um homem comum poderia incidir, mas não um homem cuidadoso. A culpa levíssima era a situação que apenas um homem de extrema diligência e cuidado poderia evitar, não gerando, em geral, o dever de indenizar. Na doutrina tradicional, tal distinção é irrelevante, pois no sistema de 1916 o elemento fundamental é o prejuízo e não o grau de culpa, pois mesmo a culpa levíssima criará o dever de indenizar. Ultimamente, temos sentido uma reviravolta nesses paradigmas clássicos. A moderna doutrina, calcada nos juristas franceses mais atuais, admite que a indenização, mormente por dano moral, não tem um sentido exclusivamente de reparação do prejuízo, mas preenche também finalidade social e punitiva, ao impor um pagamento ao ofensor [...]. O art. 944 estampa em seu caput a regra geral, qual seja, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. No entanto, seu parágrafo único, já referido, dispõe: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” Portanto, o grau de culpa passa a ter influência na fixação da indenização, o que, no passado, não era admitido. A nova lei refere-se à possibilidade de redução da indenização. Aguardemos os rumos da jurisprudência na aplicação desse artigo. É de se prever que está aberta a válvula, inclusive, para a exacerbação da indenização, mormente nos danos morais e nos casos de culpa grave, o que, aliás, harmoniza-se com as novas tendências doutrinárias. Voltaremos ao tema ao cuidarmos especificamente da responsabilidade civil (v.IV, Parte II) (VENOSA, 2017, p. 583).

Ainda em relação à classificação, segundo Flávio Tartuce (2018, p. 265), a culpa pode ser *in concreto* ou *in abstrato*.

Para o Flávio Tartuce (2018), na culpa *in concreto* verifica-se a conduta no caso para graduar a culpa e fixar o valor da indenização com base no critério estabelecido no caso analisado, considerando as condutas do autor e da vítima do dano, tudo conforme previsto nos arts. 944 e 945 Código Civil (BRASIL, 2002).

Em relação à culpa *in abstrato* ou de modelo aberto, “leva-se em conta a pessoa natural comum, ou seja, o antigo critério do bom pai de família (*bonus pater familia*), homem razoável (*reasonable man*), o homem médio” (TARTUCE, 2018, p. 265).

Em resumo, a culpa *in abstrato*, portanto, tem relação com *diligens pater familias* dos romanos e a culpa *in concreto* – critério mais adotado no direito pátrio – com a conduta do agente no caso concreto (VENOSA, 2017).

Ainda que alguns juristas defendam a tese de que a análise da culpa deve se dar pelo modelo aberto (*in abstracto*), estabelecendo um padrão de comportamento esperado do homem médio, Flávio Tartuce defende que “as duas formas de culpa deverão interagir entre si, não havendo construção em que deva ser considerada a regra” (TARTUCE, 2018, p. 265)³⁷.

O cenário ideal seria a análise da conduta de acordo com o caso concreto à luz de um padrão médio de comportamento esperado, ou seja, os dois modos de interpretação interagindo entre si.

4.2 A CULPA EM SENTIDO ESTRITO: NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA

O conceito de culpa abrange tanto as condutas praticadas com a intenção de causar o dano – dolosas – como também aquelas praticadas sem a adoção de todas as cautelas exigidas a partir de um padrão de comportamento desejável. Assim, é na falta de cuidado que está consubstanciada a culpa *stricto sensu*, ou seja, quando o agente é negligente, imprudente ou imperito e por essa razão causa dano a outrem. Desse modo, após a análise do conceito de culpa em sentido amplo, é importante compreender o conceito clássico de negligência para depois relacioná-lo com a proposta apresentada pelo juiz Learned Hand.

4.2.1 Negligência

De forma didática, Flávio Tartuce dissecou os conceitos de conduta e culpa para fins de análise de requisito essencial da responsabilidade civil. Para ele, embora conduta e culpa possam ser fundidas, “a conduta humana pode ser causada por uma ação – conduta positiva –, ou omissão – conduta negativa –, seja ela voluntária, ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente” (TARTUCE, 2018, p. 229).

O artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002) menciona expressamente, além da ação ou omissão voluntária, a negligência e a imprudência para caracterizar o ato ilícito. Já a imprudência, está prevista no artigo 951 do mesmo diploma legal, que disciplina a responsabilidade civil dos profissionais de saúde (BRASIL, 2002).

³⁷ Segundo o jurista, “recomenda-se a utilização da primeira expressão, no feminino, pois o art. 1.º do CC/2002 prefere pessoa a homem (art. 2.º do CC/1916), afastando qualquer discriminação de gênero, na utilização da expressão no masculino” (TARTUCE, 2018, p. 265).

Desse modo, comete ato ilícito que viola direito e causa dano a outrem, seja por meio de uma conduta positiva ou negativa. Quando involuntária, apresenta-se como negligência, imprudência ou imperícia.

Para Marco Antônio Bezerra de Melo, “a negligência se apresenta quando a pessoa não age com a exigida previsibilidade para que possa evitar a conflagração do dano. Quando, podendo, não toma as devidas medidas de proteção” (MELO, 2019, p. 46).

Relacionando o conceito à culpa *in omittendo*, Flávio Tartuce considera que a negligência “é uma falta de cuidado somada a uma omissão” (TARTUCE, 2018, p. 239).

Considerando o conceito apresentado e relacionando a culpa *in omittendo* (negligência) ao ato ilícito, percebe-se a necessidade de se estabelecer critérios objetivos para determinar quais seriam as medidas de precaução suficientemente necessárias para garantir a excludente de responsabilidade nas hipóteses de ocorrência do dano.

Diante do cenário apresentado, qual a medida da precaução deve ser adotada para afastar a culpa pela negligência e, portanto, eximir a responsabilização? A indagação serve apenas para indicar a necessidade de se estabelecer melhores critérios para definição da negligência. Vale ainda ressaltar que:

A habilidade do jurista de resolver os problemas dos agentes econômicos passou a depender de novas ferramentas para interpretar normas, fatos e documentos legais; conseqüentemente a noção da autonomia do Direito decaiu especialmente pela necessidade de se socorrer do conhecimento em outras áreas, em especial, a economia (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 20).

Para Eugênio Battesini,

o controle do nível de diligência e o estabelecimento de critério objetivo que permita aferir se o comportamento individual é compatível com um padrão de precaução pré-estabelecido são preocupações também externadas pela análise econômica da responsabilidade civil (BATTESINI, 2010, p. 272).

Marco Antônio Bezerra de Melo (2019, p. 46) apresenta como exemplo de negligência uma pessoa que instala porta de vidro totalmente transparente e deixa de pintar faixa colorida como advertência, e por essa razão um transeunte se machuca.

Num primeiro momento o caso indica adequação precisa ao conceito de negligência, não fosse a possibilidade de inserir elementos que alterariam substancialmente o cenário. Se a referida porta estivesse instalada em local isolado e de acesso restrito, com pouca ou quase nenhuma circulação de pessoas, ainda sim seria possível adequar o caso ao conceito de negligência? Ou, se no mesmo local nunca houve qualquer acidente nos últimos 20 anos, será que a resposta seria a mesma? Os custos para pintar portas remotas, com pouco acesso, e quase nenhuma ocorrência seriam justificáveis se relacionados à gravidade do dano causado e a pequena probabilidade de ocorrência?

Aqui não se confunde a negligência com a culpa por omissão uma vez que a última, segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo, “exige uma prévia obrigação de agir por parte do sujeito” (MELO, 2019, p. 47). No caso do acidente com a porta de vidro, seria preciso, por exemplo, avaliar a obrigatoriedade de instalação de faixas de alerta nas portas, para depois definir se houve negligência ou culpa por omissão.

Essas e outras tantas perguntas podem surgir do caso concreto e, nesse ponto, ressalta-se a importância da análise econômica. Não se podem exigir custos desnecessários de precaução de modo a afastar definitivamente a culpa caracterizada pela negligência³⁸.

4.2.2 Imprudência

O conceito de imprudência pode ser construído a partir da ideia de culpa *in comitendo*. Isso porque, conforme Marco Aurélio Bezerra de Melo, “a imprudência ocorre quando a pessoa age de forma a não se preocupar com as outras que podem ser potencialmente atingidas pela sua conduta” (MELO, 2019, p. 46). A ação com falta de preocupação se revela imprudente. Nas palavras do professor Flávio Tartuce, “uma falta de cuidado somada a uma ação” (TARTUCE, 2018, p. 239). Na visão de Arnaldo Rizzardo, “revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos” (RIZZARDO, 2019, p. 6).

As infrações de trânsito são exemplos clássicos de imprudência, como no caso do motorista que avança sinal vermelho ou dirige embriagado. Revela-se, portanto, na “falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação” (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 54).

Assim, como a ideia central é analisar a suposta omissão ou falta de medidas de precaução suficientes para afastar a negligência, nota-se que as regras objetivas apresentadas no trabalho têm aplicação mais efetiva quando a responsabilidade é subjetiva em razão da culpa.

³⁸ Segundo o Arnaldo Rizzardo, “negligência consiste na ausência da diligência e prevenção, do cuidado necessário às normas que regem a conduta humana. Não são seguidas as normas que ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Omitem-se as precauções exigidas pela salvaguarda do dever a que o agente está obrigado; é o descuido no comportamento, por displicência, por ignorância inaceitável e impossível de justificar” (RIZZARDO, 2019, p. 6).

4.2.3 Imperícia

A imperícia não está prevista no artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002) ao lado de negligência e imprudência. Contudo, o legislador fez menção expressa no artigo 951 do mesmo diploma legal para as hipóteses de danos causados no exercício profissional:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho (BRASIL, 2002).

Conjugando os conceitos trazidos à baila por Flávio Tartuce e Arnaldo Rizzardo, “a imperícia pode ser definida como a falta de qualificação geral para desempenho de uma função ou atribuição” (TARTUCE, 2018, p. 239), e “demanda mais falta de habilidade exigível em determinado momento, e observável no desenrolar normal dos acontecimentos” (RIZZARDO, 2019, p. 6), ou seja, define-se como a falta de qualificação geral exigível em determinado momento para desempenho de uma função.

Segundo Marco Antônio Bezerra de Melo, “é a incapacidade técnica para o exercício de uma determinada função, profissão ou arte” (MELO, 2019, p. 46). Sobre o tema, o mesmo autor traz como exemplo:

Age com imperícia o odontólogo que esquece algodão dentro do dente do paciente, ocasionando severa infecção, que acarreta a própria perda do dente, o médico que realiza um corte cirúrgico bastante superior do que o necessário para determinada cirurgia, o advogado que, sob a égide do Diploma Processual Civil revogado, no rito comum sumário, protocolizou a contestação 15 dias depois da data marcada para a audiência prevista no artigo 277 do CPC/73, causando danos patrimoniais ao seu cliente (MELO, 2019, p. 46).

Após rápida análise da culpa em sentido estrito, consubstanciada na negligência, imprudência e imperícia, faz-se necessário estabelecer relação entre os institutos com a análise econômica do direito, uma vez que dentre os objetivos do trabalho está a verificação da possibilidade de se afastar a negligência com a utilização de critérios objetivos.

4.3 ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ante a dificuldade da teoria clássica de se estabelecer elementos objetivos capazes de atestar a negligência e possibilitar maior segurança aos operadores do Direito, a análise econômica associada à jurídica oferece ferramentas matemáticas que podem não só indicar a

responsabilidade como também afastar a culpa nas hipóteses em que o agente tenha tomado medidas ótimas de precaução³⁹.

Isso porque, historicamente a teoria jurídica da responsabilidade civil se articula em torno da noção de culpa, utilizando como critério de verificação das condutas socialmente adequadas à noção de homem prudente, homem médio ou à ideia romanista do *bonus pater familiae* (BATTESINI, 2010).

Por esse motivo é que análise econômica da responsabilidade civil, segundo Eugênio Battesini, “se volta para a questão do estabelecimento de parâmetros que permitam determinar o nível de precaução exigido na execução de atividades com risco de acidentes” (BATTESINI, 2010, p. 383).

Do mesmo modo, os critérios objetivos também podem indicar se o agente tomou todas as medidas preventivas e ainda sim não foi possível evitar o dano. A ideia é exatamente definir qual seria o nível ideal de precaução capaz de afastar a responsabilização pela negligência⁴⁰.

No cenário brasileiro verifica-se a negligência a partir do caso concreto ou por meio da análise da culpa *in abstracto*, ou ainda pela conjugação dos dois critérios. Contudo, conforme já discutido no trabalho, por diversas oportunidades os critérios apresentados pela doutrina clássica geram incerteza.

Considerando o enfoque da análise econômica, Eugênio Battesini informa que

a responsabilidade civil, em especial, tem sido objeto de estudo desde a década de 1960, com os trabalhos pioneiros de Ronald Coase, *The Problem of Social Cost* (1960), e de Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961) (BATTESINI, 2010, p. 11).

Por outro lado, “a doutrina brasileira contemporânea de responsabilidade civil tem se mostrado refratária à integração do arcabouço teórico desenvolvido no âmbito do movimento de direito e economia à tecnologia jurídica de estudo da responsabilidade civil” (BATTESINI, 2010, p. 12). Equivoca-se parte da doutrina, uma vez que a análise econômica da

³⁹ Adotando postura crítica em relação ao modelo clássico e centrando a discussão no custo, ou relação custo benefício, Ronald Coase afirma: “A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é normalmente pensada como uma situação em que A inflige um prejuízo a B, e na qual o que tem que ser decidido é: como devemos coibir A? Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o prejuízo a B implicaria causar um prejuízo a A. Assim, a verdadeira questão a ser decidida é: A deveria ser autorizado a causar prejuízo a B, ou deveria B ser autorizado a causar um prejuízo a A?” (COASE, 2008, p. 1).

⁴⁰ O objetivo é estabelecer melhores critérios para configuração da responsabilidade e não afastar a responsabilização, uma vez que “a regra de ausência de responsabilidade não propicia incentivos para que o autor adote nível ótimo de precaução, sendo que os outros dois critérios de atribuição de responsabilidade, as regras de responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva, sim proporcionam incentivos para que o autor adote nível ótimo de precaução” (SALAMA, 2010, p. 169).

responsabilidade civil não é fundamentalmente estranha à tradição civilista⁴¹. A proposta é justamente alinhar economia a tradição dos grandes doutrinadores civilistas. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Segundo Mackaay e Rousseau:

Se a doutrina oferece resposta que, à primeira vista, não se ajusta ao texto do Código, em certas situações marcantes é preciso aprofundar a questão do objetivo do instituto jurídico. O legislador não o enuncia expressamente. Convém buscar resposta examinando a estrutura do instituto e indagar que efeitos provoca e as formas pelas quais se supõe que contribua para a coexistência pacífica, objetivo geral do direito. Recorrendo à análise econômica do direito tem-se preciosa contribuição. Parte-se do princípio de que as instituições modulam o custo dos diferentes comportamentos que as pessoas podem escolher em suas interações, e se examina como, em consequência, os adaptam (seus comportamentos). (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 367-368)

Tal alinhamento é justificável partindo-se da premissa de que o objetivo central de todo e qualquer sistema de responsabilidade civil é prevenir a ocorrência do dano e, quando isso não for possível, estabelecer regras de reparação⁴². Partindo-se da análise econômica da responsabilidade civil, percebe-se uma convergência evidente em torno das mesmas premissas, ou seja, evitar que o dano ocorra ou reparar se for o caso⁴³. Nesse sentido, vale transcrever:

Verifica-se, assim, que desponta como objetivo fundamental de um sistema de responsabilidade civil a criação de incentivos para que as partes tomem decisões ótimas acerca do nível de precaução a ser adotado, ou seja, para que, ao desenvolverem atividades com risco de acidentes, as partes realizem investimentos

⁴¹ Ademais disso, Eduardo Goulart Pimenta explica que “a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, com se vê, ao nível de um dos objetivos fundamentais da República”, uma vez que, complementa o autor, “se a erradicação da pobreza é um objetivo da República Federativa do Brasil, obviamente então a maximização dos escassos recursos materiais (ou seja, a maximização da riqueza disponível) é também e necessariamente um valor a ser alcançado” (PIMENTA, 2006, p. 167).

⁴² Cf. Mackaay; Rousseau, 2015, p. 370: “De admitir que há, na responsabilidade civil extracontratual, dificuldades práticas que reduzem a efetividade de suas duas funções. Pode ser o caso, por exemplo, de problemas no se determinar o autor do dano e, por conta disso, fazer prova de sua culpa, ou sobre quem devem recair as custas do processo e a insolvabilidade dos causadores do dano ou, ainda, as dificuldades de avaliar o dano corretamente. Tais problemas podem nos levar a imaginar regimes que separem as duas funções, como foi feito em muitos países para os acidentes de trabalho e rodoviários. Isso, porém, não impede que, na concepção fundamental, a responsabilidade civil vise a preencher, de uma só vez, a dupla função de dissuasão e indenização. Trata-se notável economia de meios”.

⁴³ Cf. Araújo, 2007, p. 832: “Refira-se também que a análise econômica da responsabilidade civil é relativamente recente, embora os fundamentos matemáticos sejam há muito conhecidos, de certo modo integrando aquilo que são as instituições básicas da ‘revolução marginalista’. As soluções de responsabilidade civil são avaliadas pela análise econômica como se se tratasse de um puro sistema de incentivos, visando-se basicamente que através dele se proceda à internalização ‘ótima’ dos custos sociais de cada actividade econômica, repercutindo-se dinamicamente no plano dos incentivos, nos incentivos que respeitam à assunção de riscos e à adoção de um certo nível de actividade arriscada, nos incentivos à adoção de cautelas (suscitando-se por isso a questão da sua complementaridade com a prevenção que se alcança através da regulação)” (ARAÚJO, 2007, p. 832).

em prevenção em patamar que atenda aos interesses da sociedade considerada como um todo (SALAMA, 2010, p. 139).

Complementa Salama que “além de criar incentivos para a adoção de nível eficiente de precaução, um sistema de responsabilidade civil tem por objetivo criar incentivos para que as partes envolvidas em situação de risco de acidentes adotem nível eficiente de atividade” (SALAMA, 2010, p. 139).

Ademais, o modelo de responsabilidade civil subjetiva, conforme dito, é fundado no conceito de culpa – em sentido amplo ou estrito – o que de certa maneira impõe alguns desafios e obriga a adoção de regra excepcional com o afastamento da responsabilidade aquiliana, que dá lugar ao sistema objetivo com a desconsideração da culpa. Contudo, embora haja algumas exceções, como nas hipóteses de acidentes de trabalho ou rodoviários, tal solução não é regra nos regimes civilistas. A culpa continua ocupando papel central e é essencial para caracterização da responsabilidade extracontratual (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Tal fato se deve justamente porque o

regime da culpa se associa à nossa intuição moral sobre a oportunidade de obrigar o autor de um dano a reparar o prejuízo causado e, dessa forma ‘redimir (expiar) sua culpa’, incentivando, assim, que outras pessoas, na mesma situação, evitem, no futuro, tais prejuízos ou danos (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 370).

Admitindo-se o papel central da culpa na maioria dos sistemas civilistas de responsabilidade, importante trabalhar o conceito de culpa *in omittendo* (negligência) à luz do critério de precaução adotado pelo agente gerador do dano. Para tanto, valiosa a ferramenta da análise econômica do Direito, que permite, dentre outras possibilidades, estabelecer um nível ótimo de precaução com o intuito de prevenir a ocorrência do dano, mas também como forma de evitar custos desnecessários com medidas de precaução.

Conclui-se, assim, à luz dos fundamentos da análise econômica normativa do direito, que, ao manter a eficiente regra de responsabilidade subjetiva como instrumento de controle do nível de precaução do autor e da vítima e ao realizar a inserção da regra de responsabilidade objetiva, admitindo a possibilidade de redução do valor da indenização proporcional à culpa da vítima e a possibilidade de exclusão do nexo causal por culpa exclusiva da vítima, como instrumento de controle do nível de atividade perigosa desenvolvida pelo autor, de distribuição social dos riscos e de correção de problemas de assimetria de informação em relações de consumo, o Código Civil de 2002, na comparação com o Código Civil de 1916, representa significativa evolução institucional, criando incentivos apropriados para que atividades com risco de acidentes sejam desenvolvidas em consonância com objetivos sociais relevantes, conectados à prevenção e à distribuição dos riscos (BATTESINI, 2010, p. 249).

Para exemplificar a situação, vale transcrever exemplo trazido à baila por Mackaay e Rousseau por meio do qual se analisa, sob a ótica do conceito de eficiência, a necessidade ou não da adoção de medidas de precaução.

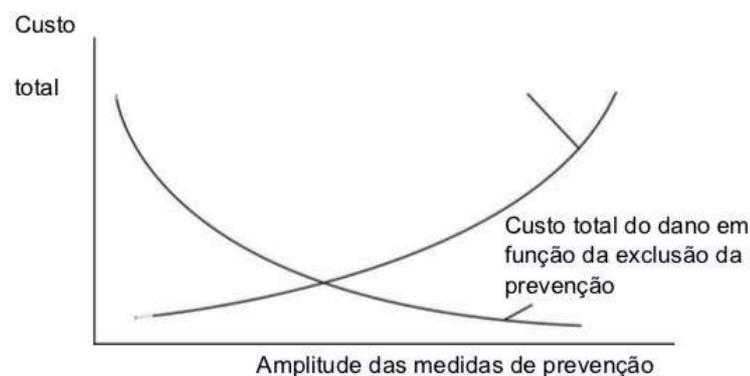
Consideremos as consequências decorrentes de falhas de fornecimento de energia elétrica. Em Québec, a geração de eletricidade é monopólio de uma sociedade estatal, Hydro-Québec. Admita-se que a Hydro-Québec seja isenta de responsabilidade pelas consequências geradas por falha no fornecimento e que caiba ao consumidor, particular, determinar em que medida convém se precaver contra tal eventualidade. Opção preventiva é a aquisição de um gerador, cujo custo anualizado é de \$ 500,00. Para determinar se vale a pena adquiri-lo, é preciso estimar as perdas que poderiam ser evitadas usando o gerador. Admita-se, por hipótese, que haja em média 20 interrupções por ano, dez das quais não produzem consequências negativas, enquanto as outras dez são suficientemente longas para estragar alimentos congelados. As perdas variam conforme o que esteja congelado. Para os fins do exemplo, estima-se valor entre \$ 20,00 e \$ 600,00, sendo a média de \$ 40,00. Se os valores estiverem corretos, se forem adequados, o consumidor pode suportar a perda derivada de falhas no fornecimento de energia que, a cada ano, motaria a \$ 400,00. Não se justificaria comprar o gerador. De outra forma, tais acidentes não precisam ser prevenidos; é melhor assumir a perda (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 371).

No caso em análise, verifica-se que a adoção de sistemas de precaução para evitar a ocorrência dos danos apresenta custo maior que os danos provocados caso falte energia. Isso demonstra claramente que, embora a maior parte das pessoas não faça detalhamento matemático conforme exemplo, a decisão de instalar ou não um gerador passa pelo critério de escolha racional para evitar custos desnecessários.

Se correlacionado o exemplo apresentado com a ideia de culpa, é possível afirmar que deixar de instalar um gerador se configura como uma conduta negligente?

Para melhor esclarecer o exemplo e aprofundar a reflexão, Mackaay e Rousseau (2015) propõem gráfico que relaciona a amplitude das medidas de precaução com o custo, estabelecendo como referência o custo total do dano em função da exclusão da prevenção e conclui: “O dano efetivamente produzido é função da amplitude das medidas preventivas adotadas (Gráfico II, 4.1)” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 372).

Gráfico 1 – Relação inversa entre o custo total do dano e o custo das medidas de prevenção para reduzi-lo



Fonte: Mackaay; Rousseau, 2015, p. 372.

O gráfico demonstra queda exponencial dos custos totais com os acidentes na medida em que aumentam as medidas de precaução. Contudo, os custos com medidas de precaução crescem de maneira exponencial e, embora diminuam os acidentes, prevenir todo e qualquer dano exige precaução cujo custo é proibitivo, do mesmo modo que deixar de lado a prevenção provoca enormes prejuízos (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

Assim, o cenário ideal do ponto de vista da análise econômica seria aquele no qual o custo de precaução não se tornasse proibitivo e fosse capaz de evitar os danos de maneira mais eficiente e evitando o desperdício⁴⁴.

Pensando no conceito jurídico de culpa e relacionando-o com o cenário ideal apresentado, é possível concluir que nas hipóteses em que as medidas de precaução forem inferiores ao ponto ótimo, estará presente a culpa pela falta de cuidado suficiente, uma vez que o aumento de precaução representaria custo inferior aos danos ocasionados (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

A proposta é bastante similar ao método adaptado e adotado pelo professor Bruno Meyerhof Salama (2010, p. 165):

Gráfico 2 – Nível de precaução e causação unilateral

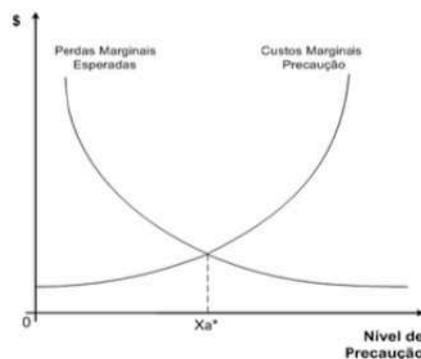


Gráfico 3 - Nível de precaução e causação unilateral.

Adaptado de: COLOMA, German. *Análisis Económico del Derecho, Privado y Regulatorio*, p. 151 e 153. Custos sociais dos acidentes mostrados em termos de variações marginais dos custos de precaução e dos danos esperados.

Fonte: Salama, 2010, p. 165.

⁴⁴ Vale ressaltar como premissa que: “A leitura econômica da responsabilidade civil extracontratual evidencia a lógica preventiva de que estão impregnados os fundamentos do instituto. A responsabilidade protege os direitos exclusivos sobre bens escassos, procura desencorajar danos, internalizar as externalidades e, assim, impor que todos suportem o custo integral de seu comportamento” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 400).

A partir da análise do gráfico, conclui Salama:

Mediante regra de responsabilidade subjetiva, o autor do acidente será responsável pela reparação dos danos caso seja caracterizada a sua culpa, ou seja, caso tenha agido sem observância dos padrões mínimos de precaução estabelecidos pelo sistema jurídico. De forma correlata, não caracterizada a culpa do autor, os danos serão suportados pela vítima. Dado tal contexto, se o sistema jurídico estabelecer que os padrões mínimos exigíveis de precaução sejam equivalentes ao nível ótimo, “Xa*”, o autor, assim como na regra de responsabilidade objetiva, optará pela alternativa que minimize os custos de prevenção e os danos esperados (SALAMA, 2010, p. 168).

A metodologia utilizada para definição do nível ótimo de precaução se aproxima em muito do método adotado pelo Juiz Learned Hand para explicar o conceito de negligência. O juiz utilizou fórmula matemática para determinar quais seriam os níveis ótimos de precaução capazes de definir a negligência e conseqüentemente afastar a responsabilidade do causador do dano, se for o caso.

4.4 A FÓRMULA DE HAND NA DETERMINAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA E CARACTERIZAÇÃO DA CULPA EM SENTIDO ESTRITO

A Fórmula de Hand pode ser assim enunciada: $[B < P.L]$; onde P (probabilidade) multiplicado por L (dano) deve ser relacionado com B (ônus de cuidado). Se B for menor que L multiplicado por P , o agente deve indenizar pelo dano ocorrido. Caso contrário, em sendo o valor de B maior que o P multiplicado por L , descartada estará a culpa (BATTESINI, 2010).

A fórmula matemática foi desenvolvida pelo Juiz Learned Hand que, provocado a decidir sobre questão que envolvia negligência e determinação de culpa do ofensor, propôs relacionar a probabilidade de ocorrência, extensão ou gravidade do dano e os custos de precaução. A ideia era definir de forma objetiva qual seria o valor ótimo de investimento em prevenção, relacionado com a probabilidade de ocorrência do dano e o valor gasto com a reparação. Em síntese, se o ofensor investisse valor inferior ao apontado como ótimo, agiria com negligência e, portanto, de forma culposa. Caso o investimento fosse igual ou maior, afastada estaria a culpa do agente causador do dano.

Segundo Mackaay e Rousseau (2015), *in verbis*:

O “teste de Hand”, como é conhecido na literatura, corresponde ao raciocínio econômico aqui proposto em relação à prevenção, apresentado como um negócio de tudo ou nada, mais do que de grau ou “na margem”, como raciocina o economista, para quem cada pequeno passo suplementar levaria à evocada comparação. Essa diferença não deve, porém, esconder o ponto entre o raciocínio do jurista e a teoria econômica que permite “reencontrar” a noção de culpa (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 375).

A questão proposta ao juiz surgiu a partir do caso *United States v. Carroll Towing Company*, no qual o magistrado precisaria decidir sobre a existência, ou não, de negligência do proprietário de uma embarcação que se desprendeu do píer, sem nenhum tripulante, e atingiu outro barco que acabou afundando na baía de Nova Iorque (BATTESINI, 2010). Battesini afirma que, ao apreciar a situação constituída, o Juiz Learned Hand declarou:

Não haver regra geral para determinar quando a ausência de um barqueiro ou de alguém que o substitua tornará o proprietário da embarcação responsável por danos a outros barcos causados por rompimento das amarras... A obrigação do proprietário, como em outras situações, de evitar danos a terceiros é função de três variáveis: (1) a probabilidade de o barco se soltar; (2) a gravidade dos danos causados, e; (3) o ônus das precauções adequadas (HAND *apud* BATTESINI, 2010, p. 274).

Assinala o referido professor que a conclusão apresentada pelo juiz foi, *in verbis*:

No caso concreto, dado que o barqueiro esteve ausente por 21 horas e que no local e na época da ocorrência do acidente as embarcações eram constantemente sacudidas pela maré, o Juiz Hand considerou não ter sido observado o “devido cuidado”, eis que não estava fora de uma “expectativa razoável” que a embarcação se soltasse das amarras, sentenciando que “seria justo exigir que a Connors Company mantivesse um barqueiro a bordo durante as horas de trabalho do dia” e, em assim não procedendo, restava caracterizada a existência de comportamento negligente (BATTESINI, 2010, p. 274)

A referida fórmula serviria como base para objetivar o conceito de culpa e determinar um ponto ótimo na relação entre precaução e probabilidade de dano. Com tal definição, custos desnecessários de prevenção poderiam ser evitados, de modo a promover uma maximização do lucro. Segundo Coase;

Desse modo, seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica, de levar em conta tais consequências ao exercerem sua competência decisória (COASE, 2008, p. 15).

Analisando a possibilidade de aplicação da Fórmula de Hand no contexto brasileiro, Eugênio Battesini sustenta que a medição ou aferição da negligência do autor bem como a determinação do valor da indenização podem ser verificadas por meio da formulação matemática. No momento de atribuição do valor devido, bastaria aplicar a fórmula em conjunto com os conceitos de culpa grave, leve ou levíssima, adotados pela teoria tradicional (BATTESINI, 2010, p. 394).

Analisando a Fórmula de Hand e estabelecendo uma correlação entre a responsabilidade subjetiva atribuída em função da negligência e os custos com precaução, é imprescindível considerar a hipótese de aplicação da regra proposta pelo juiz norte americano e evitar custos desnecessários para a prevenção de acidentes.

4.5 ESTUDO DE CASO: RECURSO ESPECIAL Nº 974.138/SP

Em pesquisa realizada no ementário do Superior Tribunal de Justiça, na tentativa de demonstrar a viabilidade e eventual aplicação da regra de Hand, mesmo que de maneira adaptada, escolheu-se acórdão publicado em dezembro de 2016, da relatoria do Ministro Raul Araújo (BRASIL, 2016). A referida decisão traz fundamentos que guardam relação com o tema proposto e considera, a partir de uma análise econômica do direito, a possibilidade de se afastar a responsabilidade objetiva do prestador de serviços públicos em relação ao consumidor por equiparação.

Embora a discussão jurídica tenha sido travada em torno da teoria do risco, excludentes de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) e caso fortuito, o relator, ao final, decidiu fundamentando na possível inviabilização da atividade caso outras medidas de precaução fossem exigidas. Contudo, conforme mencionado por Coase:

As cortes nem sempre se referem, de forma clara, ao problema econômico trazido pelos casos com os quais se deparam, mas parece provável que na interpretação de algumas palavras e frases, tais como, “razoável” ou “uso comum ou ordinário”, reconheça-se – talvez, inconscientemente e, certamente, de forma não muito explícita – o aspecto econômico das questões sob análise (COASE, 2008, p. 18).

O caso posto em debate diz respeito à ação indenizatória proposta pela representante de um menor que faleceu por anemia aguda interna traumática, causada por ferimento de arma branca, em decorrência de latrocínio ocorrido na escadaria de acesso da estação Bresser do Metrô de São Paulo. A ação foi proposta em desfavor da companhia responsável pelo metrô de São Paulo e a autora pretendia ser indenizada por danos morais e materiais (BRASIL, 2016).

O julgador, em primeira instância, decidiu pela improcedência dos pedidos ao fundamento de que o delito ocorrera fora das instalações do metrô e por essa razão, a autora não teria qualquer direito à indenização (BRASIL, 2016).

Contudo, o referido caso foi submetido ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que em sede recursal, reformou a sentença e condenou a Cia ao pagamento de pensão vitalícia bem como indenização por danos morais. O acórdão proferido foi assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE CONSUMO - CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO RESPONSABILIDADE OBJETIVA - COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO (METRÔ) - CRIME OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DA ESTAÇÃO BRESSER - ÁREA SOB VIGILÂNCIA DA COMPANHIA DE TRANSPORTES - MORTE - PENSÃO ALIMENTÍCIA - FIXAÇÃO EM UM SALÁRIO MÍNIMO, À FALTA DE OUTROS ELEMENTOS - CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL GARANTIDOR - DESNECESSIDADE FACE A NOTÓRIA SOLVÊNCIA DA DEVEDORA - DANO MORAL

CARACTERIZADO - DOR PELA MORTE DO FILHO - SENTIMENTO MAJORADO PELA INVERSÃO NATURAL DOS ACONTECIMENTOS - SENTENÇA REFORMADA - APELAÇÃO PROVIDA (BRASIL, 2016).

A decisão proferida pelo tribunal considerou a vítima consumidora por equiparação e reforçou a tese da responsabilidade objetiva no fato de a companhia ser prestadora de serviços públicos. Segundo o relator, “delineada a responsabilidade objetiva da apelada, pela natureza consumerista da relação travada com a apelante, imprescindível a apreciação do panorama fático-jurídico, sendo despicienda qualquer discussão acerca da existência ou não de conduta culposa” (BRASIL, 2016).

No mesmo acórdão, o relator conclui ser a companhia responsável pelos danos ocorridos ao consumidor,

[...] responsabilidade esta - repita-se - que é objetiva e independe de culpa e que não pode ser excluído pela prática criminosa de terceiros em suas dependências. Nem mesmo a suposta excludente de responsabilidade arguida pela apelada - fato de terceiro - vence, uma vez que tal dado - prática delituosa nas dependências da estação - insere-se no âmbito de fortuito interno, o que não pode ser alegado para eximir sua responsabilidade, posto que ínsito aos riscos da atividade (BRASIL, 2016).

Contudo, submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça por meio do Recurso Especial 974.138/SP, o acórdão foi reformado e o pedido julgado improcedente, não com o mesmo fundamento do juiz de primeira instância, mas sustentando a existência de excludente de responsabilidade. A decisão foi assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. METROPOLITANO. ROUBO COM ARMA BRANCA SEGUIDO DE MORTE. ESCADARIA DE ACESSO À ESTAÇÃO METROVIÁRIA. CASO FORTUITO EXTERNO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL. PRECEDENTES. APELO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte Superior, a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros é objetiva, somente podendo ser elidida por fortuito externo, força maior, fato exclusivo da vítima ou por fato doloso e exclusivo de terceiro - quando este não guardar conexão com a atividade de transporte.

2. Não está dentro da margem de previsibilidade e de risco da atividade de transporte metroviário o óbito de consumidor por equiparação (bystander) por golpes de arma branca desferidos por terceiro com a intenção de subtrair-lhe quantia em dinheiro, por se tratar de fortuito externo com aptidão de romper o nexo de causalidade entre o dano e a conduta da transportadora. 3. Recurso especial provido. (BRASIL, 2016)

Embora a decisão tenha também como fundamento a ocorrência de fortuito externo e inexistência de nexo de causalidade, promovendo análise econômica do direito envolvido, o relator assim ponderou:

De fato, na espécie, não seria razoável exigir que a recorrente, que transporta diariamente milhões de passageiros, mantivesse um sistema de segurança, dotado, por exemplo, de detentores de metais, para prever que pessoas armadas ingressassem em suas estações abertas ao público, e pudesse evitar ações criminosas

como a delatada na presente demanda. Tal medida, como certo, inviabilizaria o funcionamento das estações, que primam pela locomoção de grande quantidade de pessoas, de forma rápida e com baixo custo para o usuário (BRASIL, 2016).

Observa-se no fundamento utilizado que o ministro, embora implicitamente, relaciona o custo para manutenção de serviços mais acessíveis à população com a exigência de maiores medidas de segurança e a inviabilidade do próprio serviço.

No mesmo sentido, é precisa a contribuição de Coase:

O problema que enfrentamos quando lidamos com atividades que causam efeitos prejudiciais não é o de simplesmente coibir os responsáveis por elas. O que tem de ser decidido é se o ganho obtido ao se impedir o dano é maior do que a perda que seria sofrida em outros lugares como resultado da proibição da atividade produtora desse mesmo dano. Num mundo em que há custos para se realocar os direitos estabelecidos pelo sistema jurídico, as cortes estão, de fato, nos casos que envolvem a causação de incômodos, tomando uma decisão acerca do problema econômico e determinando como os recursos devem ser empregados. Foi sustentado que as cortes têm consciência disso e que, ainda que de forma não explícita, fazem, com frequência, a comparação entre o que se ganharia e o que se perderia com a proibição das atividades-fonte de efeitos prejudiciais. Mas a delimitação de direitos é, também, resultado de disposições legais (COASE, 2008, p. 22).

Assim, se considerado os fundamentos da decisão, confrontados com a Fórmula de Hand, é possível extrair que o magistrado afastou a responsabilidade da prestadora de serviços não só pelo fortuito externo, ou culpa exclusiva de terceiro, mas também pela impossibilidade de se exigir mais segurança sem aumento de custo. O relator demonstra preocupação com a inviabilização econômica dos serviços prestados em função dos custos com segurança.

5 CONCLUSÃO

Diante do trabalho desenvolvido, conclui-se:

1) A teoria clássica da responsabilidade civil é compatível com a análise econômica na medida em que os métodos utilizados pelos economistas para a compreensão do comportamento humano, podem se somar aos critérios adotados pela teoria clássica e agregar previsibilidade e eficiência;

2) Isso porque a responsabilização à margem da verificação de culpa por meio de critérios objetivos pode gerar, em várias situações, custos desnecessários com precaução, bem como incentivos para a vítima que, pela certeza da reparação de seu dano, diminua as medidas de cuidado, e o autor do dano, via de consequência, deixe de tomar todas as medidas de precaução;

3) Que a Fórmula de Hand pode ser aplicada, mesmo de forma adaptada, como base para eventual excludente de responsabilidade, seja pela ausência de negligência, ou apoiando-se no caso fortuito para dar sustentação à decisão. A Fórmula de Hand possibilita definir níveis ótimos de precaução e evitar custos desnecessários, tanto para a vítima quanto para o autor do dano. Tal hipótese foi verificada na análise do caso concreto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016). Embora o Ministro Relator não tenha explicitamente apontado a utilização da fórmula, concluiu seu voto promovendo análise dos custos para o aumento de medidas de precaução e a inviabilização dos serviços prestados;

4) Obviamente que, conforme tratado no capítulo quatro, Learned Hand analisava custos, probabilidade e dano visando definir a presença da negligência de modo a excluir a culpa. Contudo, o fundamento da decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016) está apoiado na excludente de responsabilidade, não pela ausência de culpa, mas pela existência de caso fortuito externo.

5) Mesmo sob outra ótica, o resultado prático foi o mesmo, ou seja, é possível excluir a responsabilidade, correlacionado os custos com precaução, probabilidade de ocorrência do dano e reparação. Independentemente se o pedido foi julgado improcedente pela ausência de negligência ou pela ocorrência de caso fortuito, o mais importante são os resultados práticos, embora, do ponto de vista da análise econômica, seria fundamental estabelecer critérios objetivos para definição do conceito de negligência;

6) Assim, após identificar as conclusões acima demonstradas com fundamento nos conceitos científicos examinados, pode-se concluir pela possibilidade de utilização de ferramentas da análise econômica, visando auxiliar a teoria clássica da responsabilidade civil,

mais especificamente com a aplicação da Fórmula de Hand adaptada, resguardando-se os interesses e a segurança daquele que sofreu o dano, mas também promovendo incentivos para o aumento do cuidado. No mesmo sentido, a aplicação da fórmula estabelece critérios objetivos para modulação do conceito de negligência o que permite definir melhor os custos de precaução e evitar investimentos desnecessários e ineficientes.

REFERÊNCIAS

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

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/142767>. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 513891/RJ**. Civil. Dano moral. Legítima defesa putativa. A legítima defesa putativa supõe negligência na apreciação dos fatos, e por isso não exclui a responsabilidade civil pelos danos que dela decorram. Recurso especial conhecido e provido. Recorrente: Aldivam Paulino da Costa. Recorrido: Moacyr Pessoa de Araújo. Relator: Min. Ari Pargendler, 16 de abril de 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300325627&dt_publicacao=16/04/2007. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 974138/SP**. Recurso Especial. Responsabilidade civil. Transporte de passageiros. Concessionária de serviço público. Metropolitano. Roubo com arma branca seguido de morte. Escadaria de acesso à estação metroviária. Caso fortuito externo. Excludente de responsabilidade civil. Precedentes. Apelo provido [...]. Recorrente: Companhia do Metropolitano de São Paulo. Recorrido: Eliane Gonçalves Duarte. Relator: Min. Raul Araújo, 9 de dezembro de 2016. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701791809&dt_publicacao=09/12/2016. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 788459/BA**. Recurso Especial. Indenização. Impropriedade de pergunta formulada em programa de televisão. Perda da oportunidade. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. Recorrente: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Recorrido: BF Utilidades Domésticas Ltda. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 13 de março de 2006. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501724109&dt_publicacao=13/03/2006. Acesso em: 11 jun. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies**, 2008, v. 3, n. 1. Disponível em:

<https://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=lacjls>. Acesso em: 11 jun. 2019.

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

FILOMENO, José Brito. **Direitos do Consumidor**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

FILOMENO, José Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016. *E-book*.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. **Novo Curso de Direito Civil**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. Análise econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-33.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, n. 1, p. 7-33, jan.-jun. 2010.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do Direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. *E-book*.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. III. *E-book*.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro; Forense, 2018b. *E-book*.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, Economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 159-173, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92839>. Acesso em: 11 jun. 2019.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e mercados**. São Paulo: Elsevier Campos, 2005.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Trad. de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. Direito e economia no *Common Law, Civil Law* e nações em desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito UniRitter**, Porto Alegre, n. 10, p. 119-136, 2009.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of Law**. New York: Aspen, 2003.

QUEIROZ, Flávio de B. Cavalcanti. **Responsabilidade civil por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Estudos em **Direito & Economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Virtual Gratuita, 2017. *E-book*.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/2811>. Acesso em: 11 jun. 2019.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SOUZA, Sylvio C. de, WERNER, José V., NEVES, Thiago Cardoso. **Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 06/2018. *E-book*.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: ZYLLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia**: análise econômica do Direito das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 137-151.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Lei de Introdução e Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Método, 2018. *E-book*.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1. *E-book*.