



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**EFICIÊNCIA ECONÔMICA E A FUNÇÃO DISSUASÓRIA DO
DANO MORAL NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA**

**SALVADOR
2018**

EFICIÊNCIA ECONÔMICA E A FUNÇÃO DISSUASÓRIA DO DANO MORAL NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Dissertação de mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, pela linha de Relações Sociais e Novos Direitos.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho

**SALVADOR
2018**

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (SIBI/UFBA),
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

d'Ávila Teixeira, Rafael Carneiro

EFICIÊNCIA ECONÔMICA E A FUNÇÃO DISSUASÓRIA DO DANO
MORAL NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA / Rafael Carneiro

d'Ávila Teixeira. -- Salvador, 2018.

154 f.

Orientador: João Glicério de Oliveira Filho. Dissertação (Mestrado - Programa
de Pós-graduação em

Direito) -- Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2018.

1. Função dissuasória. 2. Dano moral.

3. Responsabilidade objetiva. 4. Eficiência. 5. Direito e Economia. I. Oliveira
Filho, João Glicério de. II. Título.

RAFAEL CARNEIRO D'ÁVILA TEIXEIRA

**EFICIÊNCIA ECONÔMICA E A FUNÇÃO DISSUASÓRIA DO
DANO MORAL NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA**

Dissertação de mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, pela linha de Relações Sociais e Novos Direitos.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho

Dissertação aprovada em 03 de agosto de 2018.

Banca Examinadora

João Glicério de Oliveira Filho – Orientador

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Universidade Federal da Bahia

Saulo José Casali Bahia

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Universidade Federal da Bahia

Gabriel Seijo Leal de Figueiredo

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Faculdade Baiana de Direito

A meus pais

Maria Dorotéia e Cláudio, baluartes constantes.

AGRADECIMENTOS

Meus profundos agradecimentos a todos que, de uma maneira ou de outra, colaboraram na conclusão desta dissertação.

A João Glicério de Oliveira Filho, estimado orientador que me honrou com seus conhecimentos da vida e do Direito, sua disposição e espírito fraterno. Professor inesquecível e incentivador incansável de há muito, este meu percurso no mestrado teria sido muito mais difícil sem seu auxílio e compreensão.

À minha família, sobretudo meus pais e irmãos, apoiadores incondicionais da minha trajetória.

Aos meus melhores amigos, por sempre estarem presentes, mesmo quando à distância.

A Agda Mariana, pelo carinho e atenção em todas as horas.

Aos meus sócios de firma, os quais tenho a fortuna de trabalhar em prol de um projeto comum, por entenderem os momentos de ausência.

A todos os mestres, colegas e servidores com quem tive o prazer de conviver no Programa de Pós-graduação em Direito, pelas valiosas lições de classe e extraclasse.

A felicidade de cumprir esta etapa é maior por saber que todos vocês estiveram ao meu lado!

Even if every decision required the sanction of an emperor with despotic power and a whimsical turn of mind, we should be interested none the less, still with a view to prediction, in discovering some order, some rational explanation, and some principle of growth for the rules...

Oliver Wendell Holmes Jr.¹

¹ HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, v. 991, 1997. New York: W.S. Hein Co., p. 07. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr110&div=47&id=&page=>>>. Acesso em 09 de junho de 2018.

D'ÁVILA TEIXEIRA, Rafael Carneiro. **Eficiência econômica e a função dissuasória do dano moral na responsabilidade objetiva**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

A presente dissertação perquiriu sobre a aplicação eficiente da função dissuasória do dano moral na responsabilidade objetiva, que se concretize através de medidas racionalmente adequadas a atingirem os propósitos intentados de dissuasão genérica de acidentes. O contexto é o da crescente complexificação da responsabilidade civil e o momento de crise dos seus institutos, que convergem em direção a um novo paradigma centrado na distribuição dos riscos e perdas dos eventos danosos. A dissertação amparou sua investigação pelo método jurídico-sociológico com utilização do raciocínio hipotético-dedutivo, e utilizou a técnica de documentação indireta através de pesquisa bibliográfica. Foram utilizados, sem prejuízo dos demais referenciais bibliográficos, como marcos teóricos: as reflexões da corrente do movimento Direito e Economia desenvolvida por Guido Calabresi; a análise da quantificação do dano moral por Diogo Naves Mendonça; a proposta de quantificação de danos através do emprego do raciocínio da Fórmula de Hand por Robert Cooter. Destarte, foi proposta a hipótese de que a aplicação meramente intuitiva da função dissuasória do dano moral em sede de responsabilidade objetiva não é adequada à realização da finalidade econômica do desestímulo e repercute efeitos imprevistos pelo julgador, necessitando de um esteio teórico para controlar e viabilizar a justiça e eficiência das decisões normativas. Para a investigação da hipótese a dissertação foi dividida em três capítulos. O primeiro capítulo aborda as noções de forma e função da responsabilidade civil e a evolução de seu *ethos* tradicional em direção a um paradigma de alocação distributiva das perdas e dos riscos, que encontra na narrativa econômica de incentivos um amparo natural; outrossim, trata das bases da construção heterogênea da função dissuasória do dano moral, colocando em perspectiva os problemas de como os tribunais vêm aplicando este instituto. No segundo capítulo, avança-se o estudo dos influxos de Direito e Economia, traçando-se as suas principais premissas teóricas, depurando-se o conceito de eficiência econômica, externalidades e o postulado de tomada de decisão racional, além de se analisar as normas jurídicas enquanto um sistema de preços, buscando evidenciar em que consistem os custos dos acidentes e de como evitá-los. Por fim, o terceiro capítulo explica como abordar as ideias de dissuasão eficiente, custos e patamar de precaução na responsabilidade objetiva, buscando legitimar a atribuição de uma dimensão econômica ao dano moral fundada em como a vítima encara o risco, pugnando pela aplicação do raciocínio da Fórmula de Hand para uma quantificação eficiente dos danos morais com o potencial de traduzir um valor ao mesmo tempo representativo dos interesses da vítima para quantificação dos danos morais, e capaz de veicular os estímulos adequados para comportamentos socialmente desejáveis.

Palavras-chave: Função dissuasória. Dano moral. Responsabilidade objetiva. Eficiência. Direito e Economia.

D'ÁVILA TEIXEIRA, Rafael Carneiro. **Eficiência econômica e a função dissuasória do dano moral na responsabilidade objetiva**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

The present thesis inquired over the efficient application of the deterrence function of personal injury damages under strict liability, conveyed through rational measures adequate to the intended purposes of general deterrence of accidents. The context is that of increasing complexity in tort liability and the crisis of its institutes, which converge towards a new paradigm focused on the distribution of risks and losses of harmful events. The investigation was conducted through the legal-sociological method using hypothetico-deductive reasoning, bolstering indirect documentation technique and literary research. Apart from other bibliographic references, the following theoretical frameworks were used: the Law and Economics tort reasoning developed by Guido Calabresi; the analysis in quantification of personal injury damages by Diogo Naves Mendonça; the Hand Rule damages for uncompensable losses proposed by Robert Cooter. Thus, it was proposed the hypothesis that the merely intuitive application of the deterrence function of personal injury damages under strict liability is not adequate to the achievement of the economic purpose of deterrence and entails consequences unforeseen by the judges, requiring a theoretical framework to control and make feasible the justice and efficiency of normative decisions. For the investigation of the hypothesis the dissertation was divided into three chapters. The first chapter deals with the notions of form and function of tort liability and the evolution of its traditional *ethos* towards a paradigm of distributive allocation of losses and risks, which finds in the economic narrative of incentives a natural support; it also explores the heterogeneous construction of the deterrence function of personal injury damages, putting in perspective the problems of how the courts are applying this institute. The second chapter advances the study of the inflows of Law and Economics, tracing its main theoretical premises, explaining the concept of economic efficiency, externalities and the postulate of rational decision-making, while also analyzing the norms as a pricing system, seeking to highlight the costs of accidents and how to avoid them. Finally, the third chapter approaches the ideas of efficient deterrence, social costs and precautionary standards in strict liability, seeking to legitimize the attribution of an economic dimension to the personal injury damages based on how the victim reacts to risk, vying to apply the rationale of Hand Rule into efficient quantification of personal injury damages, with the potential to translate into a damages value that is both representative of the interests of the victim, and able to convey the appropriate stimuli of socially desirable behaviors.

Keywords: Deterrence function. Personal injury damages. Strict liability. Efficiency. Law and Economics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A COMPLEXIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	17
2.1 O ESCOPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	20
2.1.1 O desgaste dos paradigmas tradicionais	25
2.1.2 Sociedade do risco e funcionalização na responsabilidade objetiva	29
2.2 FUNÇÃO DISSUASÓRIA DO DANO MORAL: UMA CONSTRUÇÃO HETEROGÊNEA	33
2.2.1 A racionalidade do desestímulo	37
2.2.2 A questão do arbitramento	42
2.3 UMA PROPOSTA INTERDISCIPLINAR: DIREITO E ECONOMIA	49
2.3.1 Escorço histórico	53
2.3.2 A abordagem no <i>civil law</i>	57
3 CONSIDERAÇÕES DE DIREITO E ECONOMIA	61
3.1 INDIVIDUALISMO METODOLÓGICO E REGULAÇÃO SOCIAL	63
3.1.1 Escassez e conflito	65
3.1.2 Normas jurídicas como sistema de preços	68
3.2 EFICIÊNCIA ECONÔMICA	70
3.2.1 O prelado da maximização racional	76
3.2.2 A tomada de decisão marginalista	79
3.2.3 As noções de otimização	81
3.3 O CUSTO SOCIAL NOS EVENTOS DANOSOS	84
3.3.1 Externalidades e custos de transação	87
3.3.2 O custo dos acidentes e de como evitá-los	93
4 EFICIÊNCIA NA FUNÇÃO DISSUASÓRIA EM SEDE DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA	96
4.1 PREVENÇÃO E DIREITO DE DANOS	99
4.1.1 A regra de <i>Learned Hand</i>	100
4.1.2 O risco e o modelo do custo social	104
4.2 DISSUAÇÃO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA	106

4.2.1 Estrutura de incentivos na responsabilidade objetiva	108
4.2.2 Dissuasão e ótimo social	113
4.3 A FUNÇÃO DISSUASÓRIA DO DANO MORAL REPENSADA	118
4.3.1 O risco como dimensão econômica do dano moral.....	121
4.3.2 O cálculo dos danos morais pela Fórmula de Hand	124
4.3.3 Quantificação eficiente como corolário da dissuasão.....	131
5 CONCLUSÃO.....	140
REFERÊNCIAS	145

1 INTRODUÇÃO

Os institutos da responsabilidade civil no Brasil estão em crise. Um novo paradigma transindividual e multimídia das relações sociais, de mercado e personalidade humana se assentam naquilo que alguns estudiosos denominam de mundo pós-moderno. Já os avanços tecnológicos, cada vez mais rápidos e transformadores, agregam um incremento na potencialidade de criação de eventos danosos, não mais restritos ao tradicional âmbito industrial – sequer limitados pela tangibilidade material.

O tripé em que se funda a responsabilidade sofre fortes abalos em sua estrutura com o declínio da culpa, a flexibilização do nexos causal e o surgimento de novos danos. A precaução e a prevenção se tornaram palavras de ordem, demandando um novo papel funcional da responsabilidade civil. Tudo isto têm contribuído para uma significativa mudança nos parâmetros tradicionais da reparação civil.

É no seio desta mudança paradigmática que surge, no âmbito da responsabilização por danos morais, a chamada função dissuasória da indenização, através de construções doutrinárias e jurisprudenciais heterogêneas, visando dissuadir o agente responsável pelo dano de cometer ou permitir novamente o resultado danoso, a fim de prevenir a repetição do ilícito e contribuir para a redução de eventos semelhantes.

Na seara da responsabilidade civil objetiva extracontratual, na qual é prescindível o exame da culpabilidade para a responsabilização, igualmente se logra tal efeito “pedagógico”, através de resposta incisiva do Poder Judiciário, sob o pretexto de se evitar a ocorrência de eventos danosos. Quando muito, a análise das condutas dos agentes considerados “ofensor” e “vítima” vêm sendo consideradas de forma unidimensional, alijadas da dimensão social dos interesses subjacentes aos seus atos.

Desta forma, é de se observar com certa dose de perplexidade a tutela dos danos morais se tornar o *locus* de proliferação de indenizações que se anunciam enquanto estímulos à estrutura de incentivos dos agentes, mas fundamentadas puramente na intuição do julgador, que de um lado incentivam demandas frívolas e, do outro, banalizam a importância dos bens jurídicos imateriais tutelados pelo Direito, sem que se possa identificar de forma clara a realização do tão almejado fito de prevenção de acidentes.

O discurso utilizado pelos tribunais pátrios é de uma subjetividade chocante, e justamente por isto vem produzindo resultados dos mais variados. Há uma miríade de critérios introspectivos dos julgadores com um indisfarçável tom de repercussão econômica das decisões normativas, que sem assimilarem o raciocínio que deve seguir

um viés deste jaez, fazem da reparação civil uma babel, e transformam a reparação do dano moral, numa verdadeira loteria judicial – evidenciando assim a falta de adequação entre os fins almejados e os meios empregados por um Poder Judiciário que age e se reconhece como agente interventor do sistema econômico.

Evidencia-se assim a carência de um instrumental sólido capaz de dotar as decisões normativas de aptidão para repercutir os efeitos econômicos almejados pelos julgadores, e, por via de consequência, de legitimidade e controlabilidade através da sua fundamentação, sem a qual a racionalidade do desestímulo é amparada tão somente pela intuição do julgador.

O problema que surge deste cenário, e o qual se tenciona enfrentar neste trabalho é, portanto, como aplicar – racionalmente – a função dissuasória na indenização por danos morais em sede de responsabilidade objetiva?

A pesquisa ora empreendida busca, por uma abordagem jurídico-sociológica, perquirir a possibilidade de sua aplicação racional, entendida como adequação entre os meios empregados e os fins almejados pela dita função – fins estes manifestamente econômicos, convém ressaltar.

Objetiva-se, através de reflexões interdisciplinares entre Direito e Economia, realizar uma revisão de literatura e, sem qualquer aspiração de exaurir o assunto, investigar a contemporânea da funcionalização da responsabilidade civil, no recorte dos danos morais em sede de responsabilização objetiva, e lograr oferecer uma solução para sua quantificação eficiente.

Para adereçar o problema de pesquisa retromencionado, é empregada a metodologia jurídico-sociológica com utilização do raciocínio hipotético-dedutivo, partindo da hipótese de que a aplicação meramente intuitiva e sem exposição de critérios objetivamente aferíveis da função dissuasória do dano moral em sede de responsabilidade objetiva não é adequada à realização da finalidade econômica do desestímulo, necessitando de um esteio teórico para controlar e viabilizar a justiça e eficiência das decisões normativas.

Adverte-se que embora a pesquisa seja realizada principalmente no âmbito do Direito e Economia, não há produção de dados empíricos primários. O método jurídico-sociológico ora empregado desvela um estudo zetético do Direito eminentemente dedutivo, congregando à dogmática jurídica da responsabilidade civil as soluções apontadas pelos estudos em Direito e Economia.

Assim é que se pretende buscar no cabedal da Análise Econômica do Direito o lastro teórico e instrumental necessários para sua aplicação justa – sem descaracterizar as instituições jurídicas da responsabilidade civil ou incorrer na falácia de que a economia pode, sozinha, explicar o fenômeno jurídico em sua totalidade.

Os influxos da Análise Econômica do Direito, que como o próprio nome anuncia, trata-se simplesmente de uma proposta de análise, pode contribuir para superar as destacadas críticas que são feitas às considerações de ordem econômica no campo normativo da responsabilidade civil e, quiçá, demonstrar as possibilidades e limitações do heterogêneo conceito de função dissuasória da indenização – tão em voga na *praxis* jurídica brasileira.

Nesta senda, o presente trabalho tem como objetivo principal pesquisar como proporcionar uma adequação entre meios e fins na aplicação da função dissuasória do dano moral em sede de responsabilidade objetiva, utilizando a noção de eficiência econômica como lastro para a consecução da dissuasão intentada, e, especificamente: estudar o conceito e aplicabilidade da função dissuasória por dano moral; estabelecer a relação entre a erosão dos filtros da reparação e eclosão das cláusulas gerais de responsabilidade com a funcionalização da responsabilidade civil; demonstrar as possíveis contribuições de uma análise econômica do direito de danos; investigar como quantificar de forma eficiente os danos morais sob uma regra de responsabilidade objetiva.

Para adereçar estes objetivos, a pesquisa perpassa uma série de questões fulcrais que amadurecem a temática para, ao final, adereçá-la diretamente. Neste sentido, o primeiro capítulo compreende um estudo acerca do fenômeno da complexificação da responsabilidade civil e suas consequências, as noções de forma e função dos seus institutos e a evolução de seu *ethos* tradicional em direção a um paradigma de distribuição das perdas e gerenciamento dos riscos, organizado sob o paradigma de sociedade de risco (*Risikogesellschaft*), que encontra na narrativa econômica de incentivos um amparo natural. Tratar-se-á também das bases da construção doutrinária e jurisprudencial heterogênea da função dissuasória do dano moral, questionando-se qual a natureza de uma indenização deste jaez, a racionalidade do desestímulo que lhe é atribuída e como os tribunais vêm aplicando este instituto.

Já no segundo capítulo, será propriamente introduzida a proposta de análise do movimento Direito e Economia, traçando-se as suas principais premissas teóricas, depurando-se o conceito de eficiência econômica, externalidades e o postulado de tomada

de decisão racional na economia. Ademais, será empreendido um estudo acerca do custo social das indenizações e o método de analisar as normas jurídicas enquanto um sistema de preços, buscando evidenciar em que consistem os custos dos acidentes e de como evitá-los.

Em virtude de tais considerações pretéritas, o terceiro capítulo avançará na proposta ao apresentar os modelos econômicos que explicam como abordar as ideias de dissuasão eficiente, custos e patamar de precaução na responsabilidade objetiva, com apoio do cabedal teórico da Análise Econômica do Direito. Será desenvolvido o raciocínio da Fórmula de Learned Hand e como ela pode ser utilizada de maneira inusitada como instrumento a serviço do desvelo de uma dimensão econômica mensurável dos danos morais, baseada na propensão das vítimas em encarar o risco dos acidentes, destrinchando-se, ainda, quais as repercussões possíveis dentro do ordenamento brasileiro da aplicação deste raciocínio. A ideia é apresentar uma forma de rever a função dissuasória do dano moral sob o prisma da eficiência econômica, distinguindo critérios objetivamente aferíveis e uma metodologia que permita aos aplicadores do Direito se aproximarem, ainda que de forma imperfeita, a um valor ao mesmo tempo representativo dos interesses da vítima para quantificação dos danos morais, e capaz de veicular os estímulos adequados para comportamentos socialmente desejáveis, pois eficientes de maneira compatível com os vetores normativos aplicáveis.

Ao fim, dissertar-se-á sobre o *iter* da pesquisa e quais foram as conclusões tiradas em cotejo com os objetivos propostos, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema principal e quaisquer dos estudos correlatos, asserindo-se as considerações finais do autor acerca do trabalho.

O estudo monográfico se vale da técnica de documentação indireta, bem como da pesquisa bibliográfica e documental, com utilização de fontes secundárias que informam os principais modelos de Direito e Economia que se adequam ao tema.

Consustanciam-se como marcos teóricos: as reflexões da corrente do movimento Direito e Economia desenvolvida por Guido Calabresi; a análise jurídica da quantificação do dano moral por Diogo Naves Mendonça; a proposta de quantificação de danos através do emprego do raciocínio da Fórmula de Hand por Robert Cooter.

Também alicerçam primordialmente o trabalho ora desenvolvido: as reflexões acerca do dano moral na contemporaneidade por Maria Celina Bodin de Moraes, bem como a doutrina da funcionalização da responsabilidade civil de Teresa Ancona Lopez; a problematização da filosofia do direito empreendida por Richard Posner; as observações

acerca da relação entre eficiência e justiça de Bruno Salama; as considerações de Anderson Schreiber a respeito do estado da arte da responsabilidade civil; a perspectiva funcionalista do Direito carreada em Norberto Bobbio. Outrossim, as pesquisas realizadas pelos mais diversos autores brasileiros e estrangeiros em referenciais bibliográficos, individuais e em coletâneas, tanto do Direito, da Economia, da Sociologia e quantos demais se desvelam como fontes valiosas na presente abordagem que extrapola os limites da dogmática jurídica tradicional.

É sobre estas bases que a pesquisa intenta, no bojo de um esforço *claroscuro* (característico da pós-modernidade), refletir de que maneira as indenizações por dano moral na responsabilidade objetiva podem se beneficiar de considerações de eficiência econômica para alcançar os objetivos da nova roupagem funcional que lhe empresta a práxis jurídica contemporânea.

2 A COMPLEXIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Debruçar-se sobre a temática da responsabilidade civil é tarefa conduzida por árduas sendas, que envolvem necessariamente a reflexão sobre escolhas sociais, regras morais e consequências, seus elementos e pressupostos “permeados pelo dinamismo da vida em seus variados aspectos – econômicos, filosóficos, sociais”².

Tais ponderações estão sempre sujeitas à contingência da vida em sociedade, dinâmica por sua própria natureza, uma vez que o campo de abrangência da responsabilidade civil é extremamente amplo, pois “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”³.

Assim sendo, diversos níveis de relações sociais se assentam sobre a matéria, tornando sua sistematização um desafio constante no pensamento jurídico. Neste sentido, já se tornou célebre a anedota de Henri De Page com a representação de Dante Alighieri das portas do inferno⁴, cujo umbral ostentaria o alerta de que não há esperança a partir desta fronteira, de maneira a preparar o intérprete do direito à volatilidade dos caminhos da responsabilidade civil.

O aguçamento desta compreensão fez com que esta disciplina galgasse, ao longo da evolução do pensamento jurídico no último século, uma posição de destaque nos estudos e na prática jurisprudencial⁵, um sinal de reconhecimento de que o seu campo de incidência compreende, ao fim e ao cabo, praticamente todas as situações que demandam uma intervenção adjudicatória. Assim também preleciona Sérgio Cavalieri Filho, ao afirmar que a responsabilidade civil “é uma espécie de estuário onde deságuam todos os rios do Direito: público e privado, material e processual; é uma abóbada que enfeixa todas as áreas jurídicas, uma vez que tudo acaba em responsabilidade”⁶.

Esta confluência não é por acaso⁷: os institutos da responsabilidade civil foram gestados em uma estrutura simples de reação aos danos sofridos, primeiramente numa

² JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. **Revista Forense**, v. 86, abr./jun. 1941, Rio de Janeiro: Forense, p. 53-54.

³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil - vol. II**. 9. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 01.

⁴ Saulo Bahia recorda que mesmo passados mais de sessenta anos da comparação, as dificuldades no seu estudo remanescem, cf. BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 03.

⁵ *Ibid.*, p. 03-04.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 03-04.

⁷ ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 67.

perspectiva espontaneamente retributiva e, posteriormente, sob diversas tentativas de estruturação da práxis jurídica romana⁸, traçando crivos de coerência e conformidade a certas regras morais⁹ institucionalizadas.

Todavia, é precisamente a flexibilidade inerente à própria forma da responsabilidade civil¹⁰ que deu azo às profundas incertezas e indefinições que caracterizam o estudo hodierno da responsabilidade civil¹¹ e a sua aplicação na prática jurisdicional, fulcrada em cláusulas gerais e conceitos jurídico indeterminados¹² aplicados de maneira desarmônica, pelo que recebeu a alcunha dramática de comédia¹³.

É que, confrontado com as intangíveis e ubíquas novas camadas de vulnerabilidade da personalidade humana nas relações sociais¹⁴, o seu estudo se tornou *locus* de um amálgama de teorias sobre funções que se busca agregar a sua estrutura, num descompasso entre paradigmas que caracterizam um verdadeiro momento de crise¹⁵.

No cenário brasileiro, a preocupação com a coerência é reforçada pela sobrecarga do Poder Judiciário, a um só tempo vítima e algoz das consequências da aplicação aleatória das múltiplas construções heterogêneas da funcionalização da responsabilidade em resposta à multiplicação dos danos e de incremento das situações de risco na sociedade contemporânea.

Compreende-se, no contexto deste trabalho, que a estrutura da responsabilidade civil está se tornando mais complexa, o que demanda novas soluções que não são encontradas no circuito fechado da dogmática jurídica tradicional¹⁶, a fim de conciliar

⁸ Destaca-se o esforço das Escolas dos Glosadores e dos Conciliadores na sistematização da *actio injuriarum*, primeiro instrumento jurídico que se tem notícia de reparação dos danos morais. Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 82-84.

⁹ A teoria da responsabilidade civil é fortemente influenciada pelo “império da regra moral” (RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 345).

¹⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24.

¹¹ *Ibid.*, p. 64

¹² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 132

¹³ GALGANO, Francesco. La commedia della responsabilità civile, *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina, *op. cit.*, p. 166.

¹⁴ JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face a globalização. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Orgs.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Porto Alegre: Renovar, 2005, p. 86-87.

¹⁵ Neste sentido, cf. KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 57 et seq.

¹⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

forma e função¹⁷ com vistas à efetividade da responsabilidade civil. Não se pode olvidar que o caráter dinâmico da responsabilidade impõe o reconhecimento, na tessitura social que é regulada por seus institutos, de que “a verdade de ontem não é mais a de hoje, que deverá, por sua vez, ceder lugar à de amanhã”¹⁸, e aquilo que antes era tido como inconcebível pode se tornar aceitável, e, até mesmo, evidente, após a superação de um momento de crise¹⁹.

Deve-se atentar para o fato de que para além de se informar por escolhas “político-filosóficas”²⁰, a responsabilidade civil é informada por escolhas econômicas, e uma narrativa de incentivos cada vez mais explicitamente adotada pelos tribunais, embora, por vezes, velada na retórica judicial. Trata-se, em muitos aspectos, de uma consequência inelutável²¹ da lógica subjacente aos próprios institutos jurídicos, independentemente de como se encare tal realidade. Neste ponto, assinala Posner:

Legalists object that if judges do not talk economics in their opinions, and they rarely do, they cannot be doing economics. But this confuses semantics with substance. [...] The economic study of the common law [...] has found considerable isomorphism between legal and economic analysis. The continued use of different vocabularies illustrates ‘contextual convergence’: judges continue to employ a traditional vocabulary of rights and duties while gradually investing the words with an economic meaning. (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 238)

O fenômeno da sua complexificação²² demanda soluções que sejam adequadas a esta racionalidade; isto significa a necessidade de coerência na concretização de uma função dissuasória, entre as condições estabelecidas em relação às quais um dano deve ser suportado²³, e os parâmetros pelos quais este dano é dimensionado – afinal, a lógica

¹⁷ Emprega-se o termo função aqui tal como pela recorrente analogia organicista, no qual função se compreende pela prestação continuada que um órgão dá à conservação de um organismo considerada como um todo. Neste sentido, cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 103.

¹⁸ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. **Revista Forense**, v. 86, abr./jun. 1941, Rio de Janeiro: Forense, p. 52.

¹⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 147.

²⁰ *Ibid.*, p. 21.

²¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O imoral no dano moral. **Informativo Incijur**, n. 46, mai. 2003, Joinville: Instituto de Ciências Jurídicas, p. 01-05.

²² Complexificação significanda aqui como sucessivos acréscimos de camadas aos institutos da responsabilidade civil, “sem recuo ou perda de importância” na sua estrutura, cf. LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 17.

²³ RODOTÀ, Stefano. Il problema della responsabilità civile, *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina, *op. cit.*, p. 20.

da funcionalização é também uma lógica de adequação entre os meios empregados para se atingir determinado objetivo²⁴.

Aqui, talvez, a acepção da palavra crise deva se afastar do significado ominoso de desequilíbrio conjuntural e assumir o sentido dado pela sua raiz etimológica grega, o de ação ou faculdade de distinguir. A funcionalização da responsabilidade civil é uma realidade²⁵, e a crise da responsabilidade civil é, neste sentido, um momento de distinção dos rumos a que se encaminha, e um chamado aos juristas para que distingam por quem responsabilizar, para quem responsabilizar e, de posse deste conhecimento, saibam como melhor responsabilizar, sem perder de visto a compreensão coerente e alcance dos instrumentos de Direito Privado para a consecução destas funções²⁶.

2.1 O ESCOPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil assim se escora no princípio geral do *neminem laedere* (não lesar a ninguém), eternizado pela máxima do jurisconsulto romano Eneu Domício Ulpiano²⁷, pela qual as pessoas são livres e racionais na condução das suas vidas²⁸, mas não devem desvirtuar o uso de sua liberdade e racionalidade para ofender os direitos de outrem.

A expressão responsabilidade hoje desvela, em seu sentido metalinguístico, a obrigação de todos pelos atos que praticam²⁹. Se há dano injustamente vertido na esfera jurídica alheia, há também a necessidade de recomposição das coisas ao seu estado anterior, e não sendo possível, de se distribuir os custos de um evento danoso por uma aproximação de um valor representativo dos interesses do lesado – que não deixe de lado a necessidade de se observar a proporcionalidade da solução adjudicatória³⁰.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 105-106.

²⁵ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 126.

²⁶ GIERKE, Otto von. **La función social del derecho privado y otros estudios**. Trad. espanhola Sara Guindo Morales. Granada: Comares, 2015, p. 15, p. 58.

²⁷ “*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (ULPIANO, Eneu. I Regularum in Digesto, *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 203).

²⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 20.

²⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

³⁰ O parágrafo único do artigo 944 do Código Civil consagraria uma solução de justiça distributiva, impondo que se considere as qualidades das partes de um evento danoso, de maneira a que a reparação e/ou

Note-se que a ideia de dano injusto aqui ultrapassou, ao longo da evolução do instituto, a simples ilicitude do ato para abarcar também atos lícitos, dos quais também resultam perdas que o ordenamento entende como injustamente distribuídos para a vítima³¹. Maria Celina Bodin de Moraes resume esta distinção: “O dano será injusto quando não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permanece irressarcida”³².

Nesta senda, sua estrutura tem no seu cerne a simples associação, no âmbito jurídico, de adjudicação dos efeitos decorrentes de fatos jurídicos³³ ocasionadores de lesões a certos interesses tutelados por dado ordenamento, situando-se num sistema integrado de normas que veiculam modais deônticos e mecanismos de reação do lesionado³⁴, permitindo uma alocação distributiva das consequências de um evento danoso (em verdade, de todos os seus custos, como se demonstra ao longo deste trabalho).

Do princípio geral do *neminem laedere* se obtém o sentido que atribuímos à responsabilidade: a ninguém é permitido lesar outra pessoa sem a consequência de uma imposição do dever de restituição integral dos prejuízos (*restitutio in integrum*), para se alcançar a reconstituição ao estado de coisas anterior (*statu quo ante*)³⁵.

Ocorre que na impossibilidade deste retorno ao estado de coisas anterior, o paradigma da reparação dá lugar ao da compensação, que busca a aproximação de um valor representativo dos interesses do lesado. Esta é, como se demonstra ao longo deste trabalho, a pedra de toque da ideia de reparação nos danos morais. Dada a simplicidade (e flexibilidade) da sua estrutura, no íter da busca destes valores representativos o escopo da responsabilidade civil vem se alargando para albergar a realização não somente de uma

compensação de dado evento danoso não se traduza num estímulo inadequado ao agente ofensor, através de medidas demasiadamente dissuasórias (*overdeterrent*). Neste sentido, cf. MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45.

³¹ “Não há contradição lógica entre as duas idéias. O ato (lesivo) pode ser lícito, porque visa a satisfazer um interesse coletivo ou o interesse qualificado de uma pessoa de Direito Privado. Mas pode, ao mesmo tempo, não ser justo (no plano da justiça comutativa ou no da justiça distributiva) que ao interesse coletivo, ou ao interesse qualificado da pessoa coletiva ou singular, se sacrifique, sem nenhuma compensação, os direitos de um ou mais particulares ou os bens de uma outra pessoa” (ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973, p. 490-491).

³² Trata-se da mais contemporânea solução da dogmática jurídica para seleção dos interesses merecedores de tutela (*an debeatur*), a qual, todavia, é incapaz de solucionar os problemas referentes ao *quantum debeatur*, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179.

³³ Seja de origem humana, como no ato jurídico, ou de origem natural, sob os ditames de uma de uma regra de responsabilidade pelas suas consequências. Para aprofundamento na doutrina dos fatos jurídicos, cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 14-15.

³⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 157.

nova função compensatória, como também de outras funções atreladas à ideia de prevenção, tanto de forma genérica quanto específica³⁶.

Para se negar a adoção de uma perspectiva funcionalizada da responsabilidade civil, estabelece-se como posição antagônica a concepção formalista do Direito Privado, em particular, o formalismo gestado nos sistemas do *common law*³⁷, que logra compreender o fenômeno jusprivatista por aquilo que seria a sua essência, calcado num paradigma aristotélico-tomista³⁸.

O formalismo na responsabilidade civil é movido pela preocupação em lhe atribuir um “caráter autônomo e apolítico”³⁹. Não seria possível, sob esta concepção formalista, considerar os institutos de Direito Privado como instrumentos na obtenção de fins “externos” à sua racionalidade própria, como fins econômicos e sociais⁴⁰.

Sob a concepção formalista, a responsabilidade civil seria fundada na ideia de justiça corretiva, e delimitada tendo a reparação como finalidade, e a correlatividade entre lesante e lesado como pressuposto de adequação para os mecanismos de reparação⁴¹, isto é: a sanção ao agente ofensor deve corresponder à mesma razão da reparação da vítima⁴².

A ideia da justiça corretiva se traduziria no restabelecimento de um equilíbrio previamente rompido em dada relação entre indivíduos, seja esta caracterizada por uma transação voluntária ou involuntária⁴³. Esta recomposição deve ser pensada em termos de igualdade absoluta, abstraindo-se qualidades particulares das partes envolvidas, sem qualquer diferenciação. Como assinala Rafael Dresch: “A relação é pensada não nas distribuições, mas nas transações como delimita Aristóteles”⁴⁴. Seria um fundamento que explicaria a correlação entre direito e dever, e a conseqüente correlatividade entre ganho e perda dos agentes envolvidos na solução adjudicatória⁴⁵.

³⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47.

³⁷ WEINRIB, Ernest J. **The idea of private law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 03-04. Convém destacar que o esteio formalista do neoconstitucionalismo brasileiro não se amolda perfeitamente a esta crítica.

³⁸ Desenvolvido pela ideia do Direito em Kant: O jurídico não deriva de sua previsão normativa textual, mas sim de sua inteligibilidade numa exigência da razão. Cf. DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 121-122.

³⁹ MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 41.

⁴⁰ WEINRIB, Ernest J, op. cit., p. 38.

⁴¹ DRESCH, Rafael de Freitas Valle, op. cit., p. 132.

⁴² Ibid., p. 133-134.

⁴³ “O que resta é a justiça corretiva, a qual está presente nas transações privadas, tanto voluntárias quanto involuntárias” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 101).

⁴⁴ DRESCH, Rafael de Freitas Valle, op. cit., p. 130.

⁴⁵ MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 41-42.

Há que se ter, desta forma, alguém auferindo vantagens em detrimento de outra pessoa, através de meios considerados indevidos⁴⁶; a injustiça da produção de um dano independe da comparação de qualidades do lesante e do lesionado⁴⁷. É a partir daí que se extrai a noção de correlatividade entre perda a ser reparada e ganho a ser retirado, através de mecanismo corretivo voltada a reconstituir as coisas ao estado anterior ao dano⁴⁸ – que não deve, todavia, se consubstanciar na recíproca do mal com outro mal, como destaca Tomás de Aquino⁴⁹.

Todavia, se para a concepção formalista da responsabilidade civil qualquer abordagem funcionalista seria falha por ignorar os elementos que compõem sua causa formal⁵⁰, para doutrinadores da Análise Econômica do Direito como Posner, o conceito aristotélico de justiça corretiva é restrito à existência de mecanismos imparciais para reparação de eventos danosos⁵¹, não sendo correto o alargamento desta concepção para se rejeitar uma concepção funcionalizada da responsabilidade civil⁵². Neste sentido, assinala que:

A residual confusion in the term ‘corrective justice’ is the implication that there is a legal duty to provide a remedy for wrongs. A modern view held by some scholars, it is not what Aristotle, the originator and still the authoritative expositor of the phrase, said or implied. Corrective justice is the doctrine that the function of the adjudicative process is to correct wrongs rather than to play favorites among the litigants. (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 90)

A justiça corretiva, invocada como estandarte de uma visão estritamente formalista da responsabilidade civil, em verdade seria em sua concepção original uma ideia processual, e não, como se costuma defender, uma ideia substantiva, uma vez que Aristóteles não define o dano injusto.

⁴⁶ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 130.

⁴⁷ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 88.

⁴⁸ DRESCH, Rafael de Freitas Valle, op. cit., p. 131.

⁴⁹ Cf. AQUINO, Tomás de. Suma teológica *apud* DRESCH, Rafael de Freitas Valle, op. cit., p. 129-131.

⁵⁰ WEINRIB, Ernest J. **The idea of private law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 47-48.

⁵¹ “That means judging the case rather than the parties [...] That is all it means in Aristotle” (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 88-89). Para o aprofundamento de sua crítica, cf. POSNER, Richard A, op. cit., p. 17, p. 66.

⁵² MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 42.

Desta maneira, os institutos da responsabilidade civil seriam abertos a uma perspectiva funcional, de acordo com a definição dada à injustiça nestes eventos⁵³. A noção puramente formalista do Direito se contradiz, também, por inadvertidamente reforçar que o Direito, enquanto sistema de controle social, tem como função primaz servir de instrumento para alcance de fins outros⁵⁴.

A forma do Direito deve seguir a função na lição de Bobbio⁵⁵, sem com isto se derivar uma noção de correspondência biunívoca entre ambas, já que uma estrutura do jurídica pode comportar diversas funções, assim como a mesma finalidade pode ser realizada mediante variadas estruturas normativas. Contudo, há de ser ter o cuidado advertido por Diogo Mendonça:

[...] não pode haver lugar nem a um formalismo cego à importância instrumental do direito e às consequências fáticas das escolhas normativas, tampouco a um funcionalismo desconectado da racionalidade axiológica que qualifica o sistema jurídico.

Assim, se levado ao extremo, o funcionalismo pregado por uma abordagem econômica radical poderia reduzir o vocabulário jurídico a conceitos econômicos ou ainda invocar a eficiência como fundação ética do direito. Por outro lado, o formalismo exacerbado simplesmente ignoraria as repercussões práticas das opções normativas (abstratas ou concretas) em nome da integridade de uma suposta racionalidade intangível do sistema jurídico. (MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 43).

A concretização de fins estranhos à concepção formalista da justiça corretiva é tanto possível quanto desejável⁵⁶, sem que com isto acarrete necessariamente numa alteração da “função de equilíbrio que o direito da responsabilidade civil exerce nas relações jusprivatistas”⁵⁷.

⁵³ Isto compreende, por exemplo, a ideia de justiça distributiva determinada pelo estabelecimento de regras de responsabilidade objetiva com foco na proteção dos mais vulneráveis. Para Posner, isso admite que a noção de injusto seja associada à ideia de redução da riqueza da sociedade. Cf. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 88-89.

⁵⁴ Esta é uma das aberturas por Bobbio para uma função no positivismo kelseniano, cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 57.

⁵⁵ Ibid., p. 113.

⁵⁶ Neste passo, Bobbio nota que é função inerente a qualquer sistema normativo que se arvora a regular grupos sociais, não apenas prevenir e reprimir comportamentos desviantes, mas também facilitar-lhes a composição e repartir recursos, (Ibid., p. 97).

⁵⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 46-47.

O Direito Privado hodierno evolui cedendo espaços para um tratamento funcional de seus institutos, como se observa do prelado constitucional da função social⁵⁸, em particular a responsabilidade civil, não sendo factível se pensar ser possível um retrocesso na corrente marcha evolutiva. Cumpre progredir no sentido de conferir-lhe coerência e efetividade⁵⁹.

2.1.1 O desgaste dos paradigmas tradicionais da reparação

Os institutos da responsabilidade civil sofreram grandes mudanças recentes, convergentes à eclosão de um paradigma novo centrado no deslocamento das perdas e distribuição dos riscos dos eventos danosos, em que o dever de ressarcir é apenas o resultado da realização deste mister⁶⁰.

Os tradicionais filtros da reparação⁶¹(culpa, nexa causal e dano) se desgastaram enquanto meio de seleção das demandas ressarcíveis⁶², em atendimentos aos anseios de um Direito Privado que se tornou palco da luta pelos direitos após a era das grandes codificações⁶³, bem como protagonista de uma transição de uma cariz patrimonial para outra de proteção da personalidade⁶⁴.

O caso da culpa é bem ilustrativo deste desgaste, gradativamente perdendo relevância enquanto elemento nuclear da responsabilidade civil⁶⁵. Antes compreendida como uma falta moral, indissociável de uma análise de impulsos anímicos, foi redimensionada em sua própria noção como um padrão de conduta diligente, tendo sua aferição sido simplificada e a exigência de sua prova, dita diabólica, foi amainada,

⁵⁸ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 46-47.

⁵⁹ RIPERT, Georges. Evolução e progresso do direito *apud* STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 157.

⁶⁰ DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge* *apud* STOCO, Rui, op. cit., p. 160.

⁶¹ Designação feita por Anderson Schreiber, a significar a perda relativa de importância destes institutos. Cf. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

⁶² STOCO, Rui, op. cit., p. 213.

⁶³ CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 161-162.

⁶⁴ GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. **Publicações da Universidade da Bahia II – 8**. Bahia: Imprensa Vitória, 1958, p. 40.

⁶⁵ SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 13-19.

inclusive diante de novas regras, quando não presuntivas da culpa, determinantes de inversão do *onus probandi*⁶⁶.

A nova acepção normativa da culpa ocasionou a chamada fragmentação dos modelos de conduta, com a crescente busca por parâmetros específicos de diligência aplicáveis em cada caso concreto, fruto das críticas aos *standards* do *reasonable man* e *bonus pater familias*⁶⁷, abrindo-se neste passo espaço para os influxos de outras áreas do conhecimento na orientação dos intérpretes do Direito, sobretudo pela coligação da injustiça não ao fato, mas ao dano⁶⁸.

No contexto de rápidas transformações na natureza dos eventos danosos, surgiu a responsabilidade objetiva, cuja expansão cresceu paulatinamente⁶⁹ até se tornar ainda mais relevante do que a responsabilidade subjetiva (com diversas situações de responsabilidade subjetiva presumida sendo subsumidas à nova regra⁷⁰), sobretudo a partir do amplo reconhecimento na Constituição Federal de 1988, tanto de hipóteses específicas (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII, c; art. 37, §6º), quanto de uma matriz axiológica sensível à ideia de risco como fundamento de responsabilidade⁷¹.

Surgem, em torno da ideia central do risco, diversas acepções diferentes acerca de como se dá a dinâmica legitimadora de uma responsabilidade mais estritamente ligada à natureza da atividade⁷², dentre as quais merecem destaque as teorias do risco-proveito⁷³,

⁶⁶ Desde presunções de culpa em acidentes veiculares à responsabilização por atos de prepostos, passando por cláusulas de inversão do ônus da prova à classes tidas como vulneráveis como de consumidores e obreiros, cf. BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 141.

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39-43.

⁶⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 304.

⁶⁹ Inicialmente introduzida pontualmente no Código Civil de 1916 na responsabilidade das coisas caídas *effusis et dejectis* e na legislação da atividade ferroviária (Decreto nº 2.681/12) e, posteriormente, espriada para diversos estatutos específicos reguladores de atividades perigosas como de aeronáutica e nucleares, além de legislações protetivas de classes de sujeitos de direito, até que consagrada cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

⁷⁰ Como a responsabilidade por fato de terceiro e a responsabilidade por fato de semoventes, cf. STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 212. Note-se que esta transição também anuncia o reconhecimento tácita de que a regra de responsabilidade objetiva se caracteriza como instrumento típico de regulação na contemporaneidade, cf. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil - vol. II**. 9. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 91-92.

⁷¹ SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 19-28.

⁷² SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Academia.edu**, p. 12. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira_a.pdf>. Acesso em 18 de março de 2018.

⁷³ Que se baseia na ideia de onde há o proveito, há também o encargo (*ubi emolumentum, ibi onus*), responsabilizando-se aquele que de alguma forma obtém vantagem da atividade geradora do risco.

do risco profissional⁷⁴, do risco excepcional⁷⁵, do risco criado⁷⁶, do risco administrativo⁷⁷ e do risco do fornecedor⁷⁸. As cláusulas gerais de responsabilidade passam a açambarcar os mais distintos comportamentos⁷⁹, caracterizando-se pela ductibilidade e flexibilidade na sua aplicação⁸⁰.

O nexo de causalidade, “o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil, e o mais difícil de ser determinado”⁸¹, também sofre substanciais flexibilizações, perdendo sua potência enquanto filtro da reparação na esteira dos constantes debates em torno de diversas teorias da causalidade⁸², como a teoria da equivalência das condições⁸³, a teoria da causa próxima⁸⁴, as teorias da condição mais eficiente e da preponderância⁸⁵, e a teoria da causalidade adequada⁸⁶ e suas derivações jurisprudenciais brasileiras⁸⁷.

O fenômeno de flexibilização jurisprudencial não é exclusivo do Brasil, a partir dos quais se constroem diversos “nexos causais flexíveis”⁸⁸ como a causalidade alternativa e a *eggshell skull rule*⁸⁹, dando azo a críticas que ilustram o quadro da

⁷⁴ Derivação em que a responsabilidade decorre do vínculo empregatício.

⁷⁵ Responsabilidade pelo desempenho de atividades mais suscetíveis de causar prejuízos incomuns à vida cotidiana, como a exploração de energia nuclear e de redes elétricas de alta tensão.

⁷⁶ Mais abrangente, em não se cogita da correlação entre o dano ou eventual vantagem, basta asserir-se o potencial de geração de risco da atividade e um evento danoso que seja fruto de seu exercício.

⁷⁷ Variação em que a responsabilidade é em função de serviços públicos e atos cometidos sob o manto da liceidade estatal, que agreguem riscos no seu exercício.

⁷⁸ Espécie em que a responsabilidade pelo fato ou vício de produtos e serviços decorrem de proteção legislativa da vulnerabilidade do consumidor.

⁷⁹ SALLES, Raquel Bellini. **A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 47-51.

⁸⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 95.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 76-77.

⁸² UEDA, Andrea S. R. **Responsabilidade civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 124-133.

⁸³ Conhecida como *conditio sine qua non*, a qual pontua que todas as forças que cooperem para a produção de dado resultado devem ser consideradas, criticada por conduzir ao inconveniente alongamento da cadeia de causalidade.

⁸⁴ Antiga teoria que estabelece o elemento cronológico como fator preponderante, senão único, para determinação da causa mais próxima ao resultado danoso final, consideradas injustas pelo escopo restrito.

⁸⁵ Teorias ligadas em seu desenvolvimento, que pugnam pela consideração da causalidade do evento que tenha, após apuração qualitativa, mais contribuído para o resultado (preponderando para o rompimento do equilíbrio de forças), criticadas por sua difícil aplicabilidade.

⁸⁶ Que defende a avaliação em abstrato das condições que seriam adequadas à produção de dado resultado danoso, através de modelos mentais simplificadores da realidade.

⁸⁷ Frequentemente conjugadas de forma equivocada, ou apenas lançadas retoricamente para justificar maior amplitude no ressarcimento à vítima. Neste sentido, cf. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 56-65.

⁸⁸ SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 72-74.

⁸⁹ Também chamada de *thin skull rule*, a qual estabelece a responsabilidade pelo resultado danoso mais grave, ainda que não diretamente relacionado ao ato lesivo que estabelece o nexo causal.

responsabilidade civil como uma verdadeira “loteria”⁹⁰. Em atividades reconhecidas como extremamente perigosas⁹¹, a jurisprudência brasileira já se alinha à noção de responsabilidade objetiva agravada, que flexibiliza ainda mais a exigência de nexo de causalidade⁹².

Ao longo desta perda de relevância dos filtros tradicionais, o dano foi assumindo um papel de filtro das situações indenizáveis, deixando de ser aquele elemento “que menos suscitaria controvérsias”⁹³. A própria ideia de dano ressarcível sofreu larga expansão, não só pelo crescimento dos litígios em função do enfraquecimento das barreiras da reparação, como também pelo açambarcamento de novos interesses merecedores de tutela, uma expansão tanto quantitativa, como qualitativa⁹⁴.

Neste passo, além do reforço à tutela indenizatória por danos morais e outros danos relacionados à dimensão ética da personalidade humana, individuais ou transindividuais, frutos de “novas possibilidades de dano, típicas de uma época que dilata a esfera da responsabilidade civil e espicha o manto da sua incidência”⁹⁵, surgem outras figuras casuísticas, tantas que sua tipificação é uma tarefa é fadada ao desperdício⁹⁶, eis que aparentemente os únicos limites à sua criação são “a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência”⁹⁷.

Estas subversões dos filtros tradicionais se justificam, em última análise, por uma sensibilidade crescente dos órgãos julgadores à necessidade de proteção de interesses merecedores vulnerados pelas transformações sociais contemporâneas⁹⁸, bem como pela distribuição dos custos destes e de outros acidentes cada vez mais impessoais na dinâmica

⁹⁰ ATIYAH, Patrick. **The damages lottery**. Oxford. Hart Publishing, 1997, p. 32.

⁹¹ CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the law of torts. **The Yale law journal**, v. 70, n. 4, mar. 1961. New Haven: Yale University Press, p. 542.

⁹² Para um aprofundamento neste tema, cf. UEDA, Andrea S. R. **Responsabilidade civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 20 et seq.

⁹³ “O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia” (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil - vol. II**. 9. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 832).

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Academia.edu**, p. 14. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em 18 de março de 2018.

⁹⁵ GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: **Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues**. São Paulo; Saraiva, 1980, p. 296.

⁹⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 166.

⁹⁷ RODOTÁ, Stefano. Il problema della responsabilità civile, *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 15.

⁹⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade, e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, v. 854, dez. 2006, São Paulo: Editora RT, p. 14.

pós-moderna – há uma “sede de justiça”⁹⁹ e tudo converge para se assegurar a adjudicação destes custos¹⁰⁰, em busca de uma segurança perdida.

2.1.2 Sociedade do risco e funcionalização na responsabilidade objetiva

Nesta senda, percebe-se que o estado de coisas da responsabilidade civil assinala que o conjunto de traços que caracterizam seus institutos hodiernamente se voltam a uma realização de uma ética econômica social¹⁰¹, calcada numa alocação distributiva dos custos dos eventos danosos, desvinculando-se da ideia de injustiça o conceito de antijuridicidade¹⁰².

Tal orientação é tão clara que não apenas abala a narrativa tradicional de seus institutos como também borra as linhas divisórias entre diferentes regras de responsabilidade. É o que Orlando Gomes chama de “giro conceitual da responsabilidade civil”¹⁰³, um novo foco para a ideia de dano injusto¹⁰⁴.

O avanço exponencial da regra de responsabilidade objetiva é significativo da mudança de paradigma aludida neste trabalho. Inicialmente combatida ferozmente, tornou-se a medida almejada aos novos riscos urdidos pelas transformações sociais contemporâneas¹⁰⁵, e retrata a nova maneira pela qual a sociedade se organiza – no âmbito da tutela jurisdicional – em resposta ao risco, o que se associa ao conceito sociológico de sociedade de risco (*Risikogesellschaft*) concebido por Ulrich Beck¹⁰⁶.

Com efeito, para o sociólogo a crise da modernidade decorre do vulto de seus próprios avanços, riscos do progresso¹⁰⁷ que escapam do controle das instituições sociais,

⁹⁹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. **Revista Forense**, v. 86, abr./jun. 1941, Rio de Janeiro: Forense, p. 54.

¹⁰⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 213.

¹⁰¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottman e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 17, p. 39.

¹⁰² BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 178.

¹⁰³ GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: **Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues**. São Paulo; Saraiva, 1980, p. 296.

¹⁰⁴ Em sentido complementar, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade, e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, v. 854, dez. 2006, São Paulo: Editora RT, p. 12.

¹⁰⁵ Conforme apontado por diversos autores, por todos, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 262 et seq.

¹⁰⁶ BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo mundial**: em busca de la seguridad perdida. Trad. espanhola Rosa Carbó. Barcelona: Paidós, 2008. p. 47 et seq. Em sentido complementar, cf. LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106, jan./dez. 2010. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 1223.

¹⁰⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106, jan./dez. 2010. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 1225.

ensejando como resposta uma conformação social cada vez mais preocupada com o futuro e segurança¹⁰⁸. Vive-se mais intensamente e perigosamente¹⁰⁹, e no âmbito jurídico, isto significa que o Direito passa a ser, na visão de Castanheira Neves:

funcionalizado à estruturação, à regulação e à organização operatória global da sociedade, numa conseqüente perda de autonomia intencional e material, pois que se converte num instrumento, de particulares características prescritivas e institucionais, ao serviço das exigências providas das instâncias e das forças políticas ou simplesmente sociais, culturais, econômicas, etc. (NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito, *apud* MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37-38)

O crescimento de um regime de responsabilidade fundado no risco representou aquilo que François Ewald chama de “tríplice libertação”¹¹⁰: uma libertação filosófica do pensamento metafísico que permeava a ideia de responsabilidade, uma libertação jurídica da dependência de complicadas barreiras ao ressarcimento dos danos modernos, e uma libertação política da ideia de repressão à conduta em direção a uma noção social de gerenciamento de riscos – esta última, como se percebe do estado de coisas atual, a mais difícil de se aceitar em termos diante da cacofonia e apego à ideia “punitiva” das indenizações.

A despeito de certas reservas que exsurtem da fixação da sociedade no risco¹¹¹, fato é que este se fez parte integral do “próprio modo de ser da sociedade contemporânea”¹¹², e não por outra razão é que a prática nomogenética brasileira fez da responsabilidade objetiva inafastável em diversos casos¹¹³, propugnando a racionalidade

¹⁰⁸ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial: em busca de la seguridad perdida**. Trad. espanhola Rosa Carbó. Barcelona: Paidós, 2008. p. 61-76.

¹⁰⁹ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. rev. e ampl., 3. tiragem, edição histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 573-574.

¹¹⁰ EWALD, François. A culpa civil, direito e filosofia, *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12-13.

¹¹¹ Cass Sunstein alerta para o perigo de um paternalismo exacerbado na resposta social ao risco, já quem edidas de precaução sempre acarretam riscos próprios. Neste sentido, cf. SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 13-64, p. 89.

¹¹² STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 215.

¹¹³ BAHIA, Saulo Casali. Dano ecológico. **Revista dos Mestrados Em Direito Econômico da UFBA**, v. 01, jan./jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, p. 85.

da compensação econômica ao lesado por um prelado de princípios de justiça e equidade¹¹⁴.

Como o risco zero não existe, a função reparatória é direcionada a fazer com que o risco residual¹¹⁵ não seja injustamente absorvido pelas vítimas, de acordo com as regras morais distributivas dos custos dos acidentes adotadas em dado ordenamento, notadamente, as cláusulas de responsabilização objetiva, que sob o paradigma da sociedade de risco transforma o lesante em uma espécie de segurador do lesado¹¹⁶.

Isto reflete uma mudança sociocultural que para alguns doutrinadores prenuncia uma transição para um modelo de solidariedade social no Direito Privado¹¹⁷, desvelando-se um princípio geral de solidariedade de cariz constitucional¹¹⁸, na esteira da progressiva ênfase dada à noção de dignidade humana¹¹⁹ ao longo da evolução da responsabilidade civil no século XX.

Como novas camadas à responsabilidade civil, afirma-se, de um lado, a fundamentação de uma responsabilidade em que o dano se consubstancia no risco, e, portanto, permitiria a adoção de medidas cautelares por imposição de uma obrigação geral de segurança¹²⁰. Foca-se, assim, em “ações efetivas antes do dano”¹²¹ em razão do risco apresentado, como se observa de tutelas preventivas no direito ambiental e no direito das relações de consumo, a exemplo de suspensão de atividades poluidoras, retirada de publicidade enganosa, de produtos que apresentam risco à saúde, etc.

Por outro viés, há a tendência de securitização coletiva da responsabilidade¹²², para expansão do sistema já utilizado no Brasil pelo Seguro de Danos Pessoais Causados

¹¹⁴ BAHIA, Saulo Casali. Dano ecológico. **Revista dos Mestrados Em Direito Econômico da UFBA**, v. 01, jan./jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, p. 85.

¹¹⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106, jan./dez. 2010. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 1227-1231.

¹¹⁶ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 237-238.

¹¹⁷ Por todos, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade, e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, v. 854, dez. 2006, São Paulo: Editora RT, p. 18-19.

¹¹⁸ Que embasaria um “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 114).

¹¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 24.

¹²⁰ Traduzida num princípio da precaução, cf. LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo; Quartier Latin, 2010, p. 101.

¹²¹ *Ibid.*, p. 79.

¹²² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 05, p. 29.

por Veículos Automotores de Via Terrestre (DPVAT) em larga escala¹²³, notadamente porque sistema seguradores, sejam eles privados ou sociais, revelam-se mais eficientes na exclusiva reparação do dano.

Desta maneira, soma-se à função de reparação na responsabilidade civil medidas baseadas socialização dos riscos, além do implemento de uma função genuinamente preventiva, que procura evitar o acontecimento do dano, prevenindo-se contra riscos constatados, como de atividades reconhecidamente de perigo agravado, e precavendo-se contra riscos potenciais típicos das novas vulnerações à higidez corporal e moral das pessoas¹²⁴.

Contudo, estudos já demonstram que experiências de pura securitização não são vocacionadas à prevenção geral de danos¹²⁵, bem como não é factível se obter uma prevenção específica de acidentes em todos os eventos. Volta-se assim mais uma vez a atenção ao sistema jurídico da responsabilidade civil e estímulos para adoção de comportamentos por parte dos agentes potenciais ofensores, isto é, a funcionalização em torno da ideia de dissuasão, que se consubstancia na terceira função somada ao tradicional fito da reparação: a função dissuasória, em muitos casos designada como preventiva em um sentido lato¹²⁶.

Tal função se realiza através de estímulos à estrutura de incentivos dos agentes que exercem atividades geradoras de risco, de maneira a adotar medidas socialmente desejáveis de prevenção e precaução¹²⁷. A doutrina jurídica busca imprimir tal função através da tutela indenizatória dos danos morais, pela virtude de não se amoldar a um método de quantificação indenizatória baseada na indiferença, nem possuir limitações de mercado¹²⁸.

¹²³ UEDA, Andrea S. R. **Responsabilidade civil nas atividades de risco**: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 23-29.

¹²⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo; Quartier Latin, 2010, p. 72-76, p. 101-102.

¹²⁵ MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, n. 2, 2006, p. 20. Este autor aqui denota que a ampla e exclusiva socialização dos riscos não diminui a ocorrência dos acidentes, razão pela qual os seguros devem estar fixados em patamar-limite, sem suprimir a responsabilidade civil.

¹²⁶ LOPEZ, Teresa Ancona, op. cit., p. 17.

¹²⁷ Ibid., p. 145 et seq.

¹²⁸ RESEDÁ, Salomão. A função sancionatória da responsabilidade civil: uma nova realidade frente aos danos morais. **Revistas UNIFACS**, s. d., p. 13-14. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4833/3173>>. Último acesso em 05 fev. 2018.

Esta funcionalização da responsabilidade civil encontra particular repercussão na seara dos eventos sujeitos a uma regra de responsabilidade objetiva, vocacionada à uma lógica distributiva direcionado a certos grupos sociais¹²⁹. Qualquer das três funções contemporâneas aqui observadas exigem uma análise das repercussões normativas de maneira a poderem se adequar aos fins que se propõem¹³⁰. Trata-se do objetivo deste trabalho tentar contribuir minimamente para o debate, apontando uma possível solução que adeque a função dissuasória do dano moral aos seus fins, de maneira compatível com a estrutura da responsabilidade objetiva¹³¹.

2.2 FUNÇÃO DISSUASÓRIA DO DANO MORAL: UMA CONSTRUÇÃO HETEROGÊNEA

A evolução dos institutos da responsabilidade civil denota uma guinada à distribuição das perdas e gerenciamento dos riscos, remanescendo, todavia, a problemática da coerência entre as múltiplas tentativas de se asserir o novo paradigma que eclode, principalmente, como sobredito, em relação ao fito de dissuasão (*deterrence*) que se pretende imprimir nas tutelas indenizatórias do dano moral¹³².

De difícil definição, o conceito de dano moral¹³³ está longe de ser unívoco na literatura. Fundado na tutela geral da dignidade humana, o dano moral pode ser definido, seguindo a lição clássica de diminuição de um bem da vida¹³⁴, como “*el daño directo que alguien sufra em un bien de la vida [...] que no puede ser valorado em bienes patrimoniales*”¹³⁵.

¹²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 140.

¹³⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49-50.

¹³¹ Para os fins deste trabalho circunscrevemos a função dissuasória do dano moral na responsabilidade objetiva, compreendendo situações de risco, perigo e nocividade como sinônimas, embora haja amplo debate doutrinário acerca de sua diferenciação semântica e a suposta *mens legis* das cláusulas de responsabilização objetiva pelo risco. Neste sentido, cf. UEDA, Andrea S. R. **Responsabilidade civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 97-98.

¹³² LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 17.

¹³³ Para o escopo deste trabalho, entende-se o termo dano moral como intercambiável com o dano extrapatrimonial, muito embora seja extensa a literatura que afirma serem os danos extrapatrimoniais um gênero, do qual o dano moral e outros tipos casuísticos de dano extrapatrimonial são espécies.

¹³⁴ BAHIA, Saulo Casali. Dano ecológico. **Revista dos Mestrados Em Direito Econômico da UFBA**, v. 01, jan./jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, p. 78.

¹³⁵ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Trad. espanhola Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial RDP, 1958, p. 193-194.

Segue-se aqui a linha de que o dano moral se caracteriza pela violação de interesses albergados pela cláusula geral de dignidade humana¹³⁶, numa compreensão focado no bem jurídico lesionado¹³⁷, e não restrito à intensidade do prejuízo decorrente da lesão¹³⁸. Tal conceito também é compreensível a partir de uma perspectiva exógena à dogmática jurídica tradicional¹³⁹.

Sua trajetória é a história do reconhecimento paulatino, e desgovernado, de uma maior proteção à dignidade humana¹⁴⁰, feita às margens de alterações estruturais necessárias¹⁴¹, e que avança à sombra da resistência de sua estipulação pecuniária¹⁴², em virtude de considerações pouco pragmáticas¹⁴³.

Sua expansão de tal modo veloz e substancial, qualitativa e quantitativamente, é o foco de diversas controvérsias, marcadas pela total ausência de um consenso acerca de critérios seguros para sua identificação e quantificação, de maneira a se concordar, “no mais das vezes, apenas sobre dois aspectos, quais sejam, a intrínseca extrapatrimonialidade do dano moral e a importância de se garantir uma compensação ao lesado”¹⁴⁴.

Diante da ausência de definições seguras sobre como tutelar o dano moral (incluindo-se aqui, para além da indefinição legal, o recurso a teorias inadequadas à perspectiva funcionalizada que se impõe)¹⁴⁵ e a confrontação crescente com a realidade

¹³⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 127.

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 102.

¹³⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil v. II**. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 729 et seq.

¹³⁹ ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 127.

¹⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 76.

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 231-232.

¹⁴² Inobstante a intenção de abranger todo e qualquer tipo de dano, incluindo o dano moral, por parte do legislador do *Code Napoleon*, a resistência ao reconhecimento da tutela do dano moral fincou bases fortes na ausência de nitidez de seu reconhecimento na era das grandes codificações. Neste sentido, cf. CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 124 et seq.

¹⁴³ “Se se nega a estimabilidade patrimonial do dano não patrimonial, portanto, deixar-se-ia irresarcível o que precisaria ser indenizado” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – tomo LII**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 319).

¹⁴⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 269.

¹⁴⁵ “An important part of that context is legal uncertainty, which creates the open area in which the orthodox (the legalist) methods of analysis yield unsatisfactory and sometimes no conclusions, thereby allowing or even dictating that emotion, personality, policy intuitions, ideology, politics, background, and experience will determine a judge’s decision” (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 11).

concreta, a jurisprudência contemporânea tomou para si o reconhecimento de um papel de intervenção econômica ativa, de maneira a evitar a repetição dos eventos danosos¹⁴⁶ cada vez mais corriqueiros.

Seguindo uma lógica de primazia da função dos institutos jurídicos¹⁴⁷, a práxis jurídica, capitaneada pela jurisprudência, converge para a construção heterogênea, sem embasamentos normativos ou fidelidade conceitual específica às fontes doutrinárias¹⁴⁸, de uma função dissuasória do dano moral que veicula uma narrativa de prevenção de danos indisfarçavelmente econômica¹⁴⁹, mas que vacila no equilíbrio e objetividade necessárias para se obter a repercussão econômica desejada¹⁵⁰.

De acordo com Louis Kaplow e Steven Shavell, é comum que uma regra jurídica seja considerada justa, mas resulte em consequências indesejadas ao bem-estar social e à mesma noção de justiça utilizada para qualificá-la como tal, sobretudo diante de tais indefinições¹⁵¹. A construção heterogênea conduz à atribuição de diversas funções amalgamadas sob a rubrica de dissuasão, sem que se possa discernir com nitidez a efetiva produção de estímulos adequados para que os agentes se comportem conforme prescrevem as normas concretas da tutela dos danos morais.

Dado que os danos morais são afetos a prejuízos *a priori*, irreparáveis, eis que atinentes ao conjunto de interesses intangíveis da personalidade, não se afigura possível na grande maioria das vezes obter o retorno ao *statu quo ante* mediante tutelas específicas

¹⁴⁶ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 345.

¹⁴⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. **Academia.edu**. 2012, p. 09. Disponível em <https://www.academia.edu/22848523/Do_juiz_boca-da-lei_%C3%A0_lei_segundo_a_boca-do-juiz_notas_sobre_a_aplica%C3%A7%C3%A3o-interpreta%C3%A7%C3%A3o_do_direito_no_in%C3%ADcio_do_s%C3%A9c._XXI>. Acesso em 05 mar. 2018.

¹⁴⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

¹⁴⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 53.

¹⁵⁰ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Law and economics in the civil law world: the case of brazilian courts. **Working Papers FGV**, p. 21. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/working-papers>. Acesso em 12 abr. 2018.

¹⁵¹ “A common repercussion is that a rule can be deemed more fair even though it results in more unfair outcomes or a greater incidence of the behavior whose wrongfulness underlies the motivation for the theory” (KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness versus welfare: notes on the Pareto Principle, preferences, and distributive justice. **Journal of legal studies**, v. 32, jan. 2003. Chicago: The University of Chicago, p. 339).

ou, sobretudo, com tutelas indenizatórias¹⁵², que, como a própria etimologia do termo sugere (*in dene*), diz respeito à devolução do patrimônio a um estado anterior¹⁵³.

Precisamente pela transposição desta dificuldade que a responsabilidade civil deu lugar a uma nova função compensatória singular aos danos morais¹⁵⁴, que busca a aproximação de um valor representativo dos interesses do lesado, de maneira a fornecer uma compensação pelas perdas, uma remissão à ideia do *id quod interest* presente na jurisprudência romana¹⁵⁵.

A noção de pagamento de tal valor representativo de prejuízos intangíveis sempre gerou desconfortos nos juristas, imersos numa perspectiva de sinonímia entre imaterial e moral, como definição do próprio termo “dano moral”¹⁵⁶, de maneira que o pensamento jurídico considerou, *ab initio*, a ideia de reparação no dano moral como insuficiente, carente de uma justificativa adicional, inclusive para sustentar a defesa do instituto perante os seus detratores¹⁵⁷.

É dentro deste contexto, aliado ao fato de que o dano moral não poderia se beneficiar da ideia de restituição integral pelas técnicas de arbitramento pela diferença ou equivalência a valores de mercado¹⁵⁸, que se percebe que o dano moral se estabeleceu como *locus* de implementação da racionalidade do desestímulo inculcada em resposta ao incremento exponencial dos eventos danosos – racionalidade esta que deveria corresponder a uma justificativa “moral” do dano moral.

Assim, convergiu o discurso jurídico de que para além de uma função compensatória, a indenização por danos morais albergaria funções voltadas à prevenção

¹⁵² BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 126.

¹⁵³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.

¹⁵⁴ RESEDÁ, Salomão. A função sancionatória da responsabilidade civil: uma nova realidade frente aos danos morais. **Revistas UNIFACS**, s. d., p. 18. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4833/3173>>. Último acesso em 05 fev. 2018.

¹⁵⁵ DE CUPIS, Adriano. Il danno, *apud* BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 38.

¹⁵⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O imoral no dano moral. **Informativo Incijur**, n. 46, mai. 2003, Joinville: Instituto de Ciências Jurídicas, p. 09-10.

¹⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, 2002, p. 11.

¹⁵⁸ Pelo menos não de modo confesso, sendo comum as decisões judiciais velarem processos de cálculos implícitos com referências patrimoniais (ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 128-129), ou recorrerem a cacotes multiplicativos aleatórios, do tipo, redução de metade ou majoração pelo dobro (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 11 e 238).

geral de acidentes, sendo tal escopo inibitório compreendido pelas noções aparentemente intercambiáveis de “indenização pedagógica”, “preventiva”, ou ainda, “punitiva”¹⁵⁹.

2.2.1 A racionalidade do desestímulo e a natureza da indenização

Para a realização deste novo mister, para além da compensação, na tutela dos danos morais, doutrina e jurisprudência se socorreram ao aporte de experiências jurídicas estrangeiras carregadas de outras conotações para a ideia de prevenção genérica de acidentes, notadamente da teoria dos *exemplary* ou *punitive damages*, que pugna por uma soma adicional sancionatória, além da compensação pelos prejuízos, isto é, “*an additional sum, over and above the compensation of the plaintiff for the harm that he has suffered, which are awarded to him for the purpose of punishing the defendant, of admonishing him not to do it again*”¹⁶⁰.

Ocupa-se de expediente reservado, na experiência judiciária estadunidense, para estabelecer uma censura social diante de comprovadas circunstâncias subjetivas que evidenciem o dolo na prática de conduta censurável pelo tribunal do júri, de maneira que a “mera negligência, na ausência das circunstâncias agravantes, não é suficiente para a condenação de *punitive damages*”¹⁶¹, que são, ainda, distinguidos especificamente da quantia que traduz a compensação (*compensatory damages*).

Trata-se de uma medida que, embora constitua desincentivo para prática de certos comportamentos, e portanto ligada à ideia de dissuasão (*deterrence*), tem um propósito

¹⁵⁹ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 57 et seq.

¹⁶⁰ PROSSER, W. et al. Torts, cases and materials, *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 06.

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ**, n. 28, jan./mar. 2005, Brasília: Conselho da Justiça Federal, p. 19. A referência é ao entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da teoria:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES”) E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

(AI 455846, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 11/10/2004, publicado em DJ 21/10/2004 PP-00018 RDDP n. 22, 2005, p. 160-163)

precipuaemente retributivo, de penalização, conforme assinalam Sunstein, Kahneman e Schkade: “*empirical evidence, including that provided here, suggests that juries are not attempting to promote optimal deterrence but instead to punish wrongdoing with, at most, a signal designed to ensure that certain misconduct ‘will not happen again’*”¹⁶².

No Brasil, contudo, a narrativa de uma função inibitória a partir da ideia de sanção civil se imiscuiu no pensamento doutrinária e jurisprudencial, de maneira a se afirmar retoricamente, “sem maiores justificativas atinentes ao caso concreto, a existência de um caráter punitivo [...] como meio de aumentar o valor das indenizações pagas sob aquele título”¹⁶³. Assim explica Anderson Schreiber como o instituto foi recepcionado de maneira anômala:

A orientação jurisprudencial, a rigor, contraria expressamente o Código Civil de 2002, que, em seu art. 944, declara: ‘a indenização mede-se pela extensão do dano’. Pior: ao combinar critérios punitivos e critérios compensatórios, chegando-se a um resultado único, a prática brasileira distancia-se do modelo norte-americano, que distingue claramente *compensatory damages* e *punitive damages*. Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto. (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 210-211)

É que, na ausência de uma compreensão mais abrangente sobre a noção de dissuasão (*deterrence*)¹⁶⁴, como a fornecidas pela ciência econômica, confunde-se a ideia de inibição de condutas dolosas reprováveis pela repressão, e a ideia de dissuasão genérica de acidentes através de adequada mudança na estrutura de incentivos das atividades potencialmente lesivas.

¹⁶² SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, n. 50, 1997, Chicago: University of Chicago Law School, p. 18. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=law_and_economics>. Acesso em 27 de maio de 2018.

¹⁶³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 28.

¹⁶⁴ Que é claramente o intuito das teorias da racionalidade do desestímulo, ainda que demonstrem pouco domínio do vocabulário, cf. BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 234.

Desta mixórdia, insurge a chamada teoria do valor do desestímulo, defendida por parcela da doutrina¹⁶⁵, que logra a um só tempo punir o agente ofensor e compensar a vítima, sem causar ruína àquele e enriquecer este, traduzindo assim uma função dúplice de compensação e punição, subentendendo-se na ideia de sanção a prevenção de acidentes. Tenta-se assim cumprir funções antagônicas¹⁶⁶ pela falta de um esteio racional que oriente a ideia de dissuasão eficiente, oferecendo estímulos adequados aos agentes, pecando ainda pela falta de transparência dos incentivos que deseja comunicar¹⁶⁷.

Destarte, se observa uma dualidade entre discurso e prática no Brasil. Anuncia-se a ideia de punição através da tutela indenizatória do dano moral como imposição da “força do Direito” para “impedir novas investidas lesivas”¹⁶⁸ em todas as situações que ensejam tais danos, sob o argumento generalizante de que os ofensores são indiferentes à tutela indenizatória. Porém com grande frequência, sobretudo sob uma regra de responsabilidade objetiva, a parcela dita punitiva “não guarda qualquer relação com algum grau de culpa em concreto”¹⁶⁹, o que se potencializa diante da teoria do dano que fala por si só (*in re ipsa loquitur*)¹⁷⁰. Isto sem falar nas queixas recorrentes de que os

¹⁶⁵ Por todos, cf. BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 233.

¹⁶⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 33.

¹⁶⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. Prefácio. In: MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. viii.

¹⁶⁸ BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., p. 27-28.

¹⁶⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Dano moral: conceito, função, valoração. **Revista Forense**, v. 107, jan./jun. 2011, p. 367. Disponível em <<https://www.researchgate.net/publication/277328810>>. Acesso em 18 de maio de 2018. A autora possui trabalho em que aprofunda as inconsistências da tentativa de transplantar os *punitive damages* para o Brasil, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 18, 2004, p. 45 et seq.

¹⁷⁰ Neste sentido, é significativa a decisão do Superior Tribunal de Justiça em exemplo:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROVA. APRECIÇÃO E VALORAÇÃO. LIMITES. DANO MORAL. PRESUNÇÃO. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. VALOR. REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC; e 884 E 944 DO CC02. [...]

6. Admite-se a configuração do dano moral *in re ipsa* em relação às pessoas jurídicas. Precedentes.
7. A indenização por danos morais somente comporta revisão em sede de recurso especial quando o valor arbitrado se mostrar exagerado ou irrisório.
8. Na hipótese em que se divulga ao mercado informação desabonadora a respeito de empresa-concorrente, gerando-se desconfiança geral da cadeia de fornecimento e dos consumidores, agrava-se a culpa do causador do dano, que resta beneficiado pela lesão que ele próprio provocou. Isso justifica o aumento da indenização fixada, de modo a incrementar o seu caráter pedagógico, prevenindo-se a repetição da conduta.

(STJ – Resp: 1353896 SP 2012/0127520-4. Rel. Min. Nancy Andrighi. Data de julgamento: 20/05/2014, Terceira Turma)

danos morais continuam sendo alçados em valores “obsoletos”¹⁷¹, desvelando-se que o foco principal da busca por uma dissuasão eficaz usa apenas como frontispício o vocabulário punitivo¹⁷².

O foco na retórica punitiva, todavia, não apenas contribui para acentuar a confusão no campo da responsabilidade civil, como suscita tentativas de se efetivar, de fato, o vergastamento de penas civis¹⁷³ que perdem de vista o fato de que para que haja um dano basta a simples infringência do abrangente princípio do *neminem laedere*¹⁷⁴, e, com isso, arriscar o descolamento total da estrutura do Direito Privado, que, mesmo que funcionalizada socialmente e albergando também atores típicos do Direito Público, ainda preserva o alcance e coerência entre sua forma e seus fins¹⁷⁵.

A par da sua origem comum no direito romano, até os defensores do caráter punitivo da indenização por dano moral reconhecem que a pena constitui mecanismo próprio de repressão, e não de reparação¹⁷⁶, requerendo ainda maiores contorcionismos para se explicar a utilização de tal expediente na seara civil¹⁷⁷, ao largo de todas as garantias que se preveem em matérias penalistas. Isso tudo sem falar no problema do inaceitável *bis in idem*, já que grande parte das situações em que se vislumbra a necessidade de retribuição peculiar, na forma de um viés punitivo, consubstanciam-se também como situações punidas por sanções penais e administrativas.

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ**, n. 28, jan./mar. 2005, Brasília: Conselho da Justiça Federal, p. 17 et seq. As autoras são favoráveis a um mecanismo de compensação de estímulos dissuasórios insuficientes (*underdeterrence*), mas assinalam que embora se costume dar a alcunha de “punitivo” a tal mecanismo, ele nada tem de sanção civil.

¹⁷² “Judicial behavior cannot be understood in the vocabulary that judges themselves use, sometimes mischievously” (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 11).

¹⁷³ O que, de alguma forma, ressuscitou também o debate sobre o cabimento de uma “pena privada” no âmbito da responsabilidade civil, tal como proposto outrora na Europa continental por Louis Huguene y Boris Starck. Inúmeros projetos de lei surgiram e foram arquivados nos últimos anos com o único propósito de se positivar a ideia de punição na tutela indenizatória, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219-220.

¹⁷⁴ SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. rev. e ampl., 3. tiragem, edição histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 573-574.

¹⁷⁵ GIERKE, Otto von. **La función social del derecho privado y otros estudios**. Trad. espanhola Sara Guindo Morales. Granada: Comares, 2015, p. 15, p. 58. Em sentido complementar, cf. DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 125.

¹⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 118-122.

¹⁷⁷ *De lege lata*, não há qualquer dispositivo no Código Civil que preveja a punição por um dano cometido, havendo indicações fortemente contrárias a este juízo, como no parágrafo único do art. 944, quando alude à possibilidade de redução equitativa do valor da indenização e no art. 403, em tema de responsabilidade contratual, que limita as perdas e danos aos efeitos decorrentes da lesão, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Dano moral: conceito, função, valoração. **Revista Forense**, v. 107, jan./jun. 2011, p. 370-371. Disponível em <<https://www.researchgate.net/publication/277328810>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

Como visto, a insistência na perspectiva punitiva como lastro de uma função de prevenção genérica de acidentes dá azo a muito mais problemas do que soluções¹⁷⁸, além de ir de encontro à “tendência, a qual também é própria das sociedades tecnicamente avançadas, que vai da repressão à prevenção”¹⁷⁹. Há de se racionalizar a tendência de conjugar novas funções além da compensatória na tutela indenizatória dos danos morais.

Nesta senda, pode-se asserir que a indenização por danos morais tem sim uma dúplici função, mas não pode ser sistematizada tal como se vem fazendo até então, encarando como sinônimos função punitiva e função preventiva¹⁸⁰, de maneira a sempre se fazer referências a um binômio “compensatório-punitivo” ou “compensatório-preventivo”, isto quando não se lança mão de expedientes de suavização de linguagem como “natureza pedagógica”¹⁸¹.

A ideia de função punitiva é incabível, por todas as restrições já discutidas. Outrossim, a ideia de função preventiva também é conceitualmente imprópria, pois algo como uma “indenização preventiva” seria paradoxal. Não se trata de prevenção específica, porque a tutela indenizatória é uma resposta a um evento danoso que já ocorreu, mas de um efeito dissuasório agregado ao dever de reparação, o que é marcadamente distinto daquilo já grassado alhures acerca da genuína função preventiva na responsabilidade civil, fulcrada em medidas que concretamente evitem o acontecimento danoso¹⁸².

A racionalidade do desestímulo é a de agregar à imputação do dever de indenizar uma função de estimular adequadamente os agentes potenciais ofensores a comportamentos que evitem, de maneira genérica, a proliferação de danos, não implica necessariamente em punição, nem significa a ideia de prevenção específica de acidentes. Traduz, ao revés, uma racionalidade econômica de veicular estímulos adequados, através

¹⁷⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Dano moral: conceito, função, valoração. **Revista Forense**, v. 107, jan./jun. 2011, p. 369. Disponível em <<https://www.researchgate.net/publication/277328810>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 90-91.

¹⁸⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina, op. cit., p. 06-07.

¹⁸¹ Neste sentido, interessante é a perspectiva sociológica de Agnes Heller: “Sanções preventivas são, por definição, não-punitivas, independente de seu objetivo ser prevenir crime ou salvaguardar contra algum outro dano. Elas repousam no princípio da utilidade, e não têm absolutamente nada a ver com justiça, mesmo quando aplicadas justamente.” (HELLER, Agnes. Além da justiça, *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24).

¹⁸² LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106, jan./dez. 2010. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 1225-1227.

de uma adjudicação, para que os agentes se comportem de maneira ótima¹⁸³, de acordo com os vetores normativos incidentes. Por isto a noção de dissuasão (*deterrence*), que, deve ser compreendida dentro do escopo e alcance da estrutura da responsabilidade civil.

Nesta senda, o plexo de proposições acerca das contemporâneas funções do dano moral deve ser entendido pelo binômio “compensatório-dissuasório”, evidenciando tanto a natureza compensatória quanto dissuasória do dano moral, devendo os instrumentos da efetivação da tutela indenizatória dos danos morais serem vocacionados à concretização destes fins, o que suscita a problemática da falta de critérios objetivamente aferíveis para o arbitramento de seu *quantum debeatur*.

2.2.2 A questão do arbitramento

É indubitável que a responsabilidade civil é hodiernamente construída pela atuação jurisprudencial¹⁸⁴, o que em certo nível desvela também um pensamento inédito ao ordenamento brasileiro, de filiação romano-germânica, de que “é a jurisprudência quem diz o que é o Direito”¹⁸⁵.

Independentemente de como se compreenda tal fenômeno, trata-se de uma realidade que o espaço de discricionariedade judicial tem sido cada vez mais dilatado¹⁸⁶, o que é particularmente evidente na seara da responsabilidade por danos morais, infensos à quantificação pelo critério da diferença patrimonial – eis que tal avaliação, além de desconsiderar a subjetividade da vítima, só seria possível em tese em casos que não prescindam de uma repercussão também patrimonial – e pelo critério de equivalência a valores de mercado – em decorrência da infungibilidade de dos interesses jurídicos me jogo¹⁸⁷.

¹⁸³ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

¹⁸⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 210.

¹⁸⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. **Academia.edu**. 2012, p. 02. Disponível em <https://www.academia.edu/22848523/Do_juiz_boca-da-lei_%C3%A0_lei_segundo_a_boca-do-juiz_notas_sobre_a_aplicacao%3%A7%C3%A3o-interpretacao%3%A7%C3%A3o_do_direito_no_inicio_do_s%C3%ADcio_do_s%C3%A9c._XXI>. Acesso em 05 mar. 2018.

¹⁸⁶ POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 01.

¹⁸⁷ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Trad. espanhola Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial RDP, 1958, p. 193.

Isto torna a quantificação por arbitramento uma via inescapável para quantificação de tais danos, sobretudo diante da ausência de tarifação cogente (que também evoca a mesma problemática de alheamento à particularidade dos casos). A questão do arbitramento, contudo, é tormentosa na experiência jurídica brasileira¹⁸⁸; com efeito, há uma miríade de critérios pretensamente objetivos¹⁸⁹ que ensejam uma aplicação incoerente, que varia para cada órgão julgador, havendo absoluto arbítrio no arbitramento. Neste sentido é a constatação de Maria Celina Bodin de Moraes:

A reparação do dano moral, expressamente garantida no texto constitucional, revelou-se como um dos mais importantes mecanismos de concreta proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico. No entanto, este é também o campo em que a arbitrariedade judicial se mostra mais desenvolvida. O magistrado, na prática, recebe um cheque em branco, para decidir o que bem entender: ele personifica o dano bem como sua valoração e não se exige – nem se espera – que motive, do ponto de vista da racionalidade ou da quantificação, a sua decisão. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Dano moral: conceito, função, valoração. **Revista Forense**, v. 107, jan./jun. 2011, p. 362. Disponível em <<https://www.researchgate.net/publication/277328810>>. Acesso em 18 de maio de 2018.)

Isto se dá pela utilização recorrente da equidade em sua função quantificadora supletiva¹⁹⁰ como elemento fundacional das técnicas do arbitramento, sendo a solução do arbitramento equitativo utilizada indiscriminadamente como solução padrão para a resolução de todos os casos que envolvem danos morais, à guisa de aplicação analógica do parágrafo único do artigo 953¹⁹¹ e do artigo 954¹⁹² do Código Civil, que estabelecem

¹⁸⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49.

¹⁸⁹ “Judges have convinced many people – including themselves – that they use esoteric materials and techniques to build selflessly an edifice of doctrines unmarred by willfulness, politics, or ignorance” (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 03).

¹⁹⁰ “Sendo a lei omissa, e devendo o juiz fixar valor retributivo, o recurso é o princípio da equidade, quando então lhe será reconhecida a função supletiva” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil brasileiro. **Revista do Conselho de Justiça Federal**, n. 25, abr-jun, 2004, p. 22. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/615/795>>. Acesso em 03 de dezembro de 2017).

¹⁹¹ **Art. 953.** A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

¹⁹² **Art. 954.** A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

o arbitramento equitativo nas hipóteses específicas de danos morais em case de injúria, difamação ou calúnia, e no *numerus clausus* de ofensa à liberdade pessoal¹⁹³.

Todavia, recorrer à solução equitativa deveria ser reservada às hipóteses determinadas em lei¹⁹⁴ ou casos singulares que desafiam a identificação uma dimensão econômica mensurável do dano moral, tarefa que tem sido cada vez mais relegada pelos aplicadores do Direito em favor da (in)conveniência do trunfo da adjudicação equitativa. Recorde-se, neste passo, que a equidade é pela sua própria natureza uma solução excepcional, somente aplicável diante vetores normativos permissivos precisos¹⁹⁵, e seu uso indiscriminado evoca mais embaraços do que soluções¹⁹⁶.

Disto decorre que a aplicação da função dissuasória pela jurisprudência pátria se define pela utilização de critérios inescrutáveis, pois não apenas se afigura possível reconstruir o percurso que levou à definição do *quantum debeatur*, como também muitos

¹⁹³ Neste sentido, confira-se julgado ilustrativo do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.

1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo esposo da vítima falecida em acidente de trânsito, que foi arbitrado pelo tribunal de origem em dez mil reais.
2. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ.
3. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento.
4. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.
5. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.
6. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002.
7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.
8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(STJ – Resp: 959780 ES 2007/0055491-9. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data de julgamento: 26/04/2011, Terceira Turma)

¹⁹⁴ Assim prescreve o Novo Código de Processo Civil em seu artigo 140:

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.
Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

¹⁹⁵ ALPA, Guido. *Tratato de diritto civile: storia, fonti, interpretazione, apud* AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil brasileiro. **Revista do Conselho de Justiça Federal**, n. 25, abr-jun, 2004, p. 17. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/615/795>>. Acesso em 03 de dezembro de 2017.

¹⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil, *apud* AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil brasileiro. **Revista do Conselho de Justiça Federal**, n. 25, abr-jun, 2004, p. 22. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/615/795>>. Acesso em 03 de dezembro de 2017.

dos critérios escolhidos se encerram num nível pré-lógico e pré-argumentativo, completamente opacos fora do âmbito da íntima subjetividade do julgador¹⁹⁷.

A jurisprudência costuma, neste passo, eleger a combinação dos critérios de grau de culpa do ofensor, gravidade do sofrimento, condição econômica da vítima e porte econômico do agente ofensor¹⁹⁸, numa lógica subjacente voltada à compatibilizar a dissuasão, o castigo e a compensação¹⁹⁹, sem que tais critérios necessariamente se traduzam na veiculação de incentivos adequados à realização de seus fins²⁰⁰, a despeito de serem peremptoriamente descritos nos votos como representativos da proporcionalidade e razoabilidade²⁰¹.

Os critérios consagrados na fórmula jurisprudencial são problemáticos por não se adequarem ao discurso funcionalizado da tutela, bem como exasperarem a estrutura dos institutos manejados²⁰². O critério da gravidade do sofrimento da vítima se traduz numa redução do dano moral às consequências da lesão, fazendo remissão à ideia de *pretium doloris* e a teoria sentimentalista dos danos morais, e, portanto, da impossível

¹⁹⁷ ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 128-129.

¹⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ**, n. 28, jan./mar. 2005, Brasília: Conselho da Justiça Federal, p. 23.

¹⁹⁹ Colha-se deste julgado exemplificativo do Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ATO ILÍCITO. DANO MORAL. OFENSA A MAGISTRADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

[...]

2. Quanto ao valor arbitrado a título de danos morais, a Corte de origem concluiu pela condenação do recorrido ao pagamento de r\$50.000,00 (cinquenta mil reais) levando em consideração tanto a condição pessoal do ofendido quanto a condição econômica do ofensor. No caso, a fixação do valor indenizatório operou-se com moderação, na medida em que não concorreu para a geração de enriquecimento indevido do recorrente/ofendido e, da mesma forma, manteve a proporcionalidade da gravidade da ofensa ao grau de culpa e ao porte sócio-econômico do causador do dano.

3. Não perdendo de vista que a vítima é magistrado, ofendido gravemente em sua honra pessoal, o quantum fixado pelo Tribunal de origem não foge dos parâmetros seguidos por esta Corte Superior e de múltiplos precedentes alinhados com sua atuação moderadora, alicerçada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

(STJ – AgRg no REsp 910.283/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Data de julgamento: 27/09/2011)

²⁰⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 104.

²⁰¹ Sobre esta tendência, cf. POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 69-70.

²⁰² MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 80-81.

equivalência com pecúnia²⁰³, além de causar perplexidade com a ideia do dano moral *in re ipsa*²⁰⁴, evocando discussões que “privilegiam o absoluto subjetivismo”²⁰⁵.

O critério da culpa é particularmente tormentoso em sede de responsabilidade objetiva e numa análise perfunctória da ocorrência dos danos morais *in re ipsa*, pois não raro confunde imputabilidade com culpabilidade²⁰⁶, sendo particularmente vocacionado a repercussões indesejadas nas atividades potenciais geradoras de dano em questão.

O critério do porte econômico do ofensor, o genuíno critério “punitivo”, é sempre utilizado de forma conjugada à condição econômica da vítima, algo que só pode ser compreendido como uma contradição em termos²⁰⁷, na ausência de uma atribuição objetiva de uma dimensão econômica do dano moral, que permita se comparar o quanto tal valor seria representativo para a vítima e viabilizando a contestação, por parte do agente ofensor, de que tal quantia supera suas possibilidades²⁰⁸.

O alto grau de subjetividade das decisões se evidencia pelo uso constante de flexões verbais de primeira pessoa do singular²⁰⁹, demonstrando que há uma

²⁰³ ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 128.

²⁰⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 211.

²⁰⁵ A tutela dos danos morais acaba por se apresentar como uma confusão, em que existem dores e dores, sua extensão a ser avaliada sob as lentes da opinião pessoal do julgador, cf. MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77-78.

²⁰⁶ “A imputabilidade se determina com abstração de qualquer idéia de culpa” (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil - vol. II**. 9. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 589).

²⁰⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 298.

²⁰⁸ MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 107.

²⁰⁹ Note-se do julgado ilustrativo em questão do Superior Tribunal de Justiça:

INDENIZAÇÃO. "DANOS ESTÉTICOS" OU "DANOS FÍSICOS". INDENIZABILIDADE EM SEPARADO.

[...]

A meu sentir, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) são suficientes para punir a conduta reprovável da ré e indenizar os danos estéticos por ela causados. Já os danos morais devem contemplar, além do sofrimento íntimo da autora, as consequências duradouras do ato ilícito.

[...]

Ao final de longa discussão, o Tribunal mineiro fixou a indenização em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Esse valor poderia ser adequado para punir a conduta reprovável da ré, mas não é suficiente para ressarcir o sofrimento objetivo da autora. Somando ao sofrimento da recorrente as consequências duradouras e negativas do fato, o valor parece-me efetivamente baixo.

O correto é majorar a indenização por danos morais, cujo valor adequado é R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). [...] Somando as indenizações por danos morais e por danos estéticos, chega-se ao valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), adequado para indenizar completamente os prejuízos físicos e psíquicos sofridos pela autora.”

(STJ – AgRg no REsp 910.283/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Data de julgamento: 27/09/2011)

personalização do dano por parte do julgador, tornando os termos que aludem à compensação, punição e o pretense efeito dissuasório como recursos retóricos reproduzidos “de forma praticamente mecânica”²¹⁰.

Some-se a essa problemática o fato dos pedidos de indenização por dano moral serem genéricos, um problema que o Código de Processo Civil de 2015 tenta solucionar, mas que ainda não encontrou repercussão na prática forense, pelo simples fato de se saber que a jurisprudência irá arbitrar, de qualquer, sorte, o valor que reputa relevante pelos incognoscíveis critérios aqui já debatidos.

O resultado é a disparidade entre decisões que versem sobre fatos similares²¹¹, e a persistente sensação de que a tutela indenizatória dos danos morais é deliberadamente aleatória, reforçando uma perigosa impressão do senso comum de que as decisões judiciais são parciais aos sentimentos dos julgadores²¹², conseguindo ainda a um só tempo, gerar insatisfação com as quantias arbitradas, vistas como excessivas ou obsoletas a depender do caso²¹³.

Pode-se dizer, em muitos casos, que a própria noção de indenização punitiva é muito mais alardeada do que concreta²¹⁴, precisamente pela impossibilidade de se descortinar no quê consiste o desestímulo, um problema evidente quando se compreende o dano moral em tal perspectiva – sabe-se, apenas, que houve uma censura, um castigo, cujos efeitos dissuasórios não se sabem, nem se tem como ter ideia de como saber.

A mera possibilidade, contudo, de se obter indenizações potencialmente vultosas incentiva o abarrotamento do Poder Judiciário, e impacta culturalmente a sociedade, criando incentivos à sensibilidades antes nunca vistas, tudo em nome de uma possível subsunção à proteção estatal. Nas palavras do filósofo Todorov: “Ninguém quer ser vítima, isso não tem nada de agradável; em contrapartida, todos querem ter sido, aspiram ao estatuto de vítima”²¹⁵.

O raciocínio utilizado pelo órgão julgador deve poder ser acompanhado, o que é de especial relevância quando se está a decidir questões de difícil consenso e cujas

²¹⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 90-92.

²¹¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Dano moral: conceito, função, valoração. **Revista Forense**, v. 107, jan./jun. 2011, p. 375-376. Disponível em <<https://www.researchgate.net/publication/277328810>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

²¹² ATIYAH, Patrick. **The damages lottery**. Oxford. Hart Publishing, 1997, p. 36-37.

²¹³ *Ibid.*, p. 50.

²¹⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

²¹⁵ TODOROV, Tzevtan. O homem desenraizado, *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina, *op. cit.*, p. 03-04.

premissas são afeitas à contestação argumentativa. O recurso exacerbado a critérios restritos ao campo da intuição se desvela, neste sentido, como um processo cognitivo alienígena às boas práticas judiciais²¹⁶, que divorcia do propósito do Direito de solução de conflitos a ideia fundacional da segurança²¹⁷. Neste sentido é o escol de Maria Celina Bodin de Moraes:

A constatação de que vivemos em uma era de incertezas e de que o mecanismo de aplicação do Direito é guiado por uma lógica informal não permite abrir mão da segurança jurídica. A previsibilidade das decisões judiciais é também uma questão de justiça, pois decorre da necessária coerência e harmonia que devem caracterizar o sistema. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. *Academia.edu*. 2012, p. 13. Disponível em <https://www.academia.edu/22848523/Do_juiz_boca-da-lei_%C3%A0_lei_segundo_a_boca-do-juiz_notas_sobre_a_aplica%C3%A7%C3%A3o_interpreta%C3%A7%C3%A3o_do_direito_no_in%C3%ADcio_do_s%C3%A9c._XXI>. Acesso em 05 mar. 2018)

De tudo isto a necessidade premente de minuciosa fundamentação das decisões judiciais, escoradas em um suporte teórico verdadeiramente capaz de exprimir instrumentos adequados à realização da nova roupagem funcionalizada da tutela indenizatória dos danos morais.

A racionalidade do desestímulo deve poder ser “objeto de controle e verificação externos”²¹⁸, só assim é possível haver chance de conformação com argumentos utilizados²¹⁹ ao estimar o dano moral. Afirma-se neste trabalho que é através da expansão dos horizontes para conceitos exógenos à dogmática jurídica tradicional que se pode lograr atribuir alguma lógica à tarefa de quantificação dos danos morais, pelo menos de maneira compatível com suas contemporâneas funções compensatória e dissuasória²²⁰.

²¹⁶ HUTCHESON JR., J. C. The judgement intuitive: the function of the “hunch” in judicial decision, *apud* POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 01.

²¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 107.

²¹⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 274. Registre-se que esta autora acredita ser possível superar as atuais aporias do arbitramento do dano moral apenas com recurso às técnicas de ponderação, do que discordamos.

²¹⁹ ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho: sobre la justificación de las decisiones judiciales. **Revista Isonomia**, n. 1, 2004, p. 102-103.

²²⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106.

2.3 UMA PROPOSTA INTERDISCIPLINAR: DIREITO E ECONOMIA

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos vêm se estabelecendo não só como estruturas de incentivos em si mesmos, como também, e cada vez mais explicitamente, como promotores de certas condutas, assim influenciando a estrutura de incentivos dos indivíduos jurisdicionados utilizando este aspecto do direito enquanto técnica de organização social²²¹.

A virtude de posicionar o Direito de maneira adjunta ao seu objeto de regulação vem sendo testada por diferentes correntes teóricas que buscam em outras ciências sociais e saberes, de maneira multidisciplinar ou interdisciplinar, explicar o fenômeno jurídico em sua nova complexidade. Exemplos abundam de como o Direito vem absorvendo influxos de campos de outras ciências sociais e aplicadas para o seu desenvolvimento, como a Sociologia, a Ciência Política e, por que não, a Economia.

Este trabalho perquire justamente quais contribuições pode se extrair do modelo de estudo interdisciplinar proposto pela corrente denominada Direito e Economia, também chamada, no Brasil, de Análise Econômica do Direito (traduções dos originais *Law & Economics* e *Economic Analysis of Law*).

Pode parecer incomum buscar aportes de uma doutrina de origem norte-americana num ramo do Direito marcado pela exportação de teorias da Europa continental, sobretudo francesas e italianas, mas como se vê ao longo deste trabalho, nada mais adequado para operacionalizar a racionalidade do desestímulo exprimida na ideia de função dissuasória do dano moral.

De proêmio, ambos os verbetes supracitados já expõem, de um lado, a vocação desta corrente, e de outro, a já mencionada preocupação – por parte dos juristas – com a integridade do Direito. É que se a designação por Direito e Economia enaltece o caráter interdisciplinar e estabelece o foco de atuação no âmbito jurídico, a alcunha Análise Econômica do Direito pode denotar uma relação de preponderância do olhar econômico sobre o jurídico²²²; e enquanto Direito e Economia tem um significado metalinguístico nada intuitivo na língua portuguesa, entende-se de pronto por Análise Econômica do Direito a referência a um método aplicado e não a um objeto (mais especificamente, uma

²²¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 77.

²²² Que é uma posição defendida por alguns teóricos do movimento, mas a qual este trabalho não subscreve. Contra a visão imperialista da Economia sobre o Direito, cf. CALABRESI, Guido. **The future of law and economics:** essays in reform and recollection. New Haven: Yale University Press, 2016, p. 03-06.

proposta de estudos). De qualquer ângulo, fato é que as traduções de ambas as nomenclaturas se impuseram no estudo lusófono da matéria como sinônimas, e embora seja possível tecer uma diferenciação, assim a trataremos, por escolha metodológica²²³.

Ao contrário do Direito Econômico, disciplina que se ocupa do estudo da normatização de relações macroeconômicas, como o controle da inflação, da concorrência, dos ciclos de crescimento e políticas de desenvolvimento econômico, a Análise Econômica do Direito se desvela como um modelo de raciocínio²²⁴, aplicável a todos os ramos do Direito, indistintamente, tendo como fito avaliar a eficiência das normas jurídicas e sua relação com os arranjos socioeconômicos de uma comunidade, sem necessariamente pretender autonomia²²⁵ – muito embora seja possível problematizar sua posição epistemológica tal quais outros olhares interdisciplinares do fenômeno jurídico, a exemplo da Sociologia do Direito e Psicologia Jurídica.

Se o intérprete do Direito já se socorre da teoria econômica de maneira direta para substanciar o direito concorrencial e regulatório, ou, ainda, para avaliar a extensão de prejuízos cujo cálculo demanda algo mais do que a aritmética básica (como avaliação pericial de fluxo de caixa, danos materiais emergentes ou lucros cessantes, por exemplo), esta utilização ainda é pontual²²⁶. Por meio dos influxos do Direito e Economia, contudo, a compreensão do intérprete se amplia, na medida em que se conscientiza de que questões que não sejam estritamente econômicas (ou assim consideradas no senso comum) podem sim se beneficiar do emprego do raciocínio juseconômico²²⁷.

Basicamente, toda conduta que envolve escolhas é passível de análise pela proposta de estudos do Direito e Economia, uma amplitude que se justifica pelo fato de que o cabedal da ciência econômica é caracterizado por um método de investigação, e não se esgota em um objeto específico. Lionel Robbins traduz essa ideia ao afirmar que a economia é “a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins

²²³ É como tratado no marco teórico em MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012. Tratamento igual também é apresentado por Bruno Salama em SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

²²⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²²⁵ GONÇALVES, Vítor Fernandes. A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista Forense**, v. 97, n. 357, set./out. 2001. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 129.

²²⁶ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14-15.

²²⁷ O termo deriva da tradução juseconomista (*legal economist*), e é utilizado aqui para qualificar o raciocínio que desvela a lógica econômica no Direito. Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof, op. cit., p. 42.

e meios escassos que possuem usos alternativos”²²⁸. Deste modo, toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não, pode ser compreendida sob a proposta da Análise Econômica do Direito²²⁹.

A relação entre o Direito e a Economia é tão ancestral quanto aquela²³⁰, muito embora sua importância seja subestimada em virtude do fato recente de que a ciência econômica em comparação com o saber jurídico. De fato, sendo ambas classificadas enquanto Ciências Sociais Aplicadas, o diálogo entre Direito e Economia pode ser de fato profícuo²³¹.

Para compreender a dinâmica deste diálogo, é crucial entender que, fundamentalmente, o Direito e Economia pretende responder a duas questões: (i) uma questão positiva, relacionada ao impacto da aplicação do Direito no comportamento dos indivíduos no que se refere a suas decisões alocativas de recursos; e (ii) uma questão normativa, concernente às vantagens das normas jurídicas (relativas à função a elas atribuídas pelo Direito) em termos de eficiência e ganhos de prosperidade social (*social welfare*).

Pode-se dizer, noutro giro, que a análise positiva adota a perspectiva de um cientista, avaliando fenômenos sem propor alterações, enquanto a análise normativa, seja de um ponto de vista legislativo ou interpretativo, se reveste da perspectiva de um formulador de políticas públicas²³², verdadeiramente encarando o Direito como prática social.

Para quaisquer destas perspectivas de análise, o Direito e Economia utiliza-se da metodologia típica da microeconomia. A análise microeconômica faz determinadas simplificações da realidade, como a de que os indivíduos reagem a incentivos e tomam suas decisões de forma racional, comparando custos e benefícios diante de todas as

²²⁸ ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. London: Macmillan, 1932, p. 15. Disponível em: <<https://mises.org/files/essay-nature-and-significance-economic-sciencepdf-0>>.

²²⁹ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13.

²³⁰ Podemos inferir a origem do substrato que liga os dois campos a partir do momento em que o ser humano inventou a escrita e passou a criar raciocínios mais complexos do que a livre associação holística, podendo a partir de então sistematizar os produtos de realidades imaginadas (burocracia). A este respeito, cf. HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Trad. Janaína Marcoantonio. 26. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017, p. 138.

²³¹ HURST, J. Willard. Law and social process, *apud* BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 96.

²³² TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159-160.

informações disponíveis²³³. Recentes estudos atenuaram a suposição de racionalidade dos agentes e têm adotado a hipótese mais realista de racionalidade limitada, buscando compreender tanto os vieses de decisão quanto os atalhos mentais empregados para lidar com o excessivo custo de se realizar uma decisão de forma totalmente informada²³⁴.

Frequentemente, o movimento Direito e Economia é entendido de maneira equivocada, com base no senso comum de que a incidência da análise econômica se restringe tão somente ao estudo de fenômenos explicitamente econômicos, como a inflação, o desemprego, a produtividade *et cetera*. Porém, desde o século XVIII é possível conceber dentro da ciência econômica uma teoria das escolhas racionais, ou “de como os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições com que se defrontam, incentivos e restrições que nem sempre têm uma dimensão monetária”²³⁵.

A noção de que conceitos econômicos podem ser utilizados para elucidar questões de direito não é nova, remontando às teorias de Hobbes e Locke. Os primeiros registros do diálogo propriamente dito entre o Direito e a Economia, contudo, são observados a partir das ideias expostas por Adam Smith e Jeremy Bentham²³⁶, o primeiro que estudou os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas²³⁷, e o segundo que demonstrou a importância de uma perspectiva multidisciplinar ou interdisciplinar legislação e utilitarismo, demonstravam a importância de análise interdisciplinar ou na análise de fatos sociais, ao associar legislação e utilitarismo²³⁸.

Traços dessa origem podem ser vistos até hoje, na influência do pensamento de Adam Smith na análise econômica das normas que regulam mercados explícitos, e na reflexão provocada pelo Trabalho de Jeremy Bentham que direcionou a análise econômica das normas que regulam comportamentos de “não-mercado”²³⁹. É o arcabouço desta segunda abordagem analítica que interessa ao presente trabalho.

²³³ GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.), op. cit., p. 139-140.

²³⁴ Neste sentido, cf. SUNSTEIN, Cass R. Behavioral law and economics: a progress report. **American law and economics review**, v. 1, 1999. New Haven: Oxford University Press, p. 115-157.

²³⁵ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. xii.

²³⁶ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74.

²³⁷ Cf. SMITH, Adam. **Riqueza das nações** – coleção Folha livros que mudaram o mundo. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 03-05, p. 280-284, passim.

²³⁸ Cf. BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 10-13, passim.

²³⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 07-08.

2.3.1 Escorço histórico

O movimento Direito e Economia, tal como é hodiernamente entendido, liga-se a duas correntes de pensamento antecedentes. Num primeiro plano, econômico, o emprego de ferramentas de análise econômica fora do campo tradicional desta ciência teve esteio no movimento da década de 1950 denominado imperialismo econômico²⁴⁰.

Num segundo plano, jurídico, o movimento traça suas origens ao realismo jurídico norte-americano²⁴¹, doutrina jurídica que floresceu no entre guerras do século XX e cujos seguidores consideravam que “a ciência econômica e a sociologia não eram apenas disciplinas conexas, mas que, de alguma forma, faziam parte do direito”²⁴².

Foi neste contexto de reação da doutrina norte-americana ao juspositivismo em que ganhou força um clamor pela interdisciplinariedade com as demais ciências sociais e aplicadas aproximar o Direito da realidade social e superar o que se via, então, como um formalismo estéril. Daí surgiram várias escolas de pensamento jurídico interdisciplinares, não necessariamente convergentes, que pugnavam uma visão mais pragmática e, claro, realista do Direito, como a Análise Econômica do Direito e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*), entre outros²⁴³.

Convém ressaltar que nos países de tradição europeia-continental, inclusive o Brasil, uma das reações tardias ao juspositivismo foi o neoconstitucionalismo, cujos propositores sustentam que o Direito não poderia ser desprovido de conteúdo moral e para quem o fundamento da valoração seria o resultado de um comando do próprio ordenamento jurídico (norma-princípio)²⁴⁴. Como já foi observado ao longo deste trabalho, a ótica civil-constitucional da responsabilidade civil possui grande valia na seleção dos interesses merecedores de tutela, mas pouca utilidade prática na aplicação racional dos seus institutos.

²⁴⁰ “I have sometimes called this movement ‘economic imperialism’ because there are times when it looks like an attempt on the part of economics to take over all the other social sciences” (BOULDING, Kenneth E. *The economy of love and fear*, *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 08).

²⁴¹ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na Constituição de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 95.

²⁴² “The Realists talked of economics and sociology not merely as allied disciplines but as disciplines which were in some sense part and parcel of the law” (GILMORE, Grant. *The ages of american law*, *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 08).

²⁴³ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 07-08.

²⁴⁴ Loc. cit.

Os grandes pioneiros no terreno da Análise Econômica do Direito são Ronald Coase e Guido Calabresi, que publicaram seus trabalhos de maior impacto pela primeira vez no mesmo ano (1961)²⁴⁵, ambos intimamente ligados à responsabilidade civil. O primeiro, o ganhador do prêmio Nobel, analisa em seu trabalho *The problem of social cost* a relação entre responsabilidade civil e alocação de recursos, sendo curioso notar que Coase, ao avaliar a doutrina da perturbação da paz (*nuisance*) e as decisões proferidas por juízes ingleses, chegou à conclusão de que estavam em harmonia com a análise econômica do problema – mais do que isso, os aplicadores do direito nestes casos demonstraram ao seu sentir uma visão econômica mais segura que a dos próprios economistas²⁴⁶.

Seus estudos, embora não tenham tido tanto impacto quanto gostaria entre os economistas, foram recebidos com grande comoção entre os estudiosos do Direito, sobretudo porque introduziu que a consideração dos custos de transação na análise econômica determina a organização das instituições no ambiente social²⁴⁷. Ao criticar a análise econômica ortodoxa e conceber o que seria posteriormente denominado de Teorema de Coase, o economista enfatizou que, no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições jurídicas repercutem sobremaneira no comportamento dos agentes econômicos²⁴⁸.

Noutro prisma, Guido Calabresi publica seu trabalho *The cost of accidents*, sobre a teoria jurídica dos acidentes ou acontecimentos inesperados²⁴⁹, através do qual demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial. Seu legado consiste no preceito de que para uma análise jurídica adequada é imprescindível se considerar a repercussão econômica das estruturas de incentivos, e que o campo da responsabilidade civil extracontratual deve se orientar para a redução do custo dos

²⁴⁵ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 06-07.

²⁴⁶ COASE, Ronald H. O problema do custo social. Trad. Francisco Kummel Alves e Renato Vieira Caovila. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 59 et seq.

²⁴⁷ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 439.

²⁴⁸ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 01-02.

²⁴⁹ Cf. CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970.

acidentes²⁵⁰. Seus estudos são a pedra angular da corrente normativista do Direito e Economia, também chamada de Escola de Yale²⁵¹.

Tais autores deram o passo inicial para a fundação do movimento de *Law and Economics*, desenvolvido, posteriormente, com a contribuição de autores como Richard Posner, Gary Becker (sobretudo para o direito penal) e Henry Manne (principalmente para os direitos de propriedade). A obra de Posner, em particular por ser tão extensa e variada, é uma das maiores comunicadoras da Análise Econômica do Direito²⁵², sem dúvidas em razão de seu pensamento fora da caixa e disposição para debater com críticos de dentro e de fora do movimento. Na esteira de seu trabalho nasceu a chamada corrente positivista da Análise Econômica do Direito, ou Escola de Chicago.

Os juseconomistas então acreditavam estar na vanguarda de uma renovação da teoria do direito. Ao lado de periódicos como o *Journal of Law and Economics*, que se tornará o veículo para difundir as incursões dos economistas na área do direito.” surgem ao longo da década de 1970 e 1980 revistas como o *Journal of Legal Studies* e o *Journal of Law, Economics and Organization*²⁵³.

A reação ao movimento se apresenta nesta época, e diversos colóquios e debates entre autores ocorrem com o objetivo de estabelecer se a Análise Econômica do Direito se consubstancia como efetiva teoria do direito²⁵⁴. À ideia de que o utilitarismo benthamiano foi um dos precursores do movimento, surgiu a crítica de que a abordagem econômica do direito seja uma versão do utilitarismo²⁵⁵, ainda em voga, mas que não prospera, pois, o utilitarismo, enquanto uma teoria da obrigação moral, é incapaz de derivar a formulação precisa de políticas públicas²⁵⁶.

Outras grandes críticas ao movimento também partem do argumento de que enquanto o Direito se ocupa de valores, a Economia se ocupa da maximização de resultados sem desperdício de recursos, na eficiência, o que supostamente inviabilizaria

²⁵⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 10.

²⁵¹ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 77.

²⁵² Ibid.

²⁵³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, op. cit., p. 09.

²⁵⁴ Ibid., p. 12.

²⁵⁵ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 58.

²⁵⁶ “Mesmo vista como utilitarismo aplicado, a economia é um ramo da atividade intelectual distinto do utilitarismo filosófico, e que possui vocabulário técnico e teoremas próprios, bem como uma metodologia específica, elementos que um filósofo utilitarista pode desconhecer” (POSNER, Richard A, op. cit., p. 60).

uma proposta de análise econômica de normas jurídicas²⁵⁷. Merece destaque neste contexto o debate de Ronald Dworkin e Calabresi e Posner, sobretudo com este último²⁵⁸, que adotava uma posição radical quanto a relação entre eficiência e justiça.

Estas e outras críticas, apesar de subestimarem o manancial de possibilidades que o raciocínio juseconômico possui para a resolução de questões jurídicas de relevância, foram de vital importância para que a Análise Econômica do Direito pudesse se desenvolver de forma cada vez mais afinada com a interdisciplinariedade no Direito, temperando pretensões colonizadoras pela Economia.

O movimento floresceu e foi se ramificando, incorporando-se a Escola da *Public Choice* (ou da Escolha Pública, cujo foco está voltado para a Ciência Política), a que se segue a Escola denominada Escola Institucional e da Nova Economia Institucional²⁵⁹. Também surgiram outros estudiosos inspirados nos economistas da Escola Austríaca, adicionando ainda mais diversidade à Análise Econômica do Direito²⁶⁰.

Na primeira década deste milênio, percebe-se que ao invés de se dissipar, o movimento continua ganhando força, nos Estados Unidos e ao redor mundo. A corrente da *Behavioral Law and Economics* (Direito e Economia Comportamental), antes tida quase que como uma dissidente, passa a informar diversas escolas de pensamento ao propor explicações para certos comportamentos inesperados nos modelos tradicionais, dedicando-se a perquirir como impedir que “os agentes se tornem vítimas dos limites de sua própria racionalidade”²⁶¹.

O movimento continua a angariar atenções e seguidores, sendo notável o crescimento do debate em torno dos influxos da Análise Econômica do Direito no Brasil, embora com literatura nacional ainda pouco significativa de maneira geral, mesmo na efervescente disciplina da responsabilidade civil²⁶².

²⁵⁷ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 77.

²⁵⁸ Para Dworkin, maximizar a riqueza social não necessariamente aumenta a utilidade social ou torna, de um ponto de vista substantivo, a comunidade melhor. Outra ressalva que faz à ideia de Posner que a função primaz do direito seria a maximização da riqueza, é que a aplicação do direito em transações involuntárias não pode se dar apenas com este fim em mente, pois uma transação forçada é errada em princípio. Cf. DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value? **The journal of legal studies**, v. 9, n. 2, mar. 1980. Chicago: The University of Chicago Press, p. 191-226.

²⁵⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11. Também, cf. SZTAJN, Rachel, op. cit., p. 77.

²⁶⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, op. cit., p. 14.

²⁶¹ Ibid., p. 15.

²⁶² TIMM, Luciano Benetti; BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO NETO, Giacomio. O movimento de direito e economia no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 20, 2010, p. 220.

Observa-se, assim, que o movimento Direito e Economia não é homogêneo²⁶³, existindo diversas correntes que adotam postulados metodológicos diversos para a explicação do liame entre o Direito e a Economia²⁶⁴. neste trabalho, perquirimos quais os principais alicerces do pensamento juseconômico, de maneira a extrair quais contribuições podemos extrair desta proposta de estudos, de forma a explicar a racionalidade e conceber a devida aplicação da função dissuasória do dano moral na responsabilidade objetiva.

2.3.2 A abordagem no *civil law*

A Análise Econômica do Direito se tornou, nas últimas cinco décadas, a corrente de pensamento mais influente no mundo jurídico norte-americano²⁶⁵, sendo também uma das correntes doutrinárias do Direito mais debatidas em todo o mundo²⁶⁶. Seu crescimento exponencial se deve à robustez científica do ferramental econômico à disposição do Direito e Economia, bem como à facilidade de testar e avaliar suas proposições, um bálsamo num cenário jurídico onde há um apego excessivo ao estudo abstrato das normas.

Como a Análise Econômica do Direito se apresenta antes como um modelo de análise que, em vez de se falar em objeto, faz referência a um método ou, mais especificamente, uma proposta de estudos extraída da própria interdisciplinariedade que caracteriza o Direito e Economia²⁶⁷, sua capilaridade enquanto pesquisa é grande, pois seu estudo acarreta uma descoberta, ou talvez redescoberta, do inegável liame que conecta a racionalidade do Direito e os axiomas da Economia.

Desta forte ligação advém a intelecção de que tal abordagem é bastante proveitosa para ambas as disciplinas, sobretudo em matérias de ordem prática. A considerável expansão do movimento, inclusive em países da família romano-germânica do Direito,

²⁶³ Há, inclusive, uma abordagem dúplice, sua metodologia aplicada de um lado, para o Direito, de outro, para a economia, cf. BATTESINI; Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011, p. 91-92.

²⁶⁴ MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of law and economics**. Cheltenham; Edward Elgar, 2000, p. 92. Disponível em: <<https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0200-history-of-law-and-economics.pdf>>. Acesso em 01 de maio de 2018.

²⁶⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 08.

²⁶⁶ GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 140.

²⁶⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13.

como o Brasil, se deve em grande parte a um *zeitgeist* contemporâneo que tende à interdisciplinariedade, um ideário pós-moderno de reflexão abrangente dos fatos sociais e que “exige do jurista uma visão interdisciplinar em relação ao Direito, sendo que os problemas encontrados são de extrema complexidade e, por isso, precisa-se de um olhar mais apurado, de sensibilidade, para compreender o todo”²⁶⁸.

Inobstante tal fato, as diferenças entre a hermenêutica e a analítica, idealismo e empirismo, e outros contrastes entre o Direito e a Economia são mais nítidas nos países com ordenamento jurídico filiado à tradição romano-germânica-canônica, também designada como *civil law*, em que “predominam a dogmática, a discussão e a classificação das fontes do Direito, expostas de maneira sistemática para desenhar um conjunto coerente”²⁶⁹.

Em apertada síntese, pode-se dizer que a origem da filiação jurídica do ordenamento brasileiro jaz no direito romano, influenciado pelos direitos dos povos ditos bárbaros e pelos intérpretes do direito canônico²⁷⁰. Noções de moral e justiça informam os princípios gerais destes direitos, que passaram por mudanças significativas a partir do século XIX, urdidas pelo movimento das grandes codificações²⁷¹, assumindo-se como perfil normativo a noção de norma como comandos abstratos que tipificam condutas e descrevem esquemas negociais. Por outro lado, o *common law* se desenvolveu de forma completamente diferente, infensa à maioria dos aportes do direito canônico e sem o enfoque legislativo. O sistema, de insularidade justificada pelo seu desenvolvimento na ilha britânica, considera que o direito é substancialmente criado pelos juízes e que as decisões presentes devem ser tomadas com base nas decisões anteriores em caso semelhantes, e influenciaram, em cadeia, as decisões futuras²⁷².

De toda a sorte, a recepção ainda relativamente²⁷³ pouco difusa da Análise Econômica do Direito em países do *civil law* se explica muito mais por razões

²⁶⁸ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na Constituição de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 95.

²⁶⁹ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75.

²⁷⁰ Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

²⁷¹ CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 161-162.

²⁷² Ibid., p. 131 et seq.

²⁷³ Diz-se relativamente, pois o crescimento desta proposta de estudos no Brasil, por exemplo, é cada vez maior, sendo certo que de um lado diversas faculdades já oferecem a disciplina como parte do seu currículo optativo, e de outro, os pesquisadores vêm se organizando de maneira a propugnar o campo, com a

circunstanciais, tais como o desconhecimento em relação aos elementos básicos de Economia, do que a diferenças estruturais com a tradição do *common law*²⁷⁴. Isto porque as mesmas considerações de ordem econômica, ainda que sob enfoques diferentes, podem ser tomadas pelo legislador no *civil law* e o juiz no *common law*²⁷⁵, considerando-se a lição de Georges Ripert de que um código civil está permanentemente sob construção, sempre almejando adaptar-se aos desenvolvimentos das atividades econômicas²⁷⁶.

Ademais, há uma crescente convergência entre as tradições do *common law* e do direito romano-germânico, oriunda da necessidade de adaptação dos ordenamentos jurídicos à crescente complexificação dos fenômenos sociais e, portanto, do Direito que incide sobre estes²⁷⁷.

Tal tendência “possibilita uma adaptação funcional dos institutos originários de uma tradição em outra”²⁷⁸. Desta forma, observa-se que de um lado a família do *common law* vem crescentemente passando por um processo de codificação, ingressando numa *age of statutes*²⁷⁹, enquanto do outro lado, os precedentes judiciais têm ganhado força vinculante nos ordenamentos filiados ao *civil law*.

Mas a noção equivocada de que não há espaço para a Análise Econômica do Direito no *civil law* também encontrou repercussão interna, subsistindo uma tese, propugnada por Richard Posner, da superioridade da *common law* sobre a tradição romano-germânica, pelo menos no que tange a consecução de eficiência das normas jurídicas. Na sua visão, a própria família do *common law* pode ser explicada como tentativas descentralizadas dos juízes de promover a maximização de riqueza²⁸⁰. Esta

formação da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE e a editoração do periódico Revista de Análise Econômica do Direito.

²⁷⁴ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.

²⁷⁵ SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 139-141.

²⁷⁶ RIPERT, Georges. Aspects juridiques du capitalism modern, *apud* DEFFAINS, Bruno. **Efficiency of civil law**. University of Nancy, 2003, p. 11. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267371494_Efficiency_of_Civil_Law>. Acesso em: 05 mar. 2018.

²⁷⁷ BATTESINI, Eugênio. Comparison of tort law systems from the perspective of economic efficiency: brazilian civil code, principles of european law and restatement of the law. **Economic analysis of law review**, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília), p. 11.

²⁷⁸ SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica, op. cit., p. 149.

²⁷⁹ CALABRESI, Guido. A common law for the age of statutes, *apud* SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica, op. cit., p. 149.

²⁸⁰ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 136-137

tendência em promover a eficiência econômica, segundo o autor, não aconteceria na aplicação do direito codificado característica do *civil law*²⁸¹.

Como grassado anteriormente, contudo, é incorreto se afirmar que não é possível a aplicação do Direito e Economia nos ordenamentos jurídicos de filiação romano-germânica. Mais do que isto, é impreciso supor, *a priori*, que a dinâmica do *common law* seria mais adequada a promover a eficiência nas normas jurídicas²⁸².

Ao revés, o Direito e Economia pode auxiliar na investigação do grau de eficiência de qualquer norma no caso concreto (afinal, a aplicação do direito é também feita através de norma individual no *civil law*), e isto faz ainda mais sentido dentro da família romano-germânica, na qual pode ser (e é, como se verá no capítulo a seguir) articulada a racionalidade econômica implícita no Direito através de princípios e cláusulas gerais abstratas em um Código Civil.

Demais disto, o Direito e Economia no *civil law* se consubstancia, em última instância, como um conhecimento zetético do Direito no sistema jurídico, assim sendo um “poderoso instrumento de análise doutrinária, uma ferramenta indispensável de política legislativa e um importante mecanismo para relacionar o estudo da lei com avaliações empíricas”²⁸³.

Por tudo isto é que se reforça o caráter complementar da proposta de estudos do Direito e Economia, que não se propõe a fazer “tábua rasa do conhecimento e da prática jurídica”, mas sim a fornecer ao jurista um recorte metodológico para a análise e solução de problemas jurídicos, “desvelando a natureza do comportamento humano, os interesses em jogo, as consequências das decisões e a pragmática do Direito em ação (*Law in action*)”²⁸⁴.

Não se supõe, de forma alguma, que venha a se querer que a Economia filtre o Direito, já que se propõe aqui um expansão da dogmática jurídica – coloca-se apenas que as repercussões econômicas ocorrem e que o Direito deve estar ciente de sua realidade e do verdadeiro alcance das normas na tessitura social²⁸⁵.

²⁸¹ SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 152.

²⁸² Ibid., p. 145.

²⁸³ Cf. MACKAAY, Ejan. Law and economics: what's in it for us civilian lawyers. In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (Coord.). **The economics of legal relationships – Law and economics in civil law countries**. Amnsterdam: Elsevier Science, 2001. v. 6, p. 37-38.

²⁸⁴ TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. xvii.

²⁸⁵ Neste sentido, cf. CRUET, Juan. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: José Bastos e cia., 1908, p. 13-19.

3 CONSIDERAÇÕES DE DIREITO E ECONOMIA

Ora, não se pode negar os contrastes metodológicos entre o Direito e a Economia, quando encarados separadamente²⁸⁶: o Direito é exclusivamente verbal, enquanto a Economia é também matemática; o Direito é marcadamente abstrato e hermenêutico, já a Economia é marcadamente empírica e analítica; o Direito aspira à justiça, enquanto a Economia aspira à eficiência; a Economia é uma ciência relativamente nova, enquanto o Direito é um saber ancestral; a crítica econômica se dá pelo custo, e a crítica jurídica se dá pela legalidade substancial²⁸⁷.

Justamente por isso, a formação de uma linha complementar de pesquisa entre ambas as disciplinas é tarefa difícil²⁸⁸. Entretanto, e a despeito das diferenças apontadas, o Direito e Economia se consubstancia pela confluência destas duas tradições, e desponta como uma das mais profícuas linhas de pesquisa jurídica no mundo²⁸⁹.

Nesta senda, é curioso notar a convergência de ambas as disciplinas, e que impele os estudos da Análise Econômica do Direito, pois se a Economia é, nesta visão contemporânea, a ciência que estuda o comportamento do ser humano e seu processo de tomada de decisões, de um ponto de vista pragmático o Direito é um saber concebido para regular condutas humanas em sociedade.

Tome-se, a título de exemplo, a teoria do risco na responsabilidade civil, a ideia de causa próxima na constituição do nexo de causalidade, a ordenação dos direitos de propriedade e o desdobramento do instituto da posse, *et cetera*. Sua ligação é mais próxima do que parece à primeira vista, e explica o porquê da afinidade²⁹⁰ entre a racionalidade implícita na concepção e aplicação de qualquer dado ordenamento jurídico, e os axiomas da economia.

Como analisado no capítulo anterior, muitas das decisões judiciais em sede de responsabilidade civil utilizam como fundamento uma retórica marcadamente

²⁸⁶ Cf. COOTER, Robert. **The confluence of justice and efficiency in the economic analysis of law**. Berkeley: Berkeley Press, 2003, p. 17.

²⁸⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 09.

²⁸⁸ Loc. cit.

²⁸⁹ GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 140.

²⁹⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Em outro sentido, para Richard Posner, uma espécie de “obediência” misteriosa às leis econômicas, cf. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 08-09.

econômica, sobretudo nos casos de aplicação da função dissuasória do dano moral. Este fenômeno, de maneira geral, foi assim descrito por Richard Posner:

Few judicial opinions contain explicit references to economic concepts. But often the true ground of legal decision are concealed rather than illuminated by the characteristic rhetoric of opinions. Indeed, legal education consists primarily of teaching students to dig beneath the rhetorical surface to find those grounds, many of which may turn out to have an economic character. That is no surprise. (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 27)

Esta harmonia teleológica²⁹¹ é apenas reflexo do liame que conecta as aspirações que fundam tanto o Direito, quanto a Economia, e integra seus estudos enquanto ciências sociais aplicadas. Pode-se dizer, inclusive, que um dos propósitos do Direito e Economia é investigar esta íntima relação de compreensão diferente, mas de certa forma convergente, dos fatos sociais, e não é à toa que alguns estudiosos afirmam que a Análise Econômica do Direito desvela “a razão de ser das instituições jurídicas”, pretendendo “explicar a lógica, nem sempre consciente de quem decide, e que não se traduz, expressamente, nos motivos das decisões”²⁹².

O modelo de investigação da Análise Econômica do Direito oferece também uma teoria sobre o comportamento humano, adequada para a compreensão de como “os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos”²⁹³. Neste sentido, as normas jurídicas se caracterizam por promover e sancionar condutas, e uma das vantagens da abordagem de Direito e Economia é justamente a superação de uma retórica formalista²⁹⁴ por uma argumentação afinada com a função atribuída às normas e com respaldo empírico.

Trata-se de uma compreensão superior à mera intuição e que pode contribuir em muito para a dimensão valorativa da atividade nomogenética (no âmbito do Judiciário ou

²⁹¹ Também chamada de “convergência contextual”, cf. POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 238.

²⁹² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 07-08.

²⁹³ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 01-02.

²⁹⁴ Neste sentido, Ivo Gico Júnior assevera que a hermenêutica, o principal instrumento de análise abstrata das normas, vem sendo utilizado em larga medida como “um jogo de palavras sob a qual escolhas reais são ignoradas ou simplesmente escamoteadas”, o que indicaria uma degeneração da finalidade racional do direito (GICO JÚNIOR., Ivo, op. cit., , p. 06). A crítica é ácida, mas deve ser entendida no contexto deste trabalho como uma reflexão sobre o quanto a argumentação jurídica pode ser substancialmente melhorada no diálogo com a proposta de análise econômica, compreendendo as razões da prática social do Direito.

mesmo no exercício de funções legislativas por quaisquer dos poderes)²⁹⁵, mas que com esta não se confunde, já que seu caráter enquanto proposta metodológica é instrumental – seja valendo-se desta para explicar o que é, o que vem sendo ou mesmo para prever o que será, ou, em âmbito totalmente diverso, para subsidiar uma argumentação sobre o que deve ser²⁹⁶.

3.1 INDIVIDUALISMO METODOLÓGICO E REGULAÇÃO SOCIAL

É curial destacar que o Direito e Economia se apresenta como proposta de estudos, dentro da qual, para possibilitar juízos de prognose, é adotada como unidade básica de análise a escolha individual de cada agente ou de pequenos grupos envolvidos no problema – a dinâmica da interação entre os agentes²⁹⁷ –, o que se convencionou chamar de individualismo metodológico²⁹⁸.

A utilização do individualismo metodológico se justifica pela sua parcimônia²⁹⁹ na análise de elementos não explicados na tese da vida autônoma dos fenômenos coletivos. A ideia aqui pode até parecer contraintuitiva ao Direito, que, à primeira vista, utiliza-se de conceitos como “Estado” ou “interesse público” sem necessariamente descortinar quais agentes que compõem determinada organização estatal ou quais preferências são elegidas na ideia de interesse coletivo. Trata-se, porém de um pressuposto metodológico que auxilia no enfrentamento de questões jurídicas localizadas, ainda que complexas.

Convém ressaltar, nesta linha, que a Análise Econômica do Direito tem no seu instrumental uma teoria sobre comportamentos, e não um parâmetro bastante por si de avaliação de condutas, sendo equivocado pensar “que um método individualista de análise deva envolver necessariamente de alguma forma um sistema individualista de

²⁹⁵ Este trabalho assume a posição de que o juiz tem a capacidade de criar o Direito, ainda que a partir da lei e circunscrito a balizas hermenêuticas.

²⁹⁶ POSNER, Richard A. Usos y abusos de la teoría económica en el derecho, *apud* MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.

²⁹⁷ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 22.

²⁹⁸ Este termo foi cunhado por Joseph Schumpeter, especificamente para se referenciar às ideias expressas por Max Weber no seu livro *Economia e sociedade* (Ibid., p. 22).

²⁹⁹ No sentido da ferramenta lógica e epistemológica denominada Navalha de Occam (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42).

valores”³⁰⁰. Ainda, alerta-se que não se deve confundir o preceito de individualismo metodológico com individualismo político³⁰¹.

Esta diferenciação epistemológica se destaca sobretudo diante do movimento contemporâneo de resgate da ética econômica³⁰², na análise tanto das consequências das normas quanto da racionalidade das mesmas sob uma perspectiva individualista de comportamentos, não de valores individualistas. Percebe-se, destarte, que há muitos frutos a serem colhidos pela confluência do Direito e da Economia, que numa análise complementar, enseja uma visão mais global (*ex ante* e *ex post*) do fenômeno jurídico³⁰³ em prol de mais eficiência no mister – coletivo – de regulação social.

É claro que qualquer abordagem zetética³⁰⁴ do Direito suscita de imediato preocupações quanto a integridade do campo alvo de influxos exógenos. Mas reconhecer as potenciais armadilhas de recorrer a outras ciências sociais e aplicadas para entender o fenômeno jurídico em suas novas complexidades não significa renunciar a suas contribuições, pois, como assinalam Mackaay e Rousseau, “as ciências sociais podem oferecer ao jurista um mínimo de conhecimento sobre a ação humana de forma a, sutilmente, refinar sua intuição”³⁰⁵.

Obviamente, o emprego das propostas juseconômicas encontra searas claramente afeitas a este tipo de método, e outras nem tanto. Mas é passado o momento de encastelamento do saber jurídico, longe da realidade concreta que se propõe a normatizar³⁰⁶; é também, para a ciência econômica, uma via de mão dupla, que é desafiada a repensar suas fórmulas calcadas em suposições irreais de maneira que possam melhor servir de instrumento para compreensão da realidade específica à sua volta³⁰⁷.

³⁰⁰ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23.

³⁰¹ Loc. cit.

³⁰² Preocupação central em autores como o ganhador do Nobel, Amartya Sen. Cf. SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

³⁰³ Cf. VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. 2. Ed. London: The Institute of Economic Affairs, 2006, p. 35, p. 48 et seq.

³⁰⁴ O que não significa necessariamente filiação à razão prática postulada pela tópica de Theodor Viehweg, que inspirou a primeira introdução de uma teoria zetética do Direito no Brasil. Neste sentido, cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. Para a primeira exposição do Direito e Economia enquanto zetética do Direito cf. GORGA, Érica Cristina Rocha. **Direito societário brasileiro e desenvolvimento do mercado de capitais: uma perspectiva de Direito e Economia**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2005, p. 11 et seq.

³⁰⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 07.

³⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 183.

³⁰⁷ GICO JÚNIOR., Ivo, op. cit., p. 30-31.

3.1.1 Escassez e conflito

Somado ao postulado do individualismo metodológico, o Direito e Economia é fundado sobre três pilares em sua análise: a escassez, a escolha racional e a incerteza³⁰⁸. Este primeiro pilar da escassez possui uma relação fundamental com o conflito em sociedade, que se explica (ou melhor, desvela-se) juridicamente pela proposta do Direito e Economia.

Com efeito, a Análise Econômica do Direito tem como basilar a premissa de que os recursos da sociedade são escassos sendo este o ponto de partida de todas as suas considerações; afinal, se não há escassez, todos poderiam satisfazer suas necessidades e anseios de forma integral, inexistindo sentido para o estudo econômico.

A escassez pode ser considerada em termos absolutos quando indica um fato fundamental à existência: não existem recursos capazes de satisfazer todas as necessidades existentes de forma imediata e integral. Por outro lado, a escassez em seu viés relativo indica que, mesmo quando há recursos, *ad argumentandum tantum*, disponíveis em determinado contexto, estes competem com outras necessidades que clamam por satisfação³⁰⁹. Frise-se que tais recursos não precisam necessariamente estarem reduzidos à pecúnia, todo gasto de energia e tempo é abarcado por este conceito.

Qualquer atividade econômica, por exemplo, é baseada em um sistema de trocas fundado na ideia de escassez relativa, vale dizer, no qual as partes não valorizam da mesma forma o serviço ou produto em questão (e.g., para o adquirente o serviço prestado é sempre mais raro do que para o prestador), razão pela qual se explica o interesse das partes no engajamento da atividade³¹⁰.

De todo modo, a escassez de recursos é axiomática, sendo *a fortiori* necessário equacionar a alocação de recursos a todo momento. Como ninguém pode ter tudo o que quer, no momento em que quer e na quantidade ou intensidade que deseja, a realidade da escassez impõe escolhas aos indivíduos, forçando-os a abrirem mão de algo, pois como preleciona a o adágio popular: toda escolha arraiga, em si, uma renúncia.

³⁰⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 26.

³⁰⁹ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W. W. Norton, 1978, p. 22-23.

³¹⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, op. cit., p. 28.

Dáí insurge a ideia de que toda escolha pressupõe um *trade-off*, que é justamente esse habitual “sacrifício”³¹¹, de abrir mão de algo – nem que seja apenas de seu tempo – para levar à cabo uma escolha feita dentro de um cenário alocativo factível. Em Direito e Economia é trabalhado o conceito de custo de oportunidade, que é justamente o conteúdo do *trade-off*, e que é pressuposto em toda escolha porque aquilo que se dispense em uma determinada atividade corresponde precisamente àquilo que não foi dispendido em todas as demais opções preteridas³¹².

Observe-se que a escassez de uma coisa é pelo raciocínio juseconômico considerada em termos relativos, pelo que varia não apenas no tempo e no espaço, mas também de pessoa para pessoa, associando-se umbilicalmente às suas preferências. A escassez de uma coisa é, portanto, subjetiva, pois depende do que se saiba, ou se pretenda, fazer com ela, qualquer que seja a época ou local. Destarte, conclui-se também que a escassez não é determinada historicamente, podendo-se inferir, ao revés, de acordo com Mackaay e Rousseau, que “a história do Ocidente seja marcada pela descoberta progressiva da escassez das coisas que nos circundam e pela criação de instituições que nos permitem administrar a escassez”.³¹³

É curial destacar como a ideia de escassez dos recursos integra as próprias razões de ser do Direito. O aforismo milenar que se atribui ao jurisconsulto Eneu Domício Ulpiano no *Corpus iuris civilis*³¹⁴ consagra o Direito enquanto fenômeno de regulação social, pois onde há o homem em sociedade, faz-se necessária a prevenção e resolução de conflitos. Nesta senda, o paradigma da escassez de recursos se encontra enraizado na própria matriz da ideia de sistema de normas de conduta, quaisquer que sejam as instituições que o crie e garante – afinal, em não havendo escassez de recursos, não existiria conflito, sem o qual a ideia de sistema jurídico seria despicienda³¹⁵.

Deste modo, é precisamente a escassez que conduz à criação de instituições para enfrentar esta realidade. O estabelecimento de sanções, incentivos e atribuições de direitos é, fundamentalmente, uma resposta à escassez, que estimula uma gestão

³¹¹ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 22.

³¹² VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. 2. Ed. London: The Institute of Economic Affairs, 2006, p. 64-65.

³¹³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 27.

³¹⁴ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

³¹⁵ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19-20.

consciente do “uso inconsciente daquilo que a natureza oferece”³¹⁶ – e cuja alternativa é a barbárie³¹⁷.

Esta gestão consciente, seja ela acordada horizontalmente ou imposta verticalmente, é, sob a égide do Direito, garantida por uma autoridade. O problema jurídico é, sob o raciocínio juseconômico, um problema de alocação de recursos, pois tanto a atribuição de direitos e obrigações quanto a concretização destes consome recursos³¹⁸.

É bom frisar que desta constatação decorre apenas a ideia de que a criação e garantia das instituições sempre carecerá de uma análise das consequências, e que o Direito, ainda que jamais resumido à alocação absolutamente eficiente de recursos (por razões de justiça), tem como característica central à realização de seus fins a gestão mais eficiente o possível de tais recursos.

Neste sentido, conclui-se que nada daquilo exige um custo para sua implementação pode ser considerado absoluto em um mundo em que recursos são essencialmente escassos. A partir desta ótica, é indubitoso que os direitos, inclusive aqueles considerados fundamentais, possuem custos (financeiros ou sociais)³¹⁹ que devem ser considerados ao tempo de sua implementação.

Em outras palavras, se todos os direitos possuem custos, todo e qualquer direito terá seu conteúdo materialmente restringido. A questão acerca de quais normas devem ser criadas e o modo como devem ser interpretadas ao longo da atividade judicante é fundamentalmente contextual³²⁰, visto que recursos são escassos e cada decisão envolve uma redistribuição destes recursos.

É, ainda, justamente pela sua natureza contingente, uma verdade que não pode ser ignorada por aqueles que elaboram e aplicam as normas, sob pena de se instalar uma cultura jurídica recalcitrante e fundamentalmente injusta, uma das consequências do que Posner critica como “utopismo reformador”, senão vejamos:

³¹⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 28.

³¹⁷ Ibid., p. 30.

³¹⁸ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18.

³¹⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York and London: W. M. Norton, 1999, p. 17-21.

³²⁰ Até mesmo a construção de um núcleo duro indispensável dos direitos é, ao fim e ao cabo, contingente. Cf. BAHIA, Saulo José Casali. O princípio da confiança e a judicialização da política. **Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia**, Salvador, ano 16, n. 18, 2012, p. 171.

Por não compreender o mundo real ao qual suas reformas têm de se adaptar, o reformador utopista impacienta-se cada vez mais com a recusa da sociedade em implementar suas ideias, propondo medidas crescentemente radicais para obrigar o mundo refratário a se encaixar em seu modelo imaginário. (POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 49)

De fato, decisões alocativas de recursos precisam ser tomadas e, mesmo diante de inúmeros direitos tidos como básicos, o Estado-juiz é forçado a realizar escolhas trágicas a todo tempo. A tragédia por trás dessas decisões alocativas é caracterizada pelo conflito entre valores tidos como fundamentais na nossa sociedade³²¹, desvelando-se na escolha de quais direitos devem ser privilegiados. Nas palavras de Gustavo Amaral, “levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério”³²².

O reconhecimento de tais premissas se exprime pela ideia econômica de que os indivíduos são sensíveis a incentivos, respondendo a estes e adaptando seu comportamento de forma a tirar proveito das mudanças – na tentativa de extrair aquilo que, de um ponto de vista subjetivo, lhes pareça melhor.

3.1.2 Normas jurídicas como sistema de preços

Uma das abordagens trazidas pelo Direito e Economia é justamente a consideração do ordenamento jurídico “enquanto um conjunto de regras que estabelece custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos”³²³. É nesta ótica que se pode compreender como se comportam os jurisdicionados em dada situação e explicar que, em algum caso concreto, as normas podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos.

Embora não se prescindia do individualismo metodológico que lastreia o modelo de escolha racional e o método empregado pelos juristas, é preciso olhar para além das consequências para um único indivíduo a fim de se vislumbrar as repercussões normativas.

³²¹ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton, 1978, p. 17.

³²² AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001, p. 78.

³²³ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19.

Diz-se determinação de primeira ordem aquela decisão que repercute na produção ou oferta de um bem (naturalmente, escasso), já a decisão que repercute sobre como se dá distribuição do retromencionado bem se apresenta como uma determinação de segunda ordem³²⁴. Deve-se ter em mente as reações de grupos ou classe de indivíduos, a fim de poder identificar os efeitos de primeira e de segunda ordem decorrentes de dada regra jurídica³²⁵, considerando-se a máxima de que as pessoas tendem a um comportamento racional-maximizador.

O Direito e Economia se utiliza da Teoria dos Preços para estabelecer todas estas relações de forma simplificada. Se os indivíduos agem em função de incentivos, as sanções impostas pelo Direito podem ser vistas como preços³²⁶, que assim se consubstanciam enquanto parâmetro para uma análise de custo-benefício³²⁷, já que toda escolha feita importa na renúncia da alternativa que foi deixada de lado, o custo de oportunidade implícito ou explícito dos *trade-offs*.

Aliás, o postulado da maximização racional conduz à inevitável conclusão de que qualquer alteração nesta estrutura de incentivos poderá modificar sua conduta, provocar a realização de outra escolha. Esta premissa é a mesma premissa pela qual o Direito é construído implicitamente, afinal, se as pessoas não reagissem a incentivos, “o direito seria de pouca ou nenhuma utilidade. Todos continuariam a se comportar da mesma forma e a criação de regras seria uma perda de tempo”³²⁸.

É pela consideração das normas jurídicas enquanto integrantes de um sistema de preços que se consideram ou se eliminam variáveis pelo ferramental empírico econômico, na tentativa de tornar um dado problema compreensível. Para Diogo Mendonça, tal análise “é muitas vezes irreal, porque parte de premissas irreais, mas a falta de realismo

³²⁴ Fora de um cenário de absoluta escassez natural, toda e qualquer determinação de primeira ordem contradiz o postulado de que determinado bem não tem preço. E fora de um regime totalitário em que os conceitos de hierarquia e igualdade sejam estáticos, toda e qualquer determinação de segunda ordem invariavelmente afeta os ideais distributivos de uma sociedade. Neste sentido, cf. CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W. W. Norton, 1978, p. 09-24.

³²⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 48.

³²⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19.

³²⁷ Normalmente representada graficamente pela função de utilidade, conjunto de expressões matemáticas voltadas à comparação entre escolhas em uma dada situação. Neste sentido, cf. GONÇALVES, Vítor Fernandes. A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista Forense**, v. 97, n. 357, set./out. 2001. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 129 et seq.

³²⁸ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 20.

não é o que se considera relevante”, pois o que interessa é “a acuidade das previsões e, especialmente, a estrutura do raciocínio utilizado para se chegar a elas”.³²⁹

Faz-se mister notar também que a alteração de incentivos pelas normas jurídicas pode gerar efeitos opostos ao que, *a priori*, sobretudo intuitivamente, se espera. O excessivo deslocamento dos riscos e mitigação das perdas, no exemplo dos efeitos suasórios em sede de responsabilidade civil, pode levar ao incremento dos custos daqueles que se utilizam da atividade a que se atribui o risco, ou mesmo, por outro lado, poderá inviabilizá-la, extirpando os benefícios sociais de seu exercício. Nesta senda, confira-se o que pontua Bruno Salama:

Isso quer dizer que a aplicação da Teoria dos Preços serve muito mais para apontar os *tradeoffs* (isto é, os custos e benefícios das possíveis escolhas) do que para indicar verdades absolutas. A visualização de *tradeoffs* torna o processo decisório mais transparente e, portanto, mais democrático. (SALAMA, Bruno Meyerhof [Org.]. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 29)

Enfim, esta ideia do Direito como um sistema que promove e altera incentivos visando a regular comportamentos não pode ser vista de maneira desassociada da lógica dedutiva. Considerações consequencialistas de ordem econômica são instrumentais, e não reducionistas³³⁰, portanto não devem ferir a integridade do Direito. O sistema deve ser coerente³³¹, ainda que o Poder Judiciário (em virtude de problemas estruturais) não esteja sempre apto a resolver as disputas de maneira rápida e previsível – o que adiciona uma outra camada de incentivos³³².

3.2 EFICIÊNCIA ECONÔMICA

O cumprimento efetivo das normas jurídicas pela sociedade nem sempre é observado, a despeito das melhores intenções. Há sempre a possibilidade de uma norma

³²⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 20.

³³⁰ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 16.

³³¹ Para o Posner pragmático, a “teoria econômica é um sistema de lógica dedutiva: quando aplicado corretamente, dá resultados coerentes entre si. E, uma vez que o direito tem uma estrutura implicitamente econômica, deve ser racional; deve tratar de forma semelhante os casos semelhantes” (POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 90).

³³² PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 244-245.

ser justa, porém ineficaz, ao tempo em que é possível que a norma seja eficaz, mas que conduza a custos sociais desnecessários e evitáveis – o que leva a considerar que pode ser, a um só tempo, eficaz e injusta, senão apenas no seu aspecto distributivo.

Há mais de um século atrás, o português Juan Cruet denunciou o distanciamento do Direito da própria sociedade, e a fixação em regular abstratamente as vicissitudes da vida sem se considerar como a sociedade incorpora (ou deixa de incorporar) as normas em um agir:

O direito, que era, nas suas origens, a própria sociedade na sua evolução espontânea, continua a apartar-se da vida. A fórmula jurídica, cujas raízes concretas deixam de perceber-se nitidamente, torna-se a pouco e pouco exterior à sociedade e pretende-lhe ser superior. (CRUET, Juan. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: José Bastos e cia., 1908, p. 15.)

Todavia, a dogmática jurídica sozinha não consegue depurar como e porquê certas condutas são realizadas em sociedade, tendo uma reflexão limitada acerca da concretização de seus próprios preceitos normativos. Neste sentido, o raciocínio juseconômico se preocupa em inserir considerações de eficiência em sua investigação positiva e normativa sobre as consequências de um dado arcabouço jurídico e em suas ponderações sobre qual melhor arranjo jurídico se adotar dado um vetor normativo previamente definido³³³.

As principais críticas ao movimento Direito e Economia, contudo, centram-se numa suposta incompatibilidade entre considerações de eficiência e o Direito, ignorando que o olhar do jurista sob a Análise Econômica do jurista é mais amplo e complexo do que uma simples visão estritamente econômica das instituições jurídicas³³⁴.

De fato, o Direito e Economia enquanto corrente doutrinária não teria a repercussão se sustentasse a mera redução de questões jurídicas a conceitos econômicos; como observa Posner em seus escritos mais recentes, “a eficiência não é um critério último de justificação das decisões, o que não significa, porém, que ela deva ser absolutamente eliminada do campo de visão daqueles que operam o direito”³³⁵.

³³³ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17-18.

³³⁴ TIMM, Luciano Benetti. Função social do contrato: a “hipercomplexidade” do sistema contratual em uma economia de mercado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 112.

³³⁵ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 429.

O enfoque interdisciplinar da Análise Econômica do Direito é capaz de oferecer conceitos e ferramentas empíricas úteis para avaliar em que medida as normas podem alcançar seu fito subjacente de pacificação e concretizar a função social que lhes é atribuída. Para tanto – sem prejuízo da dimensão explicativa da realidade jurídica do Direito e Economia que não se relaciona diretamente com esse conceito³³⁶ –, costuma-se considerar como chave o conceito de eficiência econômica.

Eficiência, em tal acepção, traduz-se como a utilização adequada de recursos, uma aptidão para atingir o máximo resultado com o mínimo de dispêndio³³⁷, e não se confunde com eficácia jurídica (seja ela técnica ou social³³⁸), que é a aptidão para produzir efeitos jurídicos³³⁹, estes verificados após a incidência da norma jurídica³⁴⁰.

O problema da eficiência, em termos econômicos, é um problema de maximização da riqueza, o que envolve necessariamente uma relação entre custos e benefícios³⁴¹. Porém uma série de considerações distributivas são levadas em consideração pelo universo jurídico, as quais têm também lugar cativo de discussão na economia, pois “a maior parte dos problemas econômicos de importância social são de problemas de distribuição ou, em todo caso, problemas que detêm um aspecto distributivo”³⁴².

A tensão entre essas duas lógicas – maximização e distribuição da riqueza – envolve um problema, que joga em aparente conflito a noção de eficiência tão cara à Economia e o ideal de justiça a que aspira o Direito, um debate³⁴³ no qual se questiona a medida em que o Direito deve considerar questões ligadas à eficiência³⁴⁴.

³³⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

³³⁷ Sobretudo na didática, metafórica, e limitada representação do “bolo” a ser dividido. Cf. POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to law and economics**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 07-08.

³³⁸ Tratando com profundidade as nuances do instituto da eficácia, fontes, modos e vicissitudes, cf.: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2010.

³³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

³⁴⁰ A estrutura da norma concebida por Kelsen é lição dos estudos acadêmicos do Direito até hoje, sendo a norma considerada uma abstração apta a propagar consequências concretas no mundo real (dever ser) sempre que seu suporte fático, no caso, uma conduta (ser), se concretiza (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 05-09).

³⁴¹ POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to law and economics**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 06 et seq.

³⁴² ROSS, Alf. Direito e justiça, *apud* MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 26.

³⁴³ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

³⁴⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Scholarship Repository, 2016, p. 30-32.

Para enfrentar esse questionamento, Bruno Salama³⁴⁵ identifica três respostas distintas, conforme se compreenda a eficiência como: (i) fundação ética do direito; (ii) objetivo a ser perseguido de maneira pragmática; ou (iii) elemento de um contexto amplo, em que os institutos jurídicos são vistos como integrantes de políticas regulatórias³⁴⁶.

A ideia de que a eficiência (maximização da riqueza, que para Posner são termos sinônimos³⁴⁷) seja a fundação ética do direito veicula uma proposta radical, segundo a qual as normas jurídicas devem ser avaliadas e interpretadas segundo esse paradigma³⁴⁸. A justiça de uma norma passa pela potencialidade que ela possui de promover a maximização da riqueza³⁴⁹.

Esta ideia permanece de forma mais branda na segunda postura, inaugurada após revisar seu posicionamento em decorrência das críticas contundentes à postura radical, designando como pragmática uma “concepção do processo jurídico que seja funcional, impregnada de política, não legalista, naturalista e cética, mas decididamente não cínica”³⁵⁰.

O terceiro paradigma, dito regulatório, e ao qual este trabalho subscreve, enxerga o direito como uma fonte de regulação das atividades e, assim sendo, de concretização de políticas públicas. Congrega, deste modo, a deontologia que baliza a justiça e o consequencialismo que norteia a eficiência econômica, de maneira que a problemática “deixa de passar pela equiparação entre eficiência e justiça, e passa a ser a da medida em que a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, de custos e benefícios”³⁵¹.

A eficiência é comumente reduzida ao rendimento ou produtividade, como algo afeito apenas à seara do estritamente econômico, mas, como sói acontecer nas ciências sociais, uma das abordagens interdisciplinares da Análise Econômica do Direito qualifica-a como um termo metalinguístico, assim utilizado no presente trabalho, no qual

³⁴⁵ Nesta toada, cf. SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-46.

³⁴⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 28.

³⁴⁷ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. xii-xiv.

³⁴⁸ POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 175.

³⁴⁹ MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 28-29.

³⁵⁰ POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito, *apud* MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 29.

³⁵¹ SALAMA, Bruno Meyerhof, op. cit., p. 43-45.

se desvela sua dimensão social³⁵², compreendendo a noção de eficiência também enquanto adequação a uma função prevista³⁵³.

Trata-se de uma evolução da apresentação da ideia de eficiência econômica, trazida para o Direito primeiramente para nortear a intervenção do Estado na economia. A esta ideia se agregou a necessidade de satisfação dos anseios sociais – intimamente ligada com o que se entende por finalidade do Direito – o que trouxe à noção de eficiência econômica o crivo social, possibilitando a utilização da eficiência econômica (ou econômico-social³⁵⁴) como método de verificação de adequação da intervenção estatal, com equivalência material – no plano deontológico – à proporcionalidade em sentido estrito consagrada enquanto princípio constitucional³⁵⁵.

Podemos compreender, inclusive, a aplicação jurisprudencial maciça (ainda que, como se demonstra neste trabalho, problemática) do construto da função dissuasória do dano moral como uma intervenção estatal na economia, e que tal intervenção (ou conjunto de pequenas intervenções do Estado-juiz) deve se orientar tanto pelo mandamento constitucional da proporcionalidade, quanto pela ideia metajurídica de atuação por meio de parâmetros confiáveis voltados ao incremento do bem-estar social. Este cuidado na atividade judicante é necessário para balizar as tendências introspectivas do magistrado, que sutilmente infiltram qualquer decisão com uma racionalidade econômica subjacente³⁵⁶.

Vale destacar que a ideia de eficiência das normas jurídicas não é algo alienígena ao Direito, sequer estranho ao *civil law* e suas raízes³⁵⁷, fato inclusive constatado nas

³⁵² SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 143.

³⁵³ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 81.

³⁵⁴ Associada à ideia de concretização do mínimo ético legal, cf. GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Revista Sequência – estudos jurídicos e políticos**, n. 68, jun. 2014, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, p. 272-273.

³⁵⁵ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na Constituição de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 95. Para a ponderação de princípios, cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 584-610.

³⁵⁶ Para Posner, “quase por *default* o juiz é compelido a ver as partes como representativas de atividades – proprietários de terra, produtores de tulipas, transeuntes em vias públicas, motoristas de carros. Em tais circunstâncias, é natural que o juiz deva indagar qual das atividades tem mais valor no sentido econômico” (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 570).

³⁵⁷ Segundo Rachel Sztajn, “o Direito romano privilegiava a eficiência das normas, notadamente no que diz respeito à integração dos povos por conta da expansão territorial do império romano” (SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*, op. cit., p. 78), um escopo paulatinamente escamoteado nas releituras do *Corpus iuris*

incursões de Norberto Bobbio para uma teoria da função do Direito, para quem a estrutura dos institutos jurídicos deve ser informada pela sua função³⁵⁸.

Disto se pode concluir que a ideia de eficiência, quando aplicada ao Direito, embora não se confunda com a eficácia jurídica, possui certa relação com a ideia de eficácia social da norma jurídica – também designada como efetividade³⁵⁹. Identificar esta relação é essencial para Rachel Sztajn, *in verbis*:

Por que, então, não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas? Eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira mais produtiva. Elas deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico. A perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos. (SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 81-83.)

É que não raro uma solução jurídica eficiente também será justa e eficaz, e não o sendo de uma forma ou de outra no caso concreto, a verificação social e econômica da eficiência da norma é sempre proveitosa³⁶⁰. Assim é que a proposta de estudos do Direito e Economia sobre eficiência se presta a, sobretudo, “iluminar problemas jurídicos” e “apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas”³⁶¹.

A viabilidade da concreção dos preceitos normativos deve ser uma busca incessante na atividade nomogenética³⁶², tanto na legislatura quanto na judicatura, uma vez que as normas devem aspirar à justiça e à efetividade, um equilíbrio impensável se o sistema jurídico não é pensado e aplicado com a ideia de eficiência como um de seus parâmetros informadores.

civilis que informaram o direito romano-germânico-canônico, até ser olvidado na evolução histórica que conduziu às grandes codificações do século XIX.

³⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 59.

³⁵⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 197-198.

³⁶⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

³⁶¹ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 10.

³⁶² CALSING, Renata de Assis. **A teoria da norma jurídica e a efetividade do direito**. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, vol. 32.2, jul./dez. 2012. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, p. 295.

Destarte, conquanto a eficiência econômica não seja sinônimo de justiça, ela pode servir de método de verificação da adequação entre o justo e sua eficácia social – cabendo ao Direito e Economia contribuir para uma solução jurídica mais justa e eficaz pois eficiente dentro dos vetores normativos definidos para uma dada situação, considerando-se uma norma tanto mais eficiente quanto mais esta maximize até um nível ótimo o valor dos recursos destinados à consecução dos resultados pretendidos com sua aplicação³⁶³.

3.2.1 O prelado da maximização racional

A presunção de que os indivíduos agem de maneira a privilegiar a situação que, em dado contexto, lhes dê maior satisfação, é condensada no que se convencionou chamar de modelo da escolha racional. Mesmo que os indivíduos não sigam tal procedimento, presume-se que tomam suas decisões como se o fizessem, permitindo generalizações quanto ao comportamento que possibilitam certa previsibilidade nas condutas humanas³⁶⁴.

Sob este modelo, adota-se também na premissa de maximização racional que o ser humano nunca está integralmente satisfeito com dada situação, ou, melhor dizendo, que ainda que esteja sob qualquer aspecto satisfeito, não deixará de incrementar seu nível pessoal de bem-estar quando a oportunidade surgir – ou seja, não importa o quanto uma pessoa esteja feliz ou satisfeita, “se esta se defrontar perante uma oportunidade de escolher entre ficar como está ou ficar melhor ainda, mais ou feliz ou mais satisfeita, a pessoa irá sempre aproveitar tal oportunidade”³⁶⁵.

Como se dissertou alhures, escolhas devem ser realizadas a todo momento e os indivíduos agem como se sopesassem os custos e benefícios das alternativas que conseguem vislumbrar e adaptando sua conduta em virtude de tais consideração, o que a qualifica como uma conduta “racional maximizadora”³⁶⁶. Os indivíduos respondem, assim, a incentivos, e para a sociologia, o indivíduo do modelo da escolha racional é o *homo oeconomicus*³⁶⁷.

³⁶³ GONÇALVES, Vítor Fernandes. A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista Forense**, v. 97, n. 357, set./out. 2001. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 130.

³⁶⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 30-31.

³⁶⁵ GONÇALVES, Vítor Fernandes, loc. cit.

³⁶⁶ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 20.

³⁶⁷ Esse termo é cunhado por Max Weber, cf. WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo; Companhia das Letras, 2004, p. 158.

A despeito da separação entre causalidade fática e imputabilidade no Direito, pode-se estranhar o pensamento de que os indivíduos podem sistematicamente contornar as normas. É que o Direito sempre se informou do paradigma do *homo sociologicus*³⁶⁸ – isto é, o ser humano, visto sob o prisma do individualismo metodológico, que se comporta de acordo com as normas vigentes em sociedade em papéis pré-formados³⁶⁹ – como algo bastante por si, dissociado do modelo da escolha racional.

Segundo Mackaay e Rousseau, a assunção de que o conceito de *homo sociologicus* é superior ao modelo da escolha racional é equivocada, pois não permite explicar, de maneira simples, a observação de que frequentemente as pessoas não correspondem aos valores (dimensão axiológica do Direito) que supostamente deveriam ditar seu comportamento³⁷⁰.

Sem considerar o comportamento do *homo oeconomicus*, não se consegue explicar, por exemplo, a ocorrência das recalcitrantes escolhas pelo “dano eficiente”³⁷¹ na seara da responsabilidade objetiva. Ora, encarar direitos e obrigações como restrições deontológicas inflexíveis, infensos a qualquer raciocínio consequencialista, é um equívoco, haja vista que “o valor intrínseco de algo não é a razão adequada para menosprezar seu papel instrumental, do mesmo modo que a existência de uma importância instrumental não significa a negação desse valor intrínseco.”³⁷²

Nesta senda, convém ressaltar mais uma vez que o prelado de maximização racional é instrumental. Ela se volta apenas à formulação de hipóteses que permitam a criação de teorias que simplifiquem, compreendam e prevejam a conduta humana. Não se almeja reduzir à condição humana ao seu comportamento econômico, nem se desconsidera as vicissitudes que contingenciam a própria racionalidade humana³⁷³. Em sentido complementar, confira-se:

Em outras palavras, diante de várias possíveis opções de ação, indivíduos ponderam o custo e o benefício de cada uma, optando pela

³⁶⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 286 et seq.

³⁶⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

³⁷⁰ Ibid.

³⁷¹ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista Faculdade de Direito da UFMG**, n. 57, jul./dez. 2010, p. 128.

³⁷² MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27-28.

³⁷³ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 24-25.

que lhes fornece o maior benefício líquido. Mas não significa que indivíduos não “erram” ao tomar suas decisões. Problemas de assimetria de informações, por exemplo, podem levar a equívocos”. (ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.)

Como visto dantes com os influxos da corrente do Direito e Economia denominada *Behavioral Law and Economics*, a pesquisa em Direito e Economia paulatinamente se afasta do paradigma da “hiper-racionalidade”, geralmente substituindo-o pela noção mais flexível de “racionalidade limitada”³⁷⁴.

Reconhece-se, assim, que o ser humano é mais do que o *homo oeconomicus* weberiano, e nem sempre irá ter acesso a todas as informações relevantes à suas escolhas ou compreendê-las adequadamente³⁷⁵, pelo que se aduz que os indivíduos são “intencionalmente racionais”, ainda que limitados por aptidões cognitivas³⁷⁶.

Ademais, vale ressaltar que a racionalidade das decisões sob a égide do prelado da maximização racional denota uma adequação entre meios e fins para se obter o resultado que se pareça melhor, e não uma deliberada meditação acerca das opções disponíveis ao indivíduo³⁷⁷.

Se o modelo da escolha racional é irreal – destacando-se aqui o fato de ser justamente um modelo simplificador da realidade –, disto não se pode aduzir a sua suposta imprestabilidade, pois “nada obstante sua admitida fragilidade como descrição da decisão individual, permanece, ainda assim, como aproximação válida para descrever o comportamento de grupos de pessoas postas em situações parecidas”³⁷⁸.

Desta forma, o prelado da maximização racional se sedimenta como um dos pilares da Análise Econômica do Direito, pois ainda que esteja distante de ser absoluta,

³⁷⁴ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 22.

³⁷⁵ De tais assertivas que surge o campo de estudo das heurísticas do comportamento, “esquemas simplificadores para delimitar as informações a serem consideradas numa decisão” (SIMON, Herbert A. The logic of heuristic decision making, *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33).

³⁷⁶ “Intendedly rational, but only limited so” (SIMON, Herbert. Administrative behavior, *apud* SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 25).

³⁷⁷ Neste ponto, nota-se que parte considerável do conhecimento humano é “eminentemente tácita” (POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito, *apud* MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 20).

³⁷⁸ BECKER, Gary S. Irrational behavior and economic theory, *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

permanece deveras útil³⁷⁹ enquanto premissa metodológica em virtude de sua capacidade preditiva³⁸⁰.

3.2.2 A tomada de decisão marginalista

Os recursos são escassos, sobretudo o recurso do tempo. Ninguém é ubíquo ou onipresente. Dada a oportunidade, sempre buscaremos melhorar a situação atual, por mais satisfeitos que estejamos. Toda escolha implica em uma renúncia, e as escolhas que tomamos são influenciadas pelo nosso conhecimento limitado acerca das circunstâncias de uma dada situação fática³⁸¹. Estas premissas trabalhadas ao decorrer deste capítulo levam à conclusão de que os indivíduos devem decidir “acreditando na antecipação das consequências”³⁸².

O pressuposto da maximização racional conduz ao que se convencionou chamar de processo de tomada de decisão marginalista. Já que toda escolha acarreta um custo, isto é, pressupõe um *trade-off* que é “exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida”³⁸³, há um custo de oportunidade implícito ou explícito a ser pago, e que é, sob o modelo da escolha racional, aferido “na margem”³⁸⁴, pelo que se maximiza a utilidade marginal em cada escolha.

Decidir na margem significa que, ao racionalizar (ainda que sob limitações cognitivas) a tomada de decisão, “os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade forem maiores ou iguais aos seus custos”³⁸⁵. Vale dizer, o indivíduo só realizará determinada atividade dita marginal, se numa estimativa *ex ante* os benefícios marginais forem maiores ou iguais aos seus custos marginais.

³⁷⁹ Este tipo de utilização crítica e instrumental do prelado da maximização racional se alinha com o cuidado para não perpetuar injustiças sociais. Neste sentido, cf. SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottman e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo; Companhia das Letras, 2014, p. 28, 38-39.

³⁸⁰ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 10.

³⁸¹ MANKIW, Gregory N. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 5. ed. Trad. Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo; Cengage CTP, 2008, p. 03-08.

³⁸² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 25.

³⁸³ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 19-20.

³⁸⁴ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

³⁸⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 23.

O termo “marginal” em economia significa basicamente acréscimo³⁸⁶, e é bastante utilizado em modelos que pressupõem um sistema de preços, como se explora adiante. Considera-se utilidade a satisfação obtida pelo indivíduo em dado sistema ao realizar algo, ao passo que utilidade marginal é o acréscimo da satisfação percebida quando se realiza mais uma unidade desta atividade (qualquer que seja ela)³⁸⁷ – exprimindo a ideia de maximização de riqueza.

A apreensão deste conceito pode ser feita de forma bastante intuitiva respondendo o que a literatura econômica chama de “paradoxo da água e do diamante”. Por que a água, fundamental à sobrevivência do ser humano, é tão mais barata do que um diamante, item de luxo supérfluo? Porque os indivíduos não comparam diretamente diamantes com a água, mas, ao revés, valoram uma unidade (de utilidade, satisfação) a mais de diamante em relação a uma unidade a mais de água – isto é, pensam “na margem”.

Como a água, a despeito de ser algo fundamental à vida (possuindo utilidade total gigantesca), é na maioria dos casos abundante, sua utilidade marginal é baixa, se comparado com o diamante, que tem pouca utilidade total, porém enorme utilidade marginal na maior parte das situações fáticas³⁸⁸.

Não há o que se chama de “comparação interpessoal de utilidades”, justamente por não haver parâmetro confiável capaz de expressá-la³⁸⁹. A utilidade, para a economia, é sempre uma medida subjetiva representada ordinalmente, nunca cardinalmente. Nisto se traduz a ideia de preferências, que é desenvolvida no modelo da escolha racional pelo postulado de que as pessoas sempre decidem numa análise marginal, vale dizer, as pessoas só incorrerão “nos custos de desenvolver certa atividade (perda de utilidade) enquanto a unidade adicional da atividade desenvolvida trazer mais benefício (ganho de utilidade) do que custou desenvolvê-la”³⁹⁰.

Observe-se que as decisões marginalistas são sempre contingentes, porque a noção de escassez também é encarada sob a ótica da análise econômica de forma relativa na

³⁸⁶ Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Scholarship Repository, 2016., p. 22-23, p. 46, p. 214.

³⁸⁷ O uso dos recursos pode ou não ser expresso em unidades monetárias, porque a Análise Econômica do Direito de forma alguma se limita à mensuração pecuniária. Cf. POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 05 et seq.

³⁸⁸ Neste sentido, cf. MANKIW, Gregory N. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 5. ed. Trad. Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo; Cengage CTP, 2008, p. 05-06.

³⁸⁹ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 95.

³⁹⁰ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 25-26.

aferição de utilidade. A utilidade é encarada como medidor prático da satisfação, embora a riqueza não seja sinônimo de felicidade, mas apenas um aspecto que exprime as preferências dos indivíduos³⁹¹.

As escolhas que interessam também são individuais, sob o prisma do individualismo metodológico que explica os fenômenos analisados em Direito e Economia. O que interessa para compreender e prever condutas é saber como o indivíduo encara as situações *in concreto*, até porque, a vida nos põe a todos diante de mudanças imprevistas que alteram previsões e forçam adaptações. Por tais razões é que Mackaay e Rousseau prelecionam que “levar em conta a incerteza, pela inovação e pela absorção do risco, caracteriza toda atividade humana”³⁹².

Neste sentido, é curial compreender que nem todos têm o mesmo desejo ou aptidão para enfrentar determinado risco, ou possibilidade e disponibilidade econômica de pagar determinado preço, sendo certo que as preferências³⁹³ dos indivíduos, de um lado, variam conforme a situação colocada diante destes, e de outro lado, são influenciadas pelos valores tidos como fundamentalmente informadores do ordenamento jurídico em determinada³⁹⁴.

Destarte, consubstancia-se como uma dimensão importante das instituições jurídicas³⁹⁵, sob a proposta de estudos do Direito e Economia, a capacidade de influenciar tais alocações considerando as preferências nas relações sociais, sobretudo as que visa regular de forma mais incisiva.

3.2.3 As noções de otimização

O conceito de eficiência se associa à ideia de otimização para se poder definir um equilíbrio³⁹⁶, e a literatura juseconômica geralmente expõe dois conceitos para explicar a

³⁹¹ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 77-78.

³⁹² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 39.

³⁹³ Os economistas representam, geralmente, por meio de gráfico tais preferências em curvas, ao tempo que ordenam as preferências subjetivas de forma ordinal num dado modelo, traçando o que denominam de “mapa da indiferença”. Cf. ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio Djissey. *Microeconomia*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

³⁹⁴ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W. W. Norton, 1978, p. 157-168.

³⁹⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, op. cit., p. 40.

³⁹⁶ Considera-se que se as pessoas são racionais maximizadoras, o equilíbrio será alcançado como resultado das interações mais eficientes entre os agentes, o que pode ser visto em perspectiva pela aplicação da Teoria dos Jogos, que descreva diversas situações de equilíbrio.

otimização: a eficiência de Vilfredo Pareto, e seu desdobramento segundo Nicolas Kaldor e John Hicks (denominado Kaldor-Hicks)³⁹⁷.

A eficiência ou superioridade de Pareto³⁹⁸ é atingida quando, em um conjunto de alocações factíveis de recursos, torna-se impossível melhorar a posição de um indivíduo (incrementar marginalmente sua satisfação) sem se prejudicar a posição de outrem. Vale dizer: determinada situação será equilibrada conforme o ótimo de Pareto caso nenhum indivíduo possa melhorar sem que outra pessoa conseqüentemente tenha sua posição piorada.

Embora este seja um critério difundido³⁹⁹, uma alocação Pareto-eficiente não guarda relação necessária com a ideia de justiça, e em particular justiça distributiva, exprimida por preceitos normativos⁴⁰⁰. Sob esta noção de otimização, a sociedade estaria fadada ao engessamento e o Direito, no que lhe tange, não poderia ser visto de forma dinâmica.

É que a concentração dos recursos pode ser ótima no sentido paretiano, uma vez que qualquer realocação o deixaria implicaria em piora da situação privilegiada. Segundo Amartya Sen, “uma situação pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos”⁴⁰¹.

Desta maneira, o ótimo de Pareto se revela problemático, na medida em que cria um enorme inconveniente para a realização de mudanças, sobretudo mudanças de larga escala como sóem ser aquelas de cunho eminentemente social. Além disto, tal noção é também criticada pois “depende da alocação inicial da riqueza e porque não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas”⁴⁰².

A noção de otimização geralmente trabalhada para a análise de fatos sociais e das normas sob a proposta do Direito e Economia é o critério de Kaldor-Hicks⁴⁰³, também

³⁹⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23.

³⁹⁸ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 105.

³⁹⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 31 et seq.

⁴⁰⁰ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

⁴⁰¹ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 47.

⁴⁰² SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76.

⁴⁰³ Sobretudo, em busca da superação da ideia de que a norma jurídica seja sempre encarada como uma distorção do mercado, que supostamente seria, em condições “naturais”, um equilíbrio paretiano. Neste

chamado de superioridade potencial de Pareto⁴⁰⁴ pois o critério de eficiência de Pareto é de difícil aplicação no caso concreto⁴⁰⁵, já que a maior parte das situações de incidência da norma jurídica envolverá interesses alheios, ainda que de forma indireta, além de arraigar críticas contundentes quanto ao problema da unanimidade para uma efetiva melhora de utilidade.

O desdobramento de Kaldor-Hicks consiste num equilíbrio que pressupõe que o aumento de utilidade total existirá mesmo que alguém fique em situação pior, desde que seja teoricamente possível a compensação do prejudicado por parte de quem se beneficiou de uma melhora em sua posição – teoricamente, pois se trata de uma possibilidade que a compensação ocorra, não propriamente uma exigência⁴⁰⁶.

Neste sentido, o ótimo de Kaldor-Hicks permite mudanças da qual decorram ganhadores e perdedores, desde que aqueles ganhem mais do estes vierem a perder, e que haja a possibilidade de compensação efetiva desta diferença⁴⁰⁷. Na perspectiva social, a ideia de equidade é introduzida, nas palavras de João Glicério de Oliveira Filho:

Kaldor-Hicks traz a ideia de “compensação potencial”. Desse jeito, Kaldor-Hicks introduz à eficiência o princípio da equidade. Com isso, espousa a ideia de que se os benefícios e vantagens coletivas forem maiores que as perdas, e estas puderem ser potencialmente compensadas pelos beneficiários, os prejuízos são justificados, atingindo a eficiência”. (OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na Constituição de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 99)

Assim sendo, se apresenta como um critério útil para análise de custo-benefício em um dado contexto fático sob a qual normas jurídicas incidem, aperfeiçoando o

sentido, cf. ARIDA, Pérsio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 63.

⁴⁰⁴ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 108.

⁴⁰⁵ Sua aptidão para medir o efeito de normas na utilidade total da sociedade, de um ponto de vista utilitarista, é mais presumido do que verdadeiro, pois depende da demonstração de um consentimento entre todos os envolvidos (Ibid., p. 105-106). Em sentido complementar, cf. CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: W. W. Norton, 1978, p. 83.

⁴⁰⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23-24.

⁴⁰⁷ Posner cita o exemplo de um acidente que provoca um custo de \$ 100 com uma probabilidade de 0,01 e que poderia ter sido evitado ao custo de \$ 3, concluindo se tratar de uma transação involuntária que maximiza a riqueza, já que o custo esperado do acidente é inferior ao custo de evita-lo. Há eficiência no exemplo, ainda que a vítima não seja indenizada (POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito, *apud* MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 23).

raciocínio do intérprete do Direito, e desafiando solução para questões distributivas, como o problema da distribuição do risco e das perdas de um evento danoso⁴⁰⁸. Aliás, trata-se de uma característica peculiar do critério de Kaldor-Hicks a “conveniência analítica que torna possível discutir separadamente as questões de alocação e as de distribuição”⁴⁰⁹.

Como se demonstra ao longo deste trabalho, na responsabilidade civil, a lógica distributiva da responsabilidade objetiva segue este critério, consubstanciando-se na atribuição de deveres (mais custos) a quem pode implementá-los de maneira mais eficiente (custo marginal de prevenção menor)⁴¹⁰, e não simplesmente transferir custos a quem tem uma posição de riqueza maior.

3.3 O CUSTO SOCIAL NOS EVENTOS DANOSOS

O conflito entre eficiência e justiça é, no fundo, um conflito aparente. A escassez de recursos tem como consequência inevitável na vida em sociedade a criação de instituições que se prestem a distribuir ou direcionar a alocação de recursos no entendimento das infindáveis necessidades humanas, logo, “toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e., eficiência)”⁴¹¹.

Isto implica em dizer que embora a preocupação com a alocação ótima de recursos por si só não conduza a uma norma justa, tal norma justa deve aspirar à eficiência para que não desperdice recursos e reduza custos indesejáveis nas relações sociais. A proposta de estudos do Direito e Economia dispõe de técnicas para estimar de maneira mais simples os custos envolvidos em dada situação fática-normativa, em particular, o custo social presente nos eventos danosos⁴¹².

⁴⁰⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 31 et seq.

⁴⁰⁹ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 110.

⁴¹⁰ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76.

⁴¹¹ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 28. Este raciocínio perquiridor é característico do pensamento quantificador que definiu a ciência ocidental em todos os sentidos, e a locução de causa ou condição necessária, porém insuficiente, é extensamente explorada na historiografia de: CROSBY, Alfred W. **A mensuração da realidade**: a quantificação e a sociedade ocidental 1250-1600. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Edunesp, 1999, p. 67 et seq.

⁴¹² Neste sentido, cf. COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of law and economics**, v. 3, 1960. Disponível em: < <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Último acesso em 07 dez. 2017.

Pretender avaliar a eficiência na concretização de preceitos normativos é corolário da ideia de aplicação do Direito enquanto instrumento de realização de justiça, pois as normas nunca são concebidas enquanto um fim em si mesmas⁴¹³. Na seara da responsabilidade civil, isto exige mais do que um mero raciocínio de subsunção dos fatos às normas, exige que a interpretação incorpore “uma estrutura finalística, que envolve o estímulo e o desestímulo de comportamentos”⁴¹⁴.

É que os indivíduos, enquanto agentes econômicos, não se quedam inertes diante de problemas de dimensão econômica, independentemente de qual seja a dimensão axiológica expressa pelos ditames do Direito. Segundo Armando Castelar Pinheiro, se “a análise é restrita à disputa em questão, e se ignoram as suas implicações mais amplas, inclusive as que se dão ao longo do tempo, está se adotando um critério impreciso e mesmo equivocadamente de justiça”.⁴¹⁵

Levando-se como premissa fulcral a ideia de que pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista⁴¹⁶, as normas jurídicas devem ser interpretadas de maneira tal que o Direito concretize sua vocação enquanto estrutura de incentivos, pelo que deve antecipar a possibilidade de adaptação de conduta dos indivíduos para melhorar concretizar seu escopo social.

Não significa, como grassado alhures, desvirtuar a estrutura do Direito, mas se conscientizar de que sua forma tem uma função, que deve ser concretizada dentro das balizas normativas previamente estabelecidas (isto é, não se muda o Direito conforme o caso, aplica-se o Direito conforme o caso).

É que a lógica econômica permeia todo o sistema jurídico. O *homo oeconomicus* weberiano é também, sob o prisma do Direito e Economia⁴¹⁷, um conceito normativo, na medida em que pode ser facilmente aplicado enquanto parâmetro de conduta sem

⁴¹³ Note-se que, curiosamente, a despeito da sua busca incessante por uma ciência do Direito neutra, o próprio Hans Kelsen nunca encarou o Direito com um fim, mas sempre como um meio, sendo matéria de amplo debate o conteúdo desta finalidade contingente (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 28-34).

⁴¹⁴ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 03.

⁴¹⁵ PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 78-79.

⁴¹⁶ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

⁴¹⁷ MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e economia em Weber. **Revista Direito GV**, v.2, n 2, jul./dez. 2006, São Paulo: FGV, p. 11.

qualquer prejuízo à coerência e integridade do Direito, que de há muito se vale de outros modelos menos confiáveis como o *pater bonus familias*⁴¹⁸.

O emprego do raciocínio juseconômico na responsabilidade civil possibilita a visualização abstrata de “processos marginalistas que, em suas acepções básicas, consideram (i) níveis de cuidado e (ii) patamares de realização da atividade danosa”⁴¹⁹. De acordo com a linha defendida neste trabalho, é daí que exsurge a explicação do Direito e Economia para a função dissuasória do dano moral, pela qual se pode efetivamente explicar sua racionalidade e concretizar de maneira mais adequada aquilo que ela se propõe.

É importante observar que a ideia de que o Direito é, desde sua concepção, voltado a compor custos sociais na sua tarefa de atribuição de direitos e obrigações (na forma de seus modais deônticos), não é estranha à dogmática filosófica que de há muito informa os estudos acadêmicos no Direito, senão vejamos a constatação de Miguel Reale, propugnador da corrente tridimensional de que o Direito é fato, valor e norma, para quem “toda regra de direito representa um momento de equilíbrio, atingido como composição das tensões que, em dada situação histórica e social, se verifica entre um complexo de fatos e um complexo de valores”⁴²⁰.

Compreendemos alhures que a preocupação ancestral do direito em sua aspiração à justiça deriva de duas concepções corretivas e distributivistas complementares; nesta senda, ao estabelecer quais devem ser os objetivos norteadores de qualquer sistema jurídico voltado à correção e prevenção de acidentes, Guido Calabresi assevera que “primeiramente, o sistema deve ser justo; em segundo lugar, deve reduzir o custo dos acidentes”⁴²¹.

Nesta senda, o Direito e Economia não se reduz a discutir a eficiência das normas jurídicas, nem pretende dar uma resposta definitiva para problemas normativos (armadilha que espreita qualquer estudo interdisciplinar que busca marcar sua posição diferenciada)⁴²², mas busca ampliar os horizontes da compreensão da realidade jurídica⁴²³

⁴¹⁸ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 79.

⁴¹⁹ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 05.

⁴²⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 562.

⁴²¹ “First, it must be just or fair; and second, it must reduce the cost of accidents” (CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 24).

⁴²² SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 47.

⁴²³ OGUS, Anthony. What legal scholars can learn from law and economics. **Chicago Kent Law Review**, v. 79, 2004, p. 383-384.

e possibilitar, através de seu ferramental, que a construção normativa não esteja “isolada de suas consequências práticas”⁴²⁴.

Se, por um lado, a solução mercadológica para determinados custos sociais (pois envolvem vidas humanas e outros valores tidos como fundamentais) não é sempre a única disponível ou mesmo adequada⁴²⁵, a solução pelo Estado-juiz arraiga o dever de garantir a segurança e condições de funcionamento de arranjos institucionais (inclusive mercadológicos)⁴²⁶, o que se insere no plexo da Análise Econômica do Direito.

3.3.1 Externalidades e custos de transação

A partir do início do século XX a ciência econômica havia formalizado a intuição que remonta às primeiras considerações de economia política de Adam Smith, segundo a qual a economia, deixada na mão dos agentes econômicos, tende a se encaminhar para os melhores arranjos de bem-estar geral⁴²⁷. Todavia, o economista Arthur Pigou contestava esta conclusão, dedicando-se a demonstrar que num mercado onde os bens são escassos, o bem-estar geral não seria a evolução natural das interações entre agentes⁴²⁸, interessando em particular o conceito de externalidade.

Pode-se dizer que quando determinada atividade ou ação de um indivíduo gera não apenas custos para esse, mas também custos para terceiros (o mesmo raciocínio se aplica nos casos de benefícios), assim é como se identifica a existência de externalidades negativas (ou positivas, no raciocínio oposto)⁴²⁹. Uma externalidade seria, em síntese, “o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que não participou dessa ação, desta relação econômico-social”⁴³⁰.

⁴²⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 45.

⁴²⁵ “Great moral issues lend themselves to political determination” (CALABRESI, Guido. **The cost of accidents**: a legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 19).

⁴²⁶ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 06.

⁴²⁷ SMITH, Adam. **Riqueza das nações** – coleção Folha livros que mudaram o mundo. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo; Folha de São Paulo, 2010, p. 376 et seq.

⁴²⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 201.

⁴²⁹ ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 67.

⁴³⁰ PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e aprofundamentos. **Economic analysis of law review**, v. 1, n. 2, jul./dez. 2010. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília), p. 204.

Chama-se de externalidade marginal aquela cujos impactos variam proporcionalmente à medida que a conduta causadora tem acréscimos ou decréscimos marginais⁴³¹; noutro giro, denomina-se de externalidade infra-marginal aquela cujos impactos não variam com as mudanças marginais da conduta causadora⁴³². Exempli gratia, pense-se na emissão de efluentes numa praia, que a cada litro de imundície despejado afeta o bem-estar da comunidade local, até o ponto em que o incremento da conduta externalizante não fará mais diferença diante da poluição já instalada.

Para os fins da maioria dos modelos de Análise Econômica do Direito, consideram-se apenas as externalidades que causam perdas sociais, já que a hipótese de inexistência de perda social contraria a própria existência de externalidade, sendo contrafática, além de dificultar a mensuração pelo critério da saída de recursos de uma parte para outra (*out of pocket*)⁴³³.

De qualquer sorte, para Pigou, independentemente de a externalidade constatada ser negativa ou positiva, a alocação de recursos não se mostra eficiente, pois os custos e benefícios não seria propriamente internalizada por aqueles que se engajam na atividade ou ação individual. Por exemplo, se determinado bem é valorado em R\$ 40,00 e o preço mínimo que alguém se dispõe a vendê-lo é R\$ 20,00, numa troca voluntária por R\$ 30,00, o vendedor terá recebido R\$ 10,00 adicionais e o adquirente deixado de gastar R\$ 10,00 – fazendo com que, em tese, haja uma melhora total de R\$ 20,00.

Ainda neste exemplo, todavia, o processo de produção do bem envolve a emissão de resíduos a céu aberto, que provoca odores na vizinhança. Por este raciocínio, não há que se falar em um incremento total de riqueza da ordem de R\$ 20,00, pois um vizinho estima que os efeitos da emissão de resíduos lhe causam um prejuízo de R\$ 30,00 – o que conduz a uma perda total de R\$ 10,00. Este valor seria precisamente o custo social da produção do bem, que não seria compensado por aqueles promotores da externalidade⁴³⁴.

Segundo Artur Pigou, esta falta de compensação afeta a dinâmica do sistema econômico⁴³⁵, pois parte dos custos de produção do bem do exemplo *ut supra* foi externalizada (daí a nomenclatura) em desfavor de terceiros, de modo que seu preço não

⁴³¹ PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e aprofundamentos. **Economic analysis of law review**, v. 1, n. 2, jul./dez. 2010. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília), p. 206-207.

⁴³² Loc. cit.

⁴³³ Ibid., p. 209.

⁴³⁴ ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 67.

⁴³⁵ PIGOU, Arthur C. Economics of welfare, *apud* MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 33.

reflete o seu custo efetivo. Vale dizer: o custo privado daquele que cria a externalidade negativa (ou o benefício privado no caso da externalidade positiva) é inferior ao custo (ou benefício) social, que seria a soma total dos custos (ou benefícios) envolvidos⁴³⁶.

A solução para tal problema identificado por Pigou seria a “tributação da atividade geradora de externalidades”, no caso, negativas, “na exata proporção dos danos causados à sociedade” (o que sob o prisma da responsabilidade civil significa a responsabilização pelo dano), o que a literatura econômica designa como imposto pigouviano⁴³⁷, que embora possua seu valor teórico e prático, não pode ser levado a cabo em sua formulação simples, o que significaria uma intervenção incessante do governo “para corrigir a miríade de externalidades que nos cercam a todo tempo”.⁴³⁸

O Direito e Economia, sobretudo em suas correntes de pensamento pragmática e regulatória, tem como uma das influências mais poderosas o trabalho de Ronald Coase, ganhador do Nobel de Economia em 1991, pelo seu trabalho desenvolvido no ensaio *The nature of the firm*⁴³⁹, mas principalmente pela sua tese exposta no artigo *The problem of social cost*⁴⁴⁰, que, como visto anteriormente, repercutiu enormemente entre estudiosos do direito, a despeito da resistência encontrada entre os setores da chamada *blackboard economics*⁴⁴¹.

Ronald Coase propõe uma alteração na abordagem das situações danosas, demonstrando que o problema central não está na simples avaliação das externalidades geradas por uma atividade, mas sim na investigação recíproca do evento danoso, que necessariamente deve levar em conta a existência de custos de transação.”⁴⁴²

Os custos de transação nada mais são do que o dispêndio de recursos econômicos para planejar, adaptar e monitorar as interações entre agentes econômicos. Coase os

⁴³⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 202

⁴³⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 33.

⁴³⁸ BURTUN, John. Externalities, property right, and public policy: private property rights and the spoliation of nature, *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, op. cit., p. 201.

⁴³⁹ Em apertada síntese, Coase se preocupa com os problemas reais da sociedade, tal como ela é, concluindo que tanto os mercados quanto as firmas funcionam com custos positivos, sendo a escolha do modo de organização, via mercado ou via hierárquica, dependente da comparação entre alternativas de menor custo (ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Análise econômica do direito e das organizações*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel [Org.]. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 05).

⁴⁴⁰ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of law and economics**, v. 3, 1960. Disponível em: < <http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Último acesso em 07 dez. 2017.

⁴⁴¹ Coase tachou de “economia do quadro de giz” a defesa intransigente do pressuposto neoclássico, hipotético, de que é possível construir modelos sem levar em conta custos de transação.

⁴⁴² MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 32.

dividiu em três categorias: custos de busca e de informação, custos de barganha e custos de policiamento⁴⁴³. Convém ressaltar que os custos de transação podem, inclusive, impedir a realização de uma atividade acaso sejam muito elevados⁴⁴⁴.

A expressão custos de transação é uma tradução de *transaction costs*, metalinguística, possuindo ainda um sentido bem diferente do termo técnico-jurídico “transação”. Contudo, a tradução se impôs na literatura desta forma, até porque as alternativas não são tão intuitivas, havendo um consenso entre os autores, inclusive os lusófonos e francófonos, de mantê-la⁴⁴⁵.

O trabalho de Coase se opôs diretamente às ideias de Pigou, pois ao refletir sobre as externalidades, concluiu que estas se consubstanciam, ao fim e ao cabo, como “diferenças relativas aos usos correntes e incompatíveis de um recurso que se tornara escasso”⁴⁴⁶. Ao contrário de Pigou, que pensa as externalidades como geradas exclusivamente por uma das partes, Coase demonstra que a externalidade provém da interação entre os agentes.

Pense-se no exemplo da instalação de uma fábrica que gera poluição, afetando a comunidade local: para o raciocínio coasiano, a “população da cidade sem fábrica não tem empregos. Uma fábrica não se localizaria em uma cidade deserta. O que se vê são fábricas em cidades gerando empregos, produtos e, claro, poluição”⁴⁴⁷. Para Coase, o foco é combater a ideia antissocial de se reagir indistintamente a todas as atividades que porventura acarretam danos⁴⁴⁸.

É oportuno destacar que o Direito, ao atribuir direitos e deveres previamente, pode conduzir à consideração de uma externalidade como responsabilidade de um agente, mas a ideia de Coase permanece sólida: há de se perceber, no mundo para além do quadro de giz, que as interações entre agentes acarretam benefícios e custos direta e mutuamente

⁴⁴³ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 33-35.

⁴⁴⁴ Neste sentido, cf. ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55. Ainda, cf. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 220. Por fim, elencando os fatores que contribuem para elevados custos de transação, cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Scholarship Repository, 2016, p. 94 et seq.

⁴⁴⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, op. cit., p. 218-219.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 202.

⁴⁴⁷ ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio Djissey, op. cit., p. 69.

⁴⁴⁸ COASE, Ronald H. O problema do custo social. Trad. Francisco Kummel Alves e Renato Vieira Caovila. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89 et seq.

envolvidos com uma atividade considerada danosa – assim, desempenha um papel essencial na estrutura do Direito, sob a proposta de estudos do Direito e Economia⁴⁴⁹.

Um dos pontos fulcrais deste trabalho de Coase é a ideia de que a negociação sempre conduzirá a uma solução que otimize a alocação de tais recursos derivados da interação entre os agentes⁴⁵⁰ (repercutindo, evidentemente, na distribuição destes), se, e somente se, os custos de transação forem insignificantes⁴⁵¹, prevalecendo o uso mais valorizado, a despeito de uma prévia atribuição de direitos e deveres. A condensação desta ideia foi, posteriormente, denominada de Teorema de Coase⁴⁵², e é desta construção que se aduz que “havendo custos de transação, a distribuição de direitos tem reflexo na eficiência”⁴⁵³.

Em sua versão mais simples, o Teorema de Coase pressupõe que há suficiência de informações e que os agentes não adotarão comportamentos estratégicos para a maximização de sua utilidade, o que raramente acontece na vida real. Mas ao delinear um cenário hipotético no qual inexistem custos de transação, destaca-se precisamente a importância deles⁴⁵⁴.

O Teorema permite constatar, ao revés, que a atribuição *ex ante* de direitos gera custos de transação, e que os agentes envolvidos em determinada transação vão adotar um comportamento estratégico, visando maximizar sua utilidade. Assim sendo, comprova-se empiricamente que, para a uma alocação eficiente de recursos, direitos devem ser conferidos observando o resultado final da soma dos recursos envolvidos no caso concreto, senão vejamos:

We can now state the more complicated version of the Coase Theorem:
If there are positive transaction costs, the efficient outcome may not

⁴⁴⁹ BATTESINI; Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011, p. 100.

⁴⁵⁰ POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to law and economics**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 14-15.

⁴⁵¹ Todavia, é preciso haver uma delimitação inicial de possibilidade de responsabilização por determinado evento danoso (delimitação inicial de direitos), sem a qual não será possível haver transações em que os danos são transferidos ou objeto de composição (COASE, Ronald H. O problema do custo social. Trad. Francisco Kummel Alves e Renato Vieira Caovila. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 67). Em sentido complementar, cf. ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 69.

⁴⁵² ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 07.

⁴⁵³ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 36.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 34-35.

occur under every legal rule. In these circumstances, the preferred legal rule is the rule that minimizes the effects of transaction costs. These effects include actually incurring transaction costs as well as the inefficient choices induced by a desire to avoid transaction costs. (POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to law and economics**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 15)

Ronald Coase observa, em síntese, que o problema enfrentado, quando se está diante de atividades que causam efeitos danosos, não é simplesmente o de coibir os responsáveis por elas ou, em outros termos, sempre atribuir a responsabilidade (na atividade nomogenética, ressaltamos) à parte lesante sem considerar os custos de transação envolvidos, sendo importante como ponto chave da Análise Econômica do Direito sobretudo por demonstrar aos intérpretes uma conclusão que pode ir de encontro à sua intuição⁴⁵⁵.

Com base no raciocínio coasiano, Posner sugere inclusive que um dos métodos de avaliação da eficiência em transações involuntárias – como se analisa neste trabalho – seria o de imaginar como as partes teriam se engajado nela, caso fosse voluntária, assumindo-se também que não haveria prévia atribuição de direitos⁴⁵⁶.

Este entendimento simétrico de uma situação danosa como “um conflito de usos que não podem ser perseguidos simultaneamente”⁴⁵⁷, uma visão recíproca de um problema também sob a ótica de um agente dito ofensor a ser eventualmente responsabilizado⁴⁵⁸ pode ser, a princípio, desconcertante, mas certamente não é algo que se possa ignorar⁴⁵⁹.

Todavia, ao analisar o Teorema e, em seguida, abandonar sua hipótese simplificadora, as instituições de responsabilidade civil são reabilitadas, desvelando-se como portadores de uma função social de orientar a diminuição dos custos de transação (ou, dito de outra maneira, de evitar o prejuízo mais grave) – até porque os agentes envolvidos envidarão esforços no mesmo sentido⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 33-34. Em sentido complementar, cf. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 224.

⁴⁵⁶ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 16.

⁴⁵⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, op. cit., p. 203.

⁴⁵⁸ COASE, Ronald H. O problema do custo social. Trad. Francisco Kummel Alves e Renato Vieira Caovila. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

⁴⁵⁹ MESSINA, Gabriel. Derecho y economía: una aproximación. **Economic analysis of law review**, v. 8, n. 1, jan./jun. 2017. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília), p. 189.

⁴⁶⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 215.

3.3.2 O custo dos acidentes e de como evitá-los

No âmbito da análise econômica da responsabilidade civil, procura-se a maneira mais eficiente de prevenção de acidentes em determinados contextos fáticos, avaliando-se os benefícios sociais gerados pelo efeito suasório e o custo desta prevenção⁴⁶¹, o que alça, naturalmente, a um patamar de grande importância considerações sobre internalização dos custos dos acidentes e o estabelecimento de incentivos adequados (custos de evita-los) àqueles que se engajam em atividades consideradas aptas a gerar danos⁴⁶².

Segundo Guido Calabresi, os custos dos acidentes podem ser divididos em três categorias: (i) custos primários, consistentes no número e gravidade de acidentes; (ii) custos secundários, materializados na distribuição injusta dos riscos; e (iii) custos terciários, que são justamente aqueles suportados pelas instituições responsáveis por aplicar o Direito⁴⁶³.

Como observa Guido Calabresi, “a sociedade nunca esteve comprometida com a preservação da vida a qualquer custo”⁴⁶⁴. Ao perceber que a Análise Econômica do Direito identifica na atividade legislativa e judicante que a aplicação do Direito deve variar – dentro de vetores normativos previamente estabelecidos – em função dos custos de transação, pode-se inferir que:

Enquanto os custos são pouco importantes, o legislador ou o juiz podem se satisfazer em articular os direitos com relativa indiferença – com a condição de que o façam com precisão – sabendo que a má atribuição será corrigida pelo “mercado”, segundo as necessidades das transações entre partes. À medida que os custos de transação aumentem, essa correção será cada vez menos acessível e terá, como efeito, fazer com que, cada vez mais, se façam boas formulações de direitos. (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 215-216)

⁴⁶¹ GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 142.

⁴⁶² SHAVELL, Steven M. Foundations of economic analysis of law, *apud* GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom, loc. cit.

⁴⁶³ CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 198-235.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 17-18.

Disto se aduz que a recomendação política do Direito é de que este deve voltar sua estrutura para minimizar as perdas resultantes de alocações sub-ótimas economicamente ou indesejadas de um ponto de vista axiológico, além de maximizar as possibilidades de se fazer correções (ampliar o alcance da justiça corretiva).

Tais vetores são designados na literatura juseconômica como *property rule* e *liability rule* (regra de propriedade e regra de responsabilidade): enquanto a primeira não permite o uso do objeto da regra senão com a permissão do titular de sua exclusividade, pelo preço convencionado, a segunda é aberta à possibilidade do uso do objeto do direito mesmo sem a permissão do titular, desde que o juiz compense a violação mediante preço a ser arbitrado⁴⁶⁵.

Estas modalidades de proteção influenciam a formulação de direitos conforme os custos de transação sejam baixos ou elevados. Se os custos de transação forem baixos, aconselha-se a proteger os direitos mediante implementação de regras de propriedade, que permitem a fácil correção de controvérsias entre as partes⁴⁶⁶. Por outro lado, se os custos de transação forem altos e não subsista possibilidade de acordo entre as partes, deve-se aplicar a justiça corretiva pelos tribunais, balizada por regras de responsabilidade⁴⁶⁷.

Disto decorre a constatação de que a análise econômica da responsabilidade civil, sobretudo da responsabilidade objetiva, almeja deslocar riscos e mitigar perdas pela distribuição de custos⁴⁶⁸. Para determinar a maneira que os custos dos acidentes são distribuídos é necessário ter uma visão global e isonômica, *ex ante* e *ex post* – envolvendo de um lado as condições de evitar riscos e suportar perdas, e de outro a utilidade marginal dos custos a serem distribuídos⁴⁶⁹ –, a fim de que se possa realizar os predicados de justiça corretiva e distributiva.

Assim, aquele que detém maior possibilidade de evitar os riscos de acidentes deve receber maior parte dos custos decorrentes desses acidentes, que pode ser conceituado

⁴⁶⁵ Há, também, a regra de inalienabilidade; para aprofundamento, cf. CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard law review**, v. 85, n. 6, abr. 1972. New Haven: Yale Faculty Scholarship Series, p. 1092. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/f614/76b1073445b8494c92f7b9f1c4f2e276b300.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2018.

⁴⁶⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 217.

⁴⁶⁷ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas, op. cit., p. 1092-1106.

⁴⁶⁸ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 135-136.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 136-137.

tanto como *cheapest cost avoider* como *best cost avoider*⁴⁷⁰, a depender da prevalência de uma simples relação de custo-benefício ou de uma regra moral distributiva que impõe certa maneira de alocar os recursos, aquele que melhor pode minimizar os custos de certos acidentes. Nas palavras de Diogo Mendonça:

Essa apreciação [...] faz com que a responsabilidade civil seja não apenas uma ferramenta de compensação de danos, mas também um meio de atribuição de riscos e, em especial, um instrumento capaz de reduzir as situações danosas e os custos dela decorrentes. (MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 04)

Entretanto, há de se considerar, sobretudo no contexto limitado do Poder Judiciário, que também incorre em custos para realizar sua atividade, inclusive aqueles relativos à assimetria de informações fornecidas pelas partes, que nem sempre será possível identificar (ou, sendo possível, os custos dificultam o acesso a tal precisão) o agente que possa melhor minimizar os custos de certos tipos de acidentes⁴⁷¹.

Nesta toada, Guido Calabresi sugere outros direcionamentos simplificadores diante desta eventual incerteza. Pode-se atribuir os custos àquele mais bem colocado para negociar com outras (*best briber*⁴⁷²), que geralmente é aquele que tem melhor consciência do nível de risco em questão, de forma a que ao menos sejam maximizadas as possibilidades de corrigir a alocação sub-ótima dos custos por acordos entre os interessados – ou, ainda, atribuir os custos àquele que melhor pode organizar a cooperação dos interessados para um projeto coletivo (*best coercer*⁴⁷³), tendo-se sempre em mente que cadeias contratuais de longa duração (que não por acaso atraem a responsabilização solidária no Brasil) constituem “universos com baixos custos de transação, e nas quais o ônus da ação corretiva pode ser contratualmente deslocado para a pessoa em melhor posição de assumi-lo”⁴⁷⁴.

Em todas estas diretivas, a responsabilização pode ser guiada pela busca daquele que possa evitar o dano de forma menos onerosa, ou aquele que melhor poderia fazê-lo

⁴⁷⁰ CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 139-142.

⁴⁷¹ Ibid., p. 143.

⁴⁷² Ibid., p. 150.

⁴⁷³ Ibid., p. 151.

⁴⁷⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 225.

diante de parâmetros socioeconômicos ou morais elegidos pelo ordenamento⁴⁷⁵. A ênfase sai da tarefa potencialmente impossível de se encontrar a solução absolutamente mais eficiente, para a “concepção de um procedimento que promete, em princípio, levar-nos o mais perto possível de tal resultado”⁴⁷⁶. É imbuído deste propósito que a proposta de New Haven para o Direito e Economia se inclina para a substituição do modelo de responsabilidade subjetiva para o de responsabilidade objetiva, uma vez que a ocorrência de danos é inevitável e os acidentes são um problema social ínsito à complexificação da sociedade.

A utilização de um modelo objetivista, tendência que já observamos alhures, promove de forma mais eficiente a ideia de uma responsabilidade civil voltada ao gerenciamento de riscos⁴⁷⁷, o que denota que a interdisciplinariedade das diferentes metodologias sob a proposta do Direito e Economia, que numa impressão perfunctória pode causar estranhamento, serve para integrar a ciência (no sentido de cognoscibilidade) das consequências na formulação de direitos, em buscas de saídas não apenas eficientes, mas também mais justas⁴⁷⁸.

4 EFICIÊNCIA NA FUNÇÃO DISSUASÓRIA EM SEDE DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Os problemas carreados pela crescente complexificação do direito, sobretudo dos institutos da responsabilidade civil, desafiam a dogmática jurídica a acomodar, sob o manto da sua estrutura jurídica tradicional, os cada vez mais evidentes desdobramentos econômicos dos fatos sociais e a consequente ampliação de expectativas geradas com os novos conflitos de direitos⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 95-107.

⁴⁷⁶ Do original: “a demonstration not of what the efficient rule is but of how one goes about finding it” (FRIEDMAN, David D. *Law’s order: what economics has to do with law and why it matters*, *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 216).

⁴⁷⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106, jan./dez. 2010. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 1224.

⁴⁷⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 45-46. Ainda, em sentido complementar, cf. MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 30-31.

⁴⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 71-79.

O pensamento cerrado às respostas dogmáticas da responsabilidade civil para a ocorrência, reparação e, como se observou dantes, prevenção de eventos danosos, tem dificuldade em acompanhar a funcionalização do Direito Privado na contemporaneidade, fenômeno gestado como resposta às radicais e dinâmicas mudanças nas relações sociais, adaptadas a uma comunidade global⁴⁸⁰, preocupada com o seu futuro e na qual o material e o imaterial se mesclam de forma rápida e ubíqua⁴⁸¹.

Diante da dificuldade cada vez maior de se encontrar respostas satisfatórias para fenômenos antigos e novos, como o fetiche pela função dissuasória do dano moral no contexto brasileiro, pode-se dizer, de um ponto de vista científico, que o conhecimento jurídico hodierno está, já há algum tempo, se encaminhando para uma mudança de paradigma. Vive-se, portanto, um momento propício aos questionamentos quanto à forma e função da responsabilidade civil naquilo que já estabelecemos como sociedade de risco⁴⁸².

Questões como a concretização de políticas públicas pela via do Judiciário, a resolução de conflitos de terra, o arbitramento do dano moral e, naquilo que é objeto de estudo deste trabalho, a efetivação de uma chamada função dissuasória neste tipo de indenização, desafiam o jurista a enfrentar, *vis-à-vis*, a repercussão econômica da norma e, sobretudo, a finalidade a que se propõe, perfazendo uma avaliação consequencialista⁴⁸³ dessa adequação.

Considerando o poder que a palavra exerce no Direito, e o recorrente abuso da retórica na distorção de conceitos e definições “aos limites do irreconhecimento”⁴⁸⁴, o raciocínio juseconômico contribui pela formalização de premissas e modelos analíticos que, se não validam proposições valorativas (que não podem ser falseadas, qualquer que seja a abordagem utilizada), podem pelo menos testar as consequências da norma

⁴⁸⁰ É curioso notar que a expansão do fenômeno da globalização deve muito à integração econômico-social promovida por profissionais do direito e economistas através da intrincada construção de redes de redes normativas heterárquicas. Para um estudo aprofundado do impacto da globalização nas estruturas do Direito e da Economia, cf. PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 51.

⁴⁸¹ JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face a globalização. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (Org.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Porto Alegre: Renovar, 2005.

⁴⁸² LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106, jan./dez. 2010. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 1223-1225.

⁴⁸³ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 10-11.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 29.

enquanto emanadora de incentivos e, assim, contribuir para que esta melhor alcance seu desiderato.

Aduz-se, portanto, que são problemas em que a mera intuição do intérprete, principalmente em casos concretos de maior complexidade, não é suficiente. A ideia é utilizar conceitos econômicos tais como eficiência, utilidade, custos, dentre outros, para melhor compreender as implicações de determinados fatos na conformação do ordenamento jurídico, seus impactos na economia e no comportamento das pessoas.

Para tanto, é aplicado o instrumental analítico e empírico da microeconomia e da economia do bem-estar social, a fim de se explicar a racionalidade implícita no ordenamento jurídico, compreendendo e prevendo suas repercussões nas relações interpessoais. Trata-se, nas palavras de Ivo Gico Jr., da “utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito”⁴⁸⁵.

Esta concepção instrumental da responsabilidade civil não deve ser encarada como uma subversão de sua racionalidade interna, porque, como já visto alhures, há uma convergência implícita de razões econômicas para as funções que têm sido dadas à responsabilidade civil⁴⁸⁶. Trata-se de um enfoque complementar⁴⁸⁷, capaz de possibilitar os intérpretes do direito a se livrarem das amarras cômodas da “semântica do instinto”⁴⁸⁸ para algo mais próximo de uma análise de custos e benefícios (análise esta balizada pelos vetores normativos previamente definidos, frise-se).

Os institutos do Direito Privado já de há muito vêm sendo tratados de maneira porosa a contribuições de outras áreas do conhecimento humano, e, assim como se percebe no direito das coisas, dos contratos, das famílias, não poderia ser diferente também na responsabilidade civil⁴⁸⁹, seara de infundáveis controvérsias – sobretudo por sua dinamicidade, já que para si convergem esforços constantes de adaptação às problemáticas suscitadas na evolução das relações sociais⁴⁹⁰.

Tais problemas gravitam em torno do dano, elemento nuclear de todas as situações sob o manto da responsabilidade, notadamente no caso dos acidentes, e que “cada época

⁴⁸⁵ GICO JÚNIOR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

⁴⁸⁶ VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. 2. Ed. London: The Institute of Economic Affairs, 2006, p. 80 et seq.

⁴⁸⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 03.

⁴⁸⁸ POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 212.

⁴⁸⁹ MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 130.

⁴⁹⁰ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 180.

cria o instrumental, teórico e prático, além dos meios de prova necessários para repará-los”⁴⁹¹. Especificamente os danos morais e a função dissuasória que se logra injetar na sua aplicação é o foco deste capítulo, que apresenta algumas possíveis soluções de compatibilização pela Análise Econômica do Direito.

4.1 PREVENÇÃO E DIREITO DE DANOS

O termo “direito de danos” é utilizado aqui com informalidade no sentido de especificar o tratamento do Direito e Economia no que concerne os danos, especificamente os danos morais, na responsabilidade civil objetiva⁴⁹², e não no sentido de defesa de um campo do direito autônomo voltado ao estudo particular dos danos.

É um engano dizer que o dano moral não tem conteúdo econômico⁴⁹³, pela simples ausência de equivalência do bem lesionado à moeda. Seu conteúdo econômico apenas não é imediatamente perceptível porque as pessoas não estão acostumadas a negociar bens que compreendem estar fora de mercado (que não comprariam ou venderiam por uma questão de princípio)⁴⁹⁴. Contudo, há uma dimensão passível de expressão em pecúnia do dano moral, negociada ordinariamente pelas pessoas em sociedade, e esta dimensão é a disposição a encarar o risco.

Compreender o dano moral a partir de sua função economicamente dissuasória implica deixar de lado a conceituação limitada que se concentre apenas nos efeitos decorrentes da lesão, como visto nas justificativas sentimentalistas do dano moral e do viés retributivo que se busca imprimir incessantemente à noção de desestímulo⁴⁹⁵, ou apenas no bem jurídico lesionado, o que serve apenas para a seleção dos interesses merecedores da tutela, não para a mensuração da extensão do dano.

⁴⁹¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 150.

⁴⁹² Trata-se de uma designação feita com naturalidade, sem qualquer pretensão de encampar uma nova área denominada de “direito de danos”, ainda que por vezes se adote um discurso implicitamente afirmativo por parte da doutrina. Neste sentido, cf. ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 10-11.

⁴⁹³ Como o faz Carlos Alberto Bittar, cf. BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

⁴⁹⁴ COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. **San Diego Law Review**, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1098. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

⁴⁹⁵ BATTESINI, Eugênio. Comparison of tort law systems from the perspective of economic efficiency: brazilian civil code, principles of european law and restatement of the law. **Economic analysis of law review**, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília), p. 07-09.

É oportuno, para se poder compatibilizar a atenção à esta dimensão econômica do dano moral, o resgate da antiga ótica distintiva – e didática – do dano-evento, o qual se consubstancia na lesão ao interesse juridicamente protegido, e dano-prejuízo, que traduz as consequências decorrentes da lesão⁴⁹⁶. Trata-se de expediente antigo na dogmática jurídica⁴⁹⁷, que paulatinamente foi deixando de ser usado à medida que os juristas se referiam, simplesmente, ao dano como o resultado da lesão⁴⁹⁸.

O acontecimento danoso é cindido em dois momentos diversos, nenhum dos quais sozinho é capaz de gerar o dever de indenizar, já que o mero prejuízo desacompanhado de lesão a um interesse jurídico protegido não dá causa à indenização, assim como a lesão a um interesse da qual não decorram prejuízos é inócua para a responsabilidade civil.

Esta proposta de fracionamento do fenômeno permite desvelar tanto o sentido jurídico do dano quanto a sua dimensão econômica, viabilizando o raciocínio global e recíproco dos eventos danosos pugnado pela Análise Econômica do Direito⁴⁹⁹ que permite a utilização de referenciais sociais objetivamente aferíveis para a estimativa de danos que desafiam a mensuração, como se circunscreve o dano moral⁵⁰⁰.

Como se demonstra, este expediente didático auxilia o intérprete do direito a visualizar as situações descritas pelos modelos econômicos de precaução e custos sociais a seguir delineados, bem como se adequa à cognição de que embora a definição do dano seja concentrada no bem jurídico lesionado, o cálculo de seus prejuízos é possível, sem importar na confusão das consequências do evento danoso com o próprio dano⁵⁰¹.

4.1.1 A regra de Learned Hand

Um dos mais importantes instrumentos de Direito e Economia aplicado à seara da responsabilidade civil é a chamada Fórmula de Hand. Trata-se de ferramenta de grande

⁴⁹⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 04.

⁴⁹⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 1, n. 1, jan./jun. 1985, Rio de Janeiro: Forense, p. 66.

⁴⁹⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil v. II**. 9. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 735.

⁴⁹⁹ SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 74.

⁵⁰⁰ Sem necessariamente concordar com os influxos de Direito e Economia, Calmon de Passos já lecionava ser necessário “*desubjetivizar* esses danos [morais], construindo referenciais de natureza social como parâmetros para sua definição e estimativa” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. O imoral no dano moral. **Informativo Incijur**, n. 46, mai. 2003, Joinville: Instituto de Ciências Jurídicas, p. 10).

⁵⁰¹ MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 75.

importância tanto na análise econômica positiva, quanto na análise econômica normativa, e que se presta a múltiplas aplicações.

Inicialmente, a Fórmula de Hand foi concebida para instrumentalizar uma forma objetiva de avaliar níveis exercidos de cuidado e identificar o que seria um nível eficiente de precaução⁵⁰². A solução foi encetada jurisprudencialmente combinando um patamar de precaução esperado, justificado em termos de custos, e o parâmetro de diligência⁵⁰³, difundida pelo juiz estadunidense Learned Hand no caso *United States v. Carroll Towing Co*⁵⁰⁴ – que, embora não tenha sido seu primeiro caso de aplicação, tornou-se o mais famoso.

O caso se tratava de acidente envolvendo um rebocador e uma barcaça de carga no porto de Nova York, que se encontrava amarrada junto a outras embarcações com uma única corda. A tripulação do rebocador, não encontrando ninguém a bordo das barcaças, ajustou a corda de ancoragem, inadvertidamente produzindo o desengate de uma das embarcações e a conseqüente colisão com outra, afundando toda a sua carga. O proprietário da barcaça perdida alegou que os tripulantes do rebocador foram negligentes no reajuste da corda de ancoragem, ao passo que o proprietário do rebocador afirmou que o dono da barcaça fora negligente porque não garantiu a presença de seu barqueiro durante o horário de expediente⁵⁰⁵.

O raciocínio do juiz foi explicitado em termos algébricos, de maneira que o custo de exercer um patamar maior de precaução esperado – neste caso, manter o barqueiro a postos – era menor que o custo do prejuízo multiplicado pela probabilidade de sua ocorrência, razão pela qual neste caso o dono da barcaça foi considerado negligente⁵⁰⁶.

Em linhas gerais, significa que se os custos de um acidente são menores do que os custos de se evitá-lo, a conduta racional não seria impedir o acidente, preferindo o lesante pagar uma indenização ao lesado⁵⁰⁷. A regra inaugurada pelo juiz Learned Hand foi um marco no fornecimento de critérios objetivos de parâmetro de diligência para fins de comparação com a conduta do agente ofensor, pois viabiliza a conclusão de que uma conduta será culposa se os custos de cuidado razoavelmente necessário para evitar o

⁵⁰² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Scholarship Repository, 2016., p. 213.

⁵⁰³ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 66.

⁵⁰⁴ Processo número 159 F.2d 169, Second Circuit Court of Appeals, 1947.

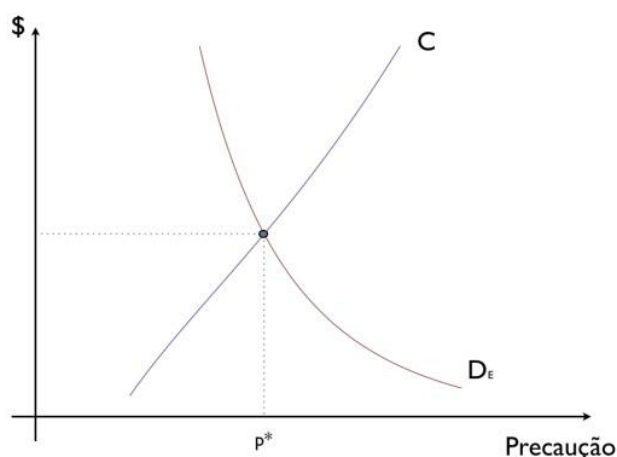
⁵⁰⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, op. cit., p. 213-214.

⁵⁰⁶ Ibid., p. 214.

⁵⁰⁷ MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 67.

resultado danoso (C) forem menores do que a probabilidade de ocorrência deste (p) multiplicada pelos custos do prejuízo (d), vale dizer: caso $C < p * d$ ⁵⁰⁸.

É de se notar que para se ater a resultados econômicos mais apurados, a Fórmula de Hand deve ter suas variáveis pensadas na margem, comparando-se o custo de uma precaução a mais com o custo do prejuízo multiplicado pela probabilidade marginal correspondente ao exercício do patamar de diligência⁵⁰⁹; além disto, deve-se compreender seu uso como uma aproximação incompleta, não se olvidando dos vieses de otimismo e retrospectiva⁵¹⁰. A solução pode ser ilustrada graficamente de maneira a evidenciar a eficiência atingida pela sua aplicação, vejamos da representação feito por Antônio Porto e Lucas Gomes⁵¹¹:



C = custo marginal de precaução

$D_E = \text{dano esperado marginal} = p * d$

p = probabilidade marginal de ocorrência de dano

d = dano marginal

O gráfico é desenhado entre dois eixos, um vertical que representa medidas de custo, e um horizontal que representa níveis exercidos de precaução, assim, a curva “C”

⁵⁰⁸ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 183-184.

⁵⁰⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, op. cit. p. 215-216.

⁵¹⁰ Ibid., p. 216-217. Neste sentido, cf. SUNSTEIN, Cass R. Behavioral law and economics: a progress report. **American law and economics review**, v. 1, 1999. New Haven: Oxford University Press, p. 122, p. 143 et seq.

⁵¹¹ PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 20, 2010, p. 317.

descreve uma função dos custos de precaução. Sobreleva que, à medida que se exerce maior precaução, os custos de tal expediente aumentam. Como a curva “D_E” descreve a função do dano esperado, levando em conta não apenas o prejuízo estimado mas a probabilidade marginal de sua ocorrência, correspondente ao exercício de maior precaução.

Percebe-se que a solução eficiente, isto é, que promove o nível ótimo de precaução considerando-se o parâmetro de diligência razoável, se coloca no nível de precaução “p*”, em que a curva de custo marginal de precaução se encontra com a curva do dano marginal esperado⁵¹². A regra exprimida pela Fórmula de Hand preleciona que qualquer nível de precaução inferior a “p*” constituirá uma conduta culposa, e qualquer nível superior de precaução, será excessivo, ambas situações ineficientes.

O uso da Fórmula de Hand é conveniente porque, além de se amoldar como fundamento argumentativo-racional das decisões – já que, as discussões judiciais em matéria de responsabilidade cingem-se a avaliação de condutas sob certos padrões⁵¹³ –, ela é também exequível diante das informações acessíveis pelos juízes⁵¹⁴, aproximando-se da realidade do Poder Judiciário. O uso da fórmula é viabilizado mediante a análise pericial de especialistas sobre as probabilidades relevantes, e, ainda, através de informações requeridas, ou já levadas ao juízo (o que depende muito mais da implementação de uma cultura judiciária de aplicar o raciocínio juseconômico nas cortes) pelas partes no processo, sendo ainda possível – como soem ser os casos de acidentes im pessoais regrados pela responsabilidade objetiva – que já existam estudos abrangentes de antemão (sobretudo por companhias de seguro) que possam ser utilizados no processo.

É possível vislumbrar, destarte, que a aplicação da Fórmula de Hand permite a aprimoração racional do recurso a padrões médios, largamente utilizados pela doutrina jurídica da responsabilidade civil⁵¹⁵, como as figuras do *bonus pater familias* e do *reasonable man*, criticadas por constituírem-se em padrões amplíssimos e de difícil amoldamento no caso concreto.

⁵¹² PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 20, 2010, p. 317.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 332.

⁵¹⁴ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 200.

⁵¹⁵ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 158.

Embora sua aplicação inicial seja voltada a casos submetidos a uma regra de responsabilidade subjetiva (no caso original, *negligence*), mostra-se bastante útil, também, na aplicação das cláusulas gerais de responsabilidade objetiva (e.g., fundamentação de aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil⁵¹⁶). Ademais, pode servir para construção de parâmetros regulatórios sob uma perspectiva legislativa⁵¹⁷, além de outras aplicações exploradas pelo estado da arte do Direito e Economia, como, por exemplo, na utilização da técnica expressa pela Fórmula de Hand para explicar o nexo de causalidade na responsabilidade civil, considerando adequada como “causa” de um evento danoso a conduta que, sendo responsabilizada, promoverá uma alocação mais eficiente de recursos de precaução⁵¹⁸ – uma ideia que fundamentalmente assume o nexo de causalidade mais como um resultado do que uma premissa⁵¹⁹.

Neste sentido, sua abrangência não mais se limita à esfera da responsabilidade subjetiva, para formulação de *standards* de diligência, sendo possível amoldar a técnica para servir como ferramenta de fixação de montantes indenizatórios⁵²⁰ – inclusive, e sobretudo no contexto deste trabalho, do *quantum debeat* do dano moral em sede de responsabilidade objetiva.

4.1.2 O risco e o modelo do custo social

Sob a proposta de estudos do Direito e Economia, o risco não se resume a um fundamento do dever de indenizar, mas funciona também como um modelo do sistema de responsabilidade, partindo de premissas irreais, mas com poder preditivo⁵²¹, em que as normas são encaradas como instrumentos de incentivo para que os agentes adotem as

⁵¹⁶ **Art. 927.** [omissis]

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.

⁵¹⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil:** o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 67.

⁵¹⁸ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Nexos de causalidade e responsabilidade civil: uma abordagem econômica. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (coord.) **Direito e economia** – textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113-115.

⁵¹⁹ MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 69.

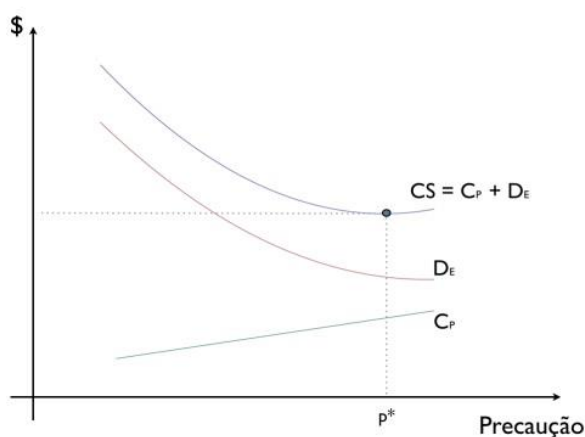
⁵²⁰ *Ibid.*, p. 66.

⁵²¹ POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to law and economics.** 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 57-59.

medidas de precaução que se aproximem do idealizado pelo ordenamento⁵²² – pois a sociedade não está disposta a eliminar os eventos danosos a qualquer custo⁵²³.

Neste sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen⁵²⁴ avançam de maneira complementar ao que se estabelece na Fórmula de Hand, exprimindo em termos mais gerais este expediente da prática⁵²⁵, de maneira a ilustrar uma fórmula do custo social e como se pode estipular sua minimização.

A construção designa como “Custo Social” (CS) a soma das variáveis custo do exercício de precaução (C_P) e dano esperado (D_E), consistente no montante do prejuízo multiplicado pela sua probabilidade. Tem-se, assim, que $CS = C_P + D_E$, conforme ilustra o gráfico de Antônio Porto e Lucas Gomes⁵²⁶:



CS = custo social

C_P = custo de precaução marginal

D_E = dano esperado marginal = $p \cdot d$

p = probabilidade marginal de ocorrência de dano

d = dano marginal

⁵²² MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 58.

⁵²³ CALABRESI, Guido. **The cost of accidents**: a legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 17-18.

⁵²⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Scholarship Repository, 2016., p. 331-333.

⁵²⁵ PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 20, 2010, p. 320.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 321.

Os custos sociais são representados assim pelo somatório dos custos incorridos por agente ofensor e vítima, sendo o nível de precaução ótimo “p*” aquele que minimiza a função de custo social (CS). Em síntese, ao se incrementar a precaução (custo marginal), reduz-se o custo esperado do dano (benefício marginal), sendo a eficiência – em termos ideais – atingida quando o custo marginal se iguala ao benefício marginal⁵²⁷.

Destarte, toda zona ilustrada antes do ponto “p*” (onde o custo marginal de precaução é menor do que o benefício marginal obtido na redução do dano esperado) se caracteriza como carente de precaução, ao passo que após o ponto “p*” se está diante de situações em que a precaução está sendo exercida em excesso⁵²⁸.

Observe-se, todavia, que enquanto na ilustração da Fórmula de Hand, “p*” estabelece um patamar de diligência esperado específico do agente analisado, nesta ilustração “p*” se desvela como a precaução total das condutas adotadas por ambos os agentes⁵²⁹.

A conjugação complementar da Fórmula de Hand e o modelo de Custo Social ajudam a visualizar como propor uma solução que aproxime a aplicação da função dissuasória que se intenta imprimir na condenação por danos morais, à ideia de eficiência econômica, sem contudo ignorar que sob uma regra de responsabilidade objetiva existe uma preocupação prévia do ordenamento em socializar as perdas da vítima⁵³⁰, o que na narrativa econômica significa distribuir os custos através do *best cost avoider*.

O gráfico serve para ilustrar, portanto, como enxergar situações em que a dissuasão dos acidentes é menor (*underdeterrence*) ou maior (*overdeterrence*) que o ótimo desejado, o que se mostra imprescindível para adequar meios e fins na consecução de uma função dissuasória do dano moral.

4.2 DISSUASÃO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Ao se observar que a crise da responsabilidade civil contemporânea se assenta numa mudança de paradigmas, em que se busca dar lugar ao gerenciamento de riscos por

⁵²⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil:** o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 56.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 57.

⁵²⁹ PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 20, 2010, p. 320-322.

⁵³⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 12.

uma distribuição dos custos voltada para a redução de acidentes, sem, contudo, cair nas armadilhas de um sistema judiciário explorável pelas partes (como se apercebe pelos problemas ocasionados pela falta de um esteio racional no efeito dissuasório do dano moral), é inevitável o pensamento de que doutrina e jurisprudência se encontram maduras para compreender os institutos da responsabilidade civil de forma funcionalizada⁵³¹.

Faz-se mister que os intérpretes do direito encarem a responsabilidade civil em sua roupagem funcional, sem olvidarem-se de que “impor o dever de indenizar significa, a um só tempo, impor a alguém o dever de evitar o dano e atribuir a outrem o direito correlato de não sofrê-lo”⁵³².

Destarte, exsurge a necessidade de se acrescentar à visão tradicional da responsabilidade civil uma análise centrada nos efeitos gerados pela responsabilização⁵³³, apreciando-se, em uma abordagem objetivamente aferível, os custos dos eventos danoso e os custos de se evitá-los⁵³⁴, logrando assim alcançar o escopo econômico da responsabilidade civil de redução dos custos dos acidentes.

Neste sentido, os influxos do Direito e Economia se revelam aptos a explicar as bases da nova racionalidade do desestímulo, conjugando o contemporâneo raciocínio da dogmática jurídica para seleção dos interesses merecedores de tutela⁵³⁵ – afinal, a ponderação de interesses na identificação de um dano ressarcível, no contexto de colisão de princípios, também se explica pelo raciocínio coasiano⁵³⁶ de se evitar o dano mais

⁵³¹ Neste sentido foi o vaticínio de Oliver Holmes Jr., pela convergência de esforços da academia jurídica em estudar os fins que procuramos alcançar com o direito e as razões para desejá-los, cf. HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of the law*. **Harvard Law Review**, v. 991, 1997. New York: W.S. Hein Co., p. 10. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr110&div=47&id=&page=>>>. Acesso em 09 de junho de 2018.

⁵³² MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79-80.

⁵³³ *Ibid.*, p. 56.

⁵³⁴ Na terminologia de Guido Calabresi, como vimos, custos dos danos e custos de evitar os danos são, respectivamente, custos secundários e custos primários; custos terciários são os custos administrativos incorridos, cf. CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 17, p. 164.

⁵³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, v. 854, 2006, p. 24.

⁵³⁶ COASE, Ronald H. O problema do custo social. Trad. Francisco Kummel Alves e Renato Vieira Caovila. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60 et seq.

grave⁵³⁷, se considerada a eficiência num duplo teste socioeconômico⁵³⁸ – com uma proposta de análise dos eventos danosos em seu caráter de reciprocidade, buscando equacionar a eventual prevalência entre o interesse lesado e o interesse lesivo de maneira mais eficiente o possível.

Tal proposta vai além da seleção dos interesses mercedores de tutela para também dimensionar, sob um novo olhar, o dano em sua extensão, atribuindo-lhe caráter econômico sem embaraços com suas justificativas morais. Trata-se de passo necessário para se concretizar a vocação – explicável em termos jurídicos e econômicos – precípua de qualquer regra de responsabilidade objetiva: a alocação, sob um fundamento moral distributivo, dos custos (perdas e riscos) de um evento danoso⁵³⁹.

A partir da ideia vista neste trabalho de que a responsabilidade civil fundada no risco se desvela enquanto modelo que busca maximizar a eficiência dos custos sociais se pretende ilustrar qual a estrutura de incentivos esperada na regra de responsabilidade objetiva e o que se entende por dissuasão na narrativa econômica de incentivos, permitindo assim identificar parâmetros para o arbitramento eficiente do *quantum debeat* do dano moral, como também compreender essa noção de arbitramento eficiente como a própria realização da função dissuasória.

4.2.1 Estrutura de incentivos na responsabilidade objetiva

No estado de coisas atual, observa-se que se se intende imprimir uma repercussão dissuasória genérica na responsabilidade objetiva, pela via da condenação por danos morais, deve-se performar uma distribuição indireta das perdas (*loss spreading*)⁵⁴⁰ ao repassar os custos à parte que melhor pode executar essa função.

⁵³⁷ Constituindo um verdadeiro ponto de confluência dialógica entre correntes distintas do pensamento jurídico. Neste sentido, cf. MESSINA, Gabriel. Derecho y economía: una aproximación. **Economic analysis of law review**, v. 8, n. 1, jan./jun. 2017. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília), p. 187.

⁵³⁸ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na Constituição de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 95 et seq. Em sentido complementar, cf. GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Revista Sequência – estudos jurídicos e políticos**, n. 68, jun. 2014, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, p. 272-273.

⁵³⁹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência, tomo I. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 218.

⁵⁴⁰ CALABRESI, Guido. **The cost of accidents**: a legal and economic analysis. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 39-45, p. 198-235.

Parte da doutrina jurídica explica este intento em função do chamado princípio da solidariedade, na esteira do que já expomos sobre o paradigma da sociedade do risco⁵⁴¹. Não por outra razão as teorias da responsabilidade fundada no risco responsabilizam aqueles que tem acesso mais fácil às informações de precaução e da atividade, conforme nota Guido Calabresi:

The justification for allocation of losses on a nonfault basis [...] is that if losses are broadly spread-among people and over time-they are least harmful. First, the theory runs, the real burden of a loss is smaller the more people share it. Second, the theory argues, the longer the time over which the total money burden of a loss is borne, the smaller its real burden will be. (CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the law of torts. *The Yale law journal*, v. 70, n. 4, mar. 1961. New Haven: Yale University Press, p. 517)

Entender os incentivos nas relações de interdependência entre agentes ofensores e vítimas constitui passo importante para se alcançar uma visão mais abrangente dos eventos danosos para lograr uma alocação mais eficiente das perdas, e, portanto, dos riscos, de tais acontecimentos.

Consequentemente, a quantificação dos danos (que é a consubstanciação das perdas) deve ser realizada de maneira a transferir o ônus completo das externalidades, o que significa que o dano moral não pode prescindir de uma mensuração objetivamente aferível, sobretudo sob uma regra de responsabilidade objetiva, em que a condenação a uma classe de agentes em particular, independentemente de avaliação de sua conduta, centra o debate na alocação ótima desta distribuição⁵⁴².

Tomando a responsabilidade objetiva como um dado, é preciso se atentar para o fato de que o plexo de eventos danosos sob sua égide, notadamente em se tratando de acidentes, nem sempre se traduz como situações em que apenas o agente ofensor pode tomar precauções⁵⁴³.

É possível visualizar a estrutura de incentivos sob uma regra de responsabilidade objetiva através do espectro da Teoria dos Jogos, que é instrumental econômico de análise

⁵⁴¹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo; Quartier Latin, 2010, p. 251-252.

⁵⁴² “Our increasing concern with loss spreading, moreover, has resulted in an increasing number of nonfault losses being given monetary value and being assigned to a particular party. Once this is done there seems to be no financial reason for not assigning the loss in a way which fosters proper allocation of resources” (CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the law of torts. *The Yale law journal*, v. 70, n. 4, mar. 1961. New Haven: Yale University Press, p. 533).

⁵⁴³ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 64.

de comportamento estratégico em situações de interdependência entre os tomadores de decisão⁵⁴⁴, assumindo-se as premissas simplificadoras da realidade de que os agentes sabem suas preferências, suas limitações e são capazes de escolher a melhor ação diante de dado contexto, premissas instrumentais, tal como um mapa, conforme assevera Ronald Hillbrecht:

Desta forma, a teoria dos jogos é o análogo de um mapa que não contém todos os elementos da realidade, mas que no entanto serve para alguns objetivos específicos. [...] Da mesma forma, o uso da teoria dos jogos no Direito não substitui o conhecimento jurídico que, conforme esta analogia, é um mapa que revela um tipo de informação relevante para determinado problema. A virtude de teoria dos jogos é ser um mapa adicional, capaz de revelar informação adicional útil aos profissionais das áreas jurídicas. Desta forma, o que modelos abstratos em teoria dos jogos fazem é eliminar o excesso de detalhes da realidade, simplificando a situação em questão de modo seja possível inferir conclusões corretas a partir das interações dos agentes, dos seus objetivos e das restrições relevantes, conclusões estas que não seriam possíveis caso fosse considerada toda a riqueza e complexidade da realidade. (HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti [Org.]. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 116)

Sob o escopo de uma regra de responsabilidade objetiva, tem-se que o agente ofensor arcará na maior parte das vezes com o montante dos prejuízos do evento danoso – dado que a essência da responsabilidade pelo risco é o deslocamento das perdas da vítima para o *best cost avoider*. Todavia, existem diversas interpretações para a possível exclusão de responsabilidade⁵⁴⁵, dentre a qual destacamos o caso em que a vítima aja de forma a colaborar com o resultado danoso, deliberadamente provocando o acidente ou deixando de exercer um patamar de cautela tido como adequado para a situação.

Assim sendo, procura-se ilustrar a dinâmica através de um jogo, em que se adota como premissa simplificadora a interpretação de que o agente ofensor será responsabilizado em todos os casos, salvo quando a vítima agir com culpa, ignorando-se

⁵⁴⁴ “Em outras palavras, a teoria dos jogos é a ciência do comportamento racional em situações em que existe interação, ou interdependência, entre os agentes” (HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti [Org.]. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 115).

⁵⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 175 et seq.

a consequência da culpa concorrente e considerando apenas a hipótese de culpa exclusiva da vítima (fato exclusivo da vítima), aferida conforme a Fórmula de Hand⁵⁴⁶.

O jogo parte do exemplo que ofensor (A) e vítima (B) estão diante de um cenário danoso de um acidente veicular de prejuízo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a probabilidade de ocorrer de 0,1%. Desta feita, ofensor (A) está em uma situação de causar um dano esperado de R\$ 20,00 (vinte reais) à vítima (B), ocasionado pela multiplicação do prejuízo pela probabilidade de ocorrência na situação exemplificada em abstrato⁵⁴⁷.

Se medidas de precaução forem tomadas por quaisquer das partes, esta probabilidade do dano cai para 0,05%, e se ambas as partes tomarem as medidas de cautela, cai para 0,02%; para simplificar, tais medidas de precaução custam R\$ 5,00 para quem quer que as tome. O jogo é representado pela tabela de Antônio Maristrello Porto e Lucas Thevenard⁵⁴⁸:

		VÍTIMA	
		Exerce precaução	Não exerce precaução
OFENSOR	Exerce precaução	- R\$9,00; - R\$5,00	- R\$5,00; - R\$10,00
	Não exerce precaução	- R\$10,00; - R\$5,00	R\$0,00; - R\$20,00

Note-se que a tabela representa os *payoffs* de cada agente, o resultado marginal esperado em cada situação dependendo das escolhas realizadas por ambos⁵⁴⁹. Observe que na célula superior esquerda, ofensor (A) exerce o patamar de precaução, assim como vítima (B), de maneira que pela suposição da regra de responsabilidade objetiva, a vítima tem um benefício marginal de R\$ 15,00 (quinze reais), pois gasta apenas com as medidas de precaução (R\$ 5,00), enquanto o agente ofensor tem um benefício marginal de R\$

⁵⁴⁶ O resultado é eficiente acaso o custo total da precaução seja menor que o benefício marginal com ela obtido.

⁵⁴⁷ PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 20, 2010, p. 314, p. 327.

⁵⁴⁸ PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard, op. cit., p. 327-328. Em sentido similar, cf. PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 193-196.

⁵⁴⁹ Os valores estão assim dispostos: antes de cada vírgula está o resultado do ofensor (conduta disposta em linhas), e após cada vírgula, o resultado da vítima (conduta disposta em colunas).

11,00 (onze reais), pois incorre nos custos de precaução (R\$ 5,00) mais a internalização do dano esperado pela precaução exercida por ambos (R\$ 4,00 ou $20.000 \times 0,02\%$).

Já na célula superior direita, ao ofensor (A) exerce o patamar de precaução, mas a vítima (B) não o faz, de maneira que a vítima incorre num benefício marginal de R\$ 10,00 (dez reais), pois irá ser onerada pela culpa pelo valor do dano marginal esperado (R\$ 10,00 ou $20.000 \times 0,05\%$), e o agente ofensor terá o benefício de R\$ 15,00 (quinze reais), vez que arcará com os custos de precaução e não suportará as perdas marginais. Na célula inferior esquerda, a situação se inverte de forma precisa, pois ao exercer o patamar de cautela vítima (B), não haverá excludente de responsabilidade do ofensor (A), que suportará as perdas marginais de R\$ 10,00 (dez reais), enquanto a vítima incorre apenas nos custos de precaução.

Por fim, a célula inferior direita representa os *payoffs* caso nenhum dos agentes exerça precaução. Considerando a premissa simplificadora de que a não realização de precaução pela vítima impõe uma excludente da responsabilidade objetiva, percebe-se que vítima (B) irá suportar o dano esperado em sua inteireza (R\$ 20,00 ou $20.000 \times 0,01\%$), enquanto o ofensor (A) obterá um benefício marginal de R\$ 20,00 (vinte reais), pois não precisa incorrer sequer nos custos de precaução⁵⁵⁰.

Da abstração de tal evento danoso nesta maneira, é possível aduzir que a vítima tenderá a exercer precaução, sendo essa sua resposta menos custosa em qualquer situação, pois do contrário abrirá espaço para a excludente de responsabilidade do ofensor – trata-se, assim de uma estratégia dominante⁵⁵¹ para a vítima exercer precaução nesta abstração de responsabilidade objetiva. Por outro lado, o agente ofensor não possui estratégia dominante *in casu*, pois obterá os melhores *payoffs* a depender da situação, se adotar o patamar de precaução junto com a vítima, ou se deixar de adotá-lo também em consonância com a falta de diligência da vítima.

Esta análise sugere, contudo, que como a vítima tende a exercer o patamar de precaução⁵⁵², sendo esta sua estratégia dominante, o comportamento socialmente ótimo

⁵⁵⁰ PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 20, 2010, p. 327-328. Em sentido similar, cf. PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 193-196.

⁵⁵¹ “Uma estratégia é chamada estratégia dominante quando seus *payoffs* forem maiores do que os das estratégias alternativas, independentemente das escolhas dos rivais” (HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 118).

⁵⁵² PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard, op. cit., p. 333.

consubstancia-se na adoção da precaução também pelo ofensor⁵⁵³, isto se a solução fosse atingida de maneira voluntária, o que não ocorre pela solução via tutela condenatória – que, ao revés, tem como fito precisamente impor a solução involuntariamente.

Destarte, este esquema, simplificado e hipotético, serve para elucidar que nas situações reais sujeitas à uma regra de responsabilidade objetiva, não há necessidade de um estímulo a mais, um “plus”, para que o ofensor adote o comportamento ótimo, pois esta é uma tendência esperada – desde que se possa aferir a dimensão econômica dos prejuízos.

No que tange ao dano moral – que é, a um só tempo, a incógnita na quantificação dos danos e o veículo pelo qual os tribunais logram aplicar uma função dissuasória –, isto pode ser feito estabelecendo sua extensão em função da disposição da vítima em aceitar um risco compensável, o que incentiva o ofensor pela via da internalização dos custos de um comportamento ótimo da vítima. Veremos a seguir uma proposta de se mensurar os prejuízos do dano moral em razão da disposição para aceitar o risco da vítima, na tentativa de compatibilizar uma função dissuasória pela via da condenação por danos morais.

4.2.2 Dissuasão e o ótimo social

É cediço que inseridos dentro do contexto da racionalidade do desestímulo na quantificação dos danos morais está a ideia de prevenção, que não obstante a sua simplicidade pode ser relacionada com coisas bem distintas⁵⁵⁴. De proêmio, pode-se descartar o termo em prol do conceito de dissuasão, mais técnico, e que evita a confusão metalinguística – e paradoxal – com o fato de que a medida *ex post* da condenação por danos morais tenha alguma propriedade verdadeiramente preventiva, tal como medidas judiciais *ex ante* como cautelares e medidas autossatisfativas, por exemplo. Nesta seara, convém descortinar o que se entende por dissuasão geral, ou genérica (*general deterrence*), e dissuasão específica, ou especial (*specific deterrence*) – para valer-se da terminologia difundida por Guido Calabresi⁵⁵⁵.

⁵⁵³ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 193-196.

⁵⁵⁴ ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 63.

⁵⁵⁵ CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 68-94, p. 95-130.

Traduz-se como efeito de dissuasão geral, ou genérica (*general deterrence*), quando um potencial agente ofensor deve decidir “entre o benefício que lhe proporcionará realizar uma atividade de acordo a certas bases (por exemplo, adotando certos níveis de precauções) e o custo que lhe infligirá assumir a indenização de um dano”⁵⁵⁶, caso este venha a se concretizar. Trata-se de um cenário em que ele é estimulado, em sua estrutura de incentivos, a decidir por si se irá se engajar na atividade potencial geradora de eventos danosos, e quais precauções irá adotar no seu exercício.

É que, por outro lado, a dissuasão específica, ou especial (*specific deterrence*), se caracteriza por medidas impositivas que subtraem do agente essa decisão (ou, melhor dizendo, apenas o confronto com a decisão de aquiescer com a norma ou deliberadamente desobedecê-la) através de uma ordem – estatal⁵⁵⁷ – proibitiva, suspensiva ou impeditiva da realização de certas atividades, caracterizando assim uma autêntica prevenção.

Ambas as dimensões servem ao propósito dissuasório de redução nos custos sociais dos acidentes, em condições ideais. Sob uma regra de responsabilidade objetiva, a dissuasão genérica (*general deterrence*) orienta um sistema jurídico que imponha, a título de indenização, um valor idêntico (ou o mais próximo possível) aos danos que certa atividade tenha externalizado injustamente a outrem, de maneira que só se realizariam atividades que tenham um custo social menor do que o seu benefício social (o que conduz a uma alocação de recursos justa sob os parâmetros morais deste ordenamento)⁵⁵⁸.

Noutro giro, em sentido convergente, medidas de dissuasão específica (*specific deterrence*) orientam um sistema jurídico que controle (antecipadamente, ou, no limite, atue de forma extremamente célere em medidas impositivas de cessação) qual atividade deve ser realizada ou não, e em que medida⁵⁵⁹.

É na dimensão da dissuasão específica (*specific deterrence*) que estão as medidas genuinamente preventivas, que por imperativo lógico devem ser anteriores à causação do dano⁵⁶⁰, como, por exemplo, sequestro de automóvel em decorrência de inaptidão para circulação, a suspensão de uma obra civil, o fechamento compulsório de uma fábrica... medidas autossatisfativas ou cautelares que podem ser resultado de um processo administrativo, ou judicial cível ou penal. Tais medidas vêm sendo largamente utilizadas

⁵⁵⁶ ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 64.

⁵⁵⁷ Loc. cit.

⁵⁵⁸ Ibid, p. 68-69.

⁵⁵⁹ Ibid., p. 69.

⁵⁶⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106, jan./dez. 2010. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 1224.

para além da órbita administrativa, em muitas ordens fundadas em direito substantivo, mesmo no âmbito dos ordenamentos de filiação romano-germânica⁵⁶¹ – fenômeno que acompanha a transformação do direito na sociedade do risco.

Nota-se, ainda, que é dentro do âmbito generalista, ou genérico (*general deterrence*), que a racionalidade do desestímulo das indenizações por dano moral opera, ainda que equivocadamente atribua a esta rubrica o caráter de “preventivo”⁵⁶². A racionalidade da responsabilidade civil funcionalizada desvela nas indenizações por dano moral um típico instrumento de influência das decisões de mercado tomadas pelos agentes que desenvolvem atividades lícitas, porém sob a égide de uma regra de responsabilização objetiva.

Não obstante o fito em comum, as condições sociais afastam-se do modelo ideal de maneira a fazer com que medidas de dissuasão genérica acabem por ser mais aplicáveis, simplesmente por virtude dos altos custos de transação de se obter informações precisas sobre níveis de atividade e precaução, assim é a lição do argentino Hugo Acciarri:

[...] Em muitos casos é bem provável que quem empreenda em uma atividade tenha uma informação muito melhor (ou possa adquiri-la mais facilmente) que o Estado. [...] Nesse sentido, o sistema de responsabilidade, dispositivo gerador típico de *general deterrence*, muitas vezes lida melhor com o balanço entre custos e benefícios sociais que as medidas de *specific deterrence*. (ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 70)

Não por outra razão a racionalidade subjacente às teorias heterogêneas acerca da função dissuasória do dano moral é correta, embora executada sem observância a um esteio seguro. A lógica econômica da responsabilidade enquanto elemento estruturador de incentivos a agentes econômicos, converge com a lógica jurídica tradicional da responsabilidade civil enquanto consequência da violação de um bem juridicamente tutelado⁵⁶³, consequência esta que se caracteriza, no ponto de convergência em que se

⁵⁶¹ ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

⁵⁶² LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 79.

⁵⁶³ DOOMEN, Jasper. Rationality in law and economics. **Economic analysis of law review**, v. 2, n. 2, jul./dez. 2011. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília), p. 06-09.

impõe a internalização das perdas da vítima por parte do ofensor, como ressarcimento total das consequências do evento danoso⁵⁶⁴.

Disto é importante notar que o ordenamento jurídico, enquanto sistema regulatório, adotada medidas mistas de dissuasão e, mais do que isso, o Poder Judiciário, instituição tipicamente encarregada da função dissuasória em sua dimensão generalista, projeta também componentes de dissuasão específica, alheios à decisão “de mercado” dos agentes⁵⁶⁵. Entende-se desta forma que a busca incentivada pelo ordenamento mistura instrumentos de dissuasão ao *best cost avoider*, pois nem sempre a forma mais econômica de se evitar os acidentes (*cheapest cost avoider*) se adequará aos vetores normativos que circunscrevem a regulação dos eventos danosos⁵⁶⁶.

A diferença conceitual e prática permanece relevante, contudo, para que não se confunda o desestímulo indireto de uma repressão com o efeito dissuasório da reparação do dano, notadamente na compensação pelo dano moral. A ideia motriz da dissuasão na responsabilidade civil – isto é, que compatibiliza a funcionalização com a estrutura lógica do direito privado – não é a pena severa, mas o ressarcimento eficiente, pois apenas “mediante uma efetiva internalização desses custos gerados a terceiros, de modo a fazer com que a fixação do preço os leve em consideração, pode-se alcançar o patamar ótimo de dissuasão em matéria de responsabilidade civil”⁵⁶⁷.

Ora, não basta a simples imputação das externalidades àquele agente escolhido por um determinado vetor normativo de responsabilidade objetiva para suportar a distribuição dos riscos e alocação das perdas⁵⁶⁸, muito menos a estimativa completamente aleatória⁵⁶⁹ de um valor a título de sanção civil (e como se observa na experiência judicial pátria, sem nenhuma clivagem com a reparação).

Faz-se necessário compreender a estrutura de incentivos esperada numa regra de responsabilidade objetiva para que a quantificação do dano moral seja balizada de tal

⁵⁶⁴ Que é o ideal a que se sempre buscou aproximação, cf. JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. **Revista Forense**, v. 86, abr./jun. 1941, Rio de Janeiro: Forense, p. 57.

⁵⁶⁵ CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 105-108. Em sentido complementar, cf. MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 68-75, p. 95-107.

⁵⁶⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93.

⁵⁶⁸ POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to law and economics**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 125-132.

⁵⁶⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. O imoral no dano moral. **Informativo Incijur**, n. 46, mai. 2003, Joinville: Instituto de Ciências Jurídicas, p. 09.

forma a aproximar-se do ideal de dissuasão eficiente, vale dizer, em que o agente ofensor seja responsabilizado em extensão o mais fielmente possível aos prejuízos externalizados⁵⁷⁰, sem verter demasiadamente para um patamar de dissuasão inferior (*underdeterrence*) ou, mesmo, superior (*overdeterrence*), que o ótimo. A noção de otimização aqui decorre do raciocínio de maximização da riqueza, entendida como diminuição do custo social total dos acidentes⁵⁷¹.

A preocupação se justifica pois, de um lado, a estipulação de indenizações a menor do que as externalidades envolvidas⁵⁷² tende a provocar uma dissuasão sub-ótima (*underdeterrence*), o que se traduz nos seguintes desequilíbrios⁵⁷³: (i) repercussão indevida na formação dos preços, *in casu*, os preços de produtos e serviços ficariam mais baixos do que deveriam pelas leis de mercado⁵⁷⁴; (ii) a atividade potencialmente danosa será exercida de modo excessivo, em frequência ou intensidade; (iii) o agente ofensor tomará medidas insuficientes de cuidado, considerando o *standard* de precaução que se entenda adequado para o caso⁵⁷⁵.

Já pela consequência diametralmente oposta, a estipulação de indenizações que excedam as externalidades envolvidas é tendente a uma dissuasão supra-ótima (*overdeterrence*), que também desequilibra as relações sociais atingidas pela norma individual concreta: (i) influenciando indevidamente a formação dos preços, que ficariam mais caros do que deveriam; (ii) cerceando de maneira inapropriada a atividade potencialmente danosa, em desconsideração aos seus benefícios sociais; (iii) o agente ofensor tomará medidas de cuidado excessivas⁵⁷⁶. Desta maneira, fica claro que a atividade geradora do risco também possui um valor social⁵⁷⁷ e deve ser considerada no

⁵⁷⁰ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis, *apud* MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 93.

⁵⁷¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Scholarship Repository, 2016., p. 321-323.

⁵⁷² Dentre as possibilidades de serem adereçadas pelo sistema judiciário – afinal, podem existir circunstâncias que favoreçam o mascaramento de custos e que ainda assim se coadunam com os postulados do Direito, como, por exemplo, a regra da prescrição.

⁵⁷³ MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 93-94.

⁵⁷⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, op. cit., p. 18-28.

⁵⁷⁵ A ressalva aqui é feita porque o cenário ideal não é de eficiência econômica absoluta, mas eficiência econômica relativa aos vetores normativos previamente existentes.

⁵⁷⁶ Ao contrário do que reza a intuição, gastos excessivos em precaução podem ser socialmente indesejados. Observe o exemplo da “medicina defensiva”, caracterizada pelo desperdício de tempo e dinheiro em testes e diagnósticos, estimulado pela ameaça excessiva de responsabilização do médico (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis, *apud* MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 94).

⁵⁷⁷ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 80-81.

mister da tutela indenizatória de distribuir o ônus do evento danoso, sobretudo sob uma regra de responsabilidade objetiva.

Note que tais desequilíbrios certamente não são da intenção dos órgãos julgadores que, por qualquer razão, não aplicam racionalmente – isto é, com adequação entre meios e fins – a função dissuasória do dano moral. A função dissuasória do dano moral deve ser pensada de maneira a se aproximar ao máximo da equivalência do dano-prejuízo – que, como se verá adiante, pode ser arbitrado racionalmente fulcrando-se na ideia de compensabilidade dos riscos.

Desta maneira, o expediente de dissuasão genérica concederia incentivos corretos para que se atinja um patamar eficiente de custo social, com os agentes potencialmente ofensores engajando-se em medida desejável nas atividades geradoras de risco (só as realizariam se os benefícios superarem, efetivamente, os custos, incluindo-se aqueles externalizados a terceiros)⁵⁷⁸, afetando, em via de consequência, o patamar da atividade e a demanda.

Observa-se, portanto, que o instrumental das indenizações por dano moral não apenas é afeito a uma dissuasão do tipo genérico (*general deterrence*), em nada se confundindo com medidas de repressão, como também devem ser calibrados de maneira a viabilizar uma dissuasão o mais eficiente possível, dentro das condições de possibilidade do Poder Judiciário.

A função dissuasória assim somente tenderia a ser concretizada pela substituição de fórmulas retóricas altamente subjetivas, infensas ao escrutínio objetivo, por balizas objetivamente aferíveis e discutíveis – portanto, racionalmente argumentativas – que separariam o arbitramento do arbítrio; um nexos de coerência, cujo esteio se propõe seja encontrado pelos influxos do Direito e Economia acerca do risco.

4.3 A FUNÇÃO DISSUASÓRIA DO DANO MORAL REPENSADA

O contexto do dano moral e a função dissuasória que lhe é atribuída pela práxis jurídica brasileira surge de uma perspectiva funcional⁵⁷⁹ do predicado de reparação

⁵⁷⁸ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A. Nexos de causalidade e responsabilidade civil: uma abordagem econômica. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (coord.) **Direito e economia** – textos escolhidos. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 122-127.

⁵⁷⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55.

integral dos danos e o retorno ao *statu quo ante*⁵⁸⁰, que abre espaço a uma lógica de distributiva de riscos e perdas que considera, apenas de um ponto de vista moral, as qualidades dos envolvidos num evento danoso – eis o porquê de se justificarem (pois, muitas vezes, não se fundamenta de fato) entendimentos jurisprudenciais e doutrinários de quantificação do montante indenizatório por critérios como porte econômico do ofensor, situação econômica do ofendido e repercussão social da condenação⁵⁸¹.

Conforme assinala maria Celina Bodin de Moraes: “A quantificação dos valores é, provavelmente, o aspecto mais problemático da compensação do dano moral. Ninguém sabe quanto vale o quê, embora tudo possa valer alguma coisa”⁵⁸². O problema deste enfoque exclusivamente moral é a alta carga de subjetividade dos julgamentos, aliada à completa ausência de critérios objetivamente aferíveis para se dimensionar o dano moral, o que torna o propósito funcional – dissuasório – da condenação por danos morais em mera figura retórica, carente de um nexos de coerência que possa servir de chave de integração tanto para a compreensão jurídica da compensação pecuniária do dano moral, quanto à função de desestimular que a ela se pretende agregar.

Entende-se neste trabalho que a congregação do ponto de vista do Direito e Economia possibilita esta chave de integração entre compensação aferível do dano moral e efeito dissuasório das regras de responsabilidade, especificamente da regra de responsabilidade objetiva, fundamentando tanto a lógica distributiva de riscos e perdas quanto a ideia de eficiência econômica, segundo a qual os custos dos acidentes devem ser atribuídos àqueles em melhor posição de diminuir os custos sociais do dano (*best cost avoider*) – assim imprimindo a convivência da noção constitucional de igualdade material na responsabilidade civil⁵⁸³.

A temática da realização o mais eficiente possível da dissuasão na condenação por danos morais remete ao problema de efetiva concretização do seu mister normativo⁵⁸⁴, e

⁵⁸⁰ ALTERINI, A. La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil *apud* ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.

⁵⁸¹ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, jan./abr. 2013, Rio de Janeiro: Escola de Direito FGV, p. 117.

⁵⁸² BODIN DE MORAES, Maria Celina. Dano moral: conceito, função, valoração. **Revista Forense**, v. 107, jan./jun. 2011, p. 375. Disponível em <<https://www.researchgate.net/publication/277328810>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

⁵⁸³ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47.

⁵⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43.

está inexoravelmente ligado ao *quantum* atribuído à reparação. Neste sentido, faz-se necessário lograr descortinar critérios objetivamente aferíveis – para além da retórica judicial tradicional que tenta imprimir objetividade nas decisões por meios impregnados de subjetivismo⁵⁸⁵ – para mensurar a compensação, tarefa extremamente árdua e considerada por muitos como embaraçosa.

A construção heterogênea da teoria da função dissuasória do dano moral já consolidou, mesmo no campo da responsabilidade objetiva, uma cultura judiciária de análise de conduta dos agentes e de consideração da lesão ao bem imaterial tutelado pelo ordenamento como algo auto-evidente.

A ideia é lograr compatibilizar estes postulados, que tendem a caminhar de forma inarredável no avanço da jurisprudência brasileira, com a ideia de eficiência econômica, viabilizando decisões que pelo menos se aproximem de realizar a essência econômica da responsabilidade civil: a internalização de externalidades criadas por custos de transação elevados voltada a redução dos custos totais dos eventos danosos (considerando todos os envolvidos)⁵⁸⁶.

O esteio fornecido pelos influxos do Direito e Economia permite aos intérpretes do Direito racionalizarem, numa lógica de adequação entre meios e fins, a função dissuasória na tutela dos danos morais. Ao exercitar o raciocínio juseconômico, se desvelam critérios que, embora essencialmente arbitrados pelo órgão julgador, são objetivamente aferíveis, e portanto, realizam seu escopo de comunicar um efeito suasório aos destinatários da norma e demais agentes econômicos sujeitos ao efeito de dissuasão genérica.

Este é o postulado imprescindível para a indução de comportamentos socialmente ótimos, e, conseqüentemente, eficientes na perspectiva econômico-social⁵⁸⁷, realizando assim a vocação econômica implícita da nova roupagem funcionalizada dos institutos da responsabilidade civil. Cumpre, desta feita, tecer últimas considerações sobre os contributos para quantificação do dano moral pela narrativa econômica da

⁵⁸⁵ “Objectivity is one of the main aims of legalists. It can sometimes be achieved by methods other than those of legalism”, cf. POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 77.

⁵⁸⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Scholarship Repository, 2016., p. 322.

⁵⁸⁷ OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na Constituição de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012, p. 95 et seq. Em sentido complementar, cf. GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Revista Sequência – estudos jurídicos e políticos**, n. 68, jun. 2014, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, p. 272-273.

responsabilidade civil, e como sua aplicação viabiliza a função dissuasória do dano moral precisamente pela sua quantificação eficiente.

4.3.1 O risco como dimensão econômica do dano moral

O dano moral se estabelece ao mesmo tempo como o elemento complicador da quantificação dos danos e o veículo pelo qual os tribunais logram aplicar uma função dissuasória, de maneira que a boa execução desta última perspectiva funcionalizada fica adstrita a uma maneira de se mensurar a extensão dos prejuízos imateriais.

As teorias gestadas tradicionalmente para a definição do *quantum debeatur* se mostram insuficientes para aplicação à dimensão ética da personalidade humana⁵⁸⁸, criando embaraços para a coerência do sistema da responsabilidade civil e dissenso no que tange a satisfação dos jurisdicionados, haja vista que a ausência de parâmetros seguros para quantificação do dano moral tem o condão de insatisfazer tanto as vítimas quanto os agentes responsabilizados⁵⁸⁹, cada qual irredimido com resultados que não são compreensíveis fora da íntima subjetividade do julgador.

Com efeito, não é possível quantificar o dano moral pelo critério da diferença patrimonial, primeiro porque é possível o dano moral sem repercussão patrimonial, segundo porque tal avaliação desconsideraria a utilidade subjetiva que a vítima atribui ao que foi perdido. Também a quantificação pela equivalência a valores de mercado se revela imprópria, diante da existência de bens lesados para os quais o mercado não oferece substituto⁵⁹⁰. A tarifação, seja legal ou jurisprudencial, também incorre no retrocitado vício de desconsideração das utilidades subjetivas a serem observadas no caso concreto.

Tais características fazem com que em matéria e danos morais, o arbitramento seja mais desejável do que as alternativas, porém a técnica é alijada de qualquer esteio racional que sirva para guiar seu processo de aplicação⁵⁹¹. A ideia de quantificar o dano de acordo com aspectos singulares ao caso, presente nas teorias da função dissuasória do dano

⁵⁸⁸ BONNA, Alexandre Pereira. A crise ética da responsabilidade civil: desafios e perspectivas. **Revista Quaestio Juris**, v. 11, n. 1, Rio de Janeiro: Publicações UERJ, 2018, p. 366-368.

⁵⁸⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 86.

⁵⁹¹ Para Anderson Schreiber, “o Código Civil perdeu a chance de estabelecer critérios legais para o arbitramento do dano moral. Pior: suprimiu o antigo artigo 1.553 e introduziu um confuso artigo 946, estabelecendo que, sendo as obrigações indeterminadas (a significar provavelmente ilíquidas), ‘apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar’. Ocorre que a lei processual nada determina no tocante à apuração do dano moral” (SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, 2002, p. 08).

moral, ainda permanece acorrentada a critérios inescrutáveis que funcionam, em verdade, como justificativas retóricas do *quantum* arbitrado, e não propriamente fundamentos de como se chegou a tal valor.

Sob a proposta de estudos do Direito e Economia, o dano se caracteriza como “uma diminuição da função de utilidade da vítima”⁵⁹², pelo qual sua reparação se deve pela restauração da posição na curva de indiferença do lesado. Uma reparação eficiente se realiza através da remissão a um raciocínio securitário, pois apenas se considera compensável aquilo em face da qual a pessoa teria interesse de se assegurar⁵⁹³.

Todavia, os danos morais não raro se ligam a bens jurídicos em que não é possível estabelecer uma relação de equivalência em dinheiro, ou mesmo sequer cogitar ser possível que alguém seja indiferente a um dano⁵⁹⁴ como a da morte de um ente querido, ou uma desfiguração estética, por exemplo.

Estes tipos de situação ilustram bem a ideia de danos irreparáveis, onde as tradicionais muletas de arbitramento não se aplicam, e a intuição tem pouca utilidade⁵⁹⁵ para estabelecer um valor que possa ser reconhecido como adequado, uma vez que a simples alusão à razoabilidade como bom-senso é restrito à íntima subjetividade do julgador⁵⁹⁶.

São irreparáveis porque as perdas envolvem bens em que por princípio (por uma regra moral ou social difundida e reconhecida) as pessoas não venderiam ou comprariam no mercado, não caracterizando situações que podem ser desfeitas com dinheiro – o que não significa dizer que não possam ser tais perdas compensadas, em alguma medida, por dinheiro⁵⁹⁷.

Neste sentido, observa-se que frequentemente as pessoas atribuem um preço ao risco de lesão a tais bens em certas negociações do dia-a-dia. É o caso do subsídio de um trabalhador para laborar em atividade sabidamente perigosa, ou ainda, do preço que certos itens de segurança custam para fornecer maior proteção contra acidentes. Forte neste

⁵⁹² MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 96. Em sentido mais abrangente, cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Scholarship Repository, 2016., p. 382.

⁵⁹³ VISSCHER, Louis T. Tort damages. In: FAURE, Michael. **Encyclopedia of Law and Economics** – Tort law and economics v. 01. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009, p. 163-165.

⁵⁹⁴ COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. **San Diego Law Review**, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1101. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

⁵⁹⁵ MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 96.

⁵⁹⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129.

⁵⁹⁷ LINDENBERGH, Siewert D.; VAN KIPPERSLUIS, Peter P. M. Non pecuniary losses, *apud* MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 81-82.

raciocínio, Robert Cooter preleciona: “*For losses that are incommensurable with money, damages should be based on a reasonable person's response to risk of the loss that actually materialized*”⁵⁹⁸.

A *ratio* que se desvela aqui, portanto, é de que para danos irreparáveis, existem riscos compensáveis. É precisamente nesta senda que alguns modelos de Direito e Economia são capazes de racionalizar tais situações em que não é possível a restauração perfeita da curva de utilidade da vítima⁵⁹⁹, pensando-se a indenização pela reação das pessoas ao risco do dano que se concretizou – afinal, grande parte dos danos irreparáveis correspondem a riscos que pessoas ordinariamente atribuem preços, sendo, portanto, compensáveis.

Talvez a mais fiel maneira⁶⁰⁰ de se atribuir um valor a uma perda irreparável sob o fundamento da propensão a encarar o risco seja utilizar-se do conceito de valor de uma vida estatística – *value of a statistical life* (VSL) – alcançado a partir de técnicas econométricas de avaliação de um padrão⁶⁰¹ do comportamento humano diante de certos riscos, que fazem a base dos critérios de propensão a pagar por reduzir o risco – *willingness to pay* (WTP) – e de propensão a aceitar por assumir o risco – *willingness to accept* (WTA)⁶⁰².

Para fazer este tipo de avaliação é necessário conduzir entrevistas e cruzar dados probabilísticos pré-existentes, como as medições realizadas por companhias de seguros⁶⁰³, levando-se em conta, por exemplo, as condições de espaço e tempo, haja vista que diferentes estratos populacionais possuem relação diversa com a assunção de riscos, quaisquer que sejam estes, inexistindo uma constante universal⁶⁰⁴.

Pode-se perceber que pela complexidade, não se trata de um expediente acessível à jurisdição cotidiana, muito embora se vislumbre grande utilidade neste tipo de

⁵⁹⁸ COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. *San Diego Law Review*, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1103. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

⁵⁹⁹ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 132.

⁶⁰⁰ A despeito das críticas feitas quanto à extrapolação de preferências de sujeitos em pesquisas, trata-se muito mais de um vício possível em qualquer estudo econométrico do que propriamente uma negativa da utilidade e aplicabilidade do conceito de valor de uma vida estatística. Cf. PINTOS AGER, J. Baremos, seguros y derecho de daños *apud* ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 143.

⁶⁰¹ COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. *San Diego Law Review*, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1113. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

⁶⁰² ACCIARI, Hugo A, op. cit., p. 135.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 136.

⁶⁰⁴ MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 97.

investigação para casos judiciais emblemáticos e demandas coletivas, para não falar no próprio processo de elaboração de políticas públicas governamentais⁶⁰⁵.

Não se pense, contudo, que se trata de algo distante da realidade brasileira, como se denota, por exemplo, de estudo econométrico estabelecendo as faixas de disposição a diversos riscos por tipos de acidente automobilístico para cada região em Porto Alegre⁶⁰⁶, maduro para utilização na comarca desta comuna.

4.3.2 O cálculo dos danos morais pela Fórmula de Hand

A despeito da aplicabilidade do conceito de valor estatístico de bens jurídicos incomensuráveis, permanece o fato de que para o exercício da jurisdição cotidiana ainda não existem estudos abrangentes para cada tipo de dano irreparável, sobretudo danos morais.

Todavia, não se vislumbra possível defender a não indenização dos danos morais pelo argumento da inconveniência de sua quantificação racional. Tal escusa é problemática, pois o ótimo não pode ser inimigo do bom⁶⁰⁷, devendo-se e lograr simplificar, sem perder o esteio da racionalidade econômica, o procedimento de sua quantificação⁶⁰⁸, senão vejamos:

Judges and juries need a clear theory and replicable practice for computing damages for uncompensable losses, which should build on familiar risk valuations. [...] In general, the need to buy costly precaution in daily life forces people to trade off money and risk. Social norms often evolve to prescribe the right balance. In favorable circumstances the process of norm creation overcomes personal biases and cognitive errors, so the social standard can withstand scrutiny and criticism. (COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. *San Diego Law Review*, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1098. Disponível em:

⁶⁰⁵ VISCUSI, M. Kip; ALDY, Joseph E. The value of a statistical life: a critical review of market estimates throughout the world *apud* MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 97.

⁶⁰⁶ SOUSA, Tanara R. V. **O risco e o valor de uma vida estatística no caso dos acidentes de trânsito em Porto Alegre**. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010, p. 108.

⁶⁰⁷ “[...] although we lack the information we would need in order to be able to assess the relative efficiency of rules and standards in general, there are many specific areas in which the better choice is clear. We must not make the best the enemy of the good. Although pragmatic adjudication rarely generates enough information to enable a decision that produces a social optimum, often it produces an approximation that is good enough for the law’s purposes” (POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 241).

⁶⁰⁸ ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 147.

<<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018.)

Outrossim, entendemos que os danos morais necessitam ser quantificados de maneira objetivamente aferível, ainda não seja possível mensurá-los de forma perfeita, dada a natureza peculiar da tutela de bens jurídicos extrapatrimoniais. Faz-se mister, portanto, recorrer a uma solução que seja menos custosa, racional, mas que mantenha a racionalidade econômica que se busca imprimir nas condenações por danos morais.

Considerando que acidentes que causam perdas irreparáveis são, muitas vezes, provocados por riscos que são objeto de negociação cotidiana, Robert Cooter desenvolveu um método simples para se apurar um ponto de indiferença entre risco e dinheiro⁶⁰⁹, uma técnica que adotada o raciocínio visto na Fórmula de Hand, só que o aplica ao cálculo dos danos, ao invés da específica investigação de patamares de diligência⁶¹⁰, a qual denomina simplesmente de “cálculo de perdas irreparáveis pela Regra de Hand”⁶¹¹.

Ao alterar a posição dos fatores da Fórmula de Hand – custo marginal de precaução (C); montante do prejuízo (d) e probabilidade marginal do dano (p)⁶¹² – estabelece-se uma fórmula que determina que o montante do prejuízo (o dano-prejuízo no dano moral) seja igual ao custo marginal de se evitar o resultado danoso, dividido pela probabilidade marginal do dano, vale dizer: $d = C / p$ ⁶¹³. Note-se que o custo da precaução aqui deixa de se tornar um valor individualizado de diligência, para se tornar apenas uma das formas pelas quais o risco poderia ser marginalmente evitado – ou aceito (*willingness to pay* e *willingness to accept*). Confira-se:

Em resumo, tratando-se de danos que não são comensuráveis em dinheiro, [...] a indenização deverá ser guiada pela reação das pessoas ao risco do dano que acabou se materializando. [...] A regra de Hand fornece a solução para tais situações mediante divisão dos custos razoáveis de precaução pela respectiva redução na probabilidade do dano. (MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da**

⁶⁰⁹ “I propose that courts should base damages on a reasonable person's point of indifference between the cost of more precaution and the resulting reduction in risk of an uncompensable loss. Specifically, Hand rule damages equal the reasonable burden of care divided by the resulting reduction in the probability of liability” (COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. *San Diego Law Review*, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1120. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018).

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 1112.

⁶¹¹ Do original, “Hand Rule damages for uncompensable losses” (COOTER, Robert, *op. cit.*).

⁶¹² Que compõem, quando multiplicados, o dano marginal esperado na Fórmula de Hand, conforme visto alhures.

⁶¹³ COOTER, Robert, *op. cit.* p. 1096.

responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 100)

A ideia aqui é se aproximar do ideal de compensação por um valor subjetivo (pela correlação de um valor de mercado negociado pela vítima com o risco, não pela perscrutação de seu estado anímico)⁶¹⁴. Como não é possível atribuir um valor de mercado propriamente dito a um bem jurídico imaterial tido como irreparável, por ser afeto à dimensão da dignidade, busca-se, diante de circunstâncias factíveis, calcular a disposição da vítima para evitar ou aceitar o risco do dano que se concretizou.

O exemplo lançado por Cooter ilustra uma situação⁶¹⁵ de uma ação de reparação que inclui os danos morais causados pela exposição a substâncias cancerígenas, durante labor sujeito à insalubridade, em que se avalia a disposição da vítima em aceitar o risco fatal (WTA – *willingness to accept*) pelo subsídio de U\$ 15.000 (quinze mil dólares), mas ter um incremento nas chances de morrer de câncer de pulmão da ordem de 0,1 pelo período de exposição. Perfaz-se neste exemplo uma indenização de U\$ 1.500000 (hum milhão e meio de dólares) para compensar a fatalidade. Aqui a seleção da variável (C) é feita de forma mais direta, uma vez que o exemplo retrata uma situação em que é possível traçar um paralelo, *prima facie*, com uma negociação pretérita de mercado (negociação do risco, frise-se) feita pela vítima.

Já Mendonça ilustra⁶¹⁶ a aplicação da técnica para os danos morais em acidente veicular com letalidade, utilizando como parâmetros a disposição a pagar para evitar o risco pela colocação (WTP – *willingness to pay*) de um *airbag* de \$ 100 (cem), capaz de reduzir a probabilidade de um risco fatal em 0,0001, conduzindo a uma quantificação da ordem de \$ 1.000000 (hum milhão). Aqui a seleção da variável (C) demanda um raciocínio mais arrojado, calcado na identificação de um patamar de diligência razoável que poderia servir de ponto de inflexão para aduzir a propensão a evitar o risco da vítima.

Para ilustrar esta segunda situação e a execução da técnica de quantificação de maneira geral, considere-se o seguinte exemplo em abstrato neste trabalho: agente ofensor X é uma concessionária de rodovias, que exerce suas atividades sob a égide de uma regra de responsabilidade objetiva; vítima Y estava trafegando na via sob os cuidados de X a

⁶¹⁴ COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. **San Diego Law Review**, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1097-1098. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

⁶¹⁵ Ibid., p. 1105 et seq.

⁶¹⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação.** São Paulo: Atlas, 2012, p. 81 et seq.

100 km/h, e colide com um animal na pista; consideremos para fim de simplificação que o nexo de causalidade já foi estabelecido e que a responsabilização de X é devida objetivamente, independentemente de eventual direito de regresso contra o proprietário do animal. Ademais, a conduta de Y não dá azo a qualquer excludente de responsabilidade, ou culpa concorrente. Em virtude do acidente, Y teve declarada a perda total de seu veículo, e embora tenha sofrido lesões médias, não teve repercussões morfológicas que caracterizariam danos estéticos. O acontecimento danoso, contudo, causou-lhe grande choque, além de acarretar diversos reveses, não menos a própria necessidade de buscar na justiça reparação pelos seus prejuízos, considerando-se premente apurar os danos morais no caso.

Imagine-se, no contexto deste exemplo, que o caso permite identificar, no custo de um exercício de precaução maior com a utilização de um sistema de frenagem anti-bloqueio das rodas, um valor que se consubstancie no que a vítima estaria disposta a pagar para diminuir o risco do dano. Considere-se ainda que foi apurado em perícia que sua utilização diminui de 0,6 (60/100) para 0,3 (30/100) a ocorrência de um choque sem letalidade naquela situação. Esta precaução custaria R\$ 3.000 (três mil reais) para implantação. Assim, no exemplo teríamos que (p) é 0,3 e (C) é 3.000. Ao executar o cálculo algébrico dividindo (C) por (p), seria possível estabelecer que o montante do prejuízo de dano moral (d) no caso em tela seria alçado em R\$ 10.000 (dez mil reais).

O julgador aborda a situação de maneira a se permitir enxergar uma abstrata comparação entre os custos e benefícios num ensaio hipotético, mas baseado em dados empíricos sobre as probabilidades relevantes, de uma situação em que o risco seria diminuído. Não é tão conveniente quanto a estipulação de um valor aleatório pela experiência do julgador, mas o uso da fórmula depende de informações que, em tese podem ser sim acessadas pelos tribunais, a despeito do custo de se abrir mão da aleatoriedade⁶¹⁷.

Avalia-se, assim, o valor implícito de danos irreparáveis por meio de medidas de precaução que poderiam ter sido tomadas e seu respectivo impacto na redução da probabilidade do resultado danoso⁶¹⁸, alcançando-se um valor que exprime racionalmente uma quantia que compense o dano em tela, pois guarda proporção com a propensão da vítima em correr o risco do dano que se materializou.

⁶¹⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 68.

⁶¹⁸ Ibid., p. 98-99.

Note-se que a identificação de medidas razoáveis de precaução – para que orientem o cálculo da propensão para evitar o risco – é imprescindível para dar esteio ao raciocínio que desvela o valor do dano, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, onde, a princípio, a consideração de patamares de diligência é meramente circunstancial. Segundo Cooter: “*If the legal rule at issue is strict liability [...] Nevertheless, the court must determine a reasonable standard of precaution in order to compute Hand rule damages*”⁶¹⁹.

Portanto, na ausência de uma negociação pretérita da vítima no que tange ao risco que se materializou, os órgãos julgadores devem assegurar as premissas do raciocínio lógico que irá perfazer a aproximação de um ponto de indiferença entre o risco e o dinheiro. Devem eleger um patamar de precaução que poderia ter sido exercido pela vítima na situação geradora de risco e identificar sua consequente eficácia na redução da probabilidade do dano, o que pode ser viabilizado pelas partes, na maioria das vezes, através de análise pericial. Trata-se de procedimento tipificado para quantificação em situações que exijam a liquidação por arbitramento, conforme prescreve o artigo 510 do Novo Código de Processo Civil⁶²⁰.

Como se pode perceber, o cálculo algébrico em função da disposição de encarar o risco do evento moralmente danoso concretizado é muito mais pertinente para situações de acidentes, sobretudo na seara das atividades legalmente reconhecidas como perigosas, bem como no mercado de bens de consumo e serviços.

Tratam-se de situações danosas em que, se não já existem estatísticas de risco de acidentes e avaliações prévias voltadas aos custos de precaução, a realização de tais empreendimentos econométricos não se revela como fora do plexo de possibilidades de uma avaliação pericial, sobretudo se considerarmos que tais situações são profundamente estudadas pelos mercados de seguro.

Não por outra razão tal modelo foi aqui exposto como contributo importante para a problemática da racionalização da função dissuasória do dano moral na responsabilidade objetiva, que açambarca tais situações. A utilização da reação da vítima ao risco como chave de integração da dimensão econômica do dano moral acaba por se

⁶¹⁹ COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. *San Diego Law Review*, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1112-1113. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

⁶²⁰ **Art. 510.** Na liquidação por arbitramento, o juiz intimará as partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos, no prazo que fixar, e, caso não possa decidir de plano, nomeará perito, observando-se, no que couber, o procedimento da prova pericial.

coadunar com a ideia seguida pela doutrina jurídica tradicional de que o dano moral é, ao fim e ao cabo, uma “reação contra todo e qualquer dano injusto”⁶²¹.

O expediente do “cálculo de perdas irreparáveis pela Regra de Hand” pode servir, assim, para parametrizar o arbitramento de indenização por danos morais de maneira mais segura do que o que atualmente se tem realizado. Todavia, ainda é possível vislumbrar situações em que, sendo o dano moral irreparável, o risco de concretização de tal dano também se revela incomensável.

É que a ideia central da propensão a encarar o risco, fundamento tanto das técnicas econométricas de valor de uma vida estatística, quanto da metodologia de quantificação pela Fórmula de Hand, só é possível quando a compensação entre risco e dinheiro é razoável.

O limite se caracteriza quando um dano irreparável se consubstancia como, a um só tempo, catastrófico para a vítima e agregador de um risco demasiado grande para sua materialização, de maneira que sua ocorrência jamais seria securitizada pela vítima em termos racionais, sendo impossível estabelecer uma equivalência em pecúnia a tal risco incomensável. Ninguém consideraria correr um risco de uma perda incomensurável para si, se soubesse que as chances da perda se materializar são quase uma certeza probabilística.

Dentro do modelo econômico do risco, significa que à medida que a probabilidade absoluta de um dano incomensável se aproxima de “1” (hum), o próprio risco vai se confundindo com o resultado danoso⁶²², inviabilizando o estabelecimento de um ponto de indiferença em relação ao dinheiro, senão vejamos:

For example, a person will only spend so much to reduce the small risk that his child will die in an automobile accident, but no amount of money will compensate for the child's death. To appreciate the connection between probability and incommensurability, assume that money provides perfect compensation for the risk when the probability is low, but as the probability rises towards one, the risk approaches a certain loss and the loss is uncompensable. In many cases, a compensable risk turns into an uncompensable loss as the probability rises towards one. (COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. *San Diego Law Review*, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1102. Disponível em:

⁶²¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 81.

⁶²² MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 99.

<<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018)

É preciso ressaltar, contudo, que um evento danoso em que o risco absoluto de ocorrência se aproxima de “1” (hum) se apresenta como uma situação em que o comportamento dos agentes é muito inferior às expectativas sociais de precaução, ou se traduz como uma situação de lesão dolosa a bens juridicamente tutelados⁶²³.

Na maioria destes casos, uma punição propriamente dita na seara do Direito Público já será prevista; desta maneira, tal limitação deve ser observada, porém não significa, na prática, um óbice tão grande quanto parece. Sobreleva-se, contudo, que diante da inaplicabilidade da metodologia, não há outro recurso senão à equidade, que pode, e deve, ter sua aplicação informada também pela expansão dos horizontes do órgão julgador, através da visão global dos eventos danosos fornecidos pela Análise Econômica do Direito.

Noutro giro, outras críticas podem ser oferecidas ao raciocínio apresentado neste trabalho. Parcela da doutrina, na pessoa de William Viscusi, compreende que o método de fixar indenizações pelo modelo econômico do risco baseado na Fórmula de Hand pode gerar “superindenizações”⁶²⁴. Para tal doutrina, a metodologia é arriscada demais e pode causar uma distribuição excessiva dos custos sociais, inviabilizando certas atividades.

Ainda, outros estudos de Direito e Economia abordam a problemática da possível diferença entre disposição a aceitar o risco (WTA) e o valor que alguém pagaria para não correr o risco (WTP), no chamado efeito dotação (*endowment effect*)⁶²⁵. À luz destes estudos, critica-se que nas relações entabuladas sob regras de responsabilidade objetiva a solução algébrica é possível, mas deveria se pautar na importância de maior valor, por conta do viés de aversão ao risco ser mais presente em consumidores e terceiros não relacionados com a atividade geradora do risco⁶²⁶.

⁶²³ COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. **San Diego Law Review**, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1103. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

⁶²⁴ VISCUSI, William. Regulating the regulators *apud* COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. **San Diego Law Review**, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1110. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

⁶²⁵ ZANITELLI, Leandro Martins. o efeito da dotação (*endowment effect*) e a responsabilidade civil. **Economic analysis of law review**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2006. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília), p. 141-144.

⁶²⁶ O estudo observa que embora na maioria dos casos o valor pago para evitar o risco seja maior que o valor disposto a aceitar para incorrê-lo – evidenciando a utilidade do raciocínio apresentado neste trabalho, frise-se –, podem existir situações em que não seja este o caso (Ibid., p. 144).

É possível apontar também que a técnica de quantificação de danos pelo modelo econômico do risco baseado na Fórmula de Hand pode encontrar uma limitação real à sua aplicação diante de situações de danos unilaterais em que só se vislumbre medidas de precaução a ser tomadas por parte do agente ofensor.

Em tais situações, acaso não seja possível identificar uma negociação pretérita da vítima para aceitar o risco que se amolde razoavelmente ao caso, não se revela possível aplicar o raciocínio arrojado de identificar um patamar de precaução maior que pudesse ter sido exercido pela vítima, a fim de estabelecer um ponto de indiferença entre risco e dinheiro. Pense-se, por exemplo, no caso de um evento danoso em que seja possível uma indenização por danos morais em virtude da perda do tempo livre por um erro de cadastramento de um serviço de consumo (nenhuma precaução poderia ter sido tomada pela vítima, nem seria razoável compreender como disposição a aceitar o risco de sofrer um cadastramento negativo, a simples aquisição do serviço).

4.3.3 Quantificação eficiente como corolário da dissuasão

Inobstante tais observações, o método de calcular danos morais pela adaptação do raciocínio da Fórmula de Hand se apresenta como uma aproximação imperfeita, mas suficiente para a realização da função dissuasória do dano moral. Não se olvide que a base da doutrina do dano, diante da impossibilidade de retorno ao estado de fato anterior, almeja, fundamentalmente, “devolver ao lesado valor representativo do interesse atingido”⁶²⁷.

O próprio alastramento da teoria do dano moral *in re ipsa*, prescindindo de comprovação de prejuízo por ser lesão auto-evidente, reforça a ideia de que representar economicamente o prejuízo imaterial com os custos da propensão ao risco se revela adequado, exequível e funcional, na maioria dos casos.

Ao se utilizar tais parâmetros, assimila-se o dano na didática distinção das duas facetas, o dano-evento e o dano-prejuízo⁶²⁸, viabilizando-se a concentração da definição do dano moral sobre o objeto atingido – o interesse juridicamente tutelado que fora lesado – sem se abstrair as consequências econômicas do evento, como se o prejuízo fosse um

⁶²⁷ DE CUPIS, Adriano. Il danno, *apud* BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38.

⁶²⁸ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 57.

valor aleatoriamente divinado pelo bom-senso, ou confundir o dano com o prejuízo que está a ser dimensionado⁶²⁹.

O método desenvolvido por Cooter, ao ser aplicado na quantificação dos danos morais, também permite a distribuição de riscos em atenção à estrutura de incentivos dos agentes no caso concreto, uma vez que abarca decisões sobre patamares de cuidado e alocação dos custos inerentes ao seu hipotético exercício⁶³⁰.

É de se notar, inclusive, que ao fazer o agente ofensor internalizar, sob uma regra de responsabilidade objetiva, os custos para a vítima da negociação do risco, ou, ainda, um custo marginal de precaução que não foi exercido de forma ótima pela vítima (a chave de integração da identificação do ponto de indiferença ente risco e dinheiro quando não é possível identificar uma prévia negociação de mercado deste risco), implica em realizar concreta e objetivamente uma função dissuasória no dano moral na responsabilidade objetiva – que, como visto alhures jogo representativo, possui uma estrutura de incentivos que deve ser enxergada de maneira global, encarando o evento danoso como um acontecimento recíproco.

Neste passo, é possível afirmar que esta maneira de forçar, pela via da transação involuntária (tutela condenatória de danos morais), os custos de se encarar o risco, significa incentivar os potenciais causadores de danos a tratar os riscos dos outros como seus próprios riscos⁶³¹, conforme observa Cooter:

A fundamental moral principle requires people to treat others the way they want to be treated. Applying this principle to accidents, a person should give the same weight to the reductions in risk enjoyed by others as to his own costs of precaution. A reasonable person acts this way, whereas a purely self-interested person looks only to his own costs. Hand rule damages make purely self-interested people act like reasonable people, so everyone receives the behavior that others owe to them. Hand rule damages implement the principle that people should treat others like themselves, which I presume is morally good. (COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. **San Diego Law Review**, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1116. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018)

⁶²⁹ É o que defende por outra linha a dogmática civil-constitucional, cf. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106-107.

⁶³⁰ POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to law and economics**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 158-162.

⁶³¹ COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. **San Diego Law Review**, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co., p. 1099. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

Isto concretiza a mensagem pedagógica que se busca imprimir desde a concepção das heterogêneas teorias da racionalidade do desestímulo na condenação por danos morais⁶³². Induz-se, desta forma, comportamentos eficientes pelos potenciais causadores de danos sujeitos à uma regra de responsabilidade objetiva de acordo com a *ratio* de distribuição dos custos de tal regra⁶³³, afinal, o efeito suasório ocorre justamente pela absorção, no custo de ser responsável, do custo de se adotar as precauções adicionais⁶³⁴ – custos estes que fazem parte do cotidiano do gerenciamento de riscos das pessoas⁶³⁵.

Registre-se que o estabelecimento da premissa de que custos marginais de precaução seriam razoáveis ainda fica no âmbito da discricionariedade, mas com a vantagem de não se encerrar no campo pré-lógico e pré-argumentativo da íntima subjetividade do julgador, mas, ao revés, de se revelar no processo como um critério objetivamente cognoscível, discutível, controlável, e, portanto, justo para o uso da técnica de arbitramento.

Desta forma, quando aplicada corretamente, a técnica pode incentivar um “nível eficiente de dissuasão em matéria de responsabilidade civil”⁶³⁶, compatibilizando o exercício da equidade pelo órgão julgador com a utilização de critérios que possam ser aferidos objetivamente pelos destinatários da norma concreta e por todos os intérpretes do Direito.

As considerações de eficiência, custos, incentivos e definição da dimensão econômica do dano moral ao longo deste trabalho visam demonstrar que é possível dar concretude racional à uma funcionalização do dano moral em direção de um mister dissuasório pelo estímulo de comportamentos que reduzam os acontecimentos danosos (*deterrence*), ampliando o vocabulário jurídico através dos influxos de Direito e

⁶³² BONNA, Alexandre Pereira. A crise ética da responsabilidade civil: desafios e perspectivas. **Revista Quaestio Juris**, v. 11, n. 1, Rio de Janeiro: Publicações UERJ, 2018, p. 379-380. Cumpre destacar que o autor é defensor de uma função genuinamente punitiva na responsabilidade civil, a partir de uma perspectiva jusnaturalista, à qual este trabalho não se filia.

⁶³³ PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 20, 2010, p. 319.

⁶³⁴ VISSCHER, Louis. Wrongfulness as a necessary cause of the losses: removing an alleged difference between strict liability and negligence. **Economic analysis of law review**, v. 2, n. 2, jul./dez. 2011. Brasília: Editora Univera (Universidade Católica de Brasília), p. 189.

⁶³⁵ “Internalization of social costs typically provides incentives for efficient behavior” (COOTER, Robert, op. cit., p. 1115).

⁶³⁶ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 101.

Economia⁶³⁷. Este escopo de estimular condutas que reduzam os custos dos acidentes não se confunde com a ideia de punição, por demais recorrente nos discursos de funcionalização da indenização⁶³⁸.

A dogmática jurídica tradicional desprende muitas forças na tentativa de justificar uma resposta sancionadora punitiva do judiciário pela via da indenização por danos morais, numa via contrária à marcha evolutiva da responsabilidade civil, pois “enquanto a responsabilidade parece dirigir-se à libertação do propósito inculpador [...] as cortes brasileiras permanecem [...] atreladas a parâmetros de nítido teor punitivo”⁶³⁹.

A expansão das teses punitivas do dano moral se dá muito mais pelo apego excessivo a um raciocínio que surgiu simplesmente para contornar as objeções de “imoralidade” na compensação pecuniária do dano moral⁶⁴⁰, quando não para tentar resolver pela via transversa o problema de indenizações “pedagógicas” em quantificação obsoleta⁶⁴¹.

Ademais, a dificuldade brota também porque reconhecer a insustentabilidade dos critérios de íntima subjetividade, inescrutáveis, porém aceitos apenas sob a justificativa de uma alegada impossibilidade de mensuração, significa a renúncia ao poder e (in)conveniência de se utilizar do absoluto arbítrio na técnica do arbitramento.

Todo este dispêndio de energias em elucubrações de como inserir uma pena não somente atípica, mas até mesmo *contra legem*, no seio da responsabilidade civil, demonstra-se em vão no propósito de redução dos custos sociais dos acidentes, pois não oferece caminhos para solucionar o problema de como o Poder Judiciário formula e comunica suas políticas de alteração na estrutura de incentivos dos agentes.

Recorde-se, neste tocante, que a transparência e apreensibilidade dos critérios é a base para que informações adequadas acerca da resposta judiciária aos eventos danosos

⁶³⁷ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 429.

⁶³⁸ SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, n. 50, 1997, Chicago: University of Chicago Law School, p. 18. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=law_and_economics>. Acesso em 27 de maio de 2018.

⁶³⁹ SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, 2002, p. 11.

⁶⁴⁰ A necessidade de romper estas barreiras para que condenações pela lesão a direitos extrapatrimoniais não fossem meramente simbólicas. Neste sentido, cf. CARBONNIER, J. Droit civil; les biens et les obligations, *apud* BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 223.

⁶⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ**, n. 28, jan./mar. 2005, Brasília: Conselho da Justiça Federal, p. 17 et seq.

cheguem aos potenciais agentes ofensores, sem as quais não há como se promover uma dissuasão adequada. Neste sentido, atribuir ao dano moral uma dimensão econômica mensurável pela propensão da vítima em encarar o risco possibilita, de uma só vez, a viabilização da identificação da extensão do dano nos casos em que é possível aplicar a metodologia, bem como a exposição de critérios objetivamente aferíveis.

Embora seja tarefa difícil, e com grandes percalços a depender da situação danosa enfrentada, percebe-se que é viável, embora mais custoso do que um mero arbitramento aleatório⁶⁴², exercitar o raciocínio juseconômico para racionalizar a quantificação do dano moral na maioria dos eventos sujeitos a uma regra de responsabilidade objetiva.

A quantificação mais apurada do dano moral, atribuindo abertamente uma dimensão econômica ao instituto, é uma das formas pelas quais se pode incentivar, no raciocínio adjudicatório que caracteriza a tutela condenatória de danos, comportamentos eficientes do ponto de vista das regras de responsabilidade aplicáveis. Nesta senda, coaduna-se logicamente com a ideia de racionalidade, de adequação entre meios e fins que se pretende realizar, como salienta Bobbio:

A lógica da análise funcional é a lógica da relação meio-fim, para a qual um fim, uma vez alcançado, torna-se meio para a realização de um outro fim, e assim por diante, até se fixar em um fim proposto ou aceito como último. (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 105-106)

Não é necessário, destarte, para se realizar a função dissuasória através de tutela condenatória por danos morais em sede de responsabilidade objetiva, agregar uma espécie de sanção civil ao dano moral, o que ocasiona o problema de ter que distinguir em que medida se pune e em que medida se compensa, além dos já analisados problemas de descaracterização e sobreposição com outros mecanismos suasórios que funcionam pela cominação de penas⁶⁴³.

⁶⁴² DOOMEN, Jasper. Rationality in law and economics. **Economic analysis of law review**, v. 2, n. 2, jul./dez. 2011. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília), p. 12.

⁶⁴³ “A system containing compensatory and punitive damages may be both necessary and sufficient taken by itself, but if it is complemented by administrative and criminal law, it is likely to become incoherent” (SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, n. 50, 1997, Chicago: University of Chicago Law School, p. 16. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=law_and_economics>. Acesso em 27 de maio de 2018).

Se, como visto, as análises sugerem que o comportamento do agente ofensor tende a ser o de exercer precaução em atenção apenas aos seus próprios custos, por ser este o resultado que lhe garante melhores *payoffs*⁶⁴⁴, um efeito dissuasório concreto pode ser alcançado ao impor-lhe a internalização também dos custos de um patamar de diligência razoável pela vítima. O prejuízo é um só, mas sua dimensão econômica se mensura através de técnicas que impõem uma distribuição de custos com efeito de desestímulo (*deterrence*), de maneira mais aproximada o possível sem implicar em excessiva inibição de atividades⁶⁴⁵.

Neste sentido, o ordenamento brasileiro prevê um mecanismo de regulação da eficiência das indenizações, cuja aplicabilidade é bastante oportuna na narrativa econômica da função dissuasória que se busca imprimir pela via da condenação por danos morais: trata-se do artigo 944 do Código Civil, especificamente o seu parágrafo único⁶⁴⁶.

Com efeito, tal dispositivo, a princípio bastante controverso⁶⁴⁷, estatui que embora o dano tenha como limite quantificador a extensão dos prejuízos, prevê uma regra permissiva de rompimento desta baliza a partir da análise da conduta do agente ofensor e seu cotejo com o montante indenizatório.

Isto significa que mesmo em sede de responsabilidade objetiva, em que a qualificação da conduta do agente ofensor é irrelevante para a responsabilização, a análise do exercício (ou não) de patamares razoáveis de precaução poderá influir no prejuízo adjudicado pela tutela indenizatória. Esta é a ideia fulcral da quantificação de indenizações extraordinárias, que podem tanto variar para menor (infraordinárias), quanto para maior (sobreordinárias)⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 193-196.

⁶⁴⁵ SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, n. 50, 1997, Chicago: University of Chicago Law School, p. 15. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=law_and_economics>. Acesso em 27 de maio de 2018.

⁶⁴⁶ **Art. 944.** A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁶⁴⁷ Ensejando interpretações destoantes de que enquanto seu *caput* apenas seria aplicável nos casos de dano material (diante da não atribuição de dimensão econômica precisa ao dano moral), enquanto o seu parágrafo único apenas para os casos de dano moral (sob pena de se romper a restituição integral nos danos materiais). Neste sentido, cf. STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 157.

⁶⁴⁸ MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 94.

Note-se que isto traduz a ideia de que a condenação por danos morais, sob uma perspectiva funcional, deve-se consubstanciar em medidas que se aproximem de uma redução ótima nos custos sociais dos eventos danosos, incluindo-se a consideração da atividade geradora do risco⁶⁴⁹.

Há, assim, uma baliza para quantificação dos danos materiais e morais que se desvela também como uma regra proibitiva de majoração da indenização para além da extensão dos prejuízos, e no que tange aos danos morais, uma regra permissiva de redução equitativa em nome da eficiência. trata-se, especificamente, de uma cláusula de eficiência contra a dissuasão excessiva (*overdeterrence*).

Embora a narrativa econômica de incentivos legitime teoricamente a aplicação de indenizações extraordinárias para maior (uma possível solução para problemas de *underdeterrence*)⁶⁵⁰, observa-se que dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com as características de filiação romano-germânica⁶⁵¹, é indiscutível o arcabouço legal limitador desta possibilidade de aplicação, a despeito das tentativas jurisprudenciais de se ignorar tal fato ao lograr vergastarem uma espécie de *plus* punitivo nas indenizações (o qual muito se fala mas ninguém conhece, já que nunca se expõe em que medida se está punindo numa indenização que se anuncia como “pedagógica”).

Isto significa que, embora a perspectiva funcional econômica da responsabilidade civil autorize a ideia de instrumentos para majorar indenizações⁶⁵², nos casos específicos em que se demonstre ser efetivamente mais barato permitir o acidente do que evitá-lo⁶⁵³, não há, ainda, *de lege lata*, possibilidade jurídica para sua implementação⁶⁵⁴. Convém

⁶⁴⁹ UEDA, Andrea S. R. **Responsabilidade civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 134.

⁶⁵⁰ HADDOCK, David D. et al. Um fundamento econômico ordinário para sanções legais extraordinárias. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (coord.) **Direito e economia** – textos escolhidos. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 143-144.

⁶⁵¹ Que trazem tanto potencialidades quanto limitações à ideia de adjudicação pragmática. Cf. MACKAAY, Ejan. Law and economics: what’s in it for us civilian lawyers. In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (Coord.). **The economics of legal relationships** – Law and economics in civil law countries. Amsterdam: Elsevier Science, 2001. v. 6, p. 32, p. 39-41.

⁶⁵² MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação.** São Paulo: Atlas, 2012, p. 110.

⁶⁵³ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard law review**, v. 85, n. 6, abr. 1972. New Haven: Yale Faculty Scholarship Series, p. 1092-1093. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/f614/76b1073445b8494c92f7b9f1c4f2e276b300.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2018.

⁶⁵⁴ O tema é instigante e vasto, e por si só constituiria um trabalho completamente novo, não cabendo o seu tratamento detalhado nesta oportunidade. Registre-se, apenas, que as propostas de quantificação de um valor de majoração das indenizações são variadas, cada qual com seus problemas: o modelo de múltiplos punitivos possui graves problemas na identificação do alegado erro de execução, além de contrariar normas

mencionar, todavia, que à título de realização pela via transversa do modelo de indenização sobreordinária, a doutrina jurídica tradicional vem inadvertidamente recorrendo à figura do “dano social”, efetivamente logrando impingir um valor a mais na condenação a pretexto de cumulação com uma nova categoria de dano⁶⁵⁵.

De qualquer sorte, o mecanismo de adequação de estímulos dissuasórios excessivos (*overdeterrence*) previsto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil pode ser viabilizado a requerimento do agente ofensor através da Fórmula de Hand, já analisada alhures, capaz de equacionar um valor de redução (V_R). Ao demonstrar que o patamar de diligência que exerceu no caso concreto é superior aos custos dos prejuízos esperados (danos materiais e morais multiplicados pela probabilidade do dano), pode-se argumentar que o prejuízo total (d) deve ser reduzido pelo valor da diferença entre custo da diligência (C) e dano esperado (D_E) – isto é, caso $C > p * d$, o valor da redução será $V_R = C - D_E$.

Desta maneira, valendo-se do exemplo pretérito da concessionária de rodovias, em que a probabilidade marginal (p) tem o valor de 0,3 e foram quantificados danos morais no valor de R\$ 13.000 (treze mil reais). Suponha-se que ao conjugar também os danos patrimoniais ocorridos, a variável (d) seja R\$ 30.000 (trinta mil reais), e que a conduta diligente demonstrada pelo agente ofensor no pedido de redução equitativa tenha o custo (C) de R\$ 15.000 (quinze mil reais).

Neste cenário, (D_E) corresponde a R\$ 9.000 (nove mil reais), de maneira que o valor da redução que pode ser concedido de forma eficiente (V_R) se consubstancia pela diferença entre os custos do patamar de diligência exercido e o montante global do prejuízo multiplicado pela probabilidade de ocorrência do dano, ou seja, R\$ 6.000 (seis mil reais) é o valor que pode ser deduzido da mensuração exordial dos danos morais

que se conformam com o que poderia se designar como tal; já o modelo de benefícios ilícitos sofre contundentes críticas por punir erros de cálculo de custo-benefício como se condutas dolosas fossem; já o modelo da sanção sobreordinária enfrenta dificuldades pela realização do *bis in idem* com novas categorias propostas de dano, como já mencionado. Para se aprofundar sobre o tema, cf. HADDOCK, David D. et al. Um fundamento econômico ordinário para sanções legais extraordinárias. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (coord.) **Direito e economia** – textos escolhidos. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 146-147. Também, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 18, 2004, p. 77 et seq. Aprofundando-se na perspectiva econômica do *plus* punitivo como outra espécie de dano, cf. BUGARIN, Tomás T. S.; BUGARIN, Maurício S. Danos sociais e punitive damages: instrumentos para a correção da seleção adversa e do risco moral na responsabilidade civil. **Economic analysis of law review**, v. 7, n. 1, jan./jun. 2017. Brasília: Editora Univera (Universidade Católica de Brasília), p. 03-06, p. 14. Por fim, cf. MENDONÇA, Diogo Naves, op. cit., p. 75, p. 108-109.

⁶⁵⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo; Saraiva, 2009, p. 380-381.

(R\$ 13.000), perfazendo uma indenização por danos morais, com redução equitativa, de R\$ 7.000 (sete mil reais).

Esta recapitulação reafirma a ideia de que se realiza a função dissuasória na condenação por danos morais em sede de responsabilidade objetiva ao lograr quantificá-los em função da propensão da vítima ao encarar o risco. Seja de maneira mais precisa por técnicas econométricas, ou pela aproximação imperfeita, mas arrojada, da aplicação do raciocínio da Fórmula de Hand, percebe-se que é possível cumprir o fito desta função prevista⁶⁵⁶ sem se olvidar da contemporânea dimensão social⁶⁵⁷ da ideia de eficiência econômica.

Diante de situações em que o agente ofensor demonstre racionalmente que exerceu um patamar de diligência que excede os custos marginalmente esperados com o excedente, faz jus a uma redução equitativa do *quantum debeat* do dano moral que varie em função da identificação deste patamar de precaução razoável que fora exercido.

Tais propostas de quantificação do dano moral na responsabilidade objetiva logram imprimir a ideia de quantificação eficiente como próprio corolário da ideia de dissuasão – que não carece de um caráter pretensamente punitivo para exercer seu mister. Não se trata de uma panaceia⁶⁵⁸, sem dúvidas, remanescendo a realidade de que conjugar distribuição equitativa de recursos – no caso, risco e perdas – e eficiência no sistema da responsabilidade civil é tarefa difícil, e cujos resultados dependem substancialmente de conformação social⁶⁵⁹, mas que pode ser realizada a contento com o emprego de esforços vocacionados para realização de tal fito⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 81.

⁶⁵⁷ SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 143.

⁶⁵⁸ POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 376.

⁶⁵⁹ COOTER, Robert. **The confluence of justice and efficiency in the economic analysis of law**. Berkeley: Berkeley Press, 2003, p. 25.

⁶⁶⁰ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Um olhar adiante. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do Direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 187 et seq.

5 CONCLUSÃO

É um primado da coerência e integridade a necessidade de aplicação racional da função dissuasória do dano moral, sobretudo em sede de responsabilidade objetiva, regra tipicamente reservada a danos im pessoais, em que a prescindibilidade de uma análise da culpabilidade do agente ofensor se soma à presunção *juris et de jure* do prejuízo intangível da vítima.

A articulação desta aplicação racional deve fazer frente à crescente complexificação do Direito Privado e, especificamente, da responsabilidade civil. Este ramo do direito não está, como vaticinam alguns, condenada à ruína de sua estrutura dogmática e perda total da sua autonomia. Mas talvez seja chegado o momento de admitir que o grau de complexidade em que se encontra demanda soluções que vão além da estrita dogmática jurídica – não mais autossuficiente para açambarcar tudo que dela se espera.

De fato, da mesma maneira que diversas áreas do Direito se abrem para novas contribuições de outras áreas do conhecimento humano, ampliando seus horizontes, também a responsabilidade civil percebe que sua racionalidade própria se aproxima de outras ciências sociais, *in casu*, as ciências econômicas.

Pretendeu-se, através deste trabalho, sem nenhuma pretensão de esgotar a temática (muito pelo contrário, diante da extrema complexidade da sua realização prática) no contexto de um estudo acerca do momento de transição de paradigmas da responsabilidade civil, asserir na literatura quais possíveis contribuições os influxos do Direito e Economia têm a oferecer para uma aplicação eficiente da função dissuasória do dano moral, de maneira adequada à estrutura de incentivos de uma regra de responsabilidade objetiva, perquirindo, ainda, uma possível solução para uma mensuração objetiva e racionalmente aplicável na atividade jurisdicional dos danos morais, descortinando sua dimensão econômica pela propensão da vítima em encarar o risco.

A pesquisa, carreada pela metodologia jurídico-sociológica com utilização do raciocínio hipotético-dedutivo, confirma, sem prejuízo de novos testes, a hipótese de que a aplicação meramente intuitiva e sem exposição de critérios objetivamente aferíveis da função dissuasória do dano moral em sede de responsabilidade objetiva é inadequada ao escopo de desestímulo, e, portanto, carente de um cabedal teórico que viabilize o controle e eficiência das tutelas indenizatórias.

Com efeito, descortinou-se as diversas controvérsias e problemas de aplicação das teorias que pugnam por uma funcionalização dos danos morais centrada na dissuasão genérica de acidentes, ao tempo que se encontrou na narrativa econômica de incentivos um amparo natural para a realização de tais fins, os quais não precisam, necessariamente, romper definitivamente com a racionalidade própria dos institutos de Direito Privado para serem efetivados – neste sentido, os influxos de Direito e Economia auxiliam a dogmática jurídica a conciliar sua estrutura com o paradigma de funcionalização da responsabilidade.

Realizou-se, assim, o objetivo principal de proporcionar, através do contemporâneo conceito de eficiência em sua dimensão socioeconômica, uma adequação entre meios e fins na aplicação da função dissuasória do dano moral em sede de responsabilidade objetiva, desvelada por modelos que viabilizam uma quantificação do dano moral fiel à sua racionalidade através de critérios objetivamente aferíveis.

Empreendeu-se, no primeiro capítulo um estudo acerca do fenômeno da complexificação da responsabilidade civil e suas consequências, estabelecendo-se a relação entre a crise dos paradigmas tradicionais da reparação (culpa, nexos de causalidade dano) e o discurso de funcionalização dos seus institutos, o qual converge para a eclosão de um novo paradigma de distribuição das perdas e gerenciamento de riscos, organizado como uma resposta aos riscos do progresso exponencialmente veloz e transformador – a ideia de sociedade de risco (*Risikogesellschaft*) –, que incrementam a potencialidade dos eventos danosos que vulneram dimensões inéditas e intangíveis da vida humana.

Foram identificadas as bases da construção doutrinária e jurisprudencial heterogênea da função dissuasória do dano moral, que se desvela como uma recepção anômala da teoria dos *punitive damages*, cujo fito de inibição à proliferação de acidentes é ameaçado pelo descompasso entre discurso e a prática demasiadamente recorrente ao arbitramento equitativo por critérios inescrutáveis de intensa subjetividade, e a ausência de um esteio teórico que dê suporte a decisões normativas coerentes e argumentativamente racionais.

Neste sentido, compreendeu-se que esta perspectiva funcionalizada da responsabilidade é apta a ser compatibilizada com o alcance da estrutura dos seus institutos e a racionalidade própria de seus fins, que encontra nos influxos interdisciplinares de uma análise econômica a chave de integração para solucionar as aporias que obstaculizam a evolução da responsabilidade civil no discurso dogmático tradicional.

Assim sendo, no segundo capítulo foram desenvolvidas as principais premissas teóricas e perspectiva metodológica individualista da proposta de estudos do Direito e Economia, identificando-se que a lógica jurídica e a lógica econômica subjacente às normas jurídicas convergem implicitamente pela relação entre escassez e conflito na sociedade. Neste passo, explanou-se o prelado de maximização racional que impulsiona o conceito econômico de eficiência, tendo este sido depurado pelas tradicionais noções de otimização e pela contemporânea dimensão socioeconômica que se atribui à ideia de eficiência na perspectiva juseconômica.

A partir da possibilidade de análise do ordenamento enquanto um sistema de preços, foram evidenciados os custos sociais dos acidentes e os custos de evitá-los, compreendendo-se como a narrativa juseconômica viabiliza um novo olhar sobre as externalidades geradas pelos eventos danosos, e como o fito econômico da responsabilidade civil se centra na redução dos custos sociais dos acidentes pela busca da distribuição dos ônus para aqueles em melhor posição de evitar os acidentes ou diminuir os seus riscos, através de medidas que estimulem a inibição de eventos danosos e o gerenciamento dos seus riscos para um patamar socialmente ótimo.

Ao fim, no terceiro capítulo, avançou-se na proposta de análise econômica do dano moral sob a égide da responsabilidade objetiva, resgatando-se neste propósito a distinção didática entre dano-evento e dano-prejuízo, que se revela oportuna na utilização dos modelos econômicos de responsabilidade. Foi apresentado o conceito caríssimo à análise econômica da responsabilidade civil da Fórmula de Hand, que permite identificar, com vistas a uma dissuasão eficiente, *standards* de diligência para análise de condutas, assim como foi demonstrado modelo econômico que traduz a compreensão dos custos sociais dos eventos danosos. Outrossim, buscou-se demonstrar, através de jogo ilustrativo, qual a estrutura de incentivos da responsabilidade objetiva e suas tendências.

Ademais, o conceito de dissuasão (*deterrence*) foi depurado em suas dimensões generalista (*general deterrence*) e específica (*specific deterrence*), compreendendo-se que para a veiculação de estímulos adequados à indução de comportamentos socialmente ótimos deve se atentar para que não se promovam incentivos incapazes de provocar a resposta de análise de custo-benefício desejada (*underdeterrence*), nem se promovam incentivos que desestimulem excessivamente a realização das atividades potencialmente geradora de riscos (*overdeterrence*).

De tudo isto se possibilitou a compreensão da dimensão econômica dos danos morais fulcrada na propensão das vítimas em encarar o risco no evento danoso, seja pela

sua disposição em aceitar o risco (*willingness to accept*), seja pela sua disposição a pagar para evitá-lo (*willingness to pay*), tendo em vista a impossibilidade de equivalência entre perdas irreparáveis e pecúnia, viabilizada por instrumentais econométricos capazes de estabelecer um ponto de indiferença entre risco e dinheiro, alcançado.

Considerou-se, contudo, que para a atividade jurisdicional cotidiana é necessário a utilização de expedientes mais acessíveis e menos custosos, porém que mantenham a possibilidade de aplicação racional através de critérios objetivamente aferíveis da tutela indenizatória dos danos morais na responsabilidade objetiva. Desta feita, descortinou-se uma maneira inusitada de se utilizar o raciocínio exprimido pela Fórmula de Hand, que viabiliza em termos algébricos simples e acessíveis à boa parte dos casos submetidos a uma regra de responsabilidade objetiva, a quantificação eficiente dos prejuízos hauridos por perdas incomensuráveis.

Neste sentido, foram explicitados os benefícios e insuficiências da aplicação desta metodologia desenvolvida por Robert Cooter, asserindo, entretanto, sua importância enquanto aproximação, ainda que imperfeita, de um valor ao mesmo tempo representativo dos interesses da vítima para quantificação dos danos morais, e capaz de veicular os estímulos adequados para comportamentos socialmente desejáveis, pois eficientes de maneira compatível com os vetores normativos de cariz distributiva aplicáveis.

Foi asserido, enfim, a viabilidade deste expediente a lume do ordenamento jurídico brasileiro, o qual, possibilita o controle da eficiência das tutelas indenizatórias para uma quantificação eficiente – na extensão dos prejuízos mensurados sob o critério da propensão de se encarar o risco, e cujo *quantum debeat* pode ser equitativamente reduzido também sob parâmetros da metodologia exposta, possibilitando indenizações infraordinárias que evitem a *overdeterrence* (ainda que, *de lege lata*, não seja viável o mesmo expediente para indenizações sobreordinárias que mirem lidar com a possibilidade de *underdeterrence*).

A pesquisa assim se encerrou tendo enfrentado as questões: de como o ordenamento brasileiro enquadra a possibilidade de uma função dissuasória eficiente no dano moral; da possibilidade de se quantificar o dano moral em bases objetivas; de em que consiste a natureza da indenização por danos morais e como se pode entender as ideias de compensação e dissuasão enquanto binômio funcional; da possibilidade de compatibilizar a aplicação eficiente da função dissuasória do dano moral em situações de responsabilidade objetiva; de como se pode enxergar os eventos danosos de forma global e recíproca, considerando os interesses de todas as partes.

À guisa de conclusão, compreendeu-se enfim que a noção de eficiência econômica deve ser agregada à noção de uma função dissuasória do dano moral, sob a dimensão socioeconômica que considera, no raciocínio de custo-benefício, os vetores normativos que perfazem uma alocação prévia dos custos dos acidentes (regras de responsabilização objetiva). Para a realização de tal mister, é imprescindível a parametrização do *quantum debeat* dos danos morais, sobretudo em sede de responsabilidade objetiva, a partir de critérios objetivamente aferíveis, desvelados na disposição da vítima em aceitar o risco ou de sua propensão a pagar para evitá-lo, envolvendo um raciocínio arrojado que estabelece uma aproximação imperfeita de um ponto de indiferença entre risco e dinheiro para a vítima.

Acredita-se, assim, que reconhecer o risco como dimensão econômica do dano moral pode ser um primeiro passo importante, não apenas para conferir um necessário nexos de coerência na quantificação do dano moral, como também para viabilizar uma dissuasão mais eficiente dos acidentes, sobretudo sob a égide da responsabilidade objetiva. Quiçá, a partir daí, abrir-se-ão cada vez mais caminhos para análises de custos e benefícios na elaboração e aplicação de regras de responsabilidade, assim encaradas como verdadeiras políticas públicas, inclusive na nova roupagem funcional da tutela jurisdicional da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

- ACCIARI, Hugo A. **Análise econômica do direito de danos**. Trad. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A equidade no Código Civil brasileiro. **Revista do Conselho de Justiça Federal**, n. 25, abr-jun, 2004. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/615/795>>.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1973.
- ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.
- ARIDA, Pérsio. A pesquisa em Direito e em Economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia**: análise econômica do Direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Edson Bini. 4 ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho: sobre la justificación de las decisiones judiciales. **Revista Isonomia**, n. 1, 2004.
- ATIYAH, Patrick. **The damages lottery**. Oxford. Hart Publishing, 1997.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo; Saraiva, 2009.
- BAHIA, Saulo José Casali. O princípio da confiança e a judicialização da política. **Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia**, Salvador, ano 16, n. 18, 2012.
- _____. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. Dano ecológico. **Revista dos Mestrados Em Direito Econômico da UFBA**, v. 01, jan./jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA.
- BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: Editora LTr, 2011.
- _____. Comparison of tort law systems from the perspective of economic efficiency: brazilian civil code, principles of european law and restatement of the law. **Economic analysis of law review**, v. 7, n. 2, jul./dez. 2016. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília).

BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giacomo. **A história do pensamento em direito e economia revisitada**: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>>. Último acesso em: 16 fev. 2018.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo mundial**: em busca de la seguridad perdida. Trad. espanhola Rosa Carbó. Barcelona: Paidós, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

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

_____. Risco, solidariedade, e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**, v. 854, dez. 2006, São Paulo: Editora RT.

_____. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do séc. XXI. **Academia.edu**. 2012. Disponível em < https://www.academia.edu/22848523/Do_juiz_boca-da-lei_%C3%A0_lei_segundo_a_boca-do-juiz_notas_sobre_a_aplica%C3%A7%C3%A3o-interpret%C3%A7%C3%A3o_do_direito_no_in%C3%ADcio_do_s%C3%A9c._XXI> . Acesso em 05 mar. 2018.

_____. Dano moral: conceito, função, valoração. **Revista Forense**, v. 107, jan./jun. 2011. Disponível em <<https://www.researchgate.net/publication/277328810>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

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

BONNA, Alexandre Pereira. A crise ética da responsabilidade civil: desafios e perspectivas. **Revista Quaestio Juris**, v. 11, n. 1, Rio de Janeiro: Publicações UERJ, 2018.

BUGARIN, Tomás T. S.; BUGARIN, Maurício S. Danos sociais e punitive damages: instrumentos para a correção da seleção adversa e do risco moral na responsabilidade civil. **Economic analysis of law review**, v. 7, n. 1, jan./jun. 2017. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília).

CALSING, Renata de Assis. **A teoria da norma jurídica e a efetividade do direito.** Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, vol. 32.2, jul./dez. 2012. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará.

CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices:** the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: W. W. Norton, 1978.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard law review**, v. 85, n. 6, abr. 1972. New Haven: Yale Faculty Scholarship Series. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/f614/76b1073445b8494c92f7b9f1c4f2e276b300.pdf>>. Acesso em 02 abr. 2018.

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

_____. **The future of law and economics:** essays in reform and recollection. New Haven: Yale University Press, 2016.

_____. Some thoughts on risk distributions and the law of torts. **The Yale law journal**, v. 70, n. 4, mar. 1961. New Haven: Yale University Press.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of law and economics**, v. 3, 1960. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Último acesso em 07 dez. 2017.

_____. O problema do custo social. Trad. Francisco Kummel Alves e Renato Vieira Caovila. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e economia:** textos escolhidos. São Paulo; Saraiva, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics.** 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Scholarship Repository, 2016.

COOTER, Robert. Hand Rule damages for uncompensable losses. **San Diego Law Review**, v. 40, 2003. New York: W.S. Hein Co. Disponível em: <<https://home.heinonline.org/content/law-journal-library/>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

_____. **The confluence of justice and efficiency in the economic analysis of law.** Berkeley: Berkeley Press, 2003.

CROSBY, Alfred W. **A mensuração da realidade:** a quantificação e a sociedade ocidental 1250-1600. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Edunesp, 1999.

CRUET, Juan. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: José Bastos e cia., 1908.

DEFFAINS, Bruno. **Efficiency of civil law**. University of Nancy, 2003, p. 11. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267371494_Efficiency_of_Civil_Law>. Acesso em: 05 mar. 2018.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil - vol. II**. 9. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DOOMEN, Jasper. Rationality in law and economics. **Economic analysis of law review**, v. 2, n. 2, jul./dez. 2011. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília).

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, v. 9, 1980. Disponível em: <<http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/467636>>. Último acesso em 13 fev. 2018.

FAURE, Michael. **Encyclopedia of Law and Economics** – Tort law and economics v. 01. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 1, n. 1, jan./jun. 1985, Rio de Janeiro: Forense.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo; Atlas, 2012.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo; Atlas, 2012.

GIERKE, Otto von. **La función social del derecho privado y otros estudios**. Trad. espanhola Sara Guindo Morales. Granada: Comares, 2015.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. In: **Estudos em homenagem ao professor Sílvio Rodrigues**. São Paulo; Saraiva, 1980.

_____. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. **Publicações da Universidade da Bahia II – 8**. Bahia: Imprensa Vitória, 1958.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Revista Sequência – estudos jurídicos e políticos**, n. 68, jun. 2014, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina.

- GONÇALVES, Vítor Fernandes. A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista Forense**, v. 357, 2001.
- GORGA, Érica Cristina Rocha. **Direito societário brasileiro e desenvolvimento do mercado de capitais: uma perspectiva de direito e economia**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- HADDOCK, David D; MCCHESENEY, David S.; SPIEGEL, Menahem. Um fundamento econômico ordinário para sanções legais extraordinárias. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (coord.) **Direito e economia – textos escolhidos**. São Paulo; Saraiva, 2010.
- HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Trad. Janaína Marcoantonio. 26. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo; Atlas, 2012.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, v. 991, 1997. New York: W.S. Hein Co. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr110&div=47&id=&page=>>>. Acesso em 09 de junho de 2018.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York and London: W. M. Norton, 1999.
- JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face a globalização. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de (orgs.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Porto Alegre: Renovar, 2005.
- JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. **Revista Forense**, v. 86, abr./jun. 1941, Rio de Janeiro: Forense.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness versus welfare: notes on the Pareto Principle, preferences, and distributive justice. **Journal of legal studies**, v. 32, jan. 2003. Chicago: The University of Chicago.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A. Nexo de causalidade e responsabilidade civil: uma abordagem econômica. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (coord.) **Direito e economia – textos escolhidos**. São Paulo; Saraiva, 2010.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Trad. espanhola Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial RDP, 1958.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo; Quartier Latin, 2010.

_____. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106, jan./dez. 2010. São Paulo: Universidade de São Paulo.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de estilo acadêmico: trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses**. 5. ed. rev. e ampl. Salvador: EDUFBA, 2013.

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

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: DE GEEST, Gerrit (Coord.). **Encyclopedia of law and economics – the history and methodology of Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

_____. Law and economics: what's in it for us civilian lawyers. In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (Coord.). **The economics of legal relationships – Law and economics in civil law countries**. Amnsterdam: Elsevier Science, 2001.

MANKIW, Gregory N. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 5. ed. Trad. Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo; Cengage CTP, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ**, n. 28, jan./mar. 2005, Brasília: Conselho da Justiça Federal.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e economia em Weber. **Revista Direito GV**, v.2, n 2, jul./dez. 2006, São Paulo: FGV.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MESSINA, Gabriel. Derecho y economía: una aproximación. **Economic analysis of law review**, v. 8, n. 1, jan./jun. 2017. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília).

MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, n. 2, 2006.

OGUS, Anthony. What legal scholars can learn from law and economics. **Chicago Kent Law Review**, v. 79, 2004.

OLIVEIRA FILHO, João Glicério de. **A hierarquização dos princípios da ordem econômica na Constituição de 1988**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O imoral no dano moral. **Informativo Incijur**, n. 46, mai. 2003, Joinville: Instituto de Ciências Jurídicas.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, v. 262, jan./abr. 2013, Rio de Janeiro: Escola de Direito FGV.

_____. Law and economics in the civil law world: the case of brazilian courts. **Working Papers FGV**. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/working-papers>. Acesso em 12 abr. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e Economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

_____. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Revista Faculdade de Direito da UFMG**, n. 57, jul./dez. 2010.

POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to law and economics**. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado – tomo LII**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo; Atlas, 2012.

PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Lições de análise econômica do direito para a teoria jurídica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 20, 2010.

_____. Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e aprofundamentos. **Economic analysis of law review**, v. 1, n. 2, jul./dez. 2010. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília).

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

_____. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

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

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo; Saraiva, 1999.

RESEDÁ, Salomão. A função sancionatória da responsabilidade civil: uma nova realidade frente aos danos morais. **Revistas UNIFACS**, s. d. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/4833/3173>>. Último acesso em 05 fev. 2018.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. London: Macmillan, 1932, p. 15. Disponível em: <<https://mises.org/files/essay-nature-and-significance-economic-sciencepdf-0>>. Último acesso em: 11/03/2018.

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

SALLES, Raquel Bellini. **A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Arbitramento do dano moral no novo código civil. **Revista trimestral de direito civil**, v. 12. Rio de Janeiro: Padma, 2002.

_____. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Academia.edu**. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em 18 de março de 2018.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottman e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

_____. SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SHAVELL, Steven. **Economic analysis of accident law**. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

- SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. rev. e ampl., 3. tiragem, edição histórica. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SMITH, Adam. **Riqueza das nações** – coleção Folha livros que mudaram o mundo. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo; Folha de São Paulo, 2010.
- SOUSA, Tanara R. V. **O risco e o valor de uma vida estatística no caso dos acidentes de trânsito em Porto Alegre**. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**, tomo II. 9. ed. rev., atual. e reform., com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- _____. Behavioral law and economics: a progress report. **American law and economics review**, v. 1, 1999. New Haven: Oxford University Press.
- SUNSTEIN, Cass; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing punitive damages. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, n. 50, 1997, Chicago: University of Chicago Law School, p. 18. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=law_and_economics>. Acesso em 27 de maio de 2018.
- SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. Função social do contrato: a “hipercomplexidade” do sistema contratual em uma economia de mercado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005
- TIMM, Luciano Benetti; BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO NETO, Giacomio. O movimento de direito e economia no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Belo Horizonte: Del Rey, n. 20, 2010.
- TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

UEDA, Andrea S. R. **Responsabilidade civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. 2. Ed. London: The Institute of Economic Affairs, 2006.

VISSCHER, Louis. Wrongfulness as a necessary cause of the losses: removing an alleged difference between strict liability and negligence. **Economic analysis of law review**, v. 2, n. 2, jul./dez. 2011. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília).

_____. Tort damages. In: FAURE, Michael. **Encyclopedia of Law and Economics – Tort law and economics v. 01**. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo; Companhia das Letras, 2004.

WEINRIB, Ernest J. **The idea of private law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

ZANITELLI, Leandro Martins. o efeito da dotação (*endowment effect*) e a responsabilidade civil. **Economic analysis of law review**, v. 2, n. 1, jan./jun. 2006. Brasília: Editora Universa (Universidade Católica de Brasília).

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do Direito e das organizações. In: ZYLBERSTAJN, Decio; STAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. Um olhar adiante. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e Economia: análise econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.