

ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

ECONOMIC ANALYSIS OF THE BUSINESS COMPANIES' OBJECTIVE CIVIL LIABILITY

Júnior Ananias Castro¹

Pedro Henrique Rezende²

Resumo

O presente estudo propõe uma análise dos efeitos econômicos da responsabilidade civil objetiva das sociedades empresárias. Com considerações basilares acerca desta forma de responsabilização, em cada um dos tópicos trabalhados primou-se pela visão econômica da mesma, sendo apresentadas situações concretas, fornecidas pela jurisprudência pátria, a fim de robustecer as ideias defendidas ao longo do texto.

Palavras-chave: Análise econômica do Direito. Responsabilidade Civil Objetiva. Sociedades Empresárias.

Abstract

This paper aims to discuss the economic effects of objective civil responsibility of business companies. Considering the basic elements of this type of responsibility, the economic view excelled in each of the topics, with concrete situations provided by the case law in order, to strengthen the ideas throughout the text.

Keywords: Economic analysis of law; Objective civil responsibility; Business companies.

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto- UFOP. Pesquisador extensionista na área de direitos humanos e incorporação imobiliária. Realiza pesquisa no programa institucional de voluntários de iniciação científica da UFOP- PIVIC.

² Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos. Co-autor de artigos na área jurídica.

Sumário

I. Materiais e métodos. II. Introdução. III. Contextualização do tema. IV. A Teoria do Risco como paradigma da superação da noção de culpa na responsabilidade civil. V. Atividades empresariais e pressupostos da responsabilidade civil: uma análise hermenêutica e jurisprudencial. VI. A doutrina dos *punitive damages*. VII. O papel do Poder Judiciário no cenário econômico. VIII. O Teorema de Coase e a desjudicialização da responsabilidade civil. IX. A eficiência de Pareto e de Kaldor Hicks nas decisões judiciais. X. Conclusão.

I. MATERIAIS E MÉTODOS

O primeiro passo no desenvolvimento deste trabalho consistiu na escolha do marco teórico, as ideias desenvolvidas por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi em sua obra “Direito, Economia e Mercados” (2005); no levantamento de material bibliográfico que associasse Direito e Economia, abordando a responsabilidade civil objetiva nas decisões judiciais, o seu impacto nas atividades empresárias e o equilíbrio de mercado sempre com base na teoria do discurso e na teoria argumentativa exposta por Miracy Barbosa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias. (2002), em “(RE) pensando a pesquisa jurídica”; e no

desenvolvimento das hipóteses que seriam o norte do passo seguinte, que consistiu na análise de casos *in concretum*, com fulcro na jurisprudência pátria.

II. INTRODUÇÃO

O Direito, ciência normativa reguladora do comportamento do homem em sociedade, nunca se manteve distante de outros ramos do conhecimento humano. Até mesmo Hans Kelsen, ao advogar a tese da pureza metodológica, admitia que o Direito recebia influência de outras searas do saber. O que este autor defendeu em sua “Teoria Pura do Direito” foi apenas que a abordagem da ciência jurídica deveria ocorrer sem levar em conta aquilo que de estranho a permeasse. Considerações acerca das origens histórico-filosóficas desta tese, bem como uma exposição mais profunda de seus inconvenientes, fogem aos objetivos deste trabalho. O que se pretende mostrar é que desde há muito se reconhece a importância que a Psicologia, a Sociologia e, principalmente, a Economia têm para o Direito. Qualquer análise de institutos jurídicos que delas prescindam está fadada à inexatidão e à obtenção de resultados insatisfatórios, em que pese a autoridade do argumento kelseniano.

Economia e Direito são, em certo sentido, ciências afins, na medida em que voltam seus esforços para as interações humanas em sociedade, cada uma extraíndo delas seu objeto. A íntima relação entre ambos já foi percebida por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, ao aduzirem que “(...) há um amplo reconhecimento entre os economistas de que as leis, o Judiciário e o direito em geral exercem um papel essencial na organização da atividade econômica.” (PINHEIRO e SADDI, 2006) Buscar

compreender o Direito divorciado da Economia, ou vice-versa, é uma vã tentativa de entendimento do todo sem levar em conta uma de suas partes mais importantes.

Tendo em vista a necessidade da interdisciplinaridade acima esposada, bem como a estreita relação entre os objetos de estudo de juristas e economistas, o presente trabalho trará uma análise econômica de um dos institutos jurídicos em que a ingerência do pensamento economicista se mostra mais viva, qual seja a responsabilidade civil, notadamente aquela de caráter objetivo e em que o dever de reparar o dano cabe a uma sociedade empresária. Para o correto entendimento das implicações exógenas da responsabilidade civil objetiva no cenário econômico, faz-se mister um lançar de olhos acerca de questões centrais, tais como o papel do Poder Judiciário nos rumos da economia nacional e os reflexos daquela responsabilização na vida das empresas, mormente no número de seus investimentos e no impacto social que o aumento ou diminuição destes é capaz de gerar.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 5º, consagra o postulado da função social das decisões judiciais. Ao prestar a tutela jurisdicional, o julgador deve sempre ter em vista os efeitos da mesma perante toda a coletividade e não apenas entre os litigantes. No âmbito econômico tais consequências são sobremodo robustas e perniciosas quando, com o escopo de punir ou de compensar a falta de uma política legislativa de caráter preventivo, verifica-se a ocorrência de decisões desarrazoadas, motivadas por critérios de caráter ideológico, sem preocupação com seus efeitos sociais de ordem pragmática. É nesta linha que se desenvolverá o presente trabalho. Sem a afoita pretensão de esgotar o tema ou de

oferecer solução definitiva às questões acerca dele suscitadas, fazer-se-á uma análise dos efeitos práticos, de caráter econômico e jurídico, da responsabilidade civil objetiva das sociedades empresárias no Direito Brasileiro, optando-se sempre pela primazia da justiça retributiva no caso concreto.

III. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

A responsabilidade civil, que nas palavras de Nelson Rosenvald “é a reparação de danos injustos, resultantes de violação de um dever geral de cuidado, com a finalidade de recomposição do equilíbrio violado”³, pode ser dividida em subjetiva ou objetiva de acordo com a necessidade ou não do elemento culpa para que se caracterize a obrigação de reparar o dano causado.

Diferentemente do Código Beviláqua, eminentemente subjetivista, isto é, fundado na culpa provada, como se pode perceber da análise de seu artigo 159⁴, o Código Civil de 2002 perfilha a noção de responsabilidade objetiva em diversas situações⁵, dada a insuficiência da responsabilidade subjetiva em abarcar diversas circunstâncias práticas. Essa limitação da responsabilidade fundada na culpa fez das discussões em sede do dever de indenizar, em diversas ocasiões, arena fértil para

³ Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil. Professor Nelson Rosenvald. Aulas exibidas nos dias 20, 21, 22, 23 e 24 de outubro de 2008. Disponível em: www.tvjustica.ius.br/.../Curso%20de%20Responsabilidade%20Civil%... Acesso em 19 de abril de 2012.

⁴ O artigo 159 do código de 1916 serve como uma cláusula geral a luz do qual todas as demais disposições do referido diploma normativo deveriam ser interpretados.

CC/16 - Lei nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919).

⁵ No que diz respeito à adoção da responsabilidade objetiva pelo código civil de 2002 ver artigos 187, 927 -§ único-, 931, 932, 933, 936, 937 e 939 CC.

inúmeras injustiças, especialmente na seara trabalhista. Como aduz Armando Castelar Pinheiro (2003), “a duração média até uma decisão judicial dos litígios em que as empresas se viram envolvidas ilustra o problema da morosidade: 31 meses na Justiça do Trabalho, 38 meses na Justiça Estadual e 46 meses na Justiça Federal”, tal demora pode levar a perda do bom direito, *fumus boni iuris*.

Nesta senda é possível dizer que evoluiu o direito pátrio, pois ao dispensar a necessidade de perquirir a culpa, a possibilidade de previsão ou de diligência do agente, com fundamento na teoria do risco, segundo a qual todos devem suportar os riscos provenientes de suas ações, culposas ou não, protegeu-se a parte mais vulnerável da relação jurídica, já que em diversas ocasiões esta não dispunha de condições técnicas e/ou materiais para provar a culpa da outra parte.

Todavia, como ressaltado na introdução, cabem aqui algumas indagações, quais sejam: os limites da responsabilidade objetiva, isto é, até que ponto é critério de justiça responsabilizar um sujeito pelo risco criado, ou pelo benefício auferido com o exercício de uma atividade econômica? Qual o impacto da responsabilidade objetiva no desenvolvimento de novas atividades econômicas?

IV. A TEORIA DO RISCO COMO PARADIGMA NA SUPERAÇÃO DA NOÇÃO DE CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como preleciona a professora Maria Celina Bodin de Moraes *et al.* (2008, p. 140) risco, em linhas gerais, “é o perigo a que está sujeito o objeto de uma relação

jurídica de perecer ou deteriorar-se”, abrangendo a noção de responsabilidade civil objetiva.

Por muito tempo o direito privado, visto como a “arena da autonomia da vontade” teve na culpa a pedra de toque do dever de indenizar, sendo impensado tal dever sem que houvesse um ato de vontade.⁶ Todavia, com as transformações da vida em sociedade, ampliaram-se significativamente os perigos a que os bens jurídicos dos indivíduos estavam sujeitos. Havendo, portanto, inúmeros casos que a responsabilidade fundada na culpa não tinha forças para solucionar. Para tentar superar a ideia de culpa foram desenvolvidas diversas teorias baseadas na equidade genérica, no dever de segurança, no de garantia, no princípio do *neminem laedere* e na noção de risco, das quais se destacou esta última. (Moraes *et al.*, 2008, p.129)

É possível elencar quatro principais modalidades de risco: teoria do risco-proveito; do risco criado; do risco profissional; e do risco integral. A primeira baseia-se na ideia de que aquele que tira proveito da atividade deve arcar com a obrigação de indenizar danos causados pela mesma. A segunda, ampliando o campo de atuação da primeira, fixa que o sujeito que desenvolve atividade que crie uma situação de perigo deve indenizar eventuais prejuízos causados por ela, mesmo que ele não tenha obtido vantagens. Há o risco profissional, que fixa o dever de indenizar quando o dano decorre da atividade ou profissão desenvolvida pelo lesado. Por último tem-se o risco integral, modalidade mais radical da teoria dos riscos, segundo a qual o agente deve reparar o dano pela sua só existência, prescindindo, em determinadas circunstâncias,

⁶ Ver art. 1382 do *Code Napoléon*, em que não se admitia a responsabilidade sem culpa.

até mesmo do nexu de causalidade. O risco integral, por suas especificidades, é aplicado no Brasil apenas em casos excepcionais. (Moraes *et al.*, 2008, p.140 a 143)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em decisão proferida em 04 de novembro de 2009, na apelação cível n. 1.0210.02.005205-1/001⁷, adotando a teoria do risco, julgou procedente a obrigação da Mineração Lapa Vermelha LTDA de indenizar vítima por danos materiais, morais e estéticos, além de considerar possível a cumulação destes dois últimos, conforme a súmula 387 do STJ. Eis a manifestação do Desembargador Relator Sebastião Pereira de Souza:

“O caso é o seguinte: o autor, ora apelado, ajuizou ação de indenização por dano moral, estético e material em face da Mineração Lapa Vermelha LTDA, sob o argumento de ter sido vítima de queimaduras nos três graus, nos pés, pernas, mãos, costas e braços, produzidas por material em combustão que se encontrava dentro do imóvel rural de propriedade da ré. O autor, então menor impúbere, representado por sua genitora, atribuiu à ré a ocorrência do fato, acoimando-a de negligente, vez que o local não era isolado, não existiam placas de advertência, e nem mesmo foram removidos os resíduos de carvão altamente aquecidos, os quais já haviam provocado graves acidentes em duas outras crianças.

(...)

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Direito civil. Apelação Cível. Indenização por danos materiais, morais e estéticos. Queimaduras em propriedade de mineradora. Responsabilidade civil objetiva. Teoria do risco. Indenização por danos materiais. Pensão mensal. Indenização por danos morais e danos estéticos. Cumulação. Possibilidade. Condenação compatível. In: DJ 04 de nov. de 2009. Apelo não provido. Relator Desembargador Sebastião Pereira de Souza. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=210&ano=2&txt_proceso=5205&complemento=1. Acesso em 10 abr. 2012.

Nesta seara, toda e qualquer pessoa, seja ela natural ou jurídica, que desempenhe atividade de risco, deve responder pelos danos que eventualmente cause a terceiros, independentemente da existência de dolo ou culpa em sua conduta. Ou seja, aqueles que com sua atividade, embora lícita, criarem um risco a outrem devem sofrer suas consequências na medida em que o dano se realize, ainda que não haja dolo ou culpa de sua parte.

Assim sendo, nos casos em que a atividade habitualmente desenvolvida pelo agente, por sua própria natureza ou por características dos meios utilizados, implicar, em razão da sua potencialidade ofensiva, risco para os direitos de outrem e, ainda, causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade, a responsabilidade civil será objetiva, não respondendo o agente como culpado da produção do dano, mas como autor do mesmo. É o fato danoso e não o fato doloso ou culposos que engendra a responsabilidade, a qual restará configurada pela simples demonstração, por parte da vítima, do nexo de causalidade existente entre a conduta ilícita do autor do fato danoso e o dano por ela sofrido”.

Nesse diapasão é necessário considerar o nível de aversão ao risco do agente, exposto por Eugênio Battesini (2011, p. 170), que consiste, basicamente, em alocar os riscos àquela parte neutra ou menos avessa a ele, ou distribuí-lo entre as partes quando ambas se preocupam com o tamanho das perdas. Nesse sentido, aqueles indivíduos avessos ao risco buscam meios de se protegerem “(...) como o seguro ou optam por alternativas como a redução do nível de atividade e, até mesmo, pela não realização de atividades de risco, afetando, pois, a dinâmica de alocação dos

recursos no mercado (...)” (BATTESINI, 2011, p. 171) o que numa perspectiva econômica é preocupante, pois quando uma sociedade empresária reduz, ou, pior ainda, não realiza investimentos, isto pode afetar drasticamente o bem estar social. Lembrando que além do seguro, destaca-se como mecanismo de alocação dos riscos o sistema de responsabilidade civil.

Quando se tem grandes sociedades empresárias como autoras do dano, o sistema de responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva, é mais eficiente, pois o valor de seus ativos é muito grande, portanto, eventuais indenizações, mesmo que vultosas, não prejudicam de forma tão severa seus investimentos. Além de manter seu caráter preventivo e retributivo. Todavia, em se tratando de sociedades empresárias de médio e pequeno porte, como a mineradora do caso acima exposto, a depender do valor da indenização, suas atividades podem ser seriamente comprometidas. Só para ilustrar, em pesquisa apresentada pelo professor Armando Castelar Pinheiro (2003), cerca de 81% das firmas entrevistadas disse que o maior empecilho a suas atividades é a imobilização de seus ativos por meio de depósito judicial, o que, segundo elas acarretam retardo ou suspensão de investimentos (cerca de 29%) e, em alguns casos mais drásticos, interrupção de suas atividades (cerca de 15%).

Nesta senda pode-se afirmar que o seguro, seja ele social ou privado, contratado pela vítima ou autor, é o mecanismo mais eficiente de alocação de riscos, em havendo cobertura dos danos sofridos pela vítima. Tal mecanismo pode reduzir drasticamente os impactos da responsabilidade objetiva nas atividades empresárias, além de encurtar o tempo médio do ressarcimento das perdas e danos. O que,

entretanto, deve ser visto com certas ressalvas pelos seguintes fatores: primeiro, nem todas as atividades dispõem dos serviços de seguro, principalmente as de maior risco; segundo, o seu alto custo, o que limita o acesso a esse tipo de serviço de inúmeros potenciais segurados; e terceiro, as limitações de cobertura de muitos seguros.

Além do mais, há o problema do risco moral, pois com a utilização de seguros as partes podem reduzir o nível de precaução aumentando o número de acidentes. Todavia, ao reduzir os custos de transação das atividades empresárias, devido à alocação dos riscos na parte neutra da relação, ou seja, a seguradora; por representar grande economia de tempo, uma vez que nessas situações torna-se despicienda a atuação do judiciário; e por evitar um decréscimo no bem estar social, em inúmeros casos a utilização de seguro é economicamente mais eficiente.

V. ATIVIDADES EMPRESÁRIAS E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA E JURISPRUDENCIAL

Para que se verifique a obrigação de indenizar são necessários certos pressupostos. São eles: a culpa, sendo este elemento acidental, já que é dispensável quando se trata de responsabilidade objetiva; ação ou omissão voluntária do agente; dano e nexo de causalidade.

Culpa

A culpa, segundo Marcelo Junqueira Calixto, é o “erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo

ser humano prudente nas circunstâncias do caso concreto”. (2008, p. 31) Pode-se dizer que ela é elemento acidental da responsabilidade civil, pois só é requisito essencial na caracterização da responsabilidade subjetiva, ao contrário da objetiva que prescinde deste elemento.

Para caracterizar sua existência ou não o direito costuma utilizar como critério a figura do homem razoável, no direito romano o *bonus pater familiae*. Uma verdadeira abstração jurídica que para as ciências econômicas carece de elementos objetivos para sua aferição na práxis, isto visando o mínimo de segurança jurídica. Como aduz Eugênio Battesini, sob a perspectiva da teoria econômica da responsabilidade civil, na aferição da culpa, é muito comum em julgados nos Estados Unidos a utilização da fórmula de Hand, segundo a qual a responsabilidade depende de que os gastos com os cuidados sejam menores que a probabilidade da lesão multiplicada pelo valor do dano efetivo,⁸ trocando em miúdos, a regra de Hand considera a possibilidade de que uma ação ou omissão cause algum dano; o tamanho do dano e os custos da prevenção do mesmo. (ABRAHAM, 2002) Faz-se mister observar que estes elementos foram, inclusive, incorporados à noção de culpa na prática jurídica norte-americana, dada a sua relevância nos casos concretos⁹ e que nos tribunais brasileiros, mesmo que de forma implícita, estes elementos são levados em conta.

⁸ Esta fórmula foi desenvolvida pelo juiz Hand, no caso *United States vs. Carrol Towing Company* em que se discutia a existência de negligência contributiva da empresa *Connors Company*, proprietária de uma das embarcações que colidiu com outra embarcação pertencente a *Carroll Towing Company*, ao deixar sua embarcação no cais sem nenhum tripulante a bordo.

⁹ Ver: AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 34. § 3.

Ademais há decisões recorrentes no Superior Tribunal de Justiça que

(...) prevalece em nosso sistema a teoria da responsabilidade objetiva, em que o dever de indenizar surge quando presente o fator causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o dolo ou culpa, ainda que leve do empregador ou preposto.¹⁰

A proposta do presente estudo não é fechar o direito em uma fórmula hermética, pois, como já afirmado na introdução deste trabalho, a segurança jurídica deve ser temperada com certa discricionariedade do magistrado, sob pena de incursão no mesmo erro de Kelsen em sua busca desenfreada pela segurança jurídica. Também não se está propondo a extinção, mesmo porque no atual estágio de evolução de nosso direito não é possível e talvez nem desejável, a extinção da figura ideal de comportamento, o homem médio, porém é preciso reduzir o seu papel nas decisões judiciais o que levará naturalmente, e de forma saudável, a limitação daqueles casos em que os juízes decidem “conforme a sua consciência”, o que para as atividades empresárias é extremamente positivo dado à redução do clima de instabilidade. E tudo isso só é possível com a utilização de critérios mais objetivos como, por exemplo, a teoria de Hand, no momento do julgador prolatar sua sentença.

Na esteira do pensamento de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi:

(...) A segurança e a justiça são valores jurídicos relacionados entre si; qualquer vinculação à instabilidade- ao estado, qualidade ou condição de uma relação ou um direito de propriedade não ser respeitado e estar ao sabor de

¹⁰ Recurso Especial N° 257.564 - GO (2000/0042637-7). Ministro relator EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=64762&nreg=200000426377&dt=20010219&formato=PDF> Acesso em 22 de abr. de 2012.

perigos e de incertezas causada por decisões judiciais- afeta a condição de previsibilidade. E, como se sabe, a previsibilidade das decisões judiciais afeta o comportamento e a conduta no mercado. (PINHEIRO E SADDI, 2005, p. 99, grifos nossos)

Ação ou omissão voluntária

Conduta resultante de ato ilícito, ou seja, quando contrária ao ordenamento jurídico, ou de atividade perigosa, que acarrete dano injusto a bens jurídicos alheios. No atual código civil há na cláusula geral da responsabilidade subjetiva, art. 927 CC, a fixação da obrigação de indenizar quando o agente comete ato ilícito, assim como definido no artigo 186 CC.¹¹ Bem como, há no parágrafo único do art. 927 CC a cláusula geral da responsabilidade objetiva com a fixação da obrigação de indenizar independentemente de culpa, quando a lei assim o determinar, ou quando a atividade desenvolvida naturalmente ofereça risco a bens jurídicos alheios.¹²

Como é ensinado por Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, a ação ou omissão no que tange ao ato ilícito:

(...) consubstancia-se em fato humano próprio (responsabilidade direta) ou de outrem, ou em fato de animal ou de coisa inanimada (responsabilidade extracontratual), e, por outro lado, em retardamento ou

¹¹Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de indenizar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

descumprimento, total ou parcial, de obrigação ou de contrato (responsabilidade contratual). (MORAES *et al.*, 2008, p. 61)

Já no que diz respeito às atividades perigosas, basta a demonstração do simples risco. Para análise cuidadosa do tema ver tópico acerca da teoria dos riscos, *retro*.

No art. 187 CC encontra-se outra forma de ato ilícito fundado no abuso de direito, em que a culpa não figura como elemento central, mas sim a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico ou social do direito (Moraes *et al.*, 2008, p. 52).

Por função social e econômica entende-se uma afirmação do princípio do *neminem laedere*, já que no exercício de um direito não pode o sujeito prejudicar interesses jurídicos alheios: por exemplo, o direito a propriedade que, segundo definição do código francês, “(...) é o direito de gozar e de dispor das coisas de maneira absoluta, desde que não se faça delas uso proibido pelas leis ou regulamentos”. (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 94)

Da definição supracitada desprende-se que apesar do direito à propriedade estar entre as mais amplas garantias de que uma pessoa pode dispor, conforme o próprio gênio Romano já assinalava, é necessário fixar certos limites a essa prerrogativa como forma de garantir a manutenção da justiça e da equidade. É o que hoje se chama de função social da propriedade. É importante destacar que essa vocação social não mitiga o direito de propriedade. A constituição federal de 1988, na

esteira das mais modernas legislações do mundo, no seu artigo 5º, XXIII, e no artigo 170, III, reza que a função social não é uma restrição à propriedade, mas sim ao seu uso indevido. (FARIA e CASTRO, 2012)¹³

Em bons costumes encontra-se a influência dos valores morais, que estão, no seio da sociedade, *mutatis mutandis*.

Já em matéria de boa fé emerge um dos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, sendo impensável o direito senão como uma força, cuja função precípua é a garantia do equilíbrio das relações sociais, da ordem econômica e da compatibilização de interesses diversos. A boa-fé deve ser tida como “(...) delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé.” (SILVA, 2011, p. 36)

Por último, mais uma vez é possível vislumbrar a aplicação da teoria de Hand em sede de responsabilidade civil, pois cabe ao direito assumir seu papel de indutor de comportamentos no meio social e a fórmula de Hand tem, justamente, o condão de fazer com que os indivíduos pesem os custos de suas escolhas antes de agirem, sabendo que poderão ser demandados por elas, estimulando, portanto, a prevenção geral. Lembrando que na esfera da ação ou omissão o agente que causa o dano deve ser diverso da figura da vítima, esta posição do legislador está ligada a noção de não se punir a autolesão. Ora, atentaria contra o bom senso e contra toda a

¹³ Ainda não publicado.

tradição jurídica que o dano causado a alguém por si próprio gerasse para outrem o dever de indenizar. Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que

A reparação acidentária cobre danos resultantes da culpa do empresário, do ato falho ou culposo do trabalhador, do caso fortuito e da força maior, cabendo, em qualquer destas hipóteses, o reparo a cargo da Previdência Social. Dele se exclui apenas autolesão ou o ato do empregado visando obter benefício com o infortúnio, havendo, em tais casos, o estelionato, somente afastado por razões subjetivas (quando não se encontra no gozo de suas faculdades mentais) e no estado de necessidade.¹⁴

Dano

Elemento intrínseco da responsabilidade civil, não há necessidade de reparação sem ele. Pode ser entendido como lesão a qualquer bem jurídico, seja qual for a sua natureza. Divide-se em patrimonial e extrapatrimonial.¹⁵

Como ensinado pelo professor Bullard González (GONZÁLEZ, 2003) todo sistema de responsabilidade civil deve ter uma função clara, pois para o sistema econômico não se justifica os custos de reparar um dano pela reparação mesma. Quando uma sociedade empresária indeniza um sujeito ela visa com isso reduzir

¹⁴ Conflito de competência n. 47.509-MG, julgado em 1º de fevereiro de 2005 e publicado no DJe de 04 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=autoles%E3o&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=6>> Acesso em 21 de abril de 2012.

¹⁵ O dano patrimonial (art. 402 CC/2002) decompõe-se em emergente, que é o decréscimo real no patrimônio da vítima; e cessante, aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. O dano extrapatrimonial, também chamado de moral, ocorre quando há ofensa aos direitos da personalidade da vítima, ou seja, atinge bens insuscetíveis de avaliação pecuniária, hodiernamente esta última modalidade de dano tem servido de panaceia para diversas situações, descaracterizando a finalidade do instituto.

eventuais custos administrativos, é a lógica do mercado. Dito isso, pode-se enumerar duas funções básicas da responsabilidade civil: reparação e prevenção.

A primeira, numa perspectiva tradicional, é tida como a função precípua da obrigação de indenizar, todavia, com a evolução da técnica jurídica e de outros elementos sociais esta função da responsabilidade tem começado a perder espaço, pois novos mecanismos, com destaque para os seguros, tem se mostrado mais eficientes na reparação do dano, sendo mais céleres e menos onerosos. Portanto, nos dias atuais, a função reparatória deixou de ser exclusividade da responsabilidade civil (PINHEIRO E SADDI, 2005). Além do mais, com lastro nas palavras de Eugênio Battesini (2011), tem-se que a responsabilidade civil não consegue restabelecer o *status quo ante*, pois ao fixar o *quantum* indenizatório o julgador apenas transfere o prejuízo da vítima para o autor do dano, o que em termos econômicos não atende o princípio da eficiência.¹⁶

A segunda função da responsabilidade civil, a prevenção, no campo da economia é defendida por seus estudiosos como a essência da obrigação de indenizar o que, todavia, encontra séria resistência por parte dos mais renomados juristas. É certo que não é possível olvidar o caráter social da indenização, mas também é certo que não é prudente perder de vista que medidas *ex post facto* são menos eficientes que medidas preventivas, mesmo porque ao prevenir o dano essa função social é atingida com o *plus* de se reduzir os custos transacionais das atividades econômicas,

¹⁶ Conforme o artigo 947/2002 CC a função da indenização é reestabelecer o *status quo ante*, ou seja, ao fixar o *quantum* indenizatório, portanto, o juiz deve se ater a real extensão dos danos sofridos pela vítima.

maximizando, portanto, o bem estar social. Lembrando que a responsabilidade civil não é o único elemento para se prevenir danos, havendo outros elementos tão importantes quanto, como por exemplo, o dano punitivo, o qual ainda será tratado com mais cuidado neste trabalho.

Nexo de Causalidade

É o vínculo, a relação de causa e efeito entre a conduta de um determinado agente e o dano injusto. Salvo algumas situações excepcionais, caso fortuito ou força maior, fato exclusivo da vítima ou fato de terceiro, o nexo causal é imprescindível para se caracterizar a responsabilidade civil. Este é, sem sombra de dúvidas, o mais melindroso dos elementos da responsabilidade civil, dada a dificuldade de sua prova, sobretudo quando há causalidade múltipla (PEREIRA, 1998, p. 73). Nas abalizadas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes *et al.*, *ipses litteris*:

Quando a causa é única (fato simples)- ou quando plúrimas, são conjuntas e concomitantes a um mesmo e idêntico efeito final-, o assunto da caracterização da relação de causalidade não apresenta maiores complexidades. Quando, porém, as causas são múltiplas e sucessivas, isto é, quando há uma cadeia de condições com várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, a tarefa de precisar qual delas é a causa real do dano enseja sérias dificuldades de ordem prática e filosófica (MORAES et al., 2008, p. 103)

Daí surge diversas teorias com o escopo de tentar explicar o nexo de causalidade, dada à importância de se saber a causa real do dano para que se

caracterize ou não a obrigação de indenizar. De todas elas destacam-se duas de maior peso, a teoria da equivalência dos antecedentes causais e a teoria da causalidade adequada. A primeira cria uma abstração jurídica ao afirmar que todos os elementos que contribuíram para o evento são considerados como causa, e que, portanto, o dano não ocorreria na ausência de qualquer uma delas, *conditio sine qua non*.

Extremamente criticada por ampliar em excesso a abrangência do nexos causal, acabou sendo superada pela segunda teoria, a da causalidade adequada. Conforme esta teoria apenas a causa de maior relevância, isto é, aquela determinante do dano é que caracteriza o nexos causal. Restando esta tese, hodiernamente, como o norte para se definir a relação de causa e efeito no direito pátrio¹⁷. Todavia, ainda é tarefa árdua identificar a causa adequada do dano.

Numa perspectiva econômica destaca-se a teoria da melhor ou mais eficiente oportunidade de evitar o dano, exposta por José de Aguiar Dias (2006) Neste sentido o laureado autor defende que a responsabilidade pelo evento danoso deve ser atribuída àquele que, com os menores custos, podia evitá-lo, inclusive a vítima. Logo, para efeitos de identificação da causa adequada o julgador deve comparar a situação das partes e tentar identificar aquele tinha as melhores condições de prevenir o acidente. Esta teoria gera um efeito interessante, pois estimula a prevenção geral. Melhor exemplo da melhor oportunidade de evitar o dano é a prática do “*surf ferroviário*”,

¹⁷ Não obstante a relevância do nexos causal em matéria de responsabilidade civil, nosso atual código civil, assim como o de 1916, não tratou dos parâmetros para a sua caracterização. Em virtude da omissão do legislador esta tarefa coube à doutrina e a jurisprudência pátria, destaque-se que apesar de algumas divergências é predominante a adoção da teoria da causalidade adequada. Ver posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial n. 669258/RJ.

prática recorrente no Brasil. No que tange a prática deste ato, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é sossegada no sentido de que

A lei não pode premiar a imprudência. Não é de ser indenizado o fato da morte por acidente em via férrea quando a vítima era passageiro do tipo irregular, ou seja: 'surfista ferroviário' ou 'pingente', em aventura imprudente e voluntária, que configura típica postura suicida.¹⁸

Como ensina em lapidar lição o mestre Aguiar Dias, “a culpa da vítima, quando concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para a repartição proporcional dos prejuízos.” (DIAS, 1960)

VI. A DOCTRINA DO *PUNITIVE DAMAGES*

Os ordenamentos jurídicos modernos, diferentemente do que ocorria no antigo Direito Romano, fazem clara distinção entre ilícitos penais e civis. O enquadramento do injusto em uma destas duas modalidades depende do bem jurídico ofendido e da gravidade da ofensa. Todo ilícito penal é também eivado de antijuridicidade civil, embora a recíproca não seja verdadeira. Isso ocorre devido ao fato de o Direito Penal versar sobre as lesões mais graves aos bens jurídicos mais preciosos do ser humano, ficando as demais relegadas à esfera cível. Enquanto as funções precípua da sanção penal são prevenir e reprimir, as da reparação civil de danos são eminentemente compensatórias. Não se pretende aqui olvidar o caráter

¹⁸ Recurso Especial Nº 160.051 - RJ (1997/0092328-2). Relator : MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=388181&sReg=199700923282&sData=20030217&formato=PDF Acesso em: 22 de abr. 2012.

pedagógico da responsabilidade civil – notadamente na seara do dano moral –, todavia seria ilógico elevá-lo a patamar mais importante que a reparação e tentativa, como dito anteriormente, de restabelecimento do *status quo ante*. O escopo educativo – e não punitivo – da indenização por danos morais já foi percebido pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo esta Corte decidido que

Para a fixação do valor da compensação por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades do processo, a necessidade de que a compensação sirva como espécie de recompensa à vítima de sequelas psicológicas que carregará ao longo de toda a sua vida, bem assim o efeito pedagógico ao causador do dano, guardadas as proporções econômicas das partes e considerando-se, ainda, outros casos assemelhados existentes na jurisprudência.¹⁹

A doutrina dos *punitive damages* veio tornar menos nítida a distinção entre antijuridicidade penal e civil, principalmente no que concerne aos efeitos de cada uma das formas de responsabilização. É que seus defensores advogam a acentuação da função pedagógica da responsabilidade civil, de modo a impor um encargo de tal modo oneroso ao causador do dano que o iniba no cometimento de novos ilícitos, punindo-o pelo ato praticado, e sirva de exemplo para aqueles que com o caso tiverem contato.

19 REsp 1134677 / PR. Relatora Ministra Nanci Andriahi. Julgado em 07 de abril de 2011. Publicado no DJe em 31 de maio de 2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=Doutrina+econ%F4mica&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em 21 de abril de 2012.

Nelson Rosenvald, justificando a necessidade de difusão da teoria do dano punitivo, aduz que “A insuficiência das soluções oferecidas pelos meios ressarcitórios de responsabilidade, implica na necessidade do ordenamento jurídico ir além da reparação propriamente dita e investir em outros meios repressivos, sem que com isto tenha de recorrer ao extremo do direito penal”. (ROSENVALD, 2010) Em que pese a autoridade do referido argumento, o mesmo não deve prosperar, uma vez que traz consigo inconvenientes de ordem prática e teórica que fazem com que mereça ser rechaçado. Primeiramente, não haveria sentido a diferença entre Direito Penal e Direito Civil se as consequências deles advindas não fossem essencialmente diferentes, i.e, se ambas tivessem vies punitivo. Ademais, a medida que a obrigação imposta ao transgressor da norma civil ultrapassasse a real extensão do dano, a ponto de penalizá-lo, causar-se-ia enriquecimento sem causa na vítima do evento danoso, pois, além do montante apto a reparar o mal causado, ainda lhe seria destinada a soma utilizada para punir o autor do ilícito.

A imposição de indenizações com caráter manifestamente inibitório, muitas vezes em quantias desarrazoadas, não é incomum no direito norte-americano e em outros sistemas do direito anglo-saxão, principalmente em situações que envolvam danos ambientais, ou abusos de toda ordem praticados por grandes corporações, por exemplo. No Brasil, embora ainda incipiente, a teoria comentada já começa a ser acolhida pelos tribunais pátrios, como se depreende do Enunciado n. 379 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal ²⁰. Contudo, é preciso cuidado

²⁰ Enunciado 379: “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.”

neste sentido, não apenas pelos motivos jurídicos antes apontados, mas também por razões de ordem econômica. Ora, hodiernamente não há normas positivas disciplinando especificamente a matéria, sendo os entendimentos variáveis de acordo com o julgador. Destarte, qualquer decisão que, de repente, viesse a imprimir sanção civil ao responsável pelo dano, de modo a majorar consideravelmente a prestação pecuniária imposta, atentaria contra o mínimo de previsibilidade que se espera das decisões judiciais em um Estado Democrático de Direito. Os reflexos no cenário econômico poderiam ser os mais catastróficos possíveis, indo desde reduções bruscas em investimentos, até demissões em massa ou, até mesmo, a falência do condenado, considerando, como proposto neste trabalho, que a responsabilidade reparatória caiba a uma sociedade empresária ou outro agente econômico símile.

Emerge aqui a importância do Poder Judiciário na esfera econômica, assunto que será abordado com mais detalhes adiante. A incorporação dos *punitive damages* na ordem jurídica brasileira sem a devida previsão legal, maculando a cultura jurídica pátria e comprometendo a segurança jurídica ao imprimir imprevisibilidade às decisões judiciais, é, por todo o exposto, caminho curto para uma interferência perniciosa dos órgãos jurisdicionais na economia nacional.

VII. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CENÁRIO ECONÔMICO

Infrutífera seria qualquer proposta de análise econômica do direito que prescindisse da exata compreensão do papel desempenhado pelo Poder Judiciário na economia. É que entre a norma jurídica, enquanto preceito geral e abstrato, e a

produção de seus efeitos práticos há, em regra, a interferência de órgão jurisdicional. No ordenamento jurídico brasileiro nem mesmo a Lei pode afastar do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, segundo prescreve a própria Constituição da República em seu art. 5º, XXXV. Neste sentido é que emerge a relevância do papel do Poder Judiciário no cenário econômico, pois, ao decidir conflitos com *status* de definitividade, pode ele interferir das mais diversas formas em vários ramos da realidade econômica do país. O próprio legislador, no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consagrou o postulado da função social das decisões judiciais.²¹ Valendo-se deste preceito, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Maranhão:

Desta forma, é importante ressaltar que, como bem apontado pelo juízo monocrático, o art. 5º da LICC determina que, em toda atividade interpretativa, é necessário que sejam considerados os fins sociais visados pela lei, demonstrando nitidamente que a finalidade social do direito deve se sobrepor aos valores individuais.²²

Não obstante a necessidade de uma reflexão conjunta entre magistrados e economistas acerca do estreito liame que une suas atividades, nem sempre isso se mostra uma tarefa fácil, pois, como bem observaram Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005), “as relações entre o Direito e a Economia sempre foram marcadas

²¹ Art. 5º, LINDB - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²² TJMA. Apelação Cível nº 11022-2007. Julgada em 05 de outubro de 2007. Relator Desembargador Antônio Guerreiro Junior.

por uma hostilidade visível. No entanto, essa visão tem se modificado justamente pela necessidade de interação entre as duas matérias.” (PINHEIRO, SADDI, 2006) O grande valor do diálogo referido pelos eminentes autores não tem o condão de extinguir as dificuldades de sua realização, contudo enseja que as mesmas sejam deixadas de lado em prol dos benefícios que a cooperação entre ciência jurídica e econômica pode trazer para ambas.

Um Poder Judiciário alheio à consideração dos efeitos econômicos de ordem prática de suas decisões, sejam eles de caráter coletivo ou difuso, é tão temível e socialmente pernicioso quanto aquele em que as vontades e ideais subjetivos do juiz se sobrepõem à aplicação da Lei tal como concebida pelo legislador. Bruno Meyerhof Salama (2008), em artigo no qual discorreu sobre o tema, observou que “(...) o Juiz de Direito deva sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, ainda, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes.” (SALAMA, 2008) Para ilustrar este contexto, mais uma vez com lastro na lição de Castelar Pinheiro, esposada em obra organizada por Luciano Timm (2005), é possível estimar que “(...) por conta do mau funcionamento do Judiciário, o Brasil cresce cerca de 20% mais devagar do que poderia crescer se tivesse um ‘Judiciário de Primeiro Mundo.’” (PINHEIRO in TIMM, 2005)

É evidente que não se pode imputar apenas aos órgãos judiciais a responsabilidade pelo mencionado déficit, devendo a mesma ser compartilhada com o próprio legislador que em sua missão legiferante também deveria ter em vista o dado

citado. O que se pretende mostrar com a referida estimativa é o quão relevante se mostra a atuação do Poder Judiciário brasileiro nos destinos econômicos do país. Tais destinos tendem a ser os melhores e mais eficientes quando se é possível contar com um Judiciário imparcial, garantidor de processos céleres e com decisões previsíveis. Em contrapartida, podem tornar-se mais obscuros e ineficientes à medida que tais características não são verificadas. Sendo a justiça o primeiro e principal objetivo do homem do Direito, notadamente do magistrado, cabe a ele enxergá-la sob um novo prisma, desta vez menos individualista e mais consciente de sua vertente econômico-social.

VIII. O TEOREMA DE COASE E A DESJUDICIALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A morosidade de um processo judicial, bem como a imprevisibilidade de seus resultados, faz com que, não raras as vezes, a composição extrajudicial de danos seja preferível em detrimento de uma solução jurisdicional comum. Neste sentido, são cada vez mais corriqueiras convenções de arbitragem com o escopo de solucionar conflitos resultantes de contratos civis e mercantis. Contudo, não apenas em sede de responsabilidade contratual a fuga do Judiciário se mostra como uma saída atrativa, mas também é percebida deste modo quando se trata de responsabilidade extracontratual ou *aquiliana*. É nesta última forma de responsabilização que, para os objetivos deste trabalho, emerge a importância do Teorema de Coase para a análise econômica da responsabilidade civil.

Ronald Coase, Prêmio Nobel de Economia em 1991, desenvolveu o que hodiernamente se denomina Economia dos Custos de Transação. Custos de transação,

na seara da composição civil extrajudicial, são entendidos como aquilo a ser dispendido na busca de uma solução eficiente para a questão que se encara. Frank H. Stephen (1993) os definiu como aqueles nos quais restam inseridos “(...) os custos da busca por negociadores, a negociação da transação e policiamento e execução de normas.” (STEPHEN, 1993) De acordo com Coase, a busca pelo resultado mais eficiente independeria de juízos acerca da titularidade inicial dos direitos, tal como ocorre em uma demanda judicial, mas dependeria dos custos de transação envolvidos. Em uma conjuntura na qual estes recursos não existissem, a distribuição prática de direitos e deveres rumo a uma solução eficiente independeria da repartição dos mesmos feita *a priori* pelo legislador. Para Coase (1960), *“In these conditions the initial delimitation of legal rights does have an effect on the efficiency with which the economic system operates. One arrangement of rights may bring about a greater value of production than any other”*. (COASE, 1960) Aos olhos dos homens do Direito tais assertivas podem parecer, no mínimo, contrárias a toda a tradição jurídica da reparação civil de danos. Todavia, como bem observaram Pinheiro e Saddi (2006), boa parte do empresariado brasileiro prefere, até mesmo, fazer maus acordos a ter que bater às portas do Poder Judiciário. Sob o prisma esposado seria possível a verificação de grandes vantagens na resolução extrajudicial de questões que poderiam constituir objeto de ações de reparação civil, ainda que a justeza das soluções encontradas fosse de encontro, em princípio, àquilo que se espera de uma justiça comutativa próxima da perfeição. A conveniência ou não de uma resolução da questão fora da seara judiciária dependeria, destarte, da correta análise dos custos de transação.

Atualmente, os custos de transação vão desde a contratação de um árbitro ou mediador, conforme os fins colimados pelos envolvidos, até o dispêndio financeiro realizado por estes últimos ou por um deles no cumprimento do que for decidido ou acordado entre ambos. Em maior ou menor monta tais custos sempre existirão. O cenário imaginado por Coase, no qual eles inexistiriam, não passa do campo das ideias. Assim sendo, reiterando o que fora dito em tópico anterior, ainda que haja tendência à desjudicialização da responsabilidade civil, é de clareza solar que isso não ilide a importância de um Poder Judiciário em que os julgadores tenham ciência da real dimensão dos efeitos econômicos e sociais de suas decisões. Assim, modernamente, é tarefa do Judiciário brasileiro em sede de responsabilidade civil, seja ela objetiva ou não, principalmente quando o dever de reparação caiba a agentes econômicos, velar para que os custos de transação mostrem-se menos atrativos que a prestação da tutela jurisdicional. É seu dever, como protagonista no Estado Democrático de Direito, garantir o acesso real à justiça do Direito Privado, afastando os inúmeros obstáculos que dela ainda afastam muitos.

IX. A EFICIÊNCIA DE PARETO E DE KALDOR HICKS NAS DECISÕES JUDICIAIS

Conforme a teoria dos custos de transação, o principal objetivo das instituições econômicas é reduzir o valor destes custos por meio dos mais diversos instrumentos, dos quais se destaca o direito, em sua acepção *lata*, isto é, englobando a lei, as decisões judiciais e a atuação de seus profissionais. Nesta senda surge a pergunta: como o direito pode reduzir tais custos? Em um primeiro momento a

resposta parece fácil, ou seja, com leis mais simples e claras; com decisões judiciais mais céleres e que busquem no *casu in concretum* o fundamento de suas sentenças, como forma de se evitar decisões totalmente estranhas a realidade sócio-econômica; e, por fim, com profissionais do direito dispostos a abrir mão da lide pela composição entre as partes. Este último ponto será tratado mais tarde com o devido cuidado.

Todavia, na prática esta é uma tarefa hercúlea, pois o legislador não quer ou não consegue elaborar leis mais claras; o judiciário é composto por inúmeros juízes “Ivan Ilitch”, que, como assevera o professor Júlio Aguiar de Oliveira (2005)²³, a primeira vista parece apenas um personagem de Tolstoi, mas ele é real, é aquele juiz preso à segurança jurídica Kelseniana, que não consegue enxergar que a complexidade do mundo não cabe nas letras frias da lei; e por último tem-se a cultura demandista arraigada em muitos cursos de direito brasileiros, formando profissionais do direito que não buscam outras vias além do judiciário, isto em pleno pós-positivismo jurídico.

Como afirmado na introdução, tudo isso gera custos. O crescimento do Brasil seria muito maior houvesse um judiciário mais eficiente, com juízes atentos à realidade social. Em sede de responsabilidade civil, em muitas ocasiões, o bom direito se perde por falta de eficiência das sentenças, pois o juiz não pesa todos os possíveis impactos de sua decisão. Ao prolatar uma sentença deste gênero o magistrado dever buscar prevenir novos danos, reduzir seus custos e a dispersão social dos riscos destes

²³ Para que serve a teoria do direito. Texto produzido a partir da palestra proferida, em 10 de maio de 2005, no Seminário “Para que serve a Teoria do Direito”, realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, de 09 a 13 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.hottopos.com/videtur30/julio2.htm>. Acesso em 20 março. 2012.

danos (BATTESINI, 2011), e não só o reestabelecimento do equilíbrio entre as partes, dada a função social de sua decisão e a necessidade de que ela seja eficiente.

Em termos econômicos eficiência refere-se à relação de custos e benefícios relacionados a uma dada situação, ou seja, “representa o uso racional dos recursos, maximizando seu resultado e transformando suas causas em ganhos.” (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 122)

Nesse diapasão há dois principais conceitos que tratam da eficiência na economia, que são: eficiência (ou ótimo) de Pareto e eficiência de Kaldor Hicks que podem oferecer ao julgador um instrumental poderoso no momento de estabelecer o dever de indenizar. O primeiro, desenvolvido por Vilfredo Pareto (Paris, 15 de Julho de 1848 — Céligny, 19 de Agosto de 1923) um político, sociólogo e economista italiano, consiste na ideia de que algo só é eficiente, no sentido de Pareto, se não há algo que possa ser feito para beneficiar um agente sem que isso cause prejuízo a alguém. (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 120 e 121)

Já o segundo conceito, desenvolvido por Nicolas Kaldor e John Richard Hicks, se baseia na tese de que algo é eficiente se ao melhorar a situação de um ou mais agentes econômicos, mesmo que piore a situação de outros agentes, gere um superávit capaz de compensar as perdas dos agentes que tiveram sua situação piorada, baseando-se, portanto, na noção de compensação.²⁴

²⁴ Para mais detalhes ver Edward Stringham em seu artigo Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning.

(...) A possibilidade de haver transferências compensatórias significa, por outro lado, que há mais flexibilidade em ser eficiente no segundo conceito do que no primeiro- um ótimo de Kaldor-Hicks é também de Pareto, mas a recíproca não é verdadeira (PINHEIRO e SADDI, 2005, p.121).

Não é possível tratar de eficiência no direito sem suscitar, mesmo de forma breve, das ideias de equidade, das quais destacam-se duas principais: a horizontal, que consiste em tratar todos os indivíduos de forma igual; e a vertical, que, por sua vez, consiste em tratar os desiguais de maneira desigual. Enquanto a ideia de eficiência está ligada a maximização dos resultados na utilização de recursos, a equidade está ligada a distribuição destes recursos entre os agentes econômicos. Conciliar eficiência e equidade na responsabilidade civil definitivamente não é tarefa fácil, porém os critérios desenvolvidos por Pareto (ótimo de Pareto), e Nicolas Kaldor em conjunto com Jonh Hicks (eficiência de Kaldor Hicks) podem tornar esta tarefa menos árdua na medida em que oferecem critérios objetivos para que o julgador fixe o *quantum* indenizatório. Importa dizer que estes dois critérios não tem o condão de solucionar todos os problemas relativos a responsabilidade civil, mas que conseguem mitigá-los na medida em que acentuam a função social das decisões judiciais, bem como reduzem os custos de transação.

X. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto ao longo do presente trabalho, resta clara a íntima relação existente entre Direito e Economia, relacionamento este que só tende a dar

bons frutos quando marcado pela cooperação entre aquelas ciências. É de se concluir também que ao Poder Judiciário, enquanto órgão de poder destinado a promover a tutela de direitos *in concretum*, não é dado virar as costas para os efeitos sociais de suas decisões, mormente para aqueles aptos a repercutirem na economia, seja a curto, médio ou longo prazo. A segurança jurídica, primado do Estado Democrático de Direito, pode e deve ser garantida pelos tribunais, mediante decisões equânimes, céleres, livres de subjetivismos sobrepostos à lei e dotadas de um mínimo de previsibilidade. Sem embargo das opiniões em contrário, o velho adágio *fiat ius perit mundi*²⁵ perde espaço para um novo modelo de justiça comutativa, pautado, desta vez, em considerações de índole social, mormente em situações como aquela trazida neste texto. A junção de esforços entre advogados, juizes, promotores e economistas tende a ampliar o horizonte de análise em torno do tema, gerando grandes avanços práticos e teóricos acerca do mesmo.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Kenneth S. *The Forms and Functions of Tort Law*. 2ª. Ed. New York: Foundation Press, 2002.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Palestra proferida no II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado de 8 a 11 de março de 1994, em Brasília, pelo ex-ministro do

²⁵ “Faça-se justiça ainda que pereça o mundo.”



Superior Tribunal de Justiça (STJ). Disponível em:
<www.sassoessasso.adv.br/noticias02.php>. Acesso em 23 fev. 2012.

BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*. São Paulo: LTr editora, 2011.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho e Economia: el análisis Económico de las Instituciones Legales*. Lima: Palestra Editores, 2003.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil: Estrutura e Função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito: Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COASE. Ronald H. *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics. 1960, p. 1-44.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIA, Mariana Sousa; CASTRO, Júnior Ananias. *Compartilhamento de Informações Sobre o Mercado Imobiliário Ouro-pretano: Uma Iniciativa Necessária*. Ainda não publicado.

GRAU. Eros.Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: editora RT. 1998.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(RE) pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.



MORAES, Maria Celina Bodin de. *et al. Teoria Geral da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: FVG editora, 2008.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. *Para que serve a teoria do direito*. Texto produzido a partir da palestra proferida, em 10 de maio de 2005, no Seminário “Para que serve a Teoria do Direito”, realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, de 09 a 13 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur30/julio2.htm>>. Acesso em 20 de março. 2012.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

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

_____. Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil. Aulas exibidas nos dias 20, 21, 22, 23 e 24 de outubro de 2008. Disponível em: <www.tvjustica.jus.br/.../Curso%20de%20Responsabilidade%20Civil%...> Acesso em 19 de abril de 2012.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.



SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A Boa-fé Objetiva e o Inadimplemento do Contrato*. São Paulo: LTr editora, 2008.

STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. Tradução: Neusa Vitale. São Paulo. Makron Books, 1993.

STRINGHAM, Edward. *KALDOR-HICKS EFFICIENCY AND THE PROBLEM OF CENTRAL PLANNING*. Disponível em: <http://mises.org/journals/qjae/pdf/qjae4_2_3.pdf>
Acesso em 25 de fevereiro de 2012.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. 1ª edição. São Paulo: Editora IOB Thomson, 2005.

_____. *Direito & Economia*. 2ª ed.(rev. e atual.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VADE MECUM Saraiva. 12ª edição. Editora Saraiva: São Paulo, 2012.

VIVA, Rafael Quaresma. *A Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo: RCS Editora, 2007.