

# CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

31 JAN > 18 JUL 2022

## A ESTRUTURA E AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB AS LENTES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Marcelo L. F. de Macedo Bürger<sup>1</sup>

### 1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E RESPONSABILIDADE CIVIL: UM DIÁLOGO A PARTIR DE ESCOLHAS E COMPORTAMENTOS



Uma das primeiras lições ao estudante de Direito recém-ingresso na universidade é o que é o Direito e para que ele serve. Não por outra razão Miguel Reale inaugura suas *Lições Preliminares de Direito* questionando “como poderíamos começar a discorrer sobre o Direito sem admitirmos, como pressuposto de nosso diálogo, uma noção elementar e provisória da realidade que estamos a falar?”<sup>2</sup>.

Tais questões, fundantes de todo o estudo que será desenvolvido nos anos seguintes, precisam naquele momento ser simplificadas por questões didáticas, sob pena de frustrar a

---

<sup>1</sup> Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduado em Análise Econômica do Direito pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Civil no Centro Universitário Curitiba. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil - IBERC. Sócio do CMT Advogados.

<sup>2</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.

compreensão do calouro, daí se falar em uma noção provisória. A resposta sobre o que o Direito “é” perpassa a compreensão de sua estrutura, ou seja, quais são e como são dispostas e ordenadas suas diferentes partes, ao passo que a dimensão funcional do Direito poderia ser vertida na expressão “para que serve” o Direito.

Nesta perspectiva, Reale sustenta que a estrutura do Direito seria tridimensional, na medida em que reconhece o aspecto *normativo* do Direito, segundo o qual este seria o conjunto de normas jurídicas e sua respectiva ciência, um aspecto *fático*, consistente no direito enquanto fato, ou em sua efetividade social e histórica; e finalmente um aspecto *axiológico*, representado pelo Direito enquanto valor de justiça.

Quanto a função, embora correlata a dimensão axiológica, poderá atender aos anseios de uma dada época, transitando entre a “realização ordenada e garantida do bem comum”, a “concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico”<sup>3</sup>.

Em que pese não exista um consenso quanto ao conteúdo da estrutura ou da função<sup>4</sup> do Direito, é comum na espacialidade jurídica a análise do direito por este duplo vértice: o de sua estrutura (como “é”) e de sua função “para que serve”. Este método se aplica tanto ao exame do Direito enquanto fenômeno unitário, como também ao exame de suas divisões, como do Direito Público ou Privado, subdivisões, como o Direito Penal ou Civil, e mesmo para as disciplinas que as compõe, como a Responsabilidade Civil, que ora interessa ao presente texto.

A Responsabilidade Civil, portanto, possui uma estrutura

---

<sup>3</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64-67.

<sup>4</sup> À guisa de exemplo, colhe-se a função do Direito como: paz social; ordenação social; integração e coesão sociais; composição de conflitos; dominação política; garantia e estabilidade das relações sociais; dentre outros, apontando Norberto Bobbio que algumas das funções atribuídas ao Direito são óbvias e nada acrescem ao fenômeno jurídico.

(composta por um conjunto de normas jurídicas que disciplinam sua organização e dirigem condutas), bem assim uma ou mais funções (objetivos a que serve). Quanto a estas, se tradicionalmente a responsabilidade civil teve por atribuição a *reparação* de danos, voltada a ressarcir a vítima pelo prejuízo que lhe foi injustamente causado, contemporaneamente avoca também as funções de *prevenção*, cujo desiderato é antes evitar que o dano aconteça ou ao menos minimizar a probabilidade de sua realização ou extensão, e mesmo de *punição* do causador do dano, voltada a sancioná-lo por uma conduta que seja considerada ultrajante.

Importa saber se, para além de enunciar suas funções, a Responsabilidade Civil efetivamente possui aptidão para realizá-las, sob pena de reduzir sua dimensão funcional a um mero discurso normativo, adorno retórico que serve aos catedráticos e estudiosos, mas não ao cidadão comum que, ao fim e ao cabo, é o destinatário do Direito Civil. E é nesta perspectiva que a Economia pode contribuir com o Direito, ou, verticalizando no objeto do presente texto, que a Análise Econômica do Direito pode oferecer substancial contributo à Responsabilidade Civil, seja para a efetiva concreção de suas funções, seja para demonstrar sua inadequação ao objetivo perseguido.

O diálogo emerge da constatação de que tanto a Economia quanto o Direito têm, em sua essência, o mesmo objeto: a análise de escolhas humanas.

De um lado, o Direito busca a realização de sua finalidade por meio de normas de comportamento, que permitem, proíbem ou regulamentam determinadas condutas. Nesta medida, visando a “realização do bem comum” ou a “concretização da ideia de justiça”, proíbe que uma pessoa tire a vida outra, sancionando tal conduta com uma pena de restrição de liberdade. Do mesmo modo, visando a garantia da esfera jurídica de cada um, atribui ao causador de um dano ilícito o dever de repará-lo. Em ambos os casos, ao assim regulamentar tais condutas, o Direito

pretende conduzir o comportamento, conduzir as escolhas das pessoas, de modo que escolham não matar e não causar danos, para que não tenham contra si as consequências anunciadas. Afinal, “o direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano”<sup>5</sup>.

A concepção contemporânea de Economia nos leva ao mesmo objeto: a análise de escolhas, de comportamentos.

A ciência econômica foi por muito tempo apresentada como o estudo das causas do bem-estar material, até que na primeira metade do século XX Lionel Robbins<sup>6</sup> propõe-lhe um novo conceito, e o faz a partir de interessante alegoria que evidencia não ser o bem estar material a essência das ciências econômicas<sup>7</sup>.

Para tanto, o autor parte do exemplo dado por seu outrora professor, Edwin Cannan<sup>8</sup>, de um homem completamente isolado em uma ilha, tal como a personagem de Robson Crusoe. As suas atividades poderiam ser divididas em econômicas e não econômicas na medida em que lhe proporcionasse bem estar material. Assim, ao buscar e colher babatas na ilha, estaria realizando uma atividade econômica, ao passo que enquanto estiver conversando com um papagaio, sua atividade será não econômica. Robbins questiona se, na eventualidade de Crusoe ser resgatado e passar a fazer apresentações pagas em que conversa com o papagaio, o tempo que ele investiu na ilha conversando com o papagaio ainda seria uma atividade não econômica? Tal alegoria mostra que a qualificação da conduta como econômica

---

<sup>5</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 4 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 1.

<sup>6</sup> Também conhecido como Barão Robbins (1898-1984), foi um economista britânico e professor na London School of Economics, celebrado justamente por sua inovadora proposta de definição da economia. É de sua autoria a famosa expressão “humans want that they can’t have”.

<sup>7</sup> ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature & significance of economic science*. London: Macmillan & Co. Limited, 1932, p. 4-16.

<sup>8</sup> Edwin Cannan (1861-1935) foi um economista britânico e professor na London School of Economics até 1926, na qual teve como aluno o próprio Lionel Robbins.

ou não econômica não está em seu efeito material (portanto, em ser causa de bem-estar material). Tampouco no elemento volitivo que o animou o sujeito a realizar a conduta, mas sim em sua escolha, precisamente em realizar uma conduta ou outra<sup>9</sup>.

Assumindo como premissas que Crusoe desejaria tanto ter batatas para comer quanto momentos de lazer; que não possui recursos ou lazer na quantidade que desejaria; e que ele pode empregar seu tempo buscando mais recursos materiais ou tendo mais momentos de lazer, o que se constata é que ele tem de realizar escolhas, ele tem de economizar. Tanto a disposição de seu tempo quanto seus recursos estão intrinsecamente relacionados a suas escolhas, na medida em que ambos são limitados e podem ser aplicados de diversas maneiras. O comportamento adotado, seja qual for, parte invariavelmente de uma escolha. Daí sua conclusão de que a Economia “é a ciência que estuda o comportamento humano como a relação entre finalidades e recursos escassos que têm usos alternativos”<sup>10</sup>.

É nesta medida que Economia e Direito, ainda que reconhecidamente sejam ciências autônomas, se aproximam ao ter por objeto comum as escolhas humanas. Em consequência, o jurista pode se valer da economia tanto para buscar meios de direcionar as escolhas dos indivíduos para o cumprimento das

---

<sup>9</sup> Trata-se da visão neoclássica, segundo a qual “a Economia faz seu tema central o estudo das decisões individuais e colectivas tomadas em ambiente de escassez, colocando especial ênfase: no grau de liberdade do agente – na medida em que, sem um grau mínimo de liberdade, não há genuínas escolhas; na interdependência que se gera entre essas decisões – no duplo sentido de ligação intertemporal e congruência das escolhas de uma só pessoa, e de interação dinâmica das decisões no seio de um grupo” (ARAÚJO, Fernando. Economia: conceitos introdutórios para juristas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 26).

<sup>10</sup> ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature & significance of economic science*. London: Macmillan & Co. Limited, 1932, p. 15. No original: “The economists studies the disposal of scarce means. He is interested in the way different degrees of scarcity of different goods give rise to different ratios of valuation between them, and he is interested in the way in which changes in conditions of scarcity, whether coming from changes in ends or changes in means – from the demand side or the supply side – affect the ratios. Economics is the science which studies the human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses”.

normas jurídicas, como para verificar, em concreto, se a juridicização de determinada conduta enquanto permitida ou proibida foi suficiente para incentivar ou inibir determinado comportamento, o que vai ao encontro da proposta do que se convencionou chamar de Análise Econômica do Direito, estribada sobretudo nas obras de Ronald H. Coase, Guido Calabresi e Richard Posner, ainda que com acentuadas divergências entre eles. A constatação deve-se ao próprio Coase:

“Se as teorias que foram desenvolvidas na economia (ou, pelo menos, na microeconomia) constituem, na maior parte, um modo de analisar os determinantes das escolhas (o que acredito ser verdadeiro), é fácil compreender que deveriam ser aplicáveis a outras escolhas humanas, tais como as que são feitas no direito ou na política. Neste sentido, os economistas não contam com um tema próprio. O que se desenvolveu foi uma abordagem divorciada (ou que pode se divorciar) do tema”<sup>11</sup>.

Dentre as teorias desenvolvidas no campo econômico, ganhou destaque nas últimas décadas a economia comportamental, que toma por objeto de estudo a influência de fatores da psicologia, sociais, cognitivos e emocionais no processo de tomada de decisão, além de suas consequências para o mercado. Temas como a arquitetura de escolhas (nudge)<sup>12</sup> e as razões que justificam ou desaconselham sua adoção<sup>13</sup>, sobre os modos como o mercado pode manipular e direcionar as pessoas para armadilhas<sup>14</sup>, ou mesmo como a escassez de recursos pode nos levar a cometer erros, ou ser utilizada para obter maior satisfação<sup>15</sup>.

A Análise Econômica do Direito serve, assim, como

---

<sup>11</sup> COASE, Ronald. H. *A firma, o Mercado e o Direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 3.

<sup>12</sup> THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*. Tradução Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

<sup>13</sup> SUNSTEIN, Cass. *Why nudge? The politics of libertarian paternalism*. Yale University Press, 2014.

<sup>14</sup> AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. *Phishing for Phools: the economics of manipulation & deception*. Oxford: Princeton University Press, 2015.

<sup>15</sup> MULLAINATHAN, Sendhil; SHAFIR, Eldar. *Scarcity: the new science of having less and how it defines our lives*. New York: Picador, 2014.

instrumental teórico para a análise do Direito, não se confundindo com este ou constituindo um de seus ramos. Pelo contrário, trata-se de uma metodologia que pode ter o Direito como objeto, oferecendo *inputs* que possam auxiliá-lo a cumprir sua(s) função(ões) de forma mais eficiente, algo fundamental quando se reconhece que o Direito não pode realizar seu projeto sem custos<sup>16</sup>. Nas palavras de Ivo Gico Jr., “a Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”<sup>17</sup>.

Desta forma, parece fértil permitir que a Responsabilidade Civil receba *inputs* da Análise Econômica do Direito, de modo a oxigenar diversos temas a ela intrínsecos, como a melhor definição do grau de cuidado que se pode esperar de pessoa (homem médio) na aferição da conduta culposa, que regras oferecem melhores incentivos para que os agentes adotem níveis adequados de precaução, como garantir que a função punitiva possa direcionar comportamentos ao invés de se converter em indesejável instrumento moral de retribuição ou vingança, ou mesmo repensar se a reparação integral é a escolha funcional mais eficiente para a responsabilidade civil.

## 2. A ESTRUTURA E AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

---

<sup>16</sup> Toma-se aqui a posição de HOLMES, Stephen; e SUNSTEIN, Cass. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende de impostos*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2019, p. 5. Para a melhor precisão quanto a expressão “custo do direito”, entendem os autores “custo como custo orçamentário, e direitos como interesses importantes que possam ser protegidos de modo confiável por indivíduos ou grupos mediante o uso dos instrumentos disponibilizados pelo Estado”.

<sup>17</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 4 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 1.

Se adentrássemos a sala de máquinas<sup>18</sup> da Responsabilidade Civil, veríamos que seu funcionamento (estrutura) se desenvolve a partir de três elementos centrais em seu suporte fático: uma conduta ilícita (de regra) culposa, um dano e o nexo de causalidade que demonstre a correlação entre o ato e o dano causado.

Em que pese esta estrutura já estivesse presente na codificação civil brasileira de 1916, mantendo os mesmos significantes *culpa*, *nexo* e *dano*, a Responsabilidade Civil contemporânea sofreu sensíveis alterações na sua travessia da modernidade para a contemporaneidade, tanto em sua dimensão estrutural como funcional.

Como já se apontou em outra oportunidade<sup>19</sup>, nesta travessia cada um dos até então rígidos elementos da responsabilidade foram flexibilizados a fim de possibilitar a transição para o modelo da responsabilidade civil contemporânea.

É o que o Anderson Schreiber intitulou de erosão dos filtros da responsabilidade civil.

A culpa perdeu o espaço dominante que outrora ocupava na configuração do dever de indenizar<sup>20</sup>, mesmo no campo contratual<sup>21</sup>. De um lado, experimentou a derrocada de sua concepção enquanto elemento anímico, agora aferido objetivamente

---

<sup>18</sup> A expressão foi originalmente utilizada por Roberto Gargarella em *Latin American Constitutionalism: the engine room of the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

<sup>19</sup> BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo; CORREA, Rafael. *Responsabilidade preventiva: elogio e crítica à inserção da prevenção na espacialidade da responsabilidade civil*. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 35-60, set./dez. 2015.

<sup>20</sup> Emerge daí as ponderações acerca da “objetivação” da responsabilidade civil, ensejada, além das diretrizes constitucionais, também pela fórmula decorrente do art. 927, parágrafo único, do CC/2002. Para tanto, ver: TEPEDINO, Gustavo et al. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 807 e seguintes.

<sup>21</sup> Do mesmo modo, sobre o fim da predominância da culpa na seara do inadimplemento contratual, ver: CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: RT, 2013.



por meio do cotejo entre a conduta lesiva e a conduta que ordinariamente se esperaria de uma pessoa cautelosa<sup>22</sup>, a fim de se verificar se houve ou não a violação de um dever de cuidado que se poderia esperar do homem médio. De outro, tornou-se mera espectadora da expansão das hipóteses de culpa presumida ou mesmo de responsabilidade objetiva (sem culpa), aplicável a um grande número de casos, dentre as quais aqueles em que o dano decorrer de risco da atividade (art. 927), na responsabilidade por fato de outrem (art. 932 e 933), nas relações de consumo (art. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor), na responsabilidade do Estado (art. 37, 6, CF), além de outros casos previstos em lei.

Na mesma linha<sup>23</sup>, ao tempo da codificação civil de 1916, a doutrina “vinculava a noção jurídica de dano à ilicitude da conduta que o gerava, e que acabava por equipará-lo, portanto, a qualquer prejuízo causado”<sup>24</sup>. Essa definição acabava por equiparar o dano em sentido jurídico do dano em sentido material (prejuízo), de modo que, sem prejuízo (material), não haveria dano jurídico, o que fazia sentido naquela temporalidade, já que somente após a Constituição de 1988 que a jurisprudência brasileira passou a admitir amplamente a reparação de danos exclusivamente patrimoniais no final do século XX.

A partir de então, o dano em sentido jurídico demandou ressignificação, já que nem sempre é possível aferir prejuízo (dano em sentido material) em casos de violação de direitos

---

<sup>22</sup> “Mesmo nos casos de incidência da regra subjetiva, a culpa torna a revelar outro perfil: afasta-se de sua tendência original moralizadora (ligada à violação de deveres preexistentes na lei ou no contrato), e conecta-se à figura do desvio de conduta, verificável por meio de *standards* correlacionados a cada situação específica. Noutras palavras, assume uma feição menos psicológica e mais objetiva, normativa” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Rumos Contemporâneos do Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 105.

<sup>23</sup> O tópico foi abordado em: BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. *A ilicitude como requisito da responsabilidade civil no direito de família: o cotejo entre doutrina e jurisprudência*. In: ROSENVALD, Nelson (et. al. Coord.). *Responsabilidade Civil e Direito de Família*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 437-438.

<sup>24</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 103.

extrapatrimoniais, como os direitos de personalidade. O dano (jurídico) passa então a ser significado como “a lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela”<sup>25</sup>, independentemente de qual a repercussão causada por tal lesão no plano material. Ressalte-se, porém, que parte da doutrina ainda sustenta a necessidade de conjugação de tal dano jurídico (que imputa na ilicitude) a uma repercussão negativa na esfera jurídica do lesado (dano-consequência)<sup>26</sup>.

Nem mesmo o nexo de causalidade restou imune à transição<sup>27</sup>. Diversas teorias foram desenvolvidas para remodelar a causalidade, aceitando-se em algumas que a causalidade seja equivalente, adequada, direta ou imediata, reflexa ou por ricochete, suficiente, entre tantas outras, de modo que, seja qual fosse a hipótese fática a exigir resposta jurídica, alguma das teorias seria capaz de oferecer suficiente vínculo entre a conduta e o dano<sup>28</sup>, e em certa medida passa-se a admitir até mesmo a

---

<sup>25</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106-107; MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 189.

<sup>26</sup> “É que uma coisa é a lesão do bem jurídico em si mesmo – que se traduz na ilicitude; outra é a repercussão negativa que essa lesão comporta na esfera jurídica do lesado. Em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, v.g., no italiano, faz-se a cisão entre o dano-evento (primeiro dano) e o dano consequencial (dano-consequência). O primeiro identificaria o que, entre nós, vai conhecido por ilicitude; o segundo reconduzir-se-ia ao dano propriamente dito. (...) Assim sendo, o que sobressai é o dano como repercussão negativa do comportamento ilícito – consequência negativa que se faz sentir na dimensão material, espiritual ou moral que é tutelada subjetiva ou objetivamente” (BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Príncipia Editora, 2017, p. 299-300).

<sup>27</sup> BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo; CORREA, Rafael. *Responsabilidade preventiva: elogio e crítica à inserção da prevenção na espacialidade da responsabilidade civil*. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 35-60, set./dez. 2015.

<sup>28</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade. Curitiba: Jurúá, 2014, *passim*; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56-68.

responsabilidade independentemente denexo de causalidade<sup>29</sup>, de modo a não deixar que a estrutura da regra prejudique a concretude dos valores constitucionais de proteção à pessoa, especificamente o princípio da reparação integral.

Mas ainda que se tenha alterado a perspectiva de cada um dos elementos do tripé fundamental da responsabilidade civil, manteve-se ao longo de todo o século XX a centralidade de sua finalidade reparatória, porém, com progressivo acolhimento de novas espécies de danos e facilitação de sua reparação.

A consagração normativa veio no artigo 944 do Código Civil, sem correspondente no Código Beviláqua e cuja redação, direta e objetiva, não deixa margem à discussão: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Daí que todo o dano deve ser reparado, independente de sua natureza ou extensão.

Bem vistas as coisas, as próprias mudanças na estrutura da responsabilidade civil se deram, ao fim e ao cabo, com o objetivo de facilitar a reparação. A resignificação da culpa e mesmo sua dispensa nas hipóteses de responsabilidade objetiva, a flexibilização donexo de causalidade por meio da miríade de teorias que lhe dão apoio (e mesmo hipóteses de mitigação, como a causalidade alternativa ou concorrente), bem como o reconhecimento do dano moral e estético como interesses juridicamente protegidos revelam, todos, um mesmo vetor hermenêutico: permitir a concreção da finalidade reparatória, em sua integralidade.

Outros elementos confirmam a primazia da reparação

---

<sup>29</sup> “Situação que também emerge como exemplar é a imputação semnexo de causalidade na responsabilidade por danos. Não raro se vê a reafirmação tradicional do nexopara imputar responsabilidade, o que, de todo correta, pode não ser, em determinados casos, o mais justo concretamente para a vítima. Quando assim, a direção pode indicar a renovação do conceito de causa, e especialmente do nexo causal. A imputabilidade tem no centro a preocupação com a vítima; a imputação é a operação jurídica aplicada à reconstrução do nexo. Da complexidade e da incerteza nascem fatores inerentes à responsabilização por danos. É de alteridade e de justiça social que deve se inebriar o nexode causalidade, atento à formação das circunstâncias danosas” (FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 86).

integral. A irrelevância do grau de culpa para a caracterização do dever de indenizar e mesmo para sua quantificação (ressalvada a regra excepcional do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil) mostra que, independentemente do grau de reprovabilidade da conduta danosa, a vítima será integralmente ressarcida. Da mesma sorte, o regime de solidariedade imputado aos autores e coautores da conduta danosa releva inegável preferência pelo ressarcimento integral da vítima, como também a admissão de solidarização do prejuízo entre um grupo de pessoas que apenas potencialmente tenham dado causa ao dano, como ocorre nas hipóteses de responsabilidade alternativa ou concorrente.

Inobstante a centralidade da função reparatória, outras funções voltam a ser invocadas para figurar ao lado da reparação, sobretudo a função preventiva e punitiva.

A prevenção não é novidade no campo da responsabilidade civil brasileira, afinal já era considerada como seu fundamento por Aguiar Dias<sup>30</sup> em 1944. Embora o tema tenha sido quase esquecido na segunda metade do século XX, a responsabilidade civil contemporânea observa um verdadeiro renascer da prevenção, seja em razão da superação do paradigma exclusivamente ressarcitório, seja pela compreensão de que nem sempre é possível, além de economicamente indesejável, ressarcir um dano quando seria possível evitá-lo. É elucidativa a lição de Giselda Hironaka sobre o tema:

“Como um retrato que não se suporta mais em sua própria moldura — estreita demais para o enfoque —, avolumam-se as novas necessidades, emergem as atuais tendências e contemporanealiza-se a mentalidade reparatória. Privilegia-se a prevenção dos danos, em razão da supremacia dos denominados interesses difusos e coletivos. As experiências concretas do cenário atual fizeram surgir uma nova modalidade de responsabilidade civil que destaca certas situações tuteláveis entre as inúmeras

---

<sup>30</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Atualizada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120. A primeira edição da obra data de 1944.

situações de perigo imagináveis, circunstância essa que busca, antes de tudo, evitar a produção do dano em face de certo grupo, agrupamento ou categoria de pessoas, razão pela qual se as convencionam chamar de situações supraindividuais ou metaindividuais tuteláveis<sup>31</sup>.

A prevenção, para a autora, não mais se relaciona com o objetivo abstrato de dissuadir a realização do dano através do desestímulo dirigido ao causador pelo dever de reparação. O significativo prevenção ganha o significado de tutela jurídica efetivamente voltada à não realização de danos decorrentes de perigos imagináveis, através de ações concretas e objetivas, e não mais como a ficção de um desestímulo psicológico.

Tais perspectivas assentam-se, em primeiro lugar, na assertiva de que uma dimensão considerável dos danos hoje vista atinge a esfera extrapatrimonial das pessoas, contemplando, em grande parte, direitos de personalidade cuja tutela posterior à violação mostra-se, no mais das vezes, desprovida de qualquer utilidade.

Logo, pensar a responsabilidade civil como mecanismo reparatório repressivo, nessa perspectiva, seria condizente apenas com uma visão já ultrapassada que conceberia a tutela do direito subjetivo apenas quando já houvesse a violação, ignorando a motivação da ordem jurídica em coibir os ilícitos em todas as medidas, mesmo antes da ocorrência do dano, a avocar também uma função preventiva<sup>32</sup>.

Por fim, para além de prevenção e reparação, doutrina e jurisprudência têm invocado também uma função punitiva para a responsabilidade civil, sobretudo por meio de importação da

---

<sup>31</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Org.). O Direito Civil no século XXI. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 220.

<sup>32</sup> BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo; CORREA, Rafael. *Responsabilidade preventiva: elogio e crítica à inserção da prevenção na espacialidade da responsabilidade civil*. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 35-60, set./dez. 2015, p. 43.

figura dos *punitive damages* do direito anglo-saxão.

O tema é controverso não só no Brasil<sup>33</sup>, como em diversos países de família romano germânica. Em França, “as indenizações punitivas não existem oficialmente no sistema legal. São completamente desconhecidas para o Código Civil e para a legislação francesa em geral, que não as prevê expressamente tampouco as proíbe. Ainda, os tribunais franceses nunca se permitiram atribuir tal espécie de indenização, ao menos não oficialmente”. Porém, de modo similar ao que ocorre no Brasil, “embora as indenizações punitivas não existam oficialmente no Direito francês, existem alguns mecanismos que se aproximam deles. Para além, há um amplo consenso de que os tribunais por vezes os aplicam de forma velada”<sup>34</sup>.

Na Alemanha, sua aplicação se mostra ainda mais restrita. O direito alemão parte da premissa de que a responsabilidade civil tem a função de reparar o dano causado à vítima, legando a punição pelas condutas lesivas ao direito criminal, ao ponto de ventilar inclusive a inconstitucionalidade de alguma condenação civil sem que haja norma legal que expressamente a autorize. Mesmo nesse cenário restritivo, a função punitiva emerge nos casos de discriminação, em razão de decisão da Corte Europeia de Justiça (ECJ) que constatou que a simples reparação em caso de discriminação não seria suficiente. Em apertada síntese, tratava-se de decisão alemã que condenou um empregador a restituir os custos de candidatura que um candidato teve para aplicar para a vaga, quando constatado que sua recusa se deu de forma discriminatória. Pelos custos serem baixos, o ECJ determinou que a responsabilidade em tais casos fosse além

---

<sup>33</sup> Entre nós, a função punitiva é acolhida por substancial parcela da doutrina, dentre os quais Nelson Rosenvald e Ricardo Dal Pizzol, ao passo que ainda é rejeitada por outra relevante parcela, capitaneada por Maria Celina Bodin Moraes e Anderson Schreiber.

<sup>34</sup> Tradução livre. BORGHETTI, Jean-Sébastien. Punitive Damages in France. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds). Punitive Damages : Common Law and Civil Law perspectives. Wien: Springer-Verlag, 2009, p. 55-56.

de um mero pagamento simbólico, de modo que tais indenizações não mais podem ser justificadas pela lógica da reparação<sup>35</sup>.

O tema é polêmico mesmo em países de *Common Law*, como na Inglaterra<sup>36</sup> e nos Estados Unidos, ao ponto de Mitchell Polinsky e Steven Shavell afirmarem que “uma das mais controversas características do sistema legal americano é a imputação de indenizações punitivas”<sup>37</sup>.

Ao contrário do senso comum que imagina uma admissão ampla das indenizações punitivas na Inglaterra, desde *Rookes v. Barnard* (1964) os Tribunais só admitem sua aplicação se a conduta lesiva satisfizer o que se convencionou chamar *categories test*, ou seja, se os fatos se enquadrarem em uma destas três hipóteses: (a) ato opressivo, arbitrário ou inconstitucional praticado por agente do governo; (b) conduta calculada pelo infrator para lhe render lucro que excederia a indenização compensatório à qual seria condenado; ou (c) outras hipóteses expressamente previstas em estatutos<sup>38</sup>.

Nos Estados Unidos, em que pese a admissão de sua constitucionalidade pela Suprema Corte, a matéria é de competência estadual, e dos cinquenta estados americanos, apenas cinco expressamente proíbem a aplicação de *punitive damages*. Dentre os estados que admitem a aplicação de indenizações punitivas, dezoito limitam o valor da indenização a ser atribuída pelo júri, como é o caso do estado da Virgínia<sup>39</sup>, razão pela qual

---

<sup>35</sup> RADEMACHER, Lukas; JANSEN, Nils. Punitive damages in Germany. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds). *Punitive Damages : Common Law and Civil Law perspectives*. Wien: Springer-Verlag, 2009, p. 85.

<sup>36</sup> “Even under English law, punitive damages are a controversial topic and have been so for many years”. WILCOX, Vanessa. *Punitive Damages in England*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds). *Punitive Damages : Common Law and Civil Law perspectives*. Wien: Springer-Verlag, 2009, p. 7.

<sup>37</sup> POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*. Vol. 111, n. 4, 1998.

<sup>38</sup> WILCOX, Vanessa. *Punitive Damages in England*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds). *Punitive Damages : Common Law and Civil Law perspectives*. Wien: Springer-Verlag, 2009, p.7-9.

<sup>39</sup> SEBOK, Anthony J. Punitive Damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut;

no recente e emblemático *Depp vs. Heard*, envolvendo o ator Johnny Depp e sua ex-esposa Amber Heard, embora o júri tenha condenado Amber ao pagamento de cinco milhões de dólares a título de *punitive damages*, o valor foi reduzido pela juíza togada ao limite estadual de trezentos e cinquenta mil dólares<sup>40</sup>.

Estatisticamente estas indenizações são raras no Estados Unidos: o número de casos com pedidos de indenização punitiva admitidos para julgamento representa entre três a cinco por cento das causas cíveis levadas aos tribunais estaduais, e neste reduzido número de causas admitidas, menos de cinco por cento tem o pedido julgado procedente<sup>41</sup>. Ou seja, o percentual de causas em que estas indenizações são admitidas varia entre 0,15% e 0,25% das causas cíveis – menos de uma em cada quatrocentas ações.

É com base neste complexo cenário de direito estrangeiro que os entusiastas da aplicação da função punitiva no direito brasileiro costumam estribar suas razões, nem sempre fazendo as necessárias ponderações entre os sistemas ou perquirindo os requisitos e a extensão de aplicação em cada sistema. Neste ponto, salutar rememorar a feliz a metáfora de Leja Foljanty que serve de alerta a qualquer comparatista: “se na medicina os órgãos podem ser aceitos ou rejeitados pelo corpo ao qual são transplantados, incorporar uma lei estrangeira oferece uma gama muito mais ampla de reações”<sup>42</sup>.

---

WILCOX, Vanessa (eds). *Punitive Damages : Common Law and Civil Law perspectives*. Wien: Springer-Verlag, 2009.

<sup>40</sup> BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. *Depp vs. Heard: a vitrine da responsabilidade civil no sistema norte americano*. Migalhas de Responsabilidade Civil. 2022.

<sup>41</sup> SHARKEY, Catherine M. *Economic Analysis of punitive damages: theory, empirics, and doctrine*. New York University Law and Economics Working Papers. Paper 289.

<sup>42</sup> No original: “Taking up the medical metaphor that underlies the term ‘legal transplant’, they emphasized that organs could be either accepted or rejected by the body to which they were transplanted – taking up foreign law offers a much broader variety of reactions” (FOLJANTY, Lena. *Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of metaphor*. In: Max Planck Institute for European Legal History research paper series. Frankfurt am Main: 2015, p. 4).



Expostas a estrutura e as funções da responsabilidade civil, cumpre perquirir de que forma a Análise Econômica do Direito pode contribuir para seu aprimoramento, ou mesmo para demonstrar as fragilidades que emergem a partir da contraprova da realidade.

### 3. CONTRIBUTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA RELEITURA DA ESTRUTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS FUNÇÕES POR ELA REALIZADAS

O capítulo anterior demonstrou como o regime geral da responsabilidade civil se estrutura a partir de um tripé fundamental que exige a demonstração de uma conduta ilícita culposa, um dano, e o nexo de causalidade que torna àquela a causa deste, requisitos estes que, embora tradicionais e há muito consagrados, passaram por substanciais vicissitudes nas últimas décadas. Ainda, que embora seja centrada na função ressarcitória, a ela também são atribuídas as funções preventiva e punitiva, não sem antes despertar legítima controvérsia.

Importa, agora, perquirir por meio da Análise Econômica do Direito se estes elementos efetivamente são capazes de direcionar as condutas do jurisdicionado por meio de escolhas que possam cumprir as funções propostas, ou seja, se as normas de responsabilidade civil logram atingir seu objetivo na espacialidade social, afinal:

“É exatamente neste aspecto que a Análise Econômica do Direito oferece sua maior contribuição do ponto de vista epistemológico jurídico. Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais consequências sobre a sociedade (consequencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para este tipo de investigação. Primeiro, porque oferece um arcabouço teórico capaz de iluminar questões em todas as searas jurídicas, inclusive em áreas normalmente não associadas como suscetíveis a este tipo de análise. Segundo, porque é um método de análise

robusto o suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui um caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual. E terceiro, porque é flexível o suficiente para adaptar-se a situações fáticas específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinaridade), o que contribui para uma compreensão mais holística do mundo e para o desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo e não ergódico<sup>43</sup>.

Especificamente quanto à responsabilidade civil, a metodologia se mostra especialmente interessante na medida em que oxigena a dogmática tradicional com elementos externos que permitem vislumbrar a efetividade na norma. Ou, como bem pontua Antônio José Maristrello Porto, “do ponto de vista da análise econômica, determinada regra de responsabilização é desejável se fornecer incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução no exercício de suas atividades”<sup>44</sup>.

A mesma conclusão foi atingida pela doutrina estrangeira, que há muito se vale do aporte da Análise Econômica do Direito para nortear os estudos da responsabilidade civil, especificamente no que tange ao direcionamento de escolhas. Seja permitida a transcrição de Louis T. Visscher, professor da Erasmus School of Law (Países Baixos): “Tort law is seen as an instrument that can provide behavioural incentives to the actors, so that they internalize these externalities. The threat of being held liable induces the actors to incorporate the possible losses of others into their decision on how much care to take and how often to engage in the activity”<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 4 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 11.

<sup>44</sup> PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 4 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 180.

<sup>45</sup> VISSCHER, Louis T. Economic Analysis of Punitive Damage. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds). *Punitive Damages : Common Law and Civil Law*

Sem desconhecer que este é apenas um de muitos métodos que poderiam ser escolhidos para o mesmo desiderato<sup>46</sup>, é com base nestas premissas que se passa a analisar, sob as lentes da Análise Econômica do Direito, a adequação das regras estruturais e das funções da responsabilidade civil como lançadas no ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.1. O REGIME DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: A CULPA COMO ELEMENTO DIRECIONADOR DE CONDUTAS E A FÓRMULA DE LEARNED HAND

A escolha da culpa como elemento do suporte fático da responsabilidade civil (também chamado de princípio da negligência, no direito anglo-americano). Seu sentido primário é de que se um sujeito atua sem observar o cuidado que dele era esperado (seja por negligência, imprudência ou imperícia), ele deve ser responsabilizado pelos prejuízos que sua conduta vier a causar. De outro lado, se for cuidadoso em seu agir, não será responsabilizado nem mesmo se causar um prejuízo a outro sujeito.

Se a metodologia adotada parte do pressuposto de que a economia serve como instrumento para analisar os determinantes das escolhas das pessoas, cumpre perquirir como o elemento da culpa (ou negligência) pode influenciar as escolhas e contribuir (ou não) para a realização das funções da responsabilidade

---

*perspectives*. Wien: Springer-Verlag, 2009, p. 220.

<sup>46</sup> Para deixar claro que a opção metodológica não desconhece as críticas a ela dirigidas, registre-se a síntese das críticas doutrinárias: “just like in other countries, several opinions have been opposing this view. They are: first, in the aspect of value, economic efficiency cannot be equivalent to equality or justice. Second, Law and Economics merely inform people of conduct a cost-efficient analysis, yet fails to inform them how to conduct it and what the cost and payoff in a specific case is. Third, Law and Economics is not superior to other legal methods” (WANG, Cheng. An economic analysis of tort law’s aims and functions. In: KOZIOL, Helmut (ed.). *The Aims of Tort Law: Chinese and European Perspectives*. Ed. Jan Sramek Verlag, Wien, 2017, p. 70).

civil.

Já de início é possível reconhecer que a exigência de culpa como critério de responsabilização tem como desiderato influir na conduta dos sujeitos para que tomem os cuidados e as cautelas ordinárias, pois caso contrário, terão imputados a si todos os prejuízos que venham a recair não só contra si, mas também sobre terceiros. Serve, portanto, como um *nudge*, um elemento direcionador de condutas, no sentido de concreção das funções perseguidas.

No regime da responsabilidade subjetiva, se um sujeito descumprir seu dever de cuidado, ou não tiver tomado o cuidado suficiente, e causar um dano a terceiro, terá de compensar este dano. Esta estrutura faz com que a *culpa* sirva como instrumento do princípio da reparação, na medida em que transfere o prejuízo da vítima para o causador do dano, justamente por meio de compensação.

Paralelamente, a culpa ainda age a serviço do princípio da prevenção, pois o causador daquele primeiro dano, sendo um sujeito razoável, passará a adotar maior cautela em suas ações futuras ao perceber que a economia (ou menor custo) que teve ao não adotar a cautela suficiente a evitar o dano foi inferior ao custo que teve ao compensar a vítima pelo prejuízo causado. Quando a ação primária se revela como um prejuízo, a tendência natural será que o agente invista mais em precaução para que não tenha de despendar, além do custo da precaução, também o da compensação.

A partir desta constatação Michael Faure aponta que o regime da responsabilidade subjetiva não tem como função a reparação de danos, mas sim sua prevenção. Basta pensar que, se este regime for bem aplicado, incentivará as pessoas a adotarem os níveis adequados de precaução, pois se o fizerem, mesmo se acontecer um acidente que cause um dano, não terão de responder por ele, ou seja, não haverá qualquer reparação<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> FAURE, Michael. Economic optimization of tort law. In: KOZIOL, Helmut (ed.).

A síntese é de que o critério da culpa age como indutor de maior investimento em precaução<sup>48</sup>. Tal aumento, além de implicar uma redução de custo para o causador do dano, representa ainda um importante fator de interesse social, na medida em que reduzirá o número de acidentes para um número tolerável, aquele que estaria dentro de uma alea de risco aceitável, e não de negligência.

É justamente esta constatação que permite referendar a necessidade de adoção de uma função punitiva em determinados casos, especificamente quando o critério da culpa não é eficiente em alcançar a prevenção de danos, como nas hipóteses em que o agente verifique que o custo da precaução esperada será maior do que o do prejuízo que causará a terceiros, e assim opte conscientemente por assumir o risco e manter-se negligente, preferindo reparar os danos que vierem a ser causados a evitá-los<sup>49</sup>. Para estas hipóteses, as funções reparatória e preventiva seriam manifestamente ineficientes, a invocar a aplicação de uma função punitiva que autorize imputar ao autor dos danos uma condenação em valor superior ao custo de prevenção que teria.

Estes diversos cenários revelam que nem sempre o custo de precaução será economicamente eficiente, na medida em que por vezes as medidas de precaução podem ser excessivamente custosas, sem que reduzam significativamente o risco projetado.

Também a ausência de qualquer precaução levará, inesoravelmente, a um grau mais elevado de risco, e, portanto, de custo social.

Disso decorre que o grau de precaução aconselhável (ou

---

The Aims of Tort Law: Chinese and European Perspectives. Ed. Jan Sramek Verlag, Wien, 2017, p. 98.

<sup>48</sup> WANG, Cheng. An economic analysis of tort law's aims and functions. In: KOZIOL, Helmut (ed.). The Aims of Tort Law: Chinese and European Perspectives. Ed. Jan Sramek Verlag, Wien, 2017, p. 73.

<sup>49</sup> Como é exemplo do famoso caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (1981), em que a montadora, conhecendo um defeito de fabricação de seu modelo mais popular, verificou que o custo do *recall* de todos os veículos seria superior ao custo das indenizações que teria de pagar nos acidentes que estatisticamente ainda ocorreriam se nada fizesse.

exigível) irá variar entre atividades diversas. Basta pensar que o nível de precaução adotado na construção de uma usina hidroeétrica será muito superior ao da construção de obras para atividades menos arriscadas, como uma loja de doces. Mesmo assim, os engenheiros de uma usina não serão capazes de tomar precauções ilimitadas, razão pela qual é necessário estabelecer um critério sobre o grau de cautela/precaução será tido como esperado, especificamente para traçar a linha entre a conduta negligente/culposa e o evento meramente acidental<sup>50</sup>.

A questão central que se coloca é como estabelecer o nível de precaução, ou de cuidado, que é exigível em cada atividade – do que decorrerá que as condutas que não o atingirem serão consideradas culposas, ao passo que as condutas que o atenderem não deflagramão o dever de reparar. Ilustra-se a dificuldade em determinar o grau de cuidado esperado por meio da seguinte hipótese:

“Considere, por exemplo, a decisão sobre que medidas deveriam ser adotadas para apresentar uma coleção de câmeras fotográficas antigas. Os valores das câmeras e o preço das medidas de conservação são fatores centrais para uma escolha como esta. Outro fator central é o quanto da vida útil das câmeras aumenta quando adotamos cada medida de prevenção. Uma avaliação econômica das diferentes medidas elegeria apenas aquelas cujos benefícios se mostrassem superiores aos respectivos custos de adoção”<sup>51</sup>.

Para encontrar os níveis ótimos de precaução, a Análise Econômica do Direito oferece aos juristas interessantes modelos de análise, como a fórmula de Learned Hand, que buscará tal grau sopesando o dano de um lado e o custo de precaução do outro. Para sua compreensão, seja permitida a apresentação do exemplo de Antônio Porto, que se passa a reproduzir.

“As chances de um motorista A, ao realizar uma curva, bater

---

<sup>50</sup> PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 4 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 180.

<sup>51</sup> Idem, p. 181.

no carro de B, que se encontra estacionado na rua, são reduzidas pela metade caso A diminua em 20km/h a velocidade com a qual conduz seu veículo ao passar pela curva. Em uma dada velocidade inicial, a probabilidade do motorista A causar um dano de R\$20.000,00 a B é de 0,1%. Caso A reduza a velocidade, a probabilidade de ocorrência do dano cai para 0,05%. Desta forma, o dano esperado inicial é de R\$20,00 ( $R\$20.000 \times 0,1\%$ ), e é reduzido para R\$10,00 ( $R\$20.000,00 \times 0,05\%$ ) com a adoção desta medida de precaução, o que gera um benefício marginal de R\$10,00 para B<sup>52</sup>.

Neste caso, se o curso para adotar a medida preventiva (reduzir a velocidade) for menor que R\$10,00, por exemplo R\$5,00, a medida será eficiente, já que pelo custo de R\$5,00 gera um benefício de R\$10,00 para B. É justamente para encontrar este ponto de equilíbrio que se presta a fórmula de Learned Hand. Em síntese, “a fórmula, advinda da jurisprudência norteamericana, consiste em um parâmetro para a caracterização das condutas culposas”<sup>53</sup>. Ou seja, terá agido com culpa o causador do dano que não tenha adotado uma medida de precaução cujo custo marginal de adoção seja inferior ao dano marginal esperado.

Seguindo o exemplo acima, se A optar por não diminuir a velocidade, terá deixado de adotar uma medida cujo custo marginal era de R\$5,00, valor este inferior ao benefício que adviria de sua adoção (redução do dano para R\$10,00), e, portanto, terá agido com culpa.

Pela fórmula de Hand, portanto, o juiz deixa de se valer de um critério deontológico para aferir a culpa (a partir da conduta que deveria ter sido tomada), para decidir com base em um critério econômico, que presume não seja exigível adotar uma medida preventiva cujo custo seja superior à redução do risco por ela implementada.

Nesta linha, imagine que se A reduzisse a velocidade em

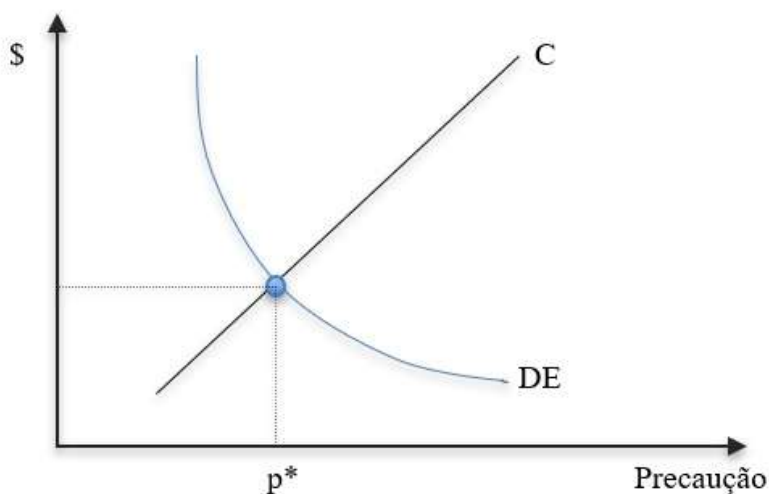
---

<sup>52</sup> Idem, p. 182.

<sup>53</sup> Idem. Debita-se também ao autor as variáveis deste exemplo tratadas na sequência deste capítulo.

40km/h ao passar pela mesma curva, a probabilidade de causar o dano de R\$20.000,00 ao colidir com carro de B cairia para 0,04%, ao custo de R\$13,00 para A. Nesta hipótese, aplicando-se a fórmula de Hand, verificaríamos que o custo marginal para adoção da medida será de R\$13,00, e com sua adoção o dano esperado é reduzido de R\$20,00 ( $R\$20.000,00 \times 0,1\%$ ) para R\$8,00 ( $R\$20.000,00 \times 0,04$ ). Portanto, o custo (R\$13,00) seria maior que o benefício marginal de R\$12,00 ( $R\$20,00 - R\$8,00$ ). Serve tal hipótese a demonstrar que o critério de redução de 20km/h é mais eficiente que o de 40km/h, ainda que implique em maior grau de risco.

Nestes termos, a fórmula de Hand poderia ser assim representada:



C = custo marginal de precaução

DE = dano esperado marginal

p = probabilidade marginal de ocorrência de dano

Seguindo tal gráfico, elucidada Antônio Porto que o eixo vertical estima o custo da precaução, expresso em \$; o eixo horizontal representa o nível de precaução, em sentido crescente. À medida que aplicamos maior precaução, o custo aumenta (cf. a curva C), ao passo que o dano esperado diminui. Ou seja,



quanto maior a precaução, maior será o custo e menor o dano esperado.

A grande dificuldade de aplicação da fórmula à responsabilidade civil está na disponibilidade aos juízes e advogados destas informações relativas aos custos e probabilidades, sobretudo no cenário brasileiro em que estudos desta natureza ainda são escassos ou ao menos pouco divulgados. Nos Estados Unidos, porém, a fórmula foi critério de decisão em *Adams vs. Bullock* e *Hendricks vs. Peabody Coal Co.*, em que foram sopesados (a) o custo para evitar o dano ocorrido e (b) a probabilidade de ocorrência do evento danoso.

### 3.2. O COTEJO ENTRE OS REGIMES DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Outro interessante modelo para análise da responsabilidade civil advém da teoria dos jogos, e mais especificamente da obra de Steven Shavell<sup>54</sup>. Trata-se da ilustração de como o regime de responsabilidade eleito por determinado ordenamento pode induzir condutas para um nível eficiente de prevenção.

Imagine que existem três níveis de cuidado (1, 2 e 3), em que é possível saber de antemão qual o custo para implementar cada nível e o quanto sua implementação reduz a probabilidade de ocorrência do dano. Para facilitar a compreensão, vamos assumir que o dano cogitado, caso realizado, represente R\$200 (D). Estas hipóteses podem ser descritas conforme a planilha proposta por Michael Faure<sup>55</sup>:

---

<sup>54</sup> SHAVELL, Steven. *Strict Liability Versus Negligence*. The journal of legal studies. Harvard Law School; National Bureau of Economic Research (NBER), 1980.

<sup>55</sup> FAURE, Michael. *Economic optimization of tort law*. In: KOZIOL, Helmut (ed.). *The Aims of Tort Law: Chinese and European Perspectives*. Ed. Jan Sramek Verlag, Wien, 2017, p. 104, com pequenas alterações realizadas para tornar o exemplo mais didático.

Grau de cuidado	Tipo de cuidado	Custo de prevenção (Cp)	Probabilidade do dano (P)	Dano esperado (De = P x D)	Custo total/social do acidente (Cp + De)
1	Nenhum	0	80%	160	160
2	Médio	40	40%	80	120
3	Alto	100	20%	40	140

A primeira e a segunda coluna representam o grau de cuidado empregado, de forma crescente. A terceira coluna o custo que o agente terá para implementar cada um dos níveis de cuidado. A quarta coluna, a probabilidade de o dano ocorrer de acordo com cada grau de cuidado. Finalmente, a quinta coluna o dano esperado, obtido pela multiplicação da probabilidade do dano (P) pelo seu valor (R\$200), e por fim, o dano total do acidente, consistente no valor que foi dispendido para evitar o dano somado ao valor do dano esperado.

A primeira utilidade da tabela é apontar qual seria o grau ótimo (ou mais eficiente) de cuidado, a partir da perspectiva da sociedade. Para tanto, o grau ideal será aquele que apresente o menor custo total do acidente (e nesta medida, o menor custo para a própria sociedade). Segundo a tabela acima, o grau ótimo seria o grau 2, com cuidado médio, sendo este o critério a ser adotado para estipular se o agente agiu ou não com culpa. Se tomou cautelas em grau dois ou superior, não terá descumprido o dever de cuidado que dele era esperado, e ainda que o acidente ocorra, não será responsabilizado.

Estes dados demonstram, também, que a maior precaução nem sempre é a mais eficiente. Aplicar o grau 3 de precaução implicaria um custo total/social de 140, demandando a aplicação de mais recursos do que exigiria o grau ótimo de cuidado (120). Noutras palavras, ainda que menos acidentes acontecessem, o total de recursos que a sociedade aplicaria (custo de precaução + dano) seria superior àquele aplicado no grau 2, com menor custo de prevenção e um número maior de acidentes.

A segunda questão trazida por Michael Faure é como a responsabilidade civil poderia direcionar o potencial causados dos danos a seguir o grau ótimo de cuidado (2).

Se não houvesse regra de responsabilização civil, um agente racional escolheria sempre o grau 1 de cuidado, por não lhe impor nenhuma despesa de cuidado. Afinal, se o agente não será responsabilizado mesmo que o dano ocorra, não há sentido (econômico) em dispendir recursos para evitar ou reduzir a probabilidade de ocorrência do dano.

De outra sorte, constata-se que o regime da responsabilidade objetiva tem o condão de direcionar o sujeito racional a adotar o grau ótimo de prevenção. Ao retirar a culpa como critério de responsabilização, o legislador retira as duas primeiras colunas do cálculo a ser realizado, e o potencial causador do dano tomará em consideração apenas o custo de prevenção e o custo que terá de suportar caso o dano se realize. Ainda seguindo a tabela acima, se ele adotar o grau de cuidado 2, sabe que gastará 40 e que o dano ocorrerá em 40% dos casos. Como em todos os casos ele será responsabilizado (responsabilidade objetiva), seu custo total será de 120. Ainda que este mesmo potencial causador de dano cogite elevar seu grau de cuidado para o maior nível, irá verificar que terá mais que o dobro do custo (100) para reduzir a probabilidade de dano pela metade, de modo que seu custo total será mais elevado, notadamente de 140.

Por meio desta constatação, a adoção do regime da responsabilidade objetiva teria, de fato, o condão de direcionar o comportamento do potencial causador do dano para a adoção do grau ótimo de cuidado, em que seu custo final será minimizado.

O regime da responsabilidade subjetiva induziria ao mesmo comportamento, na medida em que a adoção do grau de cuidado 2 seria a menos custosa (menos custo prevenção) para que o potencial causador do dano não seja responsabilizado em caso consumação do evento danoso. Portanto, no que concerne ao direcionamento para a escolha mais eficiente, ambos os regimes direcionam o sujeito ao mesmo comportamento: à adoção do grau ótimo de cuidado.

A diferença entre os regimes seria que, pela

responsabilidade objetiva, a vítima do prejuízo causado por um agente que adotou o grau 2 de cuidado seria ressarcida, ao passo que pela responsabilidade subjetiva, a vítima não teria direito ao ressarcimento, já que o causador do dano não terá agido com culpa, a evidenciar que a principal função perseguida pelo regime geral (subjetivo) da responsabilidade civil não é a reparação, mas a precaução<sup>56</sup>.

### 3.3. O ELEMENTO CULPA: A FUNÇÃO POR ELE REALIZADA E SUA POSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO NA QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO

Se de um lado as vicissitudes da responsabilidade civil na travessia do direito moderno para o contemporâneo evidenciam diversos elementos a apontar pela primazia do princípio da reparação integral (expostos no capítulo 2, *supra*), quando colocada à prova pelas lentes da Análise Econômica do Direito, a função reparatória parece perder esta primazia quando cotejada com os elementos de sua estrutura<sup>57</sup>.

Como já apontado, o próprio regime geral da responsabilidade civil (subjetiva) não tem como função a reparação de danos, mas sim sua prevenção. Bem vistas as coisas, a

---

<sup>56</sup> FAURE, Michael. Economic optimization of tort law. In: KOZIOL, Helmut (ed.). *The Aims of Tort Law: Chinese and European Perspectives*. Ed. Jan Sramek Verlag, Wien, 2017, p. 106.

<sup>57</sup> Para além de perder a primazia, salutar destacar a contundente crítica direcionada a responsabilidade civil em sua função compensatória, no sentido de que “a responsabilidade civil compensa mal e de forma custosa”, realizada por Michael Faure. O autor aponta, em síntese, que o sistema de responsabilidade civil cumpre mal a sua missão de ressarcir a vítima ao evidenciar que os dados empíricos apontam que para chegar ao ressarcimento o procedimento é demasiadamente custoso à vítima, e a resposta dada pelo sistema costuma ser discriminatória, na medida em que apenas um pequeno grupo de vítimas efetivamente é judicialmente indenizada (com grandes valores), enquanto a maior parte fica sem nada. Aponta ainda que para cada dólar que a vítima efetivamente recebe, o custo do sistema é de dois dólares (FAURE, Michael. *Economic optimization of tort law*. In: KOZIOL, Helmut (ed.). *The Aims of Tort Law: Chinese and European Perspectives*. Ed. Jan Sramek Verlag, Wien, 2017, p. 99).

manutenção da culpa como critério de responsabilização não serve à reparação da vítima, mas sim à adoção de medidas preventivas que descaracterizem o comportamento culposo ou descuidado. Se a responsabilidade subjetiva oferece ao causador do dano uma chance de exoneração de responsabilidade pelo dano causado mediante a adoção de determinado grau de cautela, é porque seu desiderato não é ressarcir a vítima, mas sim fazer com que os agentes adotem medidas preventivas em grau suficiente a revelar que agiram com o cuidado devido.

Se a função principal perseguida pela responsabilidade civil fosse a reparação da vítima, a estrutura geral seria a da responsabilidade objetiva, e não objetiva, já que levaria o potencial causador do dano a adotar o mesmo grau de cuidado (grau ótimo), sem deixar de ressarcir a vítima quando, ainda assim, viesse a causar um dano. Não destoa a conclusão de Louis T. Visscher, ao apontar que “the primary function of tort law is not do compensate the losses, but to determine when compensation is required. (...) in the economic analysis of tort law, compensation is not regarded as a goal, but as a means with which the goal of cost reduction is striven for”<sup>58</sup>.

Para além da discussão quanto a função tomada como principal, há outros elementos da estrutura da responsabilidade civil que, submetidos à metodologia da Análise Econômica do Direito, revelam que esta pode auxiliar também na quantificação da indenização, como nos casos de culpa concorrente.

Conforme dispõe o artigo 945 do Código Civil brasileiro, “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. O critério jurídico para aferir a culpa da vítima é apenas deontológico, mas do mesmo modo que a fórmula de Hand oferece um critério

---

<sup>58</sup> VISSCHER, Louis T. Economic Analysis of Punitive Damage. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds). *Punitive Damages : Common Law and Civil Law perspectives*. Wien: Springer-Verlag, 2009, p. 219.

objetivo para apurar se o causador do dano agiu com culpa, e até mesmo o quanto se afastou de um critério considerado ótimo (tomado como exigível), pode também oferecer um critério objetivo para aferir o grau de culpa da vítima.

Retomando o exemplo do motorista A que ao reduzir a velocidade ao fazer uma curva, diminui a chance de colidir com o veículo B estacionado na rua. Não só o motorista pode adotar medidas preventivas ao adotar o dano, mas também a própria vítima, como bem demonstra Antônio Porto: suponhamos que B estacionasse a uma distância de pelo menos 20 metros da curva, e a esta distância a “chance de ocorrência de uma batida fosse reduzida, de 0,1% para 0,05%, a um custo de R\$5,00 para B. Seria desejável que semelhante medida de precaução fosse adotada, tendo em vista que é eficiente”<sup>59</sup>. Nesta senda, se B não tomou a cautela que seria dele esperada, por ser eficiente, agiu também com culpa, autorizando a redução proporcional da indenização, ao passo que se adotou a medida eficiente, fará jus à indenização integral.

Este instrumento contribui com a realização do princípio da reparação integral ao se constatar que “integral” não se confunde com “ilimitada”. A reparação integral visa ressarcir a totalidade do dano injustamente causado à vítima por um terceiro, o que não comporta a parcela do dano derivado de sua própria negligência. Outra seria a solução em um regime de responsabilidade ilimitada, em que a vítima seria ressarcida pela integralidade do prejuízo sofrido, mesmo tendo agido com culpa. Tal regime implicaria em verdadeiro desincentivo à tomada de precaução ou cuidados pela própria vítima, algo socialmente desinteressante por aumentar a ocorrência de danos.

#### 4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO

---

<sup>59</sup> PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 4 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 185.

## INSTRUMENTO DE JUSTIFICAÇÃO PARA UMA FUNÇÃO PUNITIVA PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL

Se no campo da dogmática jurídica o tema da atribuição de uma função punitiva ou sancionatória para a responsabilidade civil se mostra polêmico tanto em países de tradição romano germânica quanto em países de *common law*, conforme abordado no capítulo 2 supra, a Análise Econômica do Direito pode oferecer como contributo a demonstração de sua pertinência para determinadas hipóteses, bem assim um modo de aplicação que não redunde no arbitramento de indenizações por critérios aleatórios ou meramente subjetivos, como comumente realizado por jurados.

Isto porque, como bem aponta Catherine M. Sharkey, as indenizações puramente compensatórias não irão induzir ao nível ótimo de precaução em relação a alguns dos danos potenciais, por exemplo nas hipóteses em que: (a) o dano nem sempre for detectado pela vítima ou pelo Judiciário (*under-detection*); (b) o dano não for indenizado em toda sua amplitude (*under-compensation*); (c) pelas falhas do processo judicial, que possam levar ao não reconhecimento do dever de indenizar; (d) dificuldade ou impossibilidade de prova da causalidade ou da culpa<sup>60</sup>.

Face a tal cenário, o principal contributo das indenizações punitivas será justamente de equilibrar a análise de custo benefício do causador do dano. Se de um lado a incerteza quanto a responsabilização integral o leva a não tomar o nível ótimo de cautela, a possibilidade de ter de responder não só pelos danos compensatórios nas hipóteses em que for condenado, mas também por danos punitivos.

Noutras palavras, a possibilidade de condenação ao pagamento de uma indenização punitiva nulifica a possibilidade de

---

<sup>60</sup> SHARKEY, Catherine M. Economic Analysis of punitive damages: theory, empirics, and doctrine. New York University Law and Economics Working Papers. Paper 289, p. 488.

benefício econômico que o potencial causador do dano pode antever face a sub detecção de danos, ou sua compensação parcial. E para tanto, será irrelevante se a conduta lesiva foi intencional ou meramente culposa, já que a punição é mero instrumento para dirigir o comportamento do sujeito. Ao fim, a função punitiva acaba por ser instrumento de prevenção.

O caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.*<sup>61</sup> é ilustrativo desta situação. Em 1972, um automóvel modelo Ford Pinto parou inesperadamente em uma rodovia, sendo atingido pelo carro que trafegava atrás. Após a colisão, o automóvel explodiu e foi integralmente destruído pelas chamas. A sra. Lilly Gray, motorista do Ford Pinto, sofreu queimaduras fatais e Richard Grimshaw, passageiro do veículo e então com 13 anos, sofreu queimaduras graves no rosto e por todo o corpo. Na ação movida por Grimshaw, a Ford foi condenada ao pagamento de 125 milhões de dólares pelo júri em primeira instância.

Tal valor se deu em razão da constatação de que já na fase de projeto do Ford Pinto, o modelo não atendeu aos padrões de segurança exigidos, sobretudo em relação as batidas traseiras, que já nos testes revelaram risco de incêndio e explosão, dado o pouco espaço de esmagamento deixado entre o para-choques e o tanque de combustível. Os estudos realizados pela Ford demonstraram que a correção do projeto implicaria em um custo extra de U\$15,30 por veículo para corrigir o risco de incêndio.

Para economia de custos, os executivos da Ford resolveram avançar com o projeto sem corrigir as falhas que criavam tal risco, mesmo sabendo que o curso de correção seria viável para o projeto. Durante o julgamento, os advogados de Grimshaw apresentaram como evidência (n. 125) um relatório da própria Ford, no qual estaria consignado que a economia da companhia em não adequar o projeto do Ford Pinto aos padrões federais de segurança seria de cem milhões de dólares,

---

<sup>61</sup> Disponível em <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>, acesso em 20 de outubro de 2022.



requerendo ao júri a fixação de tal valor a título de dano punitivo.

Em que pese a divergência entre as partes naquele caso quando ao custo de alteração do projeto, e mesmo desconsiderando que o valor dos danos punitivos foi reduzido ulteriormente em grau recursal, o caso demonstra como, na espécie, a potencial causadora do dano conhecia a chance dos acidentes acontecerem e dos carros incendiarem, porém, avaliou que o custo preventivo seria superior ao das indenizações compensatórias que teria de pagar às vítimas. É para caso como estes que as indenizações punitivas servem como elemento a apto a reequilibrar a equação, reforçando ao potencial causador do dano que o pagamento dos custos preventivos seria economicamente mais vantajoso do que o risco de uma condenação não apenas compensatória, mas também punitiva.

Ponto sensível da temática é a fixação do valor desta indenização, nomeadamente sua quantificação, e como a Análise Econômica pode contribuir também neste ponto.

No sistema norte-americano, a quantificação e fixação dos danos punitivos compete ao corpo de jurados, portanto, a leigos, e o valor atribuído é dotado de grande variação (mesmo entre casos idênticos) e imprevisibilidade. Conforme apurado por Cass Sunstein, Reid Hastie, John Payne, David Schkade e W. Kip Viscusi, os jurados são instruídos de que o valor da indenização deve ser aquele que efetivamente expresse a desaprovação social contra a conduta punida, bem assim que seja o necessário para induzir o réu ou outros indivíduos a não repetir aquela conduta, sem receber quaisquer critérios objetivos para a fixação do valor de eventual indenização, tampouco informações quanto ao valor aplicado em casos análogos.

Quando Sunstein e os demais autores pediram aos jurados para justificar o valor por eles atribuído a título de *punitive damages*, as respostas revelaram que os valores partiram dos mais variados valores-base, dentre os quais (a) o valor do orçamento anual destinado pelo réu para publicidade, (b) um milhão

de dólares por réu; (c) vinte e cinco mil dólares por vítima; (d) a metade do lucro anual do réu; dentre tantos outros. Quase nenhum jurado fez referência às instruções dadas pelo magistrado e a maior parte das justificativas se referiam ao objetivo de “mandar uma mensagem” ou “ferir” o causador do dano. Os autores cogitam que tal resultado pode decorrer da dificuldade de compreensão pelos jurados das instruções sobre a indenização punitiva, o que os leva a atuar com base em sua intuição, reações emocionais ou mesmo por simpatia com a parte, ao invés de observar os critérios judiciais<sup>62</sup>.

Em que pese a admissão de sua constitucionalidade pela Suprema Corte dos EUA, a matéria é de competência estadual, e dos cinquenta estados americanos, apenas cinco expressamente proíbem a aplicação de *punitive damages*. Dentre os estados que admitem a aplicação de indenizações punitivas, dezoito limitam o valor da indenização a ser atribuída pelo júri<sup>63</sup>.

No âmbito jurisdicional, em *State Farm vs. Campbell* a Suprema Corte Americana chegou a formular a ‘single digit rule’, ou regra de um dígito, pela qual o valor da indenização fixada a título de dano punitivo deveria ser proporcional ao valor indenização compensatória, na extensão máxima de um dígito deste valor (portanto, entre uma e nove vezes o valor da indenização compensatória). Aponta a doutrina, porém, que em casos subsequentes (*Philip Morris vs. Williams*) a própria Suprema Corte deixou de aplicar tal regra, deixando de responder se o critério se trata efetivamente de uma regra de julgamento ou apenas uma diretriz<sup>64</sup>.

Estas constatações, oferecidas pela própria análise econômica, revelam que embora esta metodologia apresente

---

<sup>62</sup> SUNSTEIN, Cass (et. al.). *Punitive Damages : how juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press. 2002.

<sup>63</sup> SEBOK, Anthony J. *Punitive Damages in the United States*. In: KOZIOL, Helmut (et. al.). *Punitive Damages : Common Law and Civil Law perspectives*. Wien : Springer-Verlag, 2009.

<sup>64</sup> Idem.

interessantes instrumentos para aplicação das indenizações punitivas como modo de direcionar condutas, a realidade norte americana demonstra que tais indenizações ainda são aplicadas sem um critério técnico, e de acordo com a subjetividade do júri. Parece, portanto, um terreno fértil em que a Análise Econômica muito poderia contribuir para o desenvolvimento.

## CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, a pesquisa logrou demonstrar que a incorporação da metodologia da Análise Econômica do Direito à responsabilidade civil é não só possível face a sua estrutura e suas funções, como pode efetivamente contribuir para a validação de sua estrutura e efetivação de suas funções.

Quanto a validação da estrutura, a AED demonstrou que a adoção de um regime geral de responsabilidade subjetiva não se mostra adequado ao discurso normativo de que a responsabilidade civil tem como principal função a reparação integral dos danos injustamente causados, na medida em que afasta a imputação de responsabilidade nos casos em que o agente lesivo tomou as precauções esperadas para evitar o dano.

Nesta linha, a constatação é de que o regime da responsabilidade subjetiva tem por principal viés direcionar o comportamento dos agentes para que adotem um grau ótimo de precaução, a fim de evitar sua responsabilidade. Porém, o que é velado pelo discurso jurídico e desnudado pela Análise Econômica é que o regime da responsabilidade objetiva possui idêntico potencial de direcionar o comportamento dos agentes para um grau ótimo de precaução, a revelar que ambos os sistemas cumprem uma função preventiva.

Inobstante, o sistema da responsabilidade objetiva, hoje excepcional, melhor cumpriria a função reparatória, posto que nos casos de acidentes em que o dano ocorre mesmo quando adotado o grau esperado de cuidado, a vítima será ressarcida

pelo causador do dano, o que não se verifica no regime da responsabilidade subjetiva.

A Análise Econômica ainda presta dois substanciais contributos à responsabilidade civil. O primeiro ao fornecer um critério objetivo para que o julgador (mas também as partes, no planeamento de suas condutas) estabeleça quando um comportamento é e quando não é culposos. Se o instrumental jurídico se estriba apenas na deontologia, em um dever geral de cautela, a Análise Econômica pode objetivar o limite entre a conduta culposa e não culposa a partir da definição de critério mais preciso sobre o grau de precaução esperado para fins de qualificação da conduta.

O mesmo serve para fins de aferição da culpa concorrente da vítima, em que será possível ao julgador se valer de critérios objetivos para apurar a proximidade ou afastamento da conduta da vítima em relação ao grau de cuidado que também era dela esperado.

Por derradeiro, emerge como último aporte da Análise Econômica do Direito a constatação de que nos casos em que há subdetecção dos casos de dano, as ferramentas da responsabilidade civil não terão aptidão de cumprir nem a função compensatória, já que muitas das vítimas sequer buscarão a compensação pelo dano sofrido, tampouco preventiva, já que economicamente poderá se mostrar mais vantajoso ao possível agente lesivo não adotar um grau ótimo de precaução. Para estas hipóteses, a responsabilidade civil como posta referendaria estas condutas, ainda que moralmente reprováveis e juridicamente injustas, ao não ter instrumento efetivo a sua repressão. Surge, aqui, a justificativa para a adoção das indenizações punitivas, a revelar que mais do que um sentimento de vingança privada, a adoção de uma função sancionatória para a responsabilidade civil pode se revelar um remédio eficiente a suprir as lacunas em que a atual estrutura não consegue cumprir as funções compensatória e preventiva.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Atualizada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AKERLOF, George A.; SHILLER, Robert J. *Phishing for Phools: the economics of manipulation & deception*. Oxford: Princeton University Press, 2015.
- ARAÚJO, Fernando. *Economia: conceitos introdutórios para juristas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Principia Editora, 2017.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien. Punitive Damages in France. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds). *Punitive Damages : Common Law and Civil Law perspectives*. Wien: Springer-Verlag, 2009.
- BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. *A ilicitude como requisito da responsabilidade civil no direito de família: o cotejo entre doutrina e jurisprudência*. In: ROSENVALD, Nelson (et. al. Coord.). *Responsabilidade Civil e Direito de Família*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.
- BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. *Depp vs. Heard: a vitrine da responsabilidade civil no sistema norte americano*. Migalhas de Responsabilidade Civil. 2022.
- BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo; CORREA, Rafael. *Responsabilidade preventiva: elogio e crítica à inserção da prevenção na espacialidade da responsabilidade civil*. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 35-60, set./dez. 2015.
- CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade*

- contratual*. São Paulo: RT, 2013.
- COASE, Ronald. H. *A firma, o Mercado e o Direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FAURE, Michael. Economic optimization of tort law. In: KOZIOL, Helmut (ed.). *The Aims of Tort Law: Chinese and European Perspectives*. Ed. Jan Sramek Verlag, Wien, 2017.
- FOLJANTY, Lena. *Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of metaphor*. In: Max Planck Institute for European Legal History research paper series. Frankfurt am Main: 2015.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.
- GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism: the engine room of the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 4 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências atuais da responsabilidade civil: marcos teóricos para o direito do século XXI*. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Org.). *O Direito Civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HOLMES, Stephen; e SUNSTEIN, Cass. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende de impostos*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2019.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. *Rumos Contemporâneos do Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana:*

- uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- MULLAINATHAN, Sendhil; SHAFIR, Eldar. *Scarcity: the new science of having less and how it defines our lives*. New York: Picador, 2014.
- POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*. Vol. 111, n. 4, 1998.
- PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e Economia no Brasil*. 4 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.
- RADEMACHER, Lukas; JANSEN, Nils. Punitive damages in Germany. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds). *Punitive Damages : Common Law and Civil Law perspectives*. Wien: Springer-Verlag, 2009.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature & significance of economic science*. London: Macmillan & Co. Limited, 1932.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SEBOK, Anthony J. Punitive Damages in the United States. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds). *Punitive Damages : Common Law and Civil Law perspectives*. Wien: Springer-Verlag, 2009.
- SHARKEY, Catherine M. Economic Analysis of punitive damages: theory, empirics, and doctrine. *New York University Law and Economics Working Papers*. Paper 289.
- SHAVELL, Steven. Strict Liability Versus Negligence. *The journal of legal studies*. Harvard Law School; National Bureau of Economic Research (NBER), 1980.
- SUNSTEIN, Cass (et. al.). *Punitive Damages : how juries*

- decide. Chicago: The University of Chicago Press. 2002.
- SUNSTEIN, Cass. *Why nudge? The politics of libertarian paternalism*. Yale University Press, 2014.
- TEPEDINO, Gustavo et al. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*. Tradução Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.
- WANG, Cheng. An economic analysis of tort law's aims and functions. In: KOZIOL, Helmut (ed.). *The Aims of Tort Law: Chinese and European Perspectives*. Ed. Jan Sramek Verlag, Wien, 2017.
- WILCOX, Vanessa. *Punitive Damages in England*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (eds). *Punitive Damages : Common Law and Civil Law perspectives*. Wien: Springer-Verlag, 2009.