

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FABIANO KOFF COULON**

**A FUNÇÃO DISSUASÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB AS LENTES DA  
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: exame dos seus limites e possibilidades  
de aplicação na responsabilidade da empresa**

**Porto Alegre**

**2013**

FABIANO KOFF COULON

A FUNÇÃO DISSUASÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB AS LENTES DA  
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: exame dos seus limites e possibilidades de  
aplicação na responsabilidade da empresa

Tese apresentada ao Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial para  
obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre

2013

### CIP - Catalogação na Publicação

Coulon, Fabiano Koff

A função dissuasória da responsabilidade civil sob as lentes da análise econômica do direito: exame dos seus limites e possibilidades de aplicação na responsabilidade da empresa / Fabiano Koff Coulon. -- 2013.

155 f.

Orientador: Cesar Viterbo Matos Santolim.

Tese (Doutorado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2013.

1. Responsabilidade civil. 2. Função dissuasória. 3. Análise econômica do direito. 4. Funcionalismo jurídico. 5. Responsabilidade da empresa. I. Santolim, Cesar Viterbo Matos, orient. II. Título.

Fabiano Koff Coulon

A FUNÇÃO DISSUASÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB AS LENTES DA  
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: exame dos seus limites e possibilidades de  
aplicação na responsabilidade da empresa

Tese apresentada ao Programa de Pós-  
Graduação em Direito da Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial para  
obtenção do grau de Doutor.

Data de aprovação \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim (Orientador)

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

---

Prof. Dr.

Para Mariana, Antonia e Bento.

## AGRADECIMENTOS

Escrever uma tese de doutorado é um trabalho solitário, mas, que só se torna possível com a colaboração de muitas pessoas. Destas, a grande maioria sequer entende o que você está fazendo; outras, não veem o menor sentido no seu esforço. Há os que já passaram - ou estão passando - pela experiência e os que não querem nem ouvir falar em ter de passar por ela. Contudo, embora raramente possuam uma exata compreensão sobre o trabalho, a ajuda que as pessoas oferecem, sejam elas próximas ou nem tanto, é verdadeiramente fundamental: sem esses auxílios, não teria conseguido concluir esta tese - e não há nenhum exagero nessa afirmação. Infelizmente, a minha moeda de gratidão é muito escassa para pagar tanta generosidade, o que se comprova pelo fato de que, ao passar, agora, a nominá-las, provavelmente, esquecerei muitos nomes importantes. A memória (a minha, pelo menos) não é só fraca; é, também, injusta e arbitrária, pelo que, desde já, peço desculpas.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus orientadores nessa empreitada: Judith Martins-Costa e Cesar Viterbo Matos Santolim. A professora Judith apoiou o meu ingresso no curso e confiou em mim, mesmo quando eu apresentei um projeto que pouco (ou nada) tinha a ver com suas próprias preferências. No entanto, interessou-se por ele e não cessou de me incentivar nos encontros que tivemos, demonstrando o espírito acadêmico que fazem seus orientandos a terem como o modelo a ser seguido. Já o professor Santolim, ao aceitar a ingrata missão de assumir a orientação de uma tese que não era originalmente de sua escolha, de um orientando do tipo que não gosta de importunar o orientador (e que, no final, acabam sendo os que mais incômodos geram), aportou a dose final de incentivo e de conhecimento necessários à conclusão da tarefa.

A Rafael de Freitas Valle Dresch, amigo e sócio na advocacia, interlocutor permanente em discussões de direito privado e outros temas, muito obrigado pelo permanente diálogo e por toda a ajuda prestada durante minhas várias ausências nesse período.

Agradeço também a todos os colegas de advocacia que prestaram a sua mais absoluta compreensão, solidariedade, estímulo e amizade, primeiramente a Afonso Flores da Cunha da Motta, Roberto Majó de Oliveira, Sheila Schmitt, Eduardo Franceschetto Junqueira e Paulo Ricardo Franceschetto Junqueira. Uma

homenagem especial também é devida a Armando José Farah, Milton Terra Machado, João Luciano Fonseca Pereira de Queiroz, Launer Oliveira Gonçalves, Eduardo Tonin Citolin e Manoela Kroeff Marçal, com quem tanto aprendi no período em que, como diz o estimado Dr. Farah, “estudamos juntos”. Finalmente, a Luciano Benetti Timm, Rafael Bicca Machado, Cristiano Rosa de Carvalho e a toda a equipe da Carvalho, Machado, Timm e Deffenti Advogados, pelo apoio e compreensão.

Luciano Benetti Timm merece também um agradecimento especial por ter sido a primeira pessoa a me estimular a aprofundar os estudos sobre análise econômica do direito. Graças a ele, tomei conhecimento do primeiro evento da área ao qual compareci, a X Conferência da ALACDE, em Buenos Aires, ano de 2006, em que fiquei definitivamente impressionado com a qualidade e a seriedade dos trabalhos apresentados, bem como com a simplicidade dos pesquisadores ali presentes, muitos de renome internacional. A partir de então, decidi orientar-me academicamente nesse programa de pesquisa, em relação ao qual, confesso, tinha então bastante prevenção (em minha dissertação de mestrado usei como principal referência um dos maiores críticos da análise econômica do direito, o canadense Ernest Weinrib).

Graças a Luciano Timm e a Rafael Machado, também tomei contato com o Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul – IDERS, cujos membros são fonte constante de aprendizado, pelo que também agradeço a Giácomo Balbinotto Neto (incansável no estímulo ao estudo da *Law and Economics*), Ronald Otto Hillbrecht, Eugênio Battesini, Bruno Bastos Becker, Luiz Marcelo Berger, Magnum Koury de Figueiredo Eltz e Eduardo Dettmann Kappel, assim como a todos os associados com quem travei contato ao longo desse tempo.

A Leandro Martins Zanitelli, um agradecimento com grande admiração. Acadêmico sério, profundo e dedicado, colega generoso e amigo, iniciou na UniRitter um grupo de pesquisa em análise econômica do direito, para o qual gentilmente me convidou, e proporcionou que tivéssemos o apoio institucional necessário para desenvolver pesquisa na área. Grande parte do trabalho então desenvolvido está representado nesta tese, que assim deve muito ao Professor Zanitelli e à UniRitter.

Aos Professores Sérgio Severo e Gerson Luiz Carlos Branco, que, com Leandro Zanitelli, formaram minha banca de qualificação, muito obrigado pela generosidade, pela leitura atenta e pelas críticas que muito orientaram o resultado

final e evitaram que vários equívocos permanecessem. Evidentemente, sobre todos os que sobreviveram ao escrutínio atento dos examinadores, sou integral e exclusivamente responsável.

Nenhum esforço para o doutoramento faria sentido, para mim, sem o envolvimento com a vida acadêmica, e, portanto, com as pessoas e instituições que transitam em torno dela e que fazem parte dessa verdadeira paixão que é a atividade de ensino e pesquisa. Como seria impossível nominar todos os caríssimos colegas com quem tanto aprendi ao longo de já dez anos de docência, agradeço a todos os professores do Curso de Direito da Universidade Feevale, na pessoa de Fabrizio Camerini, que para lá me levou quando eu ainda era mestrando e com quem tenho dívida eterna de gratidão e de amizade; aos colegas da UniRitter, na pessoa de Rodrigo Valim de Oliveira, colega de curso de graduação e estimado coordenador; e, agora, dos professores Miguel Tedesco Wedy, Guilherme de Azevedo, Francis Rafael Beck e André Luiz Olivier da Silva, coordenadores da Faculdade de Direito da Unisinos, e a Gabriela Mezzanotti, coordenadora do Curso de Relações Internacionais da mesma Universidade. E, é claro, a todos os meus alunos.

Agradeço também a todos os estimados colegas de doutorado, principalmente a Daniel Ustárroz e Ricardo Ehrensperger Ramos, bem como aos funcionários da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito, na pessoa das competentes e solícitas Rosmari de Azevedo e Denise Dias de Souza.

A Flavio Koff Coulon e Ester Maria de Carvalho Coulon, Rosane Michel Stucky, Jorge Arthur Michel, Mylene Maria Michel, Rodrigo Carvalho Koff Coulon, João Antonio Stucky, Márcia Denise Santos Michel, Karla Teston, Fernanda Faerman, Thales Michel Stucky, Jules Michel Stucky, Marcel Michel Stucky, Andressa Santos Michel, Martin Santos Michel e Sofia Faerman Coulon, minha família querida.

Um agradecimento especial aos meus sogros, Maurício Graeff e Alba Degrazia Graeff, não só porque forneceram o suporte necessário para que eu pudesse dedicar-me, na reta final de elaboração da tese, a trabalhar sem a preocupação de que minha mulher e filhos estivessem desconfortáveis, mas também por estarem sempre presentes com apoio incondicional. A Filipe Graeff e Paloma Tusset, devo também um agradecimento especial com carinho fraterno.



Finalmente, àqueles a quem não apenas essa tese, mas todo e qualquer esforço de minha parte é dedicado: Mariana Degrazia Graeff, Antonia Graeff Coulon e Bento Graeff Coulon. Com vocês, tudo é melhor, mais belo, mais interessante, mais divertido e tudo tem sentido.

Quanto à soma intranquila  
de tudo o que sobrar  
do que não conseguimos  
nunca aperfeiçoar  
(não por falta de estímulo,  
mas por desconfiar  
da perene ambição  
de sermos nós os nossos  
melhores arquitetos),  
tudo aquilo não passa  
de indiferença à graça,  
na pompa e na soberba  
dos sonhos do intelecto  
que se presume autônomo  
e, agindo como tal,  
acaba por supor  
em si mesmo o fiscal  
de seu próprio labor,  
da sua inânia verba,  
do seu louco metrônomo,  
da sua fruta acerba,  
ou seca como o erro  
do orgulho no desterro  
de uma biblioteca.

BRUNO TOLENTINO, *O mundo como ideia*.

*[I]n the business of writing what one accumulates is not expertise but uncertainties.*

JOSEPH BRODSKY, *Less than one: selected essays*.

*A sentence uttered makes a world appear.*

W. H. AUDEN, *Words*.

## RESUMO

A tese tem por objeto a compreensão da função dissuasória da responsabilidade civil a partir de contribuições da análise econômica do direito. Seus objetivos consistem em identificar as variáveis que devem ser consideradas para a atribuição de um *quantum* indenizatório adequado a dar conta dessa função de acordo com a lógica econômica (como os custos de precaução e a probabilidade de ocorrência de eventos danosos), estabelecer a forma pela qual elas se relacionam com o objetivo a ser alcançado, fundamentar a importância da observância destas variáveis, mediante a demonstração de que, caso a indenização não as reflita, devem surgir situações indesejáveis de falta ou excesso de estímulo para a adoção de cuidados por parte dos potenciais causadores de danos, bem como contrapor tais variáveis com alguns dos critérios frequentemente utilizados na fixação do valor indenizatório em nossa jurisprudência. Partindo da contextualização das funções da responsabilidade civil no panorama mais amplo do funcionalismo jurídico, a tese analisa também a aplicação da função dissuasória na responsabilidade da empresa pelos atos de seus empregados, utilizando-se para tanto dos contributos da teoria econômica da agência, mais especificamente dos problemas associados ao risco moral e à ação oculta por parte dos empregados, para que, ao final, possa ser efetivada uma reflexão crítica sobre as possibilidades e limites da aplicação de tal função a este ramo da responsabilidade civil.

Palavras-chave: responsabilidade civil, direito e economia, funcionalismo jurídico, funções da responsabilidade civil, função dissuasória, responsabilidade da empresa, teoria da agência

## **ABSTRACT**

The thesis aims to understand the deterrence function of tort law through the lens of law and economics. Its objectives are to identify the variables that must be considered to quantify the amount of damages according to economic logic (such as the costs of precaution and the probability of incurring in liability), to set the way they relate to the deterrence goal, to support the observance of these variables by showing that if damages does not reflect them, there must occur situations of underdeterrence or overdeterrence that are not desirable, and to compare this approach with the actual criteria commonly used in determining the amount of damages by judicial courts. Starting from the understanding of functions of tort law in a broader picture of the role of functionalism in private law, the thesis also analyzes the deterrence function in the enterprise's liability for the acts of their employees, using the contributions of agency theory, more specifically the problems associated with moral hazard and hidden action by employees, concluding with a reflection on the possibilities and limits of such a function to this branch of tort law.

Keywords: tort law, law and economics, functionalism, functions of tort law, deterrence function, enterprise liability, agency theory

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>14</b>
<b>PARTE I - O FUNCIONALISMO JURÍDICO E SEUS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	<b>19</b>
<b>1 A CONSAGRAÇÃO DA PERSPECTIVA FUNCIONALISTA NO DIREITO PRIVADO</b> .....	<b>21</b>
1.1 Jhering e o funcionalismo jurídico continental .....	21
1.2 Origens do funcionalismo jurídico norte-americano .....	24
<b>2 O FUNCIONALISMO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO E AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	<b>39</b>
2.1 A constitucionalização do direito civil e a função social da responsabilidade civil.....	41
2.2 As funções específicas da responsabilidade civil .....	45
2.2.1 Função reparatória .....	45
2.2.2 Função satisfativa .....	53
2.2.3 Função demarcatória .....	55
2.2.4 Função distributiva .....	58
2.2.5 Função punitiva .....	66
<b>PARTE II - A FUNÇÃO DISSUASÓRIA: SUAS POSSIBILIDADES E LIMITES DE APLICAÇÃO À LUZ DE FUNDAMENTOS ECONÔMICOS</b> .....	<b>87</b>
<b>3 A LÓGICA ECONÔMICA DAS INDENIZAÇÕES COM EFICÁCIA DISSUASÓRIA: CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO</b> .....	<b>89</b>
3.1 A função dissuasória e a <i>Hand Rule Damages</i> : a contribuição de Robert Cooter.....	89
3.2 A racionalidade econômica e as indenizações punitivas: a contribuição de A. Mitchell Polinsky e Steven Shavell .....	98
<b>4 A TEORIA DA AGÊNCIA E A FUNÇÃO DISSUASÓRIA</b> .....	<b>116</b>
4.1 A responsabilidade da empresa à luz da teoria da agência ( <i>agency theory</i> ) .....	116
4.2 Limitações na aplicação da função dissuasória .....	129
<b>CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS</b> .....	<b>134</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>144</b>

## INTRODUÇÃO

*Oh, our life's lamentable coarse fabric,  
how poor the language of our joy indeed.  
What happened once, becomes a worn-out matrix.  
Yet, recognition is intensely sweet!*

OSIP MANDELSTAM, *Tristia* (trad. Joseph Brodsky).

O aumento da relevância do instituto da responsabilidade civil é fenômeno que se identifica em praticamente todas as experiências jurídicas que usualmente são tratadas como referência para o nosso direito, sejam pertencentes à mesma linhagem do direito continental, ou ao *common law*.

Um dos fatores que levaram à expansão deste instituto corresponde à assinalação de “funções” à responsabilidade civil, diversas da função simplesmente reparatória que acabou concentrando as atenções da doutrina clássica, tais como: uma função sancionatória e uma função preventiva ou dissuasória, ou ainda uma função de distribuição dos danos entre os membros da sociedade, em coerência com o pano de fundo fornecido pelo funcionalismo jurídico, que tem ditado os principais desenvolvimentos na teorização sobre os institutos de direito privado e na própria prática judiciária atual.

A tese pretende se concentrar no entendimento de que a responsabilidade civil deva ser utilizada com finalidade especificamente dissuasória. Embora tal possibilidade careça de base legislativa em termos gerais, sedimentou-se em nossos tribunais a atribuição de efeitos punitivos e preventivos ao *quantum* das demandas indenizatórias derivadas de danos extrapatrimoniais, para indicar o entendimento de que uma elevação no valor da indenização deve servir como um fator que leve o agente (e outros em situação análoga, em que ressalta um efeito de exemplaridade na punição) a não mais adotar a conduta que se considerou socialmente indesejável.

O que significa, porém, assinalar uma função dissuasória à responsabilidade civil mediante a elevação do *quantum* indenizatório? Qual a lógica subjacente à sua aplicação? Defender-se-á que, tomando-se por premissa que tal elevação deva acarretar um efeito de desestímulo, a fundamentação mais evidente dessa prática pressupõe o emprego de uma lógica econômica de parte dos agentes causadores

do dano, em que eles sejam tratados como economicamente racionais, ou seja, visam minimizar suas perdas e maximizar seus ganhos. Assim, a atribuição da indenização faria com que tais agentes deixassem de praticar a conduta danosa para não incorrer na sanção, caso esta supere a expectativa em relação aos benefícios a serem obtidos com essa conduta. Nesse passo, a análise econômica da eficácia dissuasória fornece um ponto de partida a ser considerado para a discussão acerca da racionalidade da aplicação dessa função à responsabilidade civil.

Assim, caso queiramos realmente “levar a sério” o objetivo de dissuasão enunciado nos pronunciamentos dos nossos tribunais, uma maior pesquisa acerca dos fundamentos e aplicações de uma teoria dos incentivos econômicos, no âmbito da responsabilidade civil, deverá ser empreendida, apresentando-se esta tese como uma contribuição a este desenvolvimento, ainda que, ao final, a análise implique em reconhecer uma série de limitações práticas à perfectibilização deste objetivo, como, por exemplo, a situação de desvantagem informacional do magistrado encarregado da aplicação da “sanção”.

Assim, a tese vai se valer da metodologia da corrente de pensamento jurídico denominada de “análise econômica do direito” (no original, *economic analysis of law*, ou *law & economics*), a qual, embora não tenha entre nós uma disseminação comparável à observada em ordenamentos jurídicos estrangeiros, vem sendo objeto de crescente interesse por parte dos meios acadêmicos e da doutrina jurídica nacional. Tal abordagem tem como objetivos (em rol não exaustivo): (a) mapear as variáveis que devem ser levadas em conta para a atribuição de um *quantum* indenizatório adequado a dar conta da chamada função dissuasória, dentro da lógica econômica (tais como os custos de precaução e a probabilidade de ocorrência de eventos danosos); (b) estabelecer a forma pela qual tais variáveis se relacionam com o objetivo a ser alcançado; (c) fundamentar a importância da observância destas variáveis, mediante a demonstração de que, caso o *quantum* indenizatório não as reflita de alguma forma, a tendência é que surjam situações, socialmente indesejáveis, de falta ou excesso de estímulo para a adoção de cuidados por parte dos potenciais causadores de danos (o porquê de tais situações serem consideradas indesejáveis também deverá ser elucidado); (d) contrapor tais variáveis com alguns dos critérios utilizados mais frequentemente na fixação do *quantum* indenizatório na jurisprudência, a título de dissuasão.

A análise deve apresentar, ainda, um caso especial que impõe certas dificuldades aos pressupostos em questão: o da responsabilidade civil das empresas pelos atos de seus prepostos, embasada, em nosso direito, fundamentalmente no artigo 932, III, do Código Civil. As peculiaridades das relações entre empregador e empregado podem levar ao que, na literatura da análise econômica, é chamado de “problema do agente-principal” (*principal-agent problem*), ou seja, situações nas quais, na presença de diversidade de interesses das partes e pela impossibilidade de monitoramento constante do empregado (agente), o empregador (principal) não consegue fazer com que aquele desempenhe suas funções de forma a sempre atingir um nível ideal de esforço ou cuidado. Nestes casos, indaga-se: dada a estrutura de incentivos em que empregador e empregado estão inseridos, quais as possíveis consequências não intuitivas da aplicação da eficácia dissuasória? A resposta a tal questão demandará uma análise das modernas feições da teoria econômica da informação, de modo a desenvolver as aplicações do problema do agente-principal na responsabilidade civil da empresa.

Resta dizer que a assinalação de uma função dissuasória à responsabilidade civil levanta necessariamente a questão acerca das possibilidades e limites deste instituto, questão que carece de um conjunto de respostas à altura do problema. Para tanto, a tese explora criticamente nossa experiência jurídica atual no campo da responsabilidade civil, propondo uma análise baseada no conjunto de incentivos que pode mover o agente a adotar ou deixar de adotar uma determinada conduta. Tal estrutura, porém, revela, sobretudo, as dificuldades inerentes à atribuição de uma eficácia dissuasória à responsabilidade civil por parte dos órgãos jurisdicionais, devido às dificuldades que estes encontram para buscar os elementos necessários à aferição de um *quantum* indenizatório adequado para atender ao objetivo de dissuasão.

Essas dificuldades deverão ser elucidadas ao se encaminhar o encerramento do presente estudo, o qual, para tanto, foi dividido em duas grandes partes: a primeira visa situar o fenômeno da atribuição de diferentes funções à responsabilidade civil no panorama geral de consagração do funcionalismo jurídico que ultrapassa as fronteiras de nossa tradição jurídica continental, tendo ocorrido também nos países filiados à família do *common law*, em um movimento que, apesar das especificidades naturais a cada experiência jurídica singular, apresenta também um pano de fundo que permite o reconhecimento do elemento fundamental em



comum: a hoje pervasiva visão funcionalista acerca do direito. Assim, a análise econômica do direito, por apresentar ferramental voltado à aferição das consequências econômicas e sociais das práticas jurídicas, pode desempenhar papel relevante<sup>1</sup> não apenas na tradição em que originalmente se desenvolveu (do direito americano), mas também na nossa, uma vez que desejemos examinar a funcionalização dos institutos jurídicos em todas as suas dimensões.

Assim, ainda na primeira parte, será apresentada, em linhas gerais, a versão preponderante, em nosso direito, de funcionalização das normas e institutos do direito privado, qual seja, a perspectiva da constitucionalização do direito civil, mais especificamente no que diz respeito à responsabilidade civil, bem como serão identificadas algumas das principais “funções” que vêm sendo atribuídas, em doutrina e jurisprudência, à responsabilidade civil entre nós, com especial atenção ao cotejo entre a tradicional função reparatória e as demais, culminando com a análise da função especificamente dissuasória.

Na segunda parte, a tese prossegue tomando-se por ponto focal a função dissuasória, analisada mediante o emprego da metodologia da análise econômica do direito, inicialmente através da exposição de duas das principais contribuições autorais sobre o tema, quais sejam, os trabalhos de Robert Cooter e de A. Mitchell Polinsky e Steven Shavell, considerados basilares para o desenvolvimento da análise econômica de tal função da responsabilidade civil. Do exame de tais contribuições, chegaremos à problemática da aplicação das indenizações com eficácia dissuasória ao contexto da responsabilidade da empresa pelos danos causados por seus empregados a terceiros.

Neste ponto, serão introduzidos, de forma a complementar os trabalhos anteriores, os subsídios de uma vertente da teoria microeconômica que trata dos problemas derivados da assimetria de informações, que por sua vez pode ser encontrada nas mais diversas formas de relações sociais. Tal vertente, conhecida como “teoria da agência” (*agency theory*) ou “problema do agente-principal” (*principal-agent problem*), por identificar as principais questões que surgem da impossibilidade de monitoramento perfeito das ações de qualquer pessoa que deva atuar para fazer avançar um interesse alheio, mostra-se de grande utilidade para a

---

<sup>1</sup> “Relevante” não tem o significado de “exclusivo”. O que aqui se defende é a dignidade da pesquisa em análise econômica do direito, como metodologia apta a dialogar com as demais para a produção de conhecimento jurídico, e não um caráter exclusivo desta no tratamento do direito.

compreensão das limitações da função dissuasória no contexto da empresa, por tornar evidente não apenas as razões da impossibilidade de aplicação perfeita de tal função para a prevenção absoluta de eventos danosos causados por empregados ou prepostos, como também elucidar quando esta sequer seria desejável, por representar não uma solução, mas um possível agravamento do problema, ou, pelo menos, fonte de outras situações indesejáveis.

Ao final, serão efetivadas considerações conclusivas, não sem antes extrair-se, dos pressupostos fundamentais de análise do tema, o entendimento de que a aplicação da função de desestímulo, e, portanto, a consubstanciação do próprio projeto funcionalista para a responsabilidade civil, enfrenta dificuldades e limitações importantes, cujo reconhecimento faz-se necessário para que, ao falarmos de eficácia punitiva ou dissuasória, possamos trabalhar com os efeitos pretendidos em bases realistas.

## PARTE I - O FUNCIONALISMO JURÍDICO E SEUS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

*You think me reckless, desperate and mad.  
You argue by results, as this world does,  
To settle if an act be good or bad.*

T. S. ELIOT, *Murder in the cathedral*.

*The usual view of legal scholars is that one understands Law through its purposes*<sup>2</sup>. Com esta frase, o jurista canadense Ernest J. Weinrib definiu a concepção que ocupa a primazia nos estudos jurídicos e, também, na aplicação do direito, na atualidade: o funcionalismo jurídico<sup>3</sup>. De fato, a abordagem funcionalista é hoje tão pervasiva no tratamento do direito, que qualquer tentativa de colocá-la em evidência costuma provocar reações próprias de quem ouve uma constrangedora obviedade. Parece seguro, para qualquer um, que o direito não apenas pode, como *deve*, ser entendido como um instrumento para que alcancemos determinados objetivos na vida em sociedade, e o que quer que se diga em contrário aparenta ser totalmente desprovido de sentido.

Ocorre que a exclusividade da visão funcionalista na explicação e na justificação das práticas jurídicas foi alcançada apenas recentemente (em termos históricos). Até o final do século XIX, com ela concorreu uma perspectiva diversa, segundo a qual o direito deveria ser entendido não em função de sua serventia para a realização de objetivos de cunho social ou econômico (ou outros possíveis), mas, enquanto possuidor de uma estrutura teórica racionalmente fundada em termos *formais*.

---

<sup>2</sup> Em tradução nossa: "A visão comum entre os juristas é a de que o direito deve ser entendido através de seus propósitos. WEINRIB, Ernest J. *The idea of private law*. Cambridge: Harvard University 1995. p. 3.

<sup>3</sup> Weinrib faz tal afirmação, no que diz respeito à experiência jurídica norte-americana. Porém, como se espera que fique elucidado até o final desta seção, o mesmo ocorre em relação ao direito brasileiro. Sobre o funcionalismo jurídico e a crítica formalista efetivada por Weinrib, ver, na doutrina nacional, MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 101-112, mar. 2002; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo do direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Veja-se, também, a obra de Norberto Bobbio na tradição continental: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rev. téc. Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

Essa concepção, conhecida como formalismo jurídico, encontrou seu ocaso na generalidade dos países sob a influência do sistema romano-germânico, principalmente, a partir da influência da obra de Jhering, pioneiro<sup>4</sup> em propor o atributo da funcionalidade como a chave para a justificação do direito.

Embora o pioneirismo de Jhering, o advento do funcionalismo jurídico não ficou restrito à experiência da família romano-germânica. No direito norte-americano, observou-se, mediante o influxo de uma série de contribuições doutrinárias (algumas delas diretamente influenciadas pelo jurista germânico) e de uma virada jurisprudencial ainda nas décadas iniciais do século passado, também a substituição de uma visão formalista identificada como classicismo jurídico, por um viés funcionalista mais explícito que veio a resultar no desenvolvimento de correntes de pensamento claramente identificadas com a visão de que o direito deva ser percebido e avaliado de acordo com o papel que exerce no desenvolvimento social.

Dessa forma, a identificação do predomínio do funcionalismo como um advento comum a ambas as tradições passa a ser então exposta.

---

<sup>4</sup> Sobre o pioneirismo de Jhering no que concerne à proposição da perspectiva funcionalista do direito, ver: MONEREO PÉREZ, José. *Ihering, ensayo de explicación: introducción a su pensamiento jurídico*. In: IHERING, Rudolph Von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Traducción espanhol por Enrique Príncipe Y Satorres, com estudo preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 1998. p. LII-LIII; WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 518; LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. 2. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 56.

# 1 A CONSAGRAÇÃO DA PERSPECTIVA FUNCIONALISTA NO DIREITO PRIVADO

Segundo Jhering, “[t]udo o que brota sobre o solo do direito, nasceu através de sua finalidade e em função de sua finalidade”, sendo que, por “finalidade” do direito, devemos entender a garantia dos bens e dos interesses que “conferem à vida seu verdadeiro valor”<sup>5</sup>. Assim, ao colocar em tal evidência o aspecto instrumental do direito, Jhering lançou as bases para a consagração de uma aborgadem que viria a substituir o formalismo enquanto padrão de compreensão do fenômeno jurídico: a perspectiva funcionalista, em contraste com a matriz formalista que, à época, ditava a compreensão do direito, como passa a ser explicitado.

## 1.1 Jhering e o funcionalismo jurídico continental

O trabalho de Jhering deve ser percebido em contraposição<sup>6</sup> aos desenvolvimentos mais formais da Escola Pandectística<sup>7</sup>, que lhe antecedeu, especialmente, nas formulações propostas por Puchta e Windscheid. No primeiro, consagram-se os pressupostos do positivismo científico do século XIX, os quais, no campo do direito, determinavam a dedução das normas a partir de uma noção de sistema como um todo, autônomo e coerente, que não admitiria recurso ao material externo (e.g., fatos sociais ou princípios religiosos) para a definição das soluções a serem dadas às questões jurídicas<sup>8</sup>.

Assim, as decisões acerca dessas questões deveriam decorrer da subsunção lógica da situação a ser normatizada aos princípios e conceitos que formariam um sistema dotado de *plenitude*, embebido em uma concepção de justiça realizável

---

<sup>5</sup> JHERING, Rudolph Von. *A finalidade do direito*. Tradução José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. v. 1, p. 236-237.

<sup>6</sup> Sobre o alinhamento do próprio Jhering, em um primeiro momento, aos pressupostos da Pandectística nos moldes de Puchta, para depois dela se afastar acentuadamente, verificar: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 515.

<sup>7</sup> Sobre a Escola Pandectística, fala Impallomeni: “Per pandettistica comunemente si intende quel movimento di studio, che prese il nome dalle intitolazioni di alcune delle sue trattazioni generali piú recenti, sviluppatosi nell’ambito della scuola storica tedesca, i cui prodromi sono del XVIII e il massimo svolgimento del XIX secolo, tendente a creare una teoria generale di quella parte del diritto privato fondato principalmente sul diritto romano; anzi, piú precisamente, sul diritto giustiniano, costituente il diritto comune vigente.”. IMPALLOMENI, Giambattista. Pandettistica. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dir.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Utet, 1965. v. 12, p. 350.

<sup>8</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 492-495.

através da convicção da correção dos princípios primeiros do sistema, cuja consubstanciação, decorrente de um exercício de racionalidade puramente formal, deveria consagrar soluções também justas, bastando, para tanto, prestar fidelidade à coerência sistemática<sup>9</sup>.

Puchta consagrou a visão do ordenamento jurídico, na forma de uma “pirâmide de conceitos”, em que a proveniência de cada um deles poderia ser seguida, através da noção de sistema pleno, no sentido ascendente, até os princípios primeiros, por um critério de pertencimento decorrente do exercício da lógica formal. A concepção foi exemplarmente definida por Larenz:

O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular<sup>10</sup>.

Desta forma, a legitimidade da norma jurídica baseia-se exclusivamente na correção sistemática, na sua racionalidade formal, com Puchta introduzindo o processo de deduzir a norma e a decisão jurídicas a partir do conceito, em vez de produzir o sistema e os conceitos através da indução a partir das normas jurídicas, das decisões jurisprudenciais e das valorações sociais<sup>11</sup>.

Já em Windscheid, o positivismo científico e a concepção de sistema encontradas em Puchta são aliadas a uma teoria da interpretação que parte da vontade do legislador, percebida não simplesmente como arbítrio ou de forma empírica, mas, como fruto da razão, de forma a que se chegue ao conhecimento da “verdadeira” vontade deste<sup>12</sup>, a qual não prescindiria de estar em consonância com a estrutura conceitual que forma o sistema jurídico, cuja coerência harmônica

---

<sup>9</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 494-499.

<sup>10</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 21.

<sup>11</sup> Assim, MARTINS-COSTA, Judith H. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 221-222: “O critério para encontrar a ‘verdade do sistema’ não era, contudo, um critério material, em correspondência com o ‘espírito do povo’, como havia proposto Savigny, mas um critério formal. Uma proposição científica é verdadeira quando está em consonância com o sistema, quando é passível de subsunção em um conceito jurídico que estrutura o sistema”.

<sup>12</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 31-32.

forneceria, assim, um critério de racionalidade também independente de material extrajurídico, mantendo-se, assim, hígida a arquitetura formalista<sup>13</sup>.

Jhering, não obstante uma adesão inicial ao formalismo pandectista, converte-se, posteriormente, na antítese da assepsia sistemática alinhada a Puchta e Windscheid, assumindo a *finalidade* como causa do direito, assim como o seria do próprio agir humano<sup>14</sup>, bem como a *sociedade* como sujeito último das proposições jurídicas<sup>15</sup>, em um deslocamento de ênfase, do plano lógico para o sociológico, que, dado o prestígio, talvez, sem precedentes (com a possível exceção de Savigny) obtido por Jhering, passou a ditar o tom para os desenvolvimentos posteriores na teoria jurídica. Assim, novamente de acordo com Larenz:

Para além de tudo, no entanto, não há-de esquecer-se o significativo contributo de Jhering para a evolução da ciência do Direito – evolução que, no seu curso ulterior, nunca mais dele pôde abstrair – e que se traduz no reconhecimento de que toda a proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua *função social*: ela aspira a conformar a existência social e, por conseguinte, ordena-se, pelo seu próprio sentido, a um fim social. Daqui emerge, para a ciência do Direito, a necessidade de um pensamento teleológico<sup>16</sup>.

A partir da trilha apontada por Jhering, juristas como Gierke<sup>17</sup> passaram a endossar uma visão *social* sobre o direito privado, defendendo uma aproximação teleológica entre este e o direito público<sup>18</sup>, de forma a relativizar a *summa divisio*, e reconhecer os limites às vontades individuais, em razão do benefício da comunidade, surgindo daí, para Gierke, ideias como a de proteção ao contratante

<sup>13</sup> Assim define Larenz: “[...] não é o fim de certa regulamentação, o sentido ético ou sociopolítico de um instituto ou de todo um sector do Direito, que fundamenta a ‘íntima solidariedade’ das proposições jurídicas, mas o serem comuns os elementos conceptuais que neles se repetem”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 32-33).

<sup>14</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 517.

<sup>15</sup> Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 54-55, onde se lê: “O Direito é para ele [Jhering] a norma coerciva do Estado posta ao serviço de um fim social. Para compreender a norma jurídica, precisa-se menos de uma análise lógica ou psicológica que de uma análise sociológica”.

<sup>16</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 56.

<sup>17</sup> GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Traducción José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

<sup>18</sup> Cf. GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Traducción José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904. p. 16: “Pero no debe olvidar en definitiva la unidad de fin; antes bien, en el Derecho privado, donde ella en primer lugar se preocupa de los intereses del individuo, debe esforzarse en conseguir el bien público; y en el Derecho público, donde ante todo tiene que atenderse al todo, debe tener en cuenta al individuo aislado”.

mais fraco<sup>19</sup>, de função social da propriedade<sup>20</sup> e de responsabilidade por fato de outrem<sup>21</sup>.

A situação - de virada de uma concepção fundada na racionalidade puramente formal para a visão instrumentalista dominante na atualidade, em que elementos externos à arquitetura jurídica conceitual dão o tom aos desenvolvimentos do direito - não foi sentida apenas nos países de ordenamento fundado na tradição romano-germânica. Também em uma das principais manifestações do *common law*, notadamente nos Estados Unidos da América, o funcionalismo determina uma base epistemológica geral para a compreensão e a aplicação do material jurídico<sup>22</sup>, como se passa a expor.

## 1.2 Origens do funcionalismo jurídico norte-americano

A prevalência do instrumentalismo jurídico, nos EUA, também ocorreu em virtude do desalojamento de concepções rivais, a exemplo do ocorrido na teoria jurídica alemã. No caso americano, o primeiro obstáculo à consagração do funcionalismo, por evidentes razões de linhagem, foi o próprio caráter do direito inglês, que legou às colônias em formação a visão de que o *common law* seria o produto de uma sabedoria coletiva, originada em tempos imemoriais, consubstanciada em costumes e máximas que se tornariam, então, material jurídico cuja permanência garantiria a dotação de autoridade.

Tais costumes seriam, também, a expressão do direito natural, fundado na razão e na natureza humana, devendo ser reconhecidos e declarados - e não criados pelo julgador ou mesmo pelos órgãos legislativos<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Traducción José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904. p. 41: "Hoy más bien tiene el Derecho privado la misión de proteger al débil contra el fuerte, y el beneficio de la comunidad, contra el egoísmo del individuo."

<sup>20</sup> GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Traducción José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904. p. 28-39.

<sup>21</sup> GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Traducción José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904. p. 45-46.

<sup>22</sup> Nesse sentido, o testemunho de Tamanaha: "An instrumental view of Law – the idea that law is a means to an end – is taken for granted in the United States, almost a part of the air we breathe". (TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 1).

<sup>23</sup> TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 13. Sobre a premissa da declaração do direito pelo intérprete, diz



E mais: o material *descoberto* nas relações deveria, também, receber o devido *tratamento científico*, por parte dos juristas, a partir de normas de caráter geral, não modificáveis<sup>24</sup>, classificadas em um conjunto conceitual coerente<sup>25</sup>, elaborado a partir do ideal de ciência herdado do iluminismo filosófico do século XVIII e à moda do tratamento consagrado às ciências naturais, especificamente, nos moldes da física newtoniana, que, ao acessar as forças que governam o mundo físico, propiciou, também, a esperança de que houvesse leis prontas para serem percebidas por um observador versado no método científico, aptas a regular, também, as relações sociais, de acordo com uma ordem “natural”<sup>26</sup>, o que permitiria falar em uma “ciência jurídica”<sup>27</sup>.

Assim, o ideal de racionalidade fundado na coerência interna do sistema jurídico instaurou, no direito norte-americano, a base da concepção denominada por William M. Wiecek como “pensamento jurídico clássico” ou “classicismo jurídico”<sup>28</sup>, formalista em essência, no sentido referido por Brian Tamanaha como “formalismo conceitual”<sup>29</sup>:

---

Wiecek: “This is sometimes called a declaratory theory of judging, from the commonplace or legal maxim that stated that the judicial function was ‘ius dicere et non ius dare’: to declare the Law and not to make it. The judge supposedly had no more discretion to invent a legal rule on instrumentalist grounds of policy preferences than a chemist had to dictate the outcomes of an experiment. In both cases, scientists discovered results; they were not supposed to control or manipulate them”. (WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 7)

<sup>24</sup> TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 15.

<sup>25</sup> Conforme Tamanaha: “Law, according to this account, is a science with inductive, analytical and deductive aspects. Decided cases are the raw material of law (its empirical component). Decisions fall into patterns, from which the governing rules, concepts and principles can be derived through induction. These rules, concepts and principles can be logically organized and their necessary content and implications made evident, then applied deductively to determine the appropriate rules and outcomes in future cases. [...] The common law and rights together form a coherent and gapless whole that objectively determines the decision in every case”. (TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 16).

<sup>26</sup> TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 20-21.

<sup>27</sup> “Generalization, abstraction, and certitude were components of a larger classical enterprise, the creation of a legal science. [...] Legal science encouraged lawyers to think that they were expounding principles of universal validity, applicable to all legal categories they fit, beyond human power to manipulate or modify”. (WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 5).

<sup>28</sup> No original, “legal classicism”. (WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 3). Duncan Kennedy utiliza-se de uma variante dessa expressão, “classical individualism”, em KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, p. 1728, 1976.

<sup>29</sup> O autor divide a concepção formalista em duas vertentes: o formalismo conceitual (“conceptual formalism”), a seguir referido e o que denomina de “rule formalism”, relacionado à aplicação mecanicizada do sistema jurídico, para a descoberta de uma solução jurídica correta, em todos os

*Conceptual formalism* was the idea that legal concepts and principles, like property ownership, liberty of contract, and duty in torts, had necessary content and logical interrelations with one another, which could be discerned through reason, constituting a coherent, internally consistent, comprehensive body of law.<sup>30</sup>

O classicismo jurídico forneceu, por um relevante período de tempo, localizado, principalmente, entre o final do século XIX e o início do século XX, a concepção dominante de pensamento compartilhado pelos juristas americanos, até ser confrontada por sucessivas iniciativas de caráter jurídico-político, que propuseram e, ao final, obtiveram sucesso em afastar o formalismo consagrado pelo classicismo e em colocar, definitivamente, o direito norte-americano no caminho do instrumentalismo jurídico.

Tais movimentos devem ser percebidos a partir de sua inserção no *genius saeculi*, ou seja, no espírito modernista da época<sup>31</sup>, cujas manifestações, em amplitude naturalmente muito superior aos restritos domínios do campo jurídico, submeteram a produção artística e o conhecimento científico a um processo de revisão de fundamentos que persiste desde então.

No caso do direito, o modernismo do final do século XIX empreendeu um ataque devastador a dois dos principais pontos da agenda formalista: a sustentação de um sistema lógico, não apoiado em observação empírica e a objetividade dos valores fundantes desse sistema<sup>32</sup>.

A desconstrução dos referidos pressupostos, embasada nos principais desenvolvimentos intelectuais da época, por parte de nomes como Darwin, Freud, Marx, Dewey, Nietzsche, Mach, Bergson e Einstein, consolidou uma postura epistemológica geral de radical subjetivismo<sup>33</sup>, por completo incompatível com a

---

casos. (TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 48).

<sup>30</sup> Grifo do autor. Em tradução nossa: "Formalismo conceitual correspondeu à ideia de que os conceitos e os princípios jurídicos, tais como: propriedade, liberdade de contratar e dever, na responsabilidade civil, possuíam o conteúdo necessário e inter-relações lógicas, uns com os outros, que poderiam ser discernidas através da razão, constituindo um corpo jurídico coerente, internamente consistente e compreensivo". (TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 48).

<sup>31</sup> WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 177.

<sup>32</sup> WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 177.

<sup>33</sup> Sobre o subjetivismo cognitivo característico do modernismo, diz Dorothy Ross: "We concluded that a new understanding of the subjectivity of knowledge stood at the center of many of the transformations we were studying: the recognition that no foundation for knowledge or value exists outside the meanings that human beings construct for their own purposes." (ROSS, Dorothy.

crença em um sistema jurídico apoiado em bases ideais e normativamente imune aos dados da experiência concreta. E mais: a partir da premissa subjetivista, a vontade humana restaria livre, ainda, para ser fonte criadora de arranjos institucionais<sup>34</sup>, cujo teste último de adequação seria não mais simplesmente o pertencimento a uma estrutura conceitual lógica, mas, o seu impacto sobre a vida em sociedade.

A virada epistemológica abriu as portas da doutrina jurídica ao funcionalismo, cuja consagração, como referido, deveu-se à influência sucessiva de movimentos que, apesar de diferentes no teor e no alcance de suas propostas, partilharam de uma base comum instrumentalista, apta a espelhar os novos tempos.

Nos Estados Unidos, esses movimentos começaram, no campo da doutrina jurídica, acompanhando a influência que o movimento filosófico conhecido por *pragmatismo* viria a exercer sobre alguns dos mais destacados juristas norte-americanos, em especial, Oliver Wendell Holmes Jr. e Roscoe Pound.

O pragmatismo, na formulação dada por seus principais proponentes iniciais, como William James, Charles Sanders Peirce e John Dewey, enfatizava que a busca filosófica da verdade deveria ser efetivada não através de categorias abstratas do pensamento, e sim, pela conexão entre as ideias e as proposições e suas consequências práticas. William James assim apresenta o “método pragmático”:

The pragmatic method is primarily a method of settling metaphysical disputes that otherwise might be interminable. Is the world one or many? - fated or free? - material or spiritual? – here are notions either of which may or may not hold good of the world; and disputes over such notions are unending. The pragmatic method in such cases is to try to interpret each notion by tracing its respective practical consequences. What difference would it practically make to anyone if this notion rather than that notion were true? If no practical difference whatever can be traced, then the alternatives mean practically the same thing, and all dispute is idle. Whenever a dispute is serious, we ought to be able to show some practical difference that must follow from one side or the other's being right.<sup>35</sup>

---

Modernism reconsidered”. In: ROSS, Dorothy (Ed.). *Modernist impulses in the human sciences 1870-1930*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994. p. 2).

<sup>34</sup> Como refere G. Edward White: “The recognition of cognitive human subjectivity was more than a stunning epistemological insight for them; it had potentially ominous governance consequences.” (WHITE, G. Edward. *The first amendment comes of age: the emergence of free speech in twentieth-century America*. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, MI, v. 95, n. 2, p. 304, Nov. 1996).

<sup>35</sup> Tradução nossa: “O método pragmático é, em primeiro lugar, um método para definir disputas metafísicas que, de outra forma, poderiam ser intermináveis. O mundo seria um só, ou muitos? – determinado ou livre? – material ou espiritual? – essas são noções que podem - ou não - dar conta adequadamente do que seja o mundo; e disputas sobre tais noções não possuem fim. O método pragmático, nesses casos, consiste em tentar interpretar cada noção, através da identificação de suas

Moldado no ambiente de incerteza em relação à objetividade científica, como já mencionado, o pragmatismo rejeitaria, então, toda a pesquisa baseada em sistemas de pensamento que, partindo de uma categorização *a priori*, fosse baseada em leis divinas ou relativas à natureza humana e estabelecesse critérios de verdade ao qual a realidade fática devesse ser adequada<sup>36</sup>. Dessa forma, o programa pragmatista demandaria abertura ao material empírico, aos dados de fato, que forneceriam, assim, a possibilidade do estabelecimento da verdade científica: “*All the sanctions of a Law of truth lie in the very texture of experience*”, no *dictum* de James<sup>37</sup>.

O pensamento pragmatista exerceu grande influência sobre Holmes, seja devido à sua amizade com William James<sup>38</sup>, ou mesmo por ter participado do grupo conhecido como *Metaphysical Club*, uma confraria de intelectuais baseados em Cambridge, do qual participavam, além de Holmes e James, também Peirce, dentre outros apoiadores do pragmatismo. Com Holmes, pode-se afirmar que a doutrina jurídica americana<sup>39</sup> teve seu ponto de inflexão para uma orientação eminentemente

---

consequências práticas. Que diferença prática faria, para qualquer um, se uma dessas noções fossem verdadeiras, e não outras? Se nenhuma diferença prática pode ser identificada, então, as alternativas significam, praticamente, a mesma coisa e toda a disputa é inócua. Em toda vez que a disputa seja séria, devemos conseguir mostrar algumas diferenças práticas, que precisam seguir de considerarmos um ou outro lado, como verdadeiro”. (JAMES, William. *Pragmatism: a new name for some old ways of thinking*. [S.l.]: A Public Domain Book, 2012. posição 14 de 95. Kindle's Edition).

<sup>36</sup> Enfatizando o desencanto com a noção de verdade científica própria da época, diz William James: “As I understand the pragmatist way of seeing things, it owes its being to the break-down which the last fifty years have brought about in the older notions of scientific truth. ‘God geometrizes’, it used to be said; and it was believed that Euclid’s elements literally reproduced his geometrizing. There is an eternal and unchangeable ‘reason’; and its voice was supposed to reverberate in Barbara and Celarent. So also of the ‘laws of nature’, physical and chemical, so of natural history classifications – all were supposed to be exact and exclusive duplicates of pre-human archetypes buried in the structure of things, to which the spark of divinity hidden in our intellect enables us to penetrate. The anatomy of the world is logical, and its logic is that of a university professor, it was thought. Up to about 1850 almost every one believed that sciences expressed truths that were exact copies of a definite code of non-human realities. But the enormously rapid multiplication of theories in these latter days has well-nigh upset the notion of any one of them being a more literally objective kind of thing than another. There are so many geometries, so many logics, so many physical and chemical hypotheses, so many classifications, each one of them good for so much and yet not good for everything, that the notion that even the truest formula may be a human device and not a literal transcript has dawned upon us”. (JAMES, William. *Meaning of truth*. [S.l.]: A Public Domain Book, 2002. posição 548-557 de 2271. Kindle's Edition).

<sup>37</sup> Tradução nossa: “Todas as sanções de uma lei da verdade residem na própria textura da experiência” (JAMES, William. *Meaning of truth*. [S.l.]: A Public Domain Book, 2002. posição 659 de 2271. Kindle's Edition).

<sup>38</sup> MENAND, Louis. *The metaphysical club: a story of ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. posição 3497 de 10681. Kindle's Edition.

<sup>39</sup> E, também, a jurisprudência, dada sua atuação na Suprema Corte do Estado de Massachussetts, a partir de 1883, após ter assumido como professor na Universidade de Harvard no ano anterior, bem como para a Suprema Corte do país, ocorrida em 1902. Holmes foi um dos mais influentes membros da magistratura americana; seus votos (frequentemente dissidentes), em casos

instrumentalista que, se não se consolidou de imediato, pôde, desde então, erguer-se sobre uma base jurídica mais sólida.

Com efeito, a primeira obra mais notável de Holmes, o tratado jurídico intitulado *The Common Law* - que viria a exercer influência decisiva sobre sucessivas gerações de juristas americanos - já continha uma expressão chave para a compreensão do pensamento de seu autor: “[t]he life of the law has not been logic: it has been experience”<sup>40</sup>. Com isso, Holmes não estava afastando, completamente, qualquer papel para a lógica no raciocínio jurídico<sup>41</sup>, mas adicionando um elemento até então ausente na pauta do formalismo: o elemento consequencialista na aplicação do material normativo, que deveria receber a maior dose de atenção por parte do jurista, e não a pureza da arquitetura conceitual do sistema<sup>42</sup>.

Posteriormente, em 1897, Holmes publica, na *Harvard Law Review*, um artigo chamado *The Path of Law*<sup>43</sup>, que se tornou célebre e veio a consolidar sua rejeição ao pensamento formalista clássico, denominando “falácia da forma lógica”<sup>44</sup>: a noção de que a única força determinante do desenvolvimento do direito seria o raciocínio lógico-abstrato<sup>45</sup>. Diz Holmes:

The language of judicial decision is mainly the language of logic, and the logical method and form flatter that longing for certainty and for repose which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and repose is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate

---

paradigmáticos, como *Vegeahn vs. Guntner* (1896) e *Lochner vs. New York* (1905), acabaram se tornando referência no direito americano.

<sup>40</sup> Tradução nossa: “a vida do direito não tem se caracterizado pela lógica, mas, pela experiência”. (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. posição 442 de 10697. Kindle’s Edition).

<sup>41</sup> Holmes adverte que a lógica seria um elemento indispensável à consistência do direito: “The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all”. (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. posição 442 de 10697. Kindle’s Edition).

<sup>42</sup> “The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.” (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. posição 442-452 de 10697. Kindle’s Edition).

<sup>43</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2011. Kindle’s Edition. Publicado originalmente em 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).

<sup>44</sup> No original: “*fallacy of logical form*”. (HOLMES, JR., Oliver Wendell. *The path of law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2011. posição 709 de 929. Kindle’s Edition).

<sup>45</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2011. posição 651 de 929. Kindle’s Edition.

and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding.<sup>46</sup>

Neste momento, Holmes é bem claro, ao propor a análise das consequências das decisões jurídicas, em termos de vantagens sociais como o verdadeiro critério motivador na aplicação do direito<sup>47</sup>. A partir desse reconhecimento, passa a defender a aproximação entre o direito e as disciplinas, ainda, então, incipientes enquanto ciências, como a estatística e a economia<sup>48</sup>, mas que, entretanto, já desenvolviam um instrumental de análise apto a acessar as consequências das decisões individuais na conformação dos arranjos sociais<sup>49</sup>.

Seguindo a trilha consequencialista aberta por Holmes, Roscoe Pound aprofundou a crítica ao classicismo, de forma ainda mais profícua<sup>50</sup>, buscando inspiração não apenas no pragmatismo de William James, como também em

<sup>46</sup> Tradução nossa: “A linguagem da decisão judicial é, principalmente, a linguagem da lógica e a forma e o método lógicos favorecem a busca por certeza e por repouso, que reside em cada mente humana. Mas, certeza, geralmente, é uma ilusão; e repouso não é o destino do homem. Por trás da forma lógica, há um julgamento sobre o valor relativo e a importância de razões normativas em competição, frequentemente, um julgamento inconsciente e desarticulado, é verdade e, no entanto o próprio ponto nevrálgico e a raiz de todo o procedimento”. (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2011. posição 661-671 de 929. Kindle’s Edition).

<sup>47</sup> Assim: “I think that the judges themselves have failed adequately to recognize their duty of weighing considerations of social advantage. [...] I cannot but believe that if the training of lawyers led them habitually to consider more definitely and explicitly the social advantage on which the rule they lay down must be justified, they sometimes would hesitate where now they are confident, and see that really they were taking sides upon debatable and often burning questions”. (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2011. posição 699-709 de 929. Kindle’s Edition).

<sup>48</sup> Recordemos que a Revolução Marginalista data da década de 70 do século XIX e que a publicação de *Principles of Economics* de Alfred Marshall deu-se em 1890, sendo considerados os marcos iniciais da análise econômica neoclássica.

<sup>49</sup> “For the rational study of the law the blackletter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.” (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2011. posição 728-737 de 929. Kindle’s Edition); “I look forward to a time when the part played by history in the explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them. As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me an evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made”. (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2011. posição 815-825 de 929. Kindle’s Edition). Interessante notar, a partir desta passagem, que, para Holmes, a base para a aproximação entre direito e economia seria desenvolvida através do progresso do estudo filosófico. Ou seja, o avanço da filosofia conduziria à aproximação entre direito e economia, havendo inter-relação entre as três disciplinas e não uma mera substituição da filosofia pela economia, na proximidade com o direito. Holmes parece, aqui, ter em vista que o “progresso no estudo filosófico” dar-se-ia no sentido proposto pela filosofia pragmatista.

<sup>50</sup> Segundo G. Edward White, “It was Pound rather than Holmes Who provided the principal bridge between nineteenth century juristic conceptualism and the empirically oriented ‘realist’ thinking of the early twentieth century”. (WHITE, G. Edward. *Patterns of American legal thought*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. p. 41 de 316. Kindle’s Edition).

Jhering<sup>51</sup>. Inspirado na crítica por este empreendida em relação à *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudência dos conceitos<sup>52</sup>), Pound atacou as premissas do que denominou de “mechanical jurisprudence”, ou seja, o formalismo jurídico conceitual do pensamento clássico<sup>53</sup>, propondo, em seu lugar, uma teoria do direito voltada para o exame das consequências das decisões dotadas de juridicidade, uma orientação intitulada “sociological jurisprudence”<sup>54</sup>.

Para Pound, muito mais do que o rigor lógico e a estrutura conceitual, a verdadeira preocupação do jurista deveria recair sobre a utilização do direito como instrumento de realização das demandas humanas. Assim, o labor jurídico não deveria descuidar de uma tarefa básica: conciliar a necessidade de estabilidade nas relações com a demanda fundamental por mudanças para a evolução social: “[/]law must be stable and yet it cannot stand still. Hence all thinking about law has struggled to reconcile the conflicting demands of the need of stability and of the need of change”.<sup>55</sup> Para tanto, o direito deve ser concebido como um instrumento de engenharia social<sup>56</sup>, empregado para a realização dessa solução de compromisso entre mudança e estabilidade, da forma mais pontual possível:

It is the task of the social sciences to make this process of satisfying human demands and expectations, of giving effect to human desires, continually less wasteful. They seek to find out how to make this process go on with less friction and to satisfy more effectively a greater total of human demands. As one of the social sciences jurisprudence has for its field to

---

<sup>51</sup> WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 192 (onde se lê que Pound fora o proponente americano de idéias expostas anteriormente por Eugen Ehrlich e François Géný); TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 62.

<sup>52</sup> Na tradução proposta em LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 50.

<sup>53</sup> “Pound attacked conceptualist opinions as oblivious to changing social conditions and imprisoned in their own ritualistic logic, which he felt rested primarily on a priori postulates”. (WHITE, G. Edward. *Patterns of american legal thought*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. posição 42 de 316. Kindle’s Edition).

<sup>54</sup> Expressões retiradas dos artigos mais notórios de Pound: POUND, Roscoe. Mechanical jurisprudence. 8 *Colum. L. Rev.* 605, 1908; POUND, Roscoe. The need of a sociological jurisprudence. 19 *Green Bag* 607, 1907.

<sup>55</sup> POUND, Roscoe. *The ideal element in law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2011. posição 1244 de 10770. Kindle’s Edition. Tradução nossa: “o direito deve ser estável e ainda assim não pode permanecer imóvel. Portanto, toda a reflexão sobre o direito tem lutado para reconciliar o conflito entre a necessidade de estabilidade e a necesssidade de mudança”.

<sup>56</sup> “I have suggested thinking of jurisprudence as a science of social engineering, having to do with that part of the whole field of social control which may be achieved by adjustment of human relations and ordering of human conduct through the action of policically organized society”. (POUND, Roscoe. *The ideal element in law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2011. posição 4059 de 10770. Kindle’s Edition).

discover what part of this task may be achieved or furthered by the legal order and how.<sup>57</sup>

A engenharia social a ser operada pelas ciências sociais e, portanto, pelo direito, teria uma finalidade: a promoção da *civilização*, um termo que expressaria a busca do máximo controle sobre os recursos físicos da natureza e sobre a própria natureza humana, para empregá-los no maior desenvolvimento possível dos poderes do homem<sup>58</sup>. Assim, em Pound, completa-se a concepção instrumentalista com a promoção de uma *finalidade* que definiria o emprego dos meios, que, então, devem passar a ser avaliados, de acordo com sua maior ou menor aptidão, para que o fim seja alcançado: “[t]he end is promoting, maintaining, furthering civilization. The means is social engineering”<sup>59</sup>.

Esse instrumentalismo doutrinário, no entanto, ainda viria a atingir seu ápice em uma série de autores que, inspirados na virada epistemológica operada pelos pragmatistas filosóficos e pelos próprios Holmes e Pound, viriam a formar uma das mais influentes correntes de pensamento jurídico do século XX: o realismo jurídico norte-americano<sup>60</sup>, movimento que ganhou força e expressão principalmente na década de 1930 e cujos expoentes principais foram Karl Llewellyn, Jerome Frank, Felix Cohen e Walter Wheeler Cook.

Os realistas tornaram ainda mais incisiva a crítica ao formalismo conceitual, ao aprofundarem a orientação de Holmes e Pound<sup>61</sup>, porém, como reflexo dos

---

<sup>57</sup> Tradução nossa: “É a tarefa das ciências sociais realizar esse processo de satisfazer demandas e expectativas humanas, de dar efeito aos desejos humanos, de forma cada vez menos dispendiosa. Elas procuram encontrar um meio de promover esse processo, com o menor atrito possível e de forma a satisfazer, mais efetivamente, uma soma cada vez maior de demandas humanas. Como uma das ciências sociais, o direito deve, em seu campo, descobrir qual a parte dessa tarefa pode ser alcançada ou desenvolvida pelo ordenamento jurídico - e como”. (POUND, Roscoe. *The ideal element in law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2011. posição 4068 de 10770. Kindle’s Edition).

<sup>58</sup> “Civilization, whether thought of as fact or as idea, is a good starting point for the social sciences. It is said to be the raising of human powers to their highest possible unfolding, or as I put it above, the achieving the maximum control over external or physical nature and over internal of human nature of which man is capable. Thus there is a process, a condition to which the process has brought us thus far, and an idea of the process and of the condition to which the process leads. But this way of putting it is perhaps too much in the manner of Hegel for the present generation. Let us say then the development of human powers to constantly greater completeness”. (POUND, Roscoe. *The ideal element in law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2011. posição 4136 de 10770. Kindle’s Edition).

<sup>59</sup> “O fim é promover, manter, levar a civilização adiante. O meio é a engenharia social”. (POUND, Roscoe. *The ideal element in law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2011. posição 4407 de 10770. Kindle’s Edition).

<sup>60</sup> WHITE, G. Edward. *Patterns of american legal thought*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. posição 79 de 316. Kindle’s Edition.

<sup>61</sup> Sobre as semelhanças e as diferenças entre o realismo jurídico e a “jurisprudência sociológica”, bem como entre os principais autores realistas (em especial, Llewellyn e Frank) e Pound, que não



desenvolvimentos das ciências ditas “comportamentais”, em seu tempo, adicionaram um viés fortemente baseado na psicologia, para explicar a desconexão entre o trabalho judicial e a estrutura conceitual sustentada pelo classicismo<sup>62</sup>.

Ao julgar, sustentavam os realistas, os juízes estão sujeitos aos mesmos processos psíquicos naturais a qualquer pessoa e que determinam a decisão em bases consequencialistas, razão pela qual o conceitualismo seria um artifício (moralmente questionável<sup>63</sup>) para a racionalização e o ocultamento das verdadeiras razões das decisões. Os realistas passaram, então, a propor que esse “real” processo fosse revelado, a fim de possibilitar um tratamento verdadeiramente científico das decisões judiciais, visando ao progresso da sociedade. Para tanto, torna-se necessário o desvelamento do arcabouço teórico classicista, adjetivado por Cohen como “*transcendental nonsense*”<sup>64</sup>.

Segundo os realistas, a operação silogística concebida pelos classicistas seria falha, pois, na seleção da norma jurídica incidente aos fatos, os juízes necessariamente acabam deixando que seus traços psíquicos e sua compreensão de mundo determinem os resultados de suas decisões, em uma operação que teria início com a análise dos prováveis efeitos sociais da eventual norma aplicável<sup>65</sup>, para, somente, então, projetar-se sobre a escolha desta, ao contrário do que sustenta a visão formalista, em que se partiria da identificação da norma, a partir das categorias jurídicas, e não dos efeitos práticos decorrentes de sua incidência<sup>66</sup>.

---

serão tratadas no presente trabalho, conferir: WHITE, G. Edward. *Patterns of american legal thought*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. Kindle's Edition.

<sup>62</sup> WHITE, G. Edward. *Patterns of american legal thought*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. posição 76 de 316. Kindle's Edition.

<sup>63</sup> “It is the great disservice of the classical conception of law that it hides from judicial eyes the ethical character of every judicial question, and thus serves to perpetuate class prejudices and uncritical moral assumptions which could not survive the sunlight of free ethical controversy”. (COHEN, Felix S. *Transcendental nonsense and the functional approach*. *Columbia Law Review*, New York, v. 35, n. 6, p. 840, Jun. 1935).

<sup>64</sup> Em tradução nossa, “disparate transcendental”. (COHEN, Felix S. *Transcendental nonsense and the functional approach*. *Columbia Law Review*, New York, v. 35, n. 6, p. 809-849, Jun. 1935). Diz Cohen, à p. 840, utilizando uma expressão tomada de Holmes: “Washed in cynical acid, every legal problem can thus be interpreted as a question concerning the positive behavior of judges”.

<sup>65</sup> Nesse sentido, diz Cohen: “A judicial decision is a social event”. (COHEN, Felix S. *Transcendental nonsense and the functional approach*. *Columbia Law Review*, New York, v. 35, n. 6, p. 843, Jun. 1935). Não por acaso, o artigo de Cohen começa com uma referência a Jhering.

<sup>66</sup> “Realists denied that judges could deduce rules of law impartially from these principles. They spurned the paradigm of syllogistic reasoning in classical law, where the legal norm is the major premise, the facts of the case provide the minor premise, and the conclusion is the outcome of the case. Instead, they saw judges as humans with the usual biases and fallibilities who chose norms and outcomes in the light of what they believed to be desirable social policy”. (WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 198). Neste sentido, também diz Tamanaha: “Rather than starting from

Dessa forma, o direito se constitui pelas próprias decisões judiciais<sup>67</sup> e não pelo material conceitual que comporia o sistema jurídico. Portanto, o estudo do direito deveria se concentrar em examinar essas decisões como “fatos puros e simples”<sup>68</sup> e sua correção avaliada em função dos resultados sociais delas decorrentes:

The realistic author of textbooks will not muddy his descriptions of judicial behavior with wishful thinking; if he dislikes a decision or line of decisions, he will refrain from saying, ‘This cannot be law because it is contrary to sound principle,’ and say instead, ‘This is the law, but I don’t like it,’ or more usefully, ‘This rule leads to the following results, which are socially undesirable for the following reasons \* \* \*’<sup>69</sup>

Com o realismo jurídico, consolidou-se, na doutrina jurídica americana, o prestígio do instrumentalismo e a tendência de declínio do formalismo classicista. Todavia, na aplicação do direito, principalmente nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, o classicismo ainda encontrou, por um significativo período de tempo, grande acolhida, pelo menos até o advento do que ficou conhecido como a “Revolução Constitucional”<sup>70</sup>, nome pelo qual se faz referência, na historiografia do período, ao embate ocorrido, de um lado, entre a administração de Franklin Delano

---

the rules and principles and deductively coming to a decision, the Realists suggested that judges begin instead with a rough sense of the decision and work backward to find supportive legal rules and principles”. (TAMANAH, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 67).

<sup>67</sup> “Realistic jurisprudence, as that term is currently used, is a theory of the nature of the law, and therefore a theory of the nature of legal rules, legal concepts, and legal questions. Its essence is the definition of law as a function of judicial decisions. (COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, New York, v. 35, n. 6, p. 842, Jun. 1935).

<sup>68</sup> “If we conceive of legal rules and concepts as functions of judicial decisions, it is convenient, for purposes of this analysis, to think of these decisions as hard and simple facts”. (COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, New York, v. 35, n. 6, p. 842, Jun. 1935).

<sup>69</sup> Tradução nossa: “O autor realista de livros-texto não irá obscurecer suas descrições do comportamento judicial com pensamentos fantásticos; se a ele não agrada uma decisão ou uma série de decisões, vai se abster de dizer que “isso não pode estar de acordo com o direito porque contraria um princípio jurídico estabelecido”, e dirá, em contrário, que “Esse é o direito, mas, não me agrada”, ou, mais proveitosamente, dirá que “Essa regra leva aos seguintes resultados, que são socialmente indesejáveis, pelas razões que seguem”. (COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, New York, v. 35, n. 6, p. 841, Jun. 1935).

<sup>70</sup> LEUCHTENBURG, William E. *The Supreme Court Reborn: the constitutional revolution in the age of Roosevelt*. New York: Oxford University Press, 1995; CUSHMAN, Barry. *Rethinking the New Deal Court: the structure of a constitutional revolution*. New York: Oxford University Press, 1998. Para uma posição contrária à forma como tal expressão tem sido utilizada para retratar a mudança de posição da Suprema Corte, ver WHITE, G. Edward. *West Coast Hotel's place in american constitutional history*. *The Yale Law Journal online*, New Haven, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://yalelawjournal.org/2012/09/24/white.html>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

Roosevelt e, de outro, a Suprema Corte, no final da década de 30 do século passado.

Roosevelt, em seu primeiro mandato como presidente dos Estados Unidos, pelo Partido Democrata, obteve uma vitória eleitoral maciça sobre seu oponente, o então presidente Herbert Hoover, que, na percepção pública, havia falhado em dar uma resposta efetiva à crise deflagrada pela quebra de 1929<sup>71</sup>.

Motivado pela incumbência de recolocar a economia americana no caminho do crescimento, Roosevelt lançou uma série de medidas legislativas, já a partir do início de seu termo, em 1933, no âmbito de um programa político que restou amplamente conhecido como *New Deal*<sup>72 73</sup>. No entanto, uma parte substancial das referidas medidas acabou, durante o biênio 1935-36, invalidadas pela Suprema Corte, como, resumidamente, expõe Tamanaha<sup>74</sup>:

Roosevelt's New Deal legislative program was an attempt to find solutions to the ongoing economic crisis and to ameliorate the most desperate social and economic consequences that continued to linger from the recent Depression. Key pieces of legislation in this effort were the Railroad Retirement Act, which mandated that pensions be created by railroad companies for their employees, the National Industrial Recovery Act (NIRA), which authorized rulemaking powers in the Executive branch to handle all sorts of economic issues, the Agricultural Adjustment Act, which authorized price and production controls to support the recovery of farmers, and the Bituminous Coal Act, aimed at helping the crippled coal industry by setting prices and establishing labor regulations that would lessen strikes. All four of these New Deal statutes were invalidated by the Supreme Court in its 1935-6 term. The specific grounds cited by the Court for invalidation were different

<sup>71</sup> WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 219.

<sup>72</sup> Mais especificamente, como Primeiro *New Deal*. Ver WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 222.

<sup>73</sup> G. Edward White encontra grande aproximação entre os realistas e os defensores do *New Deal*: "The same assumptions made by the Realists were made by the framers of the New Deal. The New Dealers were also demythologizers. They set out to eradicate the notions that private property was sacred and that self-help was the only way to deal with adversity. They announced that traditional bogeys such as the belief that government distribution of economic benefits was equivalent to socialism were shams: the only thing the nation's citizens had to fear was fear itself. They preferred experimentation and empiricism to theorizing: it was not as important to articulate any philosophy of problem-solving as it was to try to solve problems". (WHITE, G. Edward. *Patterns of american legal thought*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. posição 85 de 316. Kindle's Edition).

<sup>74</sup> Para uma narrativa mais extensa sobre essa série de decisões e suas implicações, verificar: WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 222-231, e LEUCHTENBURG, William E. *The Supreme Court Reborn: the constitutional revolution in the age of Roosevelt*. New York: Oxford University Press, 1995. p. 85-107.

in each case, but they collectively served as a warning that the New Deal would not pass through the Supreme Court unscathed.<sup>75</sup>

Como reação a tais derrotas, Roosevelt, então, no início de seu segundo mandato, em 1937, enviou ao Congresso uma lei pela qual, no sistema judiciário federal americano, deveria ser criado um novo cargo de juiz para cada magistrado que, ao atingir a idade de setenta anos, não se retirasse da função.

Na prática, isso daria à Presidência da República (a Roosevelt, portanto) a possibilidade, tão logo a legislação passasse a vigorar, de fazer seis novas indicações para a Suprema Corte. O plano foi um fracasso político e um pesado revés para a imagem presidencial, ocasionando a formação de uma bancada anti-*New Deal* no Congresso e minando a grande maioria que o Partido Democrata havia recém obtido nas eleições<sup>76</sup>.

Curiosamente, no entanto, durante a malograda tentativa de intervenção na Suprema Corte, esta começou a apresentar uma mudança de orientação para casos em tudo similares aos anteriormente referidos, mantendo, em vez de invalidando, atos estatais de regulação da atividade econômica privada.

Em *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937), a Corte assegurou a constitucionalidade de uma legislação do Estado de Washington, estabelecendo a observância de um salário mínimo nas relações trabalhistas e superando um

---

<sup>75</sup> Tradução nossa: “O programa legislativo do *New Deal* de Roosevelt foi uma tentativa de encontrar soluções para a crise econômica em andamento e para melhorar as consequências sociais e econômicas mais graves, que continuavam a emanar da recente Depressão. Peças-chave de legislação nesse esforço eram: o *Railroad Retirement Act*, que determinavam que as companhias ferroviárias deveriam criar pensões, em benefício de seus empregados; o *National Industrial Recovery Act*, que autorizava ao Executivo poderes para normatizar toda a sorte de assuntos econômicos; o *Agricultural Adjustment Act*, que autorizava controles de preço e de produção para apoiar a recuperação dos produtores agrícolas; e o *Bituminous Coal Act*, destinado a ajudar a combalida indústria de carvão, através do controle de preços e de uma regulação das relações trabalhistas que diminuísse a incidência de greves. Todas essas leis ligadas ao *New Deal* foram invalidadas pela Suprema Corte, no termo 1935-36. Os fundamentos específicos, citados pela Corte para a invalidação, foram diferentes em cada caso, mas, coletivamente, serviram como um aviso de que o *New Deal* não passaria incólume pela Suprema Corte. (TAMANAH, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 77-78). As decisões da Suprema Corte supramencionadas são as seguintes: *Railroad Retirement Board v. Alton R. R. Co.*, *Schechter Poultry Corp. v. United States*, *United States v. Butler* e *Carter v. Carter Coal Co.* Wiecek faz referência a outros casos, julgados nesse mesmo período, como pertencentes a esse conjunto de decisões contrárias aos interesses da Administração Roosevelt: *Panama Refining Co. v. Ryan*, *Louisville Bank v. Radford*, *Humphrey's Executor v. United States* e *Morehead v. Tipaldo*. (WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 222-231).

<sup>76</sup> WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 232-233. TAMANAH, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 78-79.

precedente estabelecido em 1923<sup>77</sup> e a própria decisão do caso *Morehead v. Tipaldo*, julgado no ano anterior<sup>78</sup>. Logo após, em *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp*, a Corte manteve o *National Labor Relations Act*, que regulou, de forma extensa, as relações trabalhistas e, em *Steward Machine Co. v. Davis* e *Helvering v. Davis*, ambas ainda em 1937; sustentou, também, o *Social Security Act*, que instituiu o sistema americano de previdência social, em clara dissonância com as decisões do biênio anterior<sup>79</sup>.

Finalmente, em 1938, a Corte estabeleceu, em *Erie R. R. Co. v. Tompkins*, a superação de um precedente secular, em matéria de aplicação não-instrumental do direito americano - o caso *Swift v. Tyson* (1842) - determinando que as cortes de justiça federais não teriam o poder de “criar” normas em prejuízo da regulação emanada pelos próprios Estados.

A historiografia mais recente refere que a mudança de posição da Suprema Corte pode não ter ocorrido como uma reação ao plano de Roosevelt<sup>80</sup>, mas, o fato relevante para os propósitos dessa tese é que os autores costumam indicar este período específico como o momento de mudança<sup>81</sup> na jurisprudência da Corte, em direção a uma orientação funcionalista ou, pelo menos, de declínio do formalismo classicista, como expõe Wiecek:

From 1937 to 1942, the Court tore down almost all the doctrinal structure of public law that derived from the premises of legal classicism. What it had taken the Court two generations to construct, it demolished in fewer than five years. The Court finally resolved the conflict between two incompatible lines of precedent by rejecting classical doctrine and validating its antithesis as the correct reading of the Constitution.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> *Adkins v. Children's Hospital*.

<sup>78</sup> TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 79; WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 233.

<sup>79</sup> TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 79.

<sup>80</sup> WHITE, G. Edward. *West Coast Hotel's place in american constitutional history*. *The Yale Law Journal online*, New Haven, 24 set. 2012. p. 69-83. Disponível em: <<http://yalelawjournal.org/2012/09/24/white.html>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

<sup>81</sup> O momento exato seria, para Wiecek, a partir da decisão de *West Coast Hotel*, enquanto, para Tamanaha, ocorreria após *Erie*. Ver WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 233, e TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 81.

<sup>82</sup> Tradução nossa: “De 1937 a 1942, a Corte desmontou toda a estrutura doutrinária do direito público derivada das premissas do classicismo jurídico. O que levou duas gerações para a Corte construir, ela mesmo demoliu, em menos de cinco anos. A Corte, finalmente, resolveu o conflito entre duas linhas incompatíveis de precedentes, através da rejeição da doutrina clássica e

Assim, a exemplo do ocorrido nos países sob a influência do direito continental, o funcionalismo jurídico também encontrou consagração no sistema jurídico norte-americano, configurando uma situação que perdura até o presente momento e que pode ser representada, em conexão com os objetivos dessa tese, pela consagração da corrente jurídica da análise econômica do direito, funcionalista em essência, bem como pela expansão do instituto da responsabilidade civil, uma das peças-chave na utilização do direito privado como instrumento para a realização de finalidades sociais.

A popularização do automóvel e o conseqüente desenvolvimento do transporte viário, que substituiu as ferrovias como principal fonte de acidentes pessoais; a evolução do campo da responsabilidade decorrente da utilização de produtos comercializados no mercado (*products liability*) e de profissionais liberais, como médicos, advogados, contadores, ou de organizações, como hospitais, empresas e sindicatos; o reconhecimento de casos de responsabilização por intoxicação em massa (por exemplo, em decorrência do contato prolongado com amianto)<sup>83</sup> representam hipóteses que são contabilizadas, em rol não exaustivo, como um reflexo da referida expansão no direito americano, motivando Lawrence M. Friedman a constatar: *“One of the most striking developments in the twentieth century was the so-called liability explosion: the vast increase in liability in tort, mostly for personal injuries”*.<sup>84</sup>

O incremento na utilização da responsabilidade civil, decorrente da percepção da utilidade de suas estruturas, como instrumento de engenharia social<sup>85</sup>, como decorrência, no direito norte-americano, das ideias pioneiramente expostas por Pound e aprofundadas pelos realistas, ocasionou, também, nos países sob a influência do sistema romano-germânico, uma rediscussão acerca das “funções” do instituto, que será tratada na seção que segue.

---

validando sua antítese, como a leitura correta da Constituição”. (WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 234).

<sup>83</sup> Ver FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American law*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Touchstone, 2005. p. 518-522. Kindle's Edition.

<sup>84</sup> Tradução nossa: “Um dos mais impressionantes desenvolvimentos no século XX foi a assim denominada explosão da responsabilidade: o vasto incremento na responsabilidade civil, principalmente, por acidentes pessoais”. (FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American law*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Touchstone, 2005. p. 516. Kindle's Edition).

<sup>85</sup> WHITE, G. Edward. *Tort law in America: an intellectual history*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 112. Kindle's Edition.

## 2 O FUNCIONALISMO JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO E AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em nosso direito, o fenômeno de expansão da responsabilidade civil não passou despercebido na doutrina jurídica<sup>86</sup>. Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho<sup>87</sup>, ao ressaltá-lo, atribuem suas causas a dois fatores principais: a Revolução Industrial e seus efeitos no sistema de produção e de circulação de bens e de serviços no mercado, que massificaram o consumo e, com isso, aumentaram as interações com potencial de ocorrências danosas e o ideal de justiça social preponderante nos Estados de Bem-Estar contemporâneos, o que demandaria uma atuação positiva do poder público, na proteção das vítimas de eventos danosos.

A esses fatores, porém, deve ser somada a própria mudança de perspectiva acerca do papel do direito, trazida pelos pioneiros do funcionalismo jurídico, como Jhering, na medida em que só foi possibilitada pela utilização de institutos jurídicos próprios de direito privado, como a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil para o controle dos efeitos da Revolução Industrial e para a implementação dos objetivos dos Estados de Bem-Estar que, hoje, comumente verificamos na prática jurídica.

---

<sup>86</sup> Nesse sentido: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev, e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. p. xxv: "A responsabilidade civil conquistou inegável importância prática e teórica, no Direito moderno. Não é mais possível ignorá-la. Outrora circunscrita ao campo dos interesses privados, hoje, sua seara é das mais férteis, expandindo-se pelo Direito Público e Privado, contratual e extracontratual, aéreo e terrestre, individual e coletivo, social e ambiental, nacional e internacional. Pode-se dizer que seus domínios são ampliados na mesma proporção em que se multiplicam os inventos, as descobertas e outras conquistas da atividade humana". Também, MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*: Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13: Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios, p. 1-2: "Pode-se dizer, sem medo de errar, que os domínios da responsabilidade civil foram ampliados na mesma proporção em que se multiplicaram os inventos e outras conquistas da atividade humana, com o enorme manancial das descobertas científicas e tecnológicas, a começar pelo código genético. Prova disso é a grande produção legislativa, tanto no plano da lei ordinária quanto no constitucional, a vastíssima literatura jurídica editada no mundo sobre o inesgotável tema da responsabilidade civil e a frequência com que a Justiça, em todas as instâncias, é chamada a decidir conflitos de interesses decorrentes de danos provocados por atos ilícitos."; Também, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 22; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 536.

<sup>87</sup> MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13: Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios, p. 4.

Ou seja, para a utilização da tecnologia e das estruturas jurídicas, no intuito de lidar com essas questões (que, todavia, poderiam ser tratadas através de aparato diverso, como por exemplo, um esquema mais amplo de seguridade) tornou-se fundamental a preparação efetivada pelos protofuncionalistas<sup>88</sup>.

Assim, a epistemologia funcionalista possui um papel fundante na discussão acerca das “funções” da responsabilidade civil na atualidade e, portanto, na expansão do instituto.

No Brasil, essa influência pode ser percebida pela importância da principal concepção<sup>89</sup> acerca do papel do direito privado em geral, bem como pelas

---

<sup>88</sup> O reconhecimento da importância dessa referida mudança de perspectiva permite notar que as novidades no campo da responsabilidade civil, muitas vezes, estão menos no fenômeno, em si, do que no tratamento jurídico do fenômeno. Por exemplo, Menezes Direito e Cavalieri Filho afirmam que “[...] a massificação da produção e da distribuição forjou o consumo em grandes quantidades e, por sua vez, gerou o que tem sido chamado de dano em massa, dano coletivo [...]”, o que está longe de ser uma afirmação equivocada, na medida em que ressalta a importância do referido evento histórico no campo da responsabilidade pela produção e circulação de bens de consumo. Porém, danos em massa ou coletivos acompanham a história da humanidade, praticamente, desde os seus primeiros registros, causados, principalmente, pelas grandes epidemias, pelas fomes coletivas e pelas guerras. Assim, a grande novidade não é a ocorrência de eventos danosos em massa, mas, o fato de receberem, com frequência, modernamente, um tratamento jurídico através da responsabilidade civil, dada a existência de um aparato que possibilita esse tratamento.

<sup>89</sup> Concepção essa não exclusivamente doutrinária, como se vislumbra nas ementas que seguem: DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPALMENTE CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, *vigorate a fase histórica da constitucionalização do direito civil*, não é possível, ao STJ, analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer que o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 1.183.378 - RS*. Recorrente: K. R. O. Recorrido: L. P. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012); APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. PARCERIA CIVIL. PARCEIROS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO COMO PARCERIA CIVIL E NÃO UNIÃO ESTÁVEL. CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL COM BASE NO DIREITO COMPARADO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DOS REQUISITOS DE SUA CONFIGURAÇÃO NO CASO DOS AUTOS. COMUNHÃO DE VIDA E PUBLICIDADE QUE NÃO RESTARAM COMPROVADOS. PRECEDENTE. A comunhão pública, duradoura e ininterrupta de vida e afeto e o esforço comum na construção de patrimônio comum entre duas pessoas do mesmo sexo configura Parceria Civil e não União Estável, porquanto a União Estável é figura jurídica tipificada na Constituição Federal e no Código Civil como a união entre um homem e uma mulher. A diferença, portanto, é conceitual e não somente semântica. O reconhecimento judicial da Parceria Civil tem inspiração na *constitucionalização do direito de família* e assim com raízes nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, bem ainda com assentada base no direito comparado, mais especificamente, na esteira da legislação de países como a



abordagens que buscam definir a responsabilidade civil, de acordo com sua “função social”, que passam a ser expostas.

## 2.1 A constitucionalização do direito civil e a função social da responsabilidade civil

O movimento da constitucionalização do direito civil (e do direito privado, como um todo), embora formado por visões não necessariamente sempre coincidentes, possui identidade de tratamento das relações jurídicas privadas sob uma ótica instrumental, na qual as normas e os institutos que compõem o que,

---

Alemanha e a França. Hipótese dos autos em que não se revelam suficientes os documentos juntados e os depoimentos das testemunhas para demonstrar a existência da Parceria Civil entre os litigantes. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n.º 70035386200*. Recorrente: N. S. L. Recorrido: A. J. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 28 de setembro de 2010. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&intervalo\\_movimentacao=0&N1\\_var2=1&id\\_comarca1=700&num\\_processo\\_mask=70035386200&num\\_processo=70035386200&numCNJ=N&id\\_comarca2=700&uf\\_oab=RS&num\\_oab=&N1\\_var2\\_1=1&intervalo\\_movimentacao\\_1=15&N1\\_var=&id\\_comarca3=700&nome\\_parte=&tipo\\_pesq=F&N1\\_var2\\_2=1](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70035386200&num_processo=70035386200&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1)>. Acesso em: 16 fev. 2012); APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. LEGALIDADE. 1 - Não há cerceamento de defesa, no caso, especialmente, porque a prova é direcionada ao magistrado, a quem cabe a apreciação da necessidade - ou não da prova. Comprovação dos fatos com a juntada de documentação suficiente. 2 - Com a *constitucionalização do Direito Civil*, o contrato passou a ter face pública onde deve haver solidariedade, cooperação entre os contratantes e destes, em relação a terceiros, como dos terceiros, em relação aos contratantes. Da natureza do contrato de distribuição, a obrigação do distribuidor de revender, com exclusividade e por conta própria, o produto objeto do pacto, tendo, o referido contrato, na sua essência, a exclusividade de venda e de adesão do distribuidor. Notificação da apelante à Celular CRT a fim de se desonerar da sua obrigação e comunicar o não cumprimento da cláusula de exclusividade, tendo em vista o entendimento de ilegalidade da cláusula e a notificação da TELET. Discussão entre a prestadora de serviços e a empresa varejista, sendo que esta, quando conveniente, cumpriu o contrato, deixando de adimpli-lo, em face da possibilidade de maior lucro econômico. Caberia ter buscado, se não estava satisfeita com as cláusulas contratadas, solução junto à apelada, e não simplesmente ter deixado de cumprir o avençado porque passou a considerar ilegal a exclusividade anteriormente aceita. A chancela do descumprimento injustificado do contrato, por uma das partes, implicaria em contrariar a função da troca justa e útil do contrato que, descumprido, resulta na quebra da finalidade da liberdade de contratual. Infração de cláusula contratual, independentemente de anterior notificação, que não tem o condão de isentar ou aprovar atitude unilateral da apelante. Da própria essência do contrato firmado e da realidade dos fatos, não se pode afirmar que foi ferido o princípio da livre concorrência. O fato de surgirem outras operadoras de telefones celulares não fere o livre comércio, já que a recorrente, ao descumprir a cláusula, visava o lucro próprio, com a venda de outras marcas de celulares, ausente a pretensão de proteção do interesse público do consumidor, como sustenta. PRELIMINAR AFASTADA E APELO IMPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n.º 70011494770*. Recorrente: Lojas Volpato Ltda. Recorrido: Celular CRT S/A. Relatora: Desa. Helena Ruppenthal Cunha. Porto Alegre, 13 de julho de 2005. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70011494770&num\\_processo=70011494770&codEmenta=1133441&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70011494770&num_processo=70011494770&codEmenta=1133441&temIntTeor=true)>. Acesso em: 16 fev. 2012.). Grifo nosso.

tradicionalmente, é classificado como direito privado, devem ser compreendidas e aplicadas na medida em que cumprem com uma *função*: a realização de normas e de valores expressos na Constituição Federal, como: a dignidade da pessoa humana<sup>90</sup> e a solidariedade social<sup>91</sup>.

Como tais valores não são endógenos ao sistema de direito privado (como seria, no caso do formalismo clássico) ou dedutíveis do próprio caráter da relação jurídica privada (como no neoformalismo de Weinrib<sup>92</sup>), mostra-se apropriado apresentar o movimento como funcionalista, no sentido da aplicação e da justificação das normas, tendo em vista determinadas finalidades, cuja raiz não se encontra no próprio direito privado.

Nesses termos, o movimento é definido por Gustavo Tepedino:

Com a Constituição de 1988, síntese do pluralismo social e cultural que define a sociedade brasileira contemporânea, consagra-se uma nova tábua axiológica, alterando o fundamento de validade de institutos tradicionais do direito civil. A dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade substancial tornam-se fundamentos da República, ao mesmo tempo em que os valores inerentes à pessoa humana e um expressivo conjunto de direitos sociais são elevados ao vértice do ordenamento. A partir de então, todas as relações de direito civil, antes circunscritas à esfera privada, hão de ser revisitadas, *funcionalizadas* aos valores definidos pelo texto maior.<sup>93</sup>

A funcionalização, assim empreendida, deve se guiar pelo conteúdo axiológico apontado pelos intérpretes, a partir da Constituição Federal, mormente recaindo sobre as normas que possibilitam a efetivação mais extensiva de uma concepção igualitarista de justiça, tais como a já mencionada solidariedade social, a igualdade dita “material” e a justiça social, em um movimento que visa à adoção

<sup>90</sup> Art. 1º, III. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

<sup>91</sup> Art. 3º, I. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

<sup>92</sup> Ver sobretudo WEINRIB, Ernest J. *The idea of private law*. Cambridge: Harvard University 1995.

<sup>93</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Em “Apresentação” à obra. Grifo nosso. Ver também NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 56, onde se lê: “a adoção da perspectiva civil-constitucional impõe ao intérprete a tarefa de reordenar valorativamente o direito civil, preenchendo as formas conceituais e as categorias lógicas desta área do Direito com o conteúdo axiológico estampado na Constituição”.

de um novo “paradigma solidarista”<sup>94</sup>, no espírito traduzido por Maria Celina Bodin de Moraes:

O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.<sup>95</sup>

A responsabilidade civil não ficou imune aos desenvolvimentos da dogmática funcionalista de matriz constitucional-social. De fato, vários são os trabalhos que evidenciam a possibilidade de utilização do instituto na concretização dos direitos fundamentais, de acordo com o programa de pesquisa da constitucionalização do direito civil. Dentre estes, destacam-se os esforços para atribuir à responsabilidade civil uma “função social”<sup>96</sup>, na esteira do tratamento já efetivado em relação à propriedade<sup>97</sup>, às sociedades empresárias<sup>98</sup> e ao contrato<sup>99</sup>, em nossa legislação.

Sob o prisma da função social, busca-se a fundamentação do instituto na cláusula constitucional da solidariedade social, de forma a tentar assegurar, na maior medida possível, a indenizabilidade de danos injustos, com base, por exemplo, em um progressivo afastamento da culpa como fator de imputação, mediante sua substituição por critérios mais objetivos, como os propostos pelas teorias do risco.

<sup>94</sup> TIMM, Luciano Benetti. “As origens do contrato no novo código civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual”. In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57-66.

<sup>95</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 140.

<sup>96</sup> Ver FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 111-156. Sobretudo a partir da p. 153.

<sup>97</sup> Art. 5º, XXIII. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012 e Art. 1.228, §1º. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

<sup>98</sup> Arts. 116 e 154. BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404/consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404/consol.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

<sup>99</sup> Arts. 421 e 2.035, parágrafo único. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

Nesse caso, a responsabilidade objetiva, por dispensar um requisito exigente, como a prova da culpa, e, assim, possibilitar o acesso de um volume maior de vítimas de eventos danosos à devida reparação, apresentar-se-ia mais consentâneo à efetivação do ideal de sociedade justa e solidária, exigível segundo a hermenêutica civil-constitucional<sup>100</sup> e de acordo com o novo “modelo solidarista”, professado por vários de seus expoentes<sup>101</sup>.

Não obstante, em se tratando da função social da responsabilidade civil, de forma geral, na atualidade, a discussão acerca de suas possíveis funções específicas vem sendo efetivada já há bastante tempo, pelo menos, a contar do declínio do formalismo clássico, no espírito da redefinição do direito privado empreendido pelas concepções funcionalistas.

Tal discussão teve seu ponto de partida com o reconhecimento de que a função eleita pelo formalismo clássico como a primordial - qual seja, a função reparatória - poderia não ser, ou quiçá, sequer deveria ser, a única atribuível ao instituto na medida em que passe a ser avaliado sob o ângulo da melhoria da vida em sociedade.

Logo, a responsabilidade civil deve ser chamada a desempenhar outras funcionalidades, como desestimular o comportamento socialmente danoso, através das noções de punição, de dissuasão ou de exemplaridade,

---

<sup>100</sup> Assim: “Se o Direito, muitas vezes, sente-se incapaz para evitar e neutralizar os riscos, se os danos são inevitáveis, frutos inseparáveis da convivência social e do desenvolvimento tecnológico, ao menos deve buscar formas de fornecer segurança jurídica, no sentido de que todo o dano injusto (entendendo-se por dano injusto todo aquele para o qual a vítima não deu causa) deve ser, na maior medida possível, reparado. A responsabilidade civil também tem uma função a cumprir a esse respeito. Para tanto, é necessário que se desembarace da imprescindibilidade da noção da culpa, adotando critérios objetivos de responsabilização civil, pois sua função não é a de punir o ofensor (para o que seria exigível a culpa), mas sim procurar garantir o ressarcimento da vítima. Daí o desenvolvimento de uma teoria geral de responsabilidade objetiva, com base em critérios de risco-criado, risco-proveito, idéia (sic) de garantia, risco-profissional, etc.. Afinal, se o agente não agiu com culpa, a vítima muitas vezes também não. A solidariedade social, nesta hipótese, parece impor que quem causou o dano suporte as suas conseqüências (sic)”. (FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 154).

<sup>101</sup> “A objetivização da responsabilização, neste ponto, nada mais é do que um aspecto de um processo maior de releitura do direito civil, em virtude da incidência dos princípios constitucionais. Ela traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do *Code Napoléon* e do Código de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado. Trata-se, assim, de vincular diretamente a responsabilidade civil aos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da solidariedade”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilização civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 250, jul./dez 2006.

implementadas, principalmente, através do arbitramento do *quantum indenizatório*.

Assim, faz-se necessário um mapeamento dessas possíveis funções, como também, de suas inter-relações e âmbitos de aplicação, para o objetivo de avaliar as possibilidades de aplicação da função dissuasória, dentro de uma teoria que leve em conta os incentivos econômicos a que estão sujeitos os agentes.

## 2.2 As funções específicas da responsabilidade civil

Para ressaltar as diversas funções que vem sendo assinaladas à responsabilidade civil, faz-se necessária uma relação (ainda que sem pretensão exauriente) das mais comumente referidas em nível doutrinário e jurisprudencial, o que se passa a fazer.

### 2.2.1 Função reparatória

A função reparatória<sup>102</sup> ocupa um lugar de destaque dentre as demais possíveis, dado, principalmente, à separação mais nítida entre responsabilidade penal e civil formatada ao longo do século XIX<sup>103</sup> e que acabou a colocando em posição de primazia, ainda que, em nossa experiência jurídica, a separação não tenha sido observada, de forma absoluta<sup>104</sup>.

A centralidade dessa função, ainda, pode ser percebida pelo fato de ocupar um lugar de destaque no sistema de indenização do atual Código Civil, cuja principal norma a reger a matéria, o art. 944, *caput*, afirma que “a indenização

---

<sup>102</sup> Existe uma grande diversidade terminológica na doutrina a respeito de tal função, ora aparecendo como “compensatória”, ora como “satisfatória”, ou mesmo “indenizatória”. Acompanhei, na eleição da expressão “função reparatória”, a posição de Fernando Noronha: “A função reparatória também pode ser designada de *função indenizatória*, ou *ressarcitória*, e até de *compensatória*. Se usamos a expressão “função reparatória”, é apenas porque parece mais adequada do que as outras, por ser mais ampla, como se esclarece em anotação”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 436).

<sup>103</sup> PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 17-36, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9666>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>104</sup> O art. 1.538 e o parágrafo único do art. 1.547 do Código Civil de 1916, que estabeleciam um critério de correspondência com a multa criminal que se aplicasse à conduta danosa para a indenização civil, é um exemplo do afirmado.

mede-se pela extensão do dano”, consagrando justamente o princípio que traduz a ideia de reparação integral na responsabilidade civil<sup>105</sup>.

Assim, com a medida da reparação sendo o próprio dano causado, firma-se o objetivo de *tornar indene* o lesado<sup>106</sup>, ou melhor, tentar, na medida do possível, através de uma soma em pecúnia ou pela reposição *in natura*, colocá-lo em uma situação o mais aproximada<sup>107</sup> possível ao estado (ora hipotético) de inexistência do evento danoso.

A reparação integral encontra seu fundamento na ideia aristotélica de justiça corretiva<sup>108</sup>, uma das manifestações da virtude da justiça. Para Aristóteles, a noção de justiça denota duas acepções: uma geral, em que a busca do que é justo é centrada no critério normativo (“lei”) da comunidade política e outra, particular, em que o padrão de aferição é a necessidade de observar uma igualdade na relação<sup>109</sup>.

A igualdade, por sua vez, também possui dois sentidos: um geométrico ou proporcional<sup>110</sup>, em que a atribuição de bens ou de encargos na comunidade deve levar em conta uma qualidade pessoal do destinatário, determinante da quantidade e da proporção corretas dos bens ou dos encargos a serem distribuídos (justiça distributiva)<sup>111</sup>; outro, em que prepondera a noção de

<sup>105</sup> Assim considera Genevieve Viney: “On ne saurait donc s’étonner de la place éminente qu’y occupe le principe dit “de la réparation intégrale” qu’il vaudrait mieux désigner comme celui de “l’équivalence entre dommages et réparation”. (VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 2<sup>e</sup> ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995. p. 80). Na literatura brasileira, ver SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, que, à p. 50, identifica o art. 944, *caput*, como a posituação do princípio da reparação integral.

<sup>106</sup> MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*: Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13: Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios. p. 331-332.

<sup>107</sup> Como diz Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: “Naturalmente, essa tentativa de recolocação da vítima no estado em que se encontrava antes do ato danoso é uma ficção”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48).

<sup>108</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

<sup>109</sup> Ver: BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 50, abr./jul. 2003; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28-51; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 51-57.

<sup>110</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 50, p. 21, abr./jul. 2003.

<sup>111</sup> Rafael de Freitas Valle Dresch assim esclarece a conexão entre essa forma de justiça e a noção de igualdade: “O justo meio aristotélico é definido pela avaliação sobre méritos e necessidades, que irá refletir diretamente no modo de repartição. A avaliação dos méritos está, ainda,

igualdade aritmética ou absoluta<sup>112</sup>, na qual não são consideradas características particulares ligadas às pessoas envolvidas na relação; apenas, atenta-se para o fato de que houve uma alteração da igualdade existente, em uma dada interação entre particulares, que deve ser corrigida sob pena de uma das partes ficar com uma fração menor do que lhe é devido (justiça corretiva)<sup>113</sup>.

Assim, para Aristóteles, deve ser avaliado “se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça, e se uma infligiu e a outra sofreu um dano”<sup>114</sup>, para que a igualdade possa ser restaurada mediante uma medida corretiva, de forma a restabelecer a justiça na relação, pois “[o] justo [...] consiste em ter um quinhão igual antes e depois da ação”<sup>115</sup>.

Importa ressaltar que Aristóteles, inicialmente, exemplifica a ideia de justiça corretiva com uma situação na qual a perda sofrida por uma das partes corresponde a um ganho, observado pela outra<sup>116</sup>. Porém, o filósofo, logo após, explicita que essa

---

diretamente vinculada aos bens e para que servem, segundo conceitos compartilhados pelo grupo no qual se realiza a distribuição. Qualquer distribuição, portanto, depende de uma dupla avaliação: uma avaliação dos méritos ou necessidades dos sujeitos passivos da distribuição e uma avaliação da utilidade dos bens a serem distribuídos. A informação, tanto sobre as características dos sujeitos passivos, quanto sobre os bens e encargos, é de essencial importância para que se defina o justo numa distribuição, pois, só através do conhecimento da qualidade dos sujeitos e da utilidade dos bens, poder-se-á estabelecer a correspondência entre esses dois fatores (qualidade e utilidade) e assim definir o justo meio e a configuração da igualdade na repartição”. (DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45-46).

<sup>112</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 50, p. 21, abr./jul. 2003.

<sup>113</sup> “Quando da aplicação da análise da justiça corretiva, é necessário que se apresente uma relação entre indivíduos na qual um deles atue tomando mais dos bens do que lhe cabe, e, nessa senda, ganhando indevidamente e acarretando que o outro perca indevidamente. Nessa situação, a justiça corretiva determina uma correção de maneira a restabelecer a igualdade perdida”. (DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48).

<sup>114</sup> ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 97.

<sup>115</sup> ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 99.

<sup>116</sup> Assim: “[...]; as coisas se passam como se houvesse uma linha dividida em dois segmentos desiguais, e o juiz subtraísse a parte que faz com que o segmento maior exceda a metade, e a acrescentasse ao segmento menor. Quando o todo houver sido afinal dividido igualmente, então as partes litigantes dirão que têm aquilo que lhes pertence – isto é, quando elas houverem obtido o que é igual. O igual é o meio termo entre a linha maior e a menor de acordo com a proporção aritmética. Esta é a origem da palavra *dikaion* (= justo); ela quer dizer *dikha* (= dividida ao meio), como se se devesse entender esta última palavra no sentido de *dikaion*; e um *dikastés* (= juiz), é aquele que divide ao meio (*dikhastés*). Com efeito, quando algo é subtraído de um entre dois segmentos iguais e acrescentado ao outro, este outro excede o primeiro em duas vezes a parte subtraída, já que se o que foi subtraído de um segmento não fosse acrescentado ao outro, o último excederia o primeiro somente em uma vez. Portanto, o último excederá o meio termo somente em uma parte, e o meio termo excederá o primeiro, do qual a parte foi subtraída,

correspondência não é essencial à correção<sup>117</sup>, uma vez que os termos “ganho” e “perda” são utilizados de forma figurativa<sup>118</sup>, incluindo-se, portanto, no âmbito da justiça corretiva, o tratamento de casos através do mecanismo reparatório da responsabilidade civil, em que a diminuição patrimonial de uma das partes pode não corresponder a algum incremento da outra<sup>119</sup>.

A conexão entre a função reparatória e a justiça corretiva aristotélica dá-se na medida em que a distinção entre as formas da justiça particular (distribuição e correção) ilumina o critério a ser levado em conta no momento de se formatar a resposta jurídica adequada à situação lesiva: as características pessoais das partes (justiça distributiva) ou a perda a ser revertida (justiça corretiva), *abstraídas as particularidades relativas às pessoas*.

Na função reparatória, a exemplo do restabelecimento da igualdade na justiça corretiva, o elemento relevante é a extensão do dano (perda) e não o grau de culpa do ofensor (condição pessoal). A redação original da norma que, hoje, vem a ser o art. 944, *caput*, tornava essa preponderância explícita: “[a] indenização não se mede pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano”<sup>120</sup>. A restauração da igualdade, em termos absolutos, depende, assim, apenas do desfazimento da perda, que demanda a exclusividade das atenções.

---

somente em uma parte. Esta demonstração nos leva então a ver aquilo que devemos subtrair da parte que tem mais, e aquilo que devemos acrescentar à parte que tem menos; devemos acrescentar à última a extensão pela qual o meio termo a excede, e subtrair do segmento maior a extensão pela qual ele excede o meio termo”. (ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 98).

<sup>117</sup> Diz Aristóteles: “o termo “ganho” se aplica geralmente a tais casos, ainda que ele não seja um termo apropriado em certos casos – por exemplo, no caso da pessoa que fere – e “perda” se aplica à vítima; de qualquer forma, uma vez estimado o dano, um resultado é chamado “perda” e o outro é chamado “ganho”. (ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 97).

<sup>118</sup> Diz Richard W. Wright: “Aristotle himself indicates that his analogy to arithmetical proportion and its underlying assumption of an unjust gain equal to the unjust loss should be read only as a metaphorical heuristic device”. (WRIGHT, Richard W. *The principles of justice*. *Notre Dame Law Review*, [S.l.], v. 75, p. 25, Aug. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=246931>> Acesso em: 11 fev. 2013).

<sup>119</sup> Assim Luis Fernando Barzotto define a justiça corretiva: “É “aquela que exerce uma função corretiva nas relações entre os indivíduos. “Ela visa o (sic) restabelecimento do equilíbrio nas relações privadas, voluntárias (contratos) e involuntárias (ilícitos civis e penais). A igualdade buscada é a igualdade absoluta, expressa na equivalência entre o dano e a indenização. O sujeito deste restabelecimento da igualdade é o juiz: “Segue-se da ação cumprida por um e sofrida por outro, uma divisão desigual. O juiz tenta restabelecer a igualdade, concedendo algo à vítima (aquele que perdeu algo), e tirando alguma coisa do agressor (aquele que ganhou algo)”. (BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 50, p. 21, abr./jul. 2003).

<sup>120</sup> Art. 1.003 do Anteprojeto de Código Civil, cuja redação, segundo Sanseverino, seria da lavra de Agostinho Alvim. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50).



A primazia da função reparatória, como concretização da justiça corretiva aristotélica, implica em uma série de consequências para a formatação da responsabilidade civil, além do requerimento de repor a vítima no estado em que estaria, caso não tivesse ocorrido o dano (dentro do factível). Sanseverino, que denomina tal exigência como “função compensatória” do princípio da reparação integral<sup>121</sup>, aponta, ainda, outras duas decorrências do reconhecimento da extensão do dano como medida da indenização: a existência de uma função “indenitária”<sup>122</sup> e de outra, “concretizadora”<sup>123</sup>.

Quanto à exigência de concretização dos prejuízos sofridos pela vítima, sua efetivação resta ao cargo do magistrado, que, de posse do conjunto de informações que a ele se tornam acessíveis, através do curso da ação, deve reunir os elementos necessários para a avaliação *in concreto* do valor indenizatório que possibilite uma aproximação ao estado ideal de inexistência de dano - razão pela qual os sistemas de quantificação *in abstracto*, como o de tarifação da indenização *ex ante*, através de comando legal, estariam, em princípio, excluídos de nossa pauta<sup>124</sup>.

Em nossa jurisprudência, é possível perceber essa exclusão em duas situações: no conjunto de decisões, emanadas do Superior Tribunal de Justiça, que afastam a tarifação da indenização por dano patrimonial, em decorrência de extravio de bagagem expressa no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86) e na Convenção de Varsóvia (recepcionada, em nosso ordenamento, pelo Decreto n. 20.704/31, com as alterações do Decreto 58.463/65), por conflitar com a reparação integral, prevista no art. 51, I, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)<sup>125</sup> e, no reiterado afastamento, por parte do STJ e do Supremo

---

<sup>121</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58-59.

<sup>122</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50-76.

<sup>123</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76-77.

<sup>124</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

<sup>125</sup> A exemplificar a jurisprudência do STJ nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXTRAVIO DE BAGAGEM EM VIAGEM INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REVISÃO DOS DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. 1. O Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a tarifação por extravio de bagagem prevista na Convenção de Varsóvia não prevalece, podendo a indenização ser estabelecida em valor maior ou menor, consoante a apreciação do

Tribunal Federal, do sistema tarifado instituído pela Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) para o dano decorrente do exercício da atividade de imprensa, também, por atritar com a necessária concretização da indenização, de forma a refletir a total extensão do dano<sup>126</sup>.

Já a chamada função indenitária apontaria para a consideração de que, ao ser tomada como referência a extensão do dano, a indenização também acaba observando um limite máximo; assim, os prejuízos sofridos “constituem não apenas piso, mas também teto indenizatório”<sup>127</sup>, para que uma extensão da quantificação

---

magistrado no tocante aos fatos acontecidos (cf. AgRg no REsp 1.101.131/SP, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1.101.131 - SP*. Recorrente: DHL Logistics Brazil Ltda. Recorrido: Itaú Seguros S/A. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 05 de Abril de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1049536&sReg=200802409757&sData=20110427&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1049536&sReg=200802409757&sData=20110427&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012; AgRg no Ag 1.230.663/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 3/9/2010, e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1.035.077 - SP*. Recorrente: American Airlines Inc. Recorrido: Bradesco Seguros S/A. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 22 de Junho de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=984509&sReg=200800741420&sData=201100701&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=984509&sReg=200800741420&sData=201100701&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012). 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, para a fixação de indenização por danos morais são levadas em consideração as peculiaridades da causa, de modo que eventuais disparidades do valor fixado, sem maior relevância, não autorizam a intervenção deste Tribunal, como na espécie, em que o valor foi arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1.389.642 - RJ*. Recorrente: Delta Air Lines Inc. Recorrido: Ariane Sprey Gerbauld. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 15 de setembro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1089311&sReg=201100302370&sData=20110920&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1089311&sReg=201100302370&sData=20110920&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012). No STF, a matéria foi reconhecida como de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 636.331, Relator Ministro Gilmar Mendes, inobstante exista decisão reconhecendo o afastamento da referida tarifação: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. (RE 351750, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-181 Divulg 24-09-2009 Public 25-09-2009 Ement vol-02375-03 PP-01081 RJSP v. 57, n. 384, 2009, p. 137-143).

<sup>126</sup> No STJ, após várias decisões nesse sentido, a matéria foi objeto da Súmula 281, que tem por enunciado “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. Já no STF o definitivo tratamento da matéria deu-se por ocasião do julgamento da ADPF 130/DF, pelo qual a Lei de Imprensa, em sua integralidade (e portanto, também as normas que previas o tarifamento), foi considerada não recepcionada pelo ordenamento constitucional instituído pela Constituição Federal de 1988. Ver: ADPF 130, Relator(a): Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 Divulg 05-11-2009 Public 06-11-2009 Ement vol-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213- PP-00020.

<sup>127</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59. Nesse sentido, também diz Pontes de Miranda: “Ao

para além de tal limite não importe em enriquecimento do lesado, ensejando, com isso, uma inter-relação de dois princípios obrigacionais de grande relevo, quais sejam, o da reparação integral e o da vedação ao enriquecimento sem causa<sup>128</sup>.

Do reconhecimento da atuação limitadora da função reparatória decorreria a necessidade de compensação de eventuais vantagens econômicas, observadas pela vítima com a indenização a ser paga pelo agente responsável - situação conhecida sob a denominação “*compensatio lucri cum damno*”, desde que haja identidade de causa entre ganhos e perdas a serem compensados (ou seja, o mesmo ato ilícito)<sup>129</sup>. Tal compensação deve ser operada justamente pela exigência de que a indenização venha a colocar aquele que sofreu o dano em uma situação similar, e não superior à que observaria, no caso de inexistência do evento.

Da mesma forma, a necessidade de observância da função indenitária acabaria colocando em questão a adoção da chamada indenização com caráter punitivo, uma vez que implicaria, em princípio, na atribuição, para a vítima, de

---

*princípio da indenizabilidade de todo o dano* junta-se o *princípio de limitação da reparação ao dano sofrido*. Se esse princípio não existisse, o ofendido estaria satisfeito com a indenização e, injustamente, enriquecido com o valor a mais”. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 26, p. 43).

<sup>128</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60. O mesmo autor, à p. 62, assim caracteriza essa inter-relação, entre os princípios em tela: “A função indenitária do princípio da reparação integral é uma forma de atuação intrassistêmica da cláusula geral de vedação de enriquecimento sem causa, pois busca evitar que, mediante o pagamento de uma indenização superior à extensão efetiva dos danos, ocorra uma atribuição patrimonial indevida ao lesado”. Sobre o enriquecimento sem causa como princípio, ver NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 166-172 e p. 186-193; e MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Direito restitutivo*: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 176-179.

<sup>129</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63-68. Um exemplo da situação supracitada pode ser observado em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO ENTRE VEÍCULOS. CARACTERIZADA CULPA EXCLUSIVA DO PREPOSTO DA EMPRESA RÉ. DANOS MATERIAIS DEVIDAMENTE COMPROVADOS. ABATIMENTO DO MONTANTE ATINENTE A VENDA DA SUCATA MANTIDO SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. DANO MORAL CONFIGURADO. VERBA HONORÁRIA MAJORADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO CARACTERIZADA. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n.º 70037437282*. Recorrente: Casa Bahia Comercial Ltda. Recorrido: Ubirajara Naja Ribeiro. Relatora: Desa. Katia Elenise Oliveira Da Silva. Porto Alegre, 18 de Agosto de 2010. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal\\_de\\_Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&intervalo\\_movimentacao=0&N1\\_var2=1&id\\_comarca1=700&num\\_processo\\_mask=70037437282&num\\_processo=70037437282&numCNJ=N&id\\_comarca2=700&uf\\_oab=RS&num\\_oab=&N1\\_var2\\_1=1&intervalo\\_movimentacao\\_1=15&N1\\_var=&id\\_comarca3=700&nome\\_parte=&tipo\\_pesq=F&N1\\_var2\\_2=1](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal_de_Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70037437282&num_processo=70037437282&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1)>. Acesso em: 16 fev. 2012).

uma quantia superior à porventura correspondente aos estritos limites do dano, a título de punição ao autor da ilicitude<sup>130</sup>.

A gravidade da objeção à adoção de medidas de natureza punitiva, através da responsabilidade civil, deverá ser tratada, posteriormente, nessa tese, em seção específica acerca da chamada “função punitiva” da responsabilidade civil.

Por ora, incumbe adiantar que, embora o argumento proposto efetivamente imponha sério obstáculo à aceitação de institutos, como o da pena privada ou dos *punitive damages* em nosso sistema<sup>131</sup>, não obstante, a prática jurídica já consagrou plenamente a incorporação de parcelas indenizatórias com caráter sancionador, no que diz respeito à composição dos danos de natureza extrapatrimonial, tornando-os parte comum da prática forense<sup>132</sup>.

Por fim, a reparação do dano, orientada pelo princípio da reparação integral, teria ainda uma função responsável não apenas pela identificação, mas também, pela integração de todas as verbas autônomas que comporiam o *quantum* indenizatório.

Sendo o objetivo a plena reparação dos danos suportados pela vítima, há de se identificar os prejuízos em sua totalidade, o que implica uma tarefa de compilação de todas as possíveis parcelas indenizáveis que possam compor a indenização<sup>133</sup>. Trata-se do caso da cumulação entre as verbas decorrentes de dano moral e de dano estético, cuja possibilidade, pelo reconhecimento de que atendem a objetos distintos, restou pacificada na jurisprudência do STJ, através da edição de sua Súmula nº 387<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> Para Sanseverino, a consagração do princípio da reparação integral, no direito brasileiro, afastaria a adoção do caráter punitivo (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68. Yvonne Lambert-Faivre sustenta a mesma posição em relação ao direito francês. (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 1, p. 18, janv./mars. 1998).

<sup>131</sup> O tratamento pioneiro da responsabilidade civil como pena privada é de STARCK, B. *Essai d'une théorie générale de La responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein Librairie, 1947. E sobre as diferenças entre as noções de pena privada e de *punitive damages*, ver MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista do CEJ*, n. 28, jan-mar 2005, p. 15-32. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2007.

<sup>132</sup> Com a referida colocação, não estou a afirmar que a prática jurídica reiterada não deva ser objeto de reflexão crítica, mas, apenas a ressaltar que a adoção de indenizações com caráter punitivo (ou que, pelo menos, se enunciem dessa forma) são um dado de realidade, em nosso sistema.

<sup>133</sup> Sobre a obrigação de indenizar como uma totalidade, ver SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 264-284.

<sup>134</sup> Cujo enunciado diz: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Ressalte-se, ademais, não ter passado despercebido o conteúdo ético da função reparatória, salientado por autores como Yvonne Lambert-Faivre<sup>135</sup> e Maria Celina Bodin de Moraes<sup>136</sup>, no sentido de que a reparação integral apresenta-se como critério que acentua o respeito à dignidade da vítima, pelo reconhecimento de sua singularidade e sua integridade, o que ocorre, por exemplo, mediante o já mencionado afastamento de critérios fixados *ex ante* (como no caso da tarificação legal).

À função reparatória, como visto, assegura-se um protagonismo, no que tange ao papel que deve desempenhar a responsabilidade civil (predominantemente reparadora), em nosso ordenamento. Protagonismo, entretanto, não implica exclusividade e, de fato, tal função convive com outras, não pouco relevantes, no que diz respeito à teleologia do instituto.

### 2.2.2 Função satisfativa

Admite-se, também, frequentemente, a existência de um caráter satisfativo na reparação do dano extrapatrimonial, com base, principalmente, no argumento de que descabe se falar em reparação dessa espécie de dano, uma vez que tratar de recomposição do estado anterior à ocorrência do evento danoso, nessa hipótese, seria algo inapropriado<sup>137</sup>.

Dessa forma, a orientação de que a indenização do dano extrapatrimonial - ou moral - teria o papel de proporcionar, à vítima, uma espécie de satisfação que, se não tem o condão de reparar perfeitamente o prejuízo causado, ao menos, poderia ocasionar um incremento subjetivo, de forma a contrabalançar o sofrimento percebido, consagrado, na jurisprudência de nossos tribunais, com especial destaque para o Superior Tribunal de Justiça<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 1, p. 14-16, janv./mars. 1998.

<sup>136</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 310-311.

<sup>137</sup> Assim refere Lambert-Faivre: "L'atteinte aux droits extrapatrimoniaux, à l'honneur, à l'image, et plus encore l'atteinte à l'intégrité physique de la personne constituent des préjudices personnels, extrapatrimoniaux absolument étrangers à toute mercuriale. Quelle est la valeur monétaire d'une amputation, d'une paralysie, d'une cécité, d'une souffrance? Ici l'argent ne 'répare' rien; cependant il permet de conférer à la victime une précieuse indemnisation satisfaisante". (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 1, p. 15, janv./mars. 1998).

<sup>138</sup> Como se demonstra pelas ementas a seguir, representativas da fase inicial de reconhecimento dessa função na indenização do dano moral, perante o STJ: "INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS.

O argumento tem o mérito de focar um aspecto de grande relevância, no tratamento desse tipo de dano: o fato de que sua ocorrência ocasiona uma diminuição que não pode ser objeto de reparação *in natura* ou via sistema de preços de mercado, como ocorre, normalmente, com os danos de natureza patrimonial, mas, apenas por uma tentativa de influir mais positivamente sobre o nível de bem-estar de quem o sofreu, no terreno da subjetividade.

Todavia, essa ênfase não deve turvar a visão dos pontos de contato que a indenização dessa espécie de dano possui, com a função reparatória propriamente dita<sup>139</sup>, bem como com o próprio princípio da reparação integral. Evidentemente, aqui não se cogita reparação perfeita, ou mesmo reparação no sentido literal, hipótese que, ademais, rigorosamente, também, não ocorre no tratamento dos próprios danos patrimoniais<sup>140</sup>.

Na realidade, a promoção de um aumento no nível de satisfação da vítima não prescinde de uma lógica reparatória, fundada na justiça corretiva; pelo contrário, a presume, já que o que se busca reparar, através de uma indenização compensatória.

Esse caso corresponde ao que Weinrib chama de “perda normativa”<sup>141</sup>, ou a que Richard W. Wright define como “igual liberdade negativa” das partes<sup>142</sup>, em

---

DESTRUIÇÃO DE OBRA DE ARTE PERTENCENTE AO PATRIMONIO PUBLICO. ATO ILICITO. DIREITO DO AUTOR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. VOTO VENCIDO. - SÃO INVIOLEIS A HONRA E A IMAGEM DAS PESSOAS, ASSEGURADO O DIREITO A INDENIZAÇÃO PELO DANO MATERIAL OU MORAL CONSEQUENTE A SUA VIOLAÇÃO. - NÃO SE PAGA A DOR, TENDO A PRESTAÇÃO PECUNIARIA FUNÇÃO MERAMENTE SATISFATÓRIA. - ASSIM COMO O DETRIMENTO DE BENS MATERIAIS OCASIONA PREJUÍZO PATRIMONIAL, "A AGRESSÃO AOS BENS IMATERIAIS CONFIGURA PREJUÍZO MORAL". - UMA VEZ INCONTROVERSA A EXISTENCIA DO DANO E ADMITIDA A SUA RESPONSABILIDADE, DECORRE DAI SER O MESMO INDENIZAVEL, NÃO PELO SIMPLES DECURSO DO TEMPO OU PELO DESGASTE NATURAL, MAS JUSTAMENTE PELA COMPROVADA DESTRUIÇÃO DA OBRA DE ARTE, QUE E A PROJEÇÃO DA PERSONALIDADE DO AUTOR". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 37.374 - MG*. Recorrente: Yara Tupynambá. Recorrido: Município de Belo Horizonte. Relator: Min. Hélio Mosimann. Brasília, 28 de Setembro de 1994. p. 28737. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199300213156&dt\\_publicacao=24-10-1994&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199300213156&dt_publicacao=24-10-1994&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 16 fev. 2012.).

<sup>139</sup> Na realidade, esses pontos de contato são comuns entre as funções a serem examinadas. Por exemplo, a função reparatória, por si, pode exercer também um papel dissuasório, na medida em que o causador do dano, obrigado a internalizar a totalidade do prejuízo, pode, por isso, ser levado a evitar incorrer na mesma conduta no futuro.

<sup>140</sup> Mesmo em casos de reparação *in natura*, a vítima não é colocada *exatamente* no mesmo estado que estava, antes, da ocorrência do dano. Nesse sentido, diz Luiz Díez-Picazo y Ponce de León: “Aunque existe la idea difusa, sin duda optimista, de que indemnizar un daño es hacerlo desaparecer del mundo, este pensamiento no pasa de ser uma cabal ilusión. Cuando se destruyen vidas humanas o bienes materiales, la indemnización no borra la destrucción”. (LEÓN, Luis Díez-Picazo y Ponce de. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 2000. p. 41-42).

<sup>141</sup> “That the gains and losses of corrective justice are normative is evident from the equality that constitutes their baseline. This equality is not itself factual [...]. Rather, equality is a formal

concepções que se fundam no fato de que a reparação do dano significa a redefinição de uma relação de igualdade de direitos (ou de igual dignidade<sup>143</sup>), que acabou afetada pelo ato ilícito.

Assim, a indenização do dano extrapatrimonial, visando à satisfação da vítima, procura recolocá-la em um *status* de igual consideração perante o direito, compatível com a lógica da justiça corretiva aristotélica<sup>144</sup>.

### 2.2.3 Função demarcatória

A responsabilidade civil também pode ser vista como um instrumento para a demarcação do momento em que uma conduta passe a representar não mais uma atuação juridicamente protegida da liberdade na vida em sociedade, mas, antes, como socialmente danosa e assim apta a ensejar a atribuição da obrigação de indenizar<sup>145</sup>, exercendo, assim, um papel informativo.

Sobre a função demarcatória, diz Luis Díez-Picazo y Ponce de León:

Se trata de establecer una delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y aquellos otros en que se otorga una cierta dosis de protección a determinados bienes e intereses, que, por esta misma razón, entrañan límites a la libertad o autolimitaciones de la misma en la medida en que determinadas actuaciones libres puedan imponer un grado de responsabilidad.<sup>146</sup>

---

representation of the norm that ought to obtain between doer and sufferer. Action that conforms to this norm, whatever it is, maintains the equality between the parties, so that no complaint is justified. Action that breaches this norm produces a gain to the injurer and a loss to the person injured". (WEINRIB, Ernest J. *The idea of private law*. Cambridge: Harvard University 1995. p. 117).

<sup>142</sup> Ver WRIGHT, Richard W. The principles of justice. *Notre Dame Law Review*, [S.l.], v. 75, p. 1859, Aug. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=246931>> Acesso em: 11 fev. 2013; e WRIGHT, Richard W. Right, justice and tort law. In: OWEN, David G. (Org.). *Philosophical foundations of tort law*. New York: Oxford University, 2001. p. 159-182.

<sup>143</sup> Cf. DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 102. Maria Celina Bodin de Moraes, também, afirma a vantagem da adoção da lógica da reparação integral nos danos extrapatrimoniais, como forma de proteção à dignidade da pessoa humana: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 306-311.

<sup>144</sup> Nesse sentido, o próprio Aristóteles afirma: "A justiça nas relações privadas é de fato uma espécie de igualdade, e a injustiça nestas relações é uma espécie de desigualdade [...]". (ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Tradução Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 97).

<sup>145</sup> Sobre essa função, ver CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, Maria Teresa Castiñeira. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 103-105.

<sup>146</sup> Em tradução nossa: "Trata-se de estabelecer uma delimitação de fronteiras entre os âmbitos de liberdade de atuação e aqueles outros, em que se outorga uma certa dose de proteção a

Essa função, derivada de uma eficácia comunicativa ou informacional das decisões judiciais, pode ser percebida, com clareza, no contexto da responsabilidade civil dos meios de comunicação<sup>147</sup>, em que o cerne da questão recai, invariavelmente, sobre essa “fronteira” entre liberdade de atuação de uma garantia constitucional, qual seja a liberdade de expressão<sup>148</sup> e a proteção aos direitos da personalidade (honra, imagem, intimidade e privacidade), também albergada na Constituição Federal<sup>149</sup>.

Nesses casos, a função demarcatória é exercida através da identificação de características presentes nos casos que venham a indicar, ora a presença do exercício regular do direito de informar, como no caso em que o órgão de comunicação meramente venha a expressar fatos verazes, com objetividade natural à atuação jornalística - normalmente referida como *animus narrandi*<sup>150</sup>; ora

---

determinados bens e interesses, que, por essa mesma razão, implicam em limites à liberdade ou autolimitação à mesma, na medida em que determinadas atuações livres possam impor um grau de responsabilidade”. (LEÓN, Luis Díez-Picazo y Ponce de. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 2000. p. 43).

<sup>147</sup> Não por acaso, tema da obra já referida de Pablo Salvador Coderch e Maria Teresa Castiñeira Palou.

<sup>148</sup> Art. 5º, IV e IX, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

<sup>149</sup> Art. 5º, X, e art. 1º, III, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

<sup>150</sup> São exemplos da identificação dessa característica, de forma a isentar a empresa jornalística de responsabilidade: AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA JORNALÍSTICA. MERO ANIMUS NARRANDI. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO. PRECEDENTES. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que não se configura o dano moral quando a matéria jornalística limita-se a tecer críticas prudentes - animus criticandi - ou a narrar fatos de interesse público - animus narrandi. Há, nesses casos, exercício regular do direito de informação. 2. Na hipótese, o Tribunal de origem, com base em análise do acervo fático-probatório dos autos, concluiu que a reportagem veiculada pela imprensa possuía mero animus narrandi e que, portanto, não estaria configurado o dano moral. Rever tal entendimento demandaria o vedado exame das provas carreadas aos autos, a teor da Súmula 7/STJ. [...] 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 226.692/DF, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 226.692 - DF*. Recorrente: Máximo Ascario Sanchez Paredes. Recorrido: Pulitzer Capital Jornalismo Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 16 de Outubro de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1187152&sReg=201201887178&sData=20121023&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1187152&sReg=201201887178&sData=20121023&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012); AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA JORNALÍSTICA. MERO ANIMUS NARRANDI. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não se configura o dano moral quando a matéria jornalística limita-se a tecer críticas prudentes - animus criticandi - ou a narrar fatos de interesse público - animus narrandi. Há, nesses casos, exercício regular do direito de informação. 2. Na hipótese, a c. Corte de origem, com base em análise do acervo fático-probatório dos autos, concluiu que a reportagem veiculada pela imprensa possuía mero animus narrandi e que, portanto, não estaria configurado o dano moral. E pelo que consta das razões expostas no v. acórdão recorrido, não se encontra lastro para



um excesso no tratamento da linguagem utilizada para a veiculação do conteúdo, ocasião que propicia a responsabilização com base na ilicitude da conduta<sup>151</sup>. De qualquer forma, tal delimitação não é isenta de grandes dificuldades, razão pela qual é eventualmente efetivada, com base em critérios de natureza mais intuitiva<sup>152</sup>.

---

divergência. No mais, rever tal entendimento demandaria o vedado exame das provas carreadas aos autos, a teor da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1205445/RJ, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1.205.445 - RJ*. Recorrente: Álvaro Lins dos Santos. Recorrido: Infoglobo Comunicações S/A. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 06 de Dezembro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1111000&sReg=200901293189&sData=20120201&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1111000&sReg=200901293189&sData=20120201&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012).

<sup>151</sup> E. g.: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. IMPRENSA. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. LEI DE IMPRENSA. INAPLICABILIDADE (ADPF N. 130/STF). PEDIDO. INDICAÇÃO EXATA DO VALOR PLEITEADO. DESNECESSIDADE. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CONFIGURADA. OFENSA À HONRA. NOTA EM COLUNA SOCIAL DE CARÁTER SENSACIONALISTA, COM EXAGERO DO DIREITO-DEVER DE INFORMAR. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL. VALOR INDENIZATÓRIO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO STJ QUANDO VERIFICADO EXAGERO. REDUÇÃO. JUROS DE MORA. FIXAÇÃO. 1. [...] 4. Confronto entre a inviolabilidade da intimidade e da honra das pessoas e a liberdade de expressão jornalística. Exagero no direito-dever de informar, pelo teor sensacionalista da notícia, prevalecendo a defesa da honra do ofendido. 5. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o STJ pode alterar o valor dos danos morais quando fixados de maneira exagerada, sem que isso implique revolvimento do conteúdo fático-probatório. 6. No caso, o valor comporta redução, levando-se em consideração aspectos como a presença constante do recorrido em reportagens polêmicas e de grande repercussão, ser ele pessoa pública e não se tratando de ofensa de natureza extremamente grave. [...] 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, parcialmente provido. (REsp 645.729/RJ, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 645.729 - RJ*. Recorrente: Infoglobo Comunicações Ltda. Recorrido: Siro Darlan De Oliveira. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 11 de Dezembro de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1201903&sReg=200400340078&sData=20130201&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1201903&sReg=200400340078&sData=20130201&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012).

<sup>152</sup> E. g.: RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DANOS MORAIS RECONHECIDOS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REPORTAGEM OFENSIVA. RECURSO DO OFENDIDO. MAJORAÇÃO DA REPARAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. Na hipótese, levando-se em conta o contexto em que inseridas as ofensas reconhecidas nas vias ordinárias, uma reportagem sobre um político, pessoa exposta a abordagens críticas ácidas por parte da imprensa, não se vislumbra maior gravidade na ocorrência. Trata-se de reportagem que traz abordagem realmente sarcástica, acerca do então deputado federal e do próprio Parlamento, porém sem afastar-se muito dos limites tolerados em qualquer democracia. 3. Então, tem-se como descabida a pretensão do recorrente ofendido de elevação do montante arbitrado pela Corte Local, o qual mostra-se razoável, consideradas as circunstâncias do caso concreto, inclusive o teor da reportagem publicada. Não se faz necessária a adequação da verba reparatória, na via estreita do recurso especial. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 685.933/DF, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 685.933 - DF*. Recorrente: Wigberto Ferreira Tartuce. Recorrido: Editora Abril S/A. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 15 de Março de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1131079&sReg=200401173191&sData=20120329&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1131079&sReg=200401173191&sData=20120329&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012).

## 2.2.4 Função distributiva

Tal função faz referência ao fato de que, na responsabilidade civil, ocorre uma realocação da perda sofrida pela vítima, cujo custo deve ser distribuído para ser suportado por outrem. Essa redistribuição, operada a partir da imposição da obrigação de indenizar, ocorre, principalmente, em dois âmbitos: em primeiro lugar, internamente à própria relação formada pelo vínculo jurídico obrigacional, em um sentido da vítima ao responsável (ou do credor ao devedor, ou ainda, se pensarmos em termos de relação processual, do autor para o réu); bem como através da realocação desse custo a terceiros, em um contorno que se estende para além da relação entre as partes.

No primeiro sentido, vítima-responsável, o efeito distributivo<sup>153</sup> é justamente a consequência natural da imposição da responsabilidade civil e ocorre pela presença de algum elemento que determine a necessidade de realocação da perda sofrida, na esteira do que afirma Holmes: *“the losses lie where they fall except where a special reason can be shown for interference”*<sup>154</sup>. Assim, para que possa haver a referida distribuição, deve ser verificado um *nexo de imputação* da responsabilidade<sup>155</sup>, que vai determinar a transposição da perda da vítima para o responsável.

Normalmente, tal papel é desempenhado, na responsabilidade subjetiva, pelo requisito da conduta culposa, enquanto que, na regra de responsabilidade objetiva, a noção de risco (seja qual for a acepção que venha a assumir<sup>156</sup>) é

<sup>153</sup> “Efeito distributivo” e “justiça distributiva” não são noções idênticas. Convém lembrar que, no caso, a distribuição da perda da vítima para o autor do evento danoso ocorre por uma exigência de justiça corretiva, conforme exposto anteriormente.

<sup>154</sup> Em tradução nossa: “as perdas ficam onde estão [ou seja, com quem as sofreu], exceto quando puder ser demonstrada uma razão especial que justifique intervenção”. (HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. posição 1202 de 10697. Kindle’s Edition). Essa orientação pode ser demonstrada, no direito brasileiro, através da adoção, nos artigos 234, 235 e 236 do Código Civil, da regra *res perit domino*, que determina, na ausência de disposição em contrário pelas partes, a internalização do prejuízo pela vítima do evento danoso (periclitamento ou deterioração) na obrigação de dar coisa certa.

<sup>155</sup> Conforme Sanseverino: “O nexo de imputação é o vínculo que se estabelece entre determinado fato e sua atribuição a certa pessoa, podendo a imputação ser delitual (culpa *lato sensu*) ou objetiva (risco)”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 152).

<sup>156</sup> São várias as chamadas teorias do risco, que pretendem afirmar a adequação de uma determinada acepção dessa expressão como a mais adequada a servir de fator de imputação. Segundo Cavalieri Filho, temos, como de maior destaque, as noções de: 1. risco-proveito, na qual “responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa”; 2. risco profissional, que surge quanto “o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado”; 3. risco excepcional, em que a imputação da obrigação de indenizar surge em face do risco em um grau

chamada a cumprir esse papel<sup>157</sup>. A presença de tais elementos<sup>158</sup>, na análise da interação danosa entre as partes, costuma levar à redistribuição ocorrida internamente ao vínculo obrigacional de que se está tratando.

Esse não é, entretanto, o único sentido em que ocorre o chamado efeito distributivo na responsabilidade civil. Como visto, em decorrência do evento danoso, o custo derivado da perda pode ser deslocado da parte sobre a qual ele, em princípio, restaria alocado (a vítima) para a parte que, presentes os requisitos específicos da regra em questão, se apresenta como responsável.

Ocorre que, mesmo esse deslocamento pode não significar que, ao fim e ao cabo, o agente responsável seja aquele que efetivamente vai internalizar, total ou parcialmente, as perdas derivadas do evento danoso. Na realidade, são frequentes as hipóteses em que tal custo será, também, por ele externalizado para terceiros, mesmo nos casos em que venha a, em um primeiro momento, depender recursos em favor da vítima.

O efeito distributivo para terceiros pode ser determinado *ex ante*<sup>159</sup>, através de mecanismos de seguridade, privados ou mesmo públicos, do qual participem as partes, ou *ex post*, através de sistemas de distribuição dos custos da atividade privada (através do sistema de preços) ou pública (através do recolhimento de impostos)<sup>160</sup>.

---

bem além da normalidade oferecido pela atividade; 4. risco criado, baseada “no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos”; 5. risco integral, em que se justifica o dever de indenizar “até nos casos de inexistência do nexa causal”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. p. 129-130). Para uma pertinente crítica às teorias do risco na forma como normalmente tratadas no direito brasileiro, ver ZANITELLI, Leandro Martins. Responsabilidade civil objetiva no Brasil: uma crítica às explicações habituais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 20, p. 211-231, out./dez. 2004.

<sup>157</sup> Na esteira do que afirmam Pablo Coderch e Maria Teresa Palou: “El desplazamiento de esa carga a un tercero a quien se responsabilizará por los daños precisa de un principio jurídico de imputación y, como veremos en seguida, los dos principios básicos – pero distintos – de imputación propios de nuestra cultura son la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva”. (CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, Maria Teresa Castiñeira. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 104).

<sup>158</sup> Evidentemente, em conjunto com a presença de um dano e do nexa de causalidade entre esse e a conduta do responsável.

<sup>159</sup> CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, Maria Teresa Castiñeira. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 107.

<sup>160</sup> Ou, como afirma Flavia Portella Püschel: “A responsabilidade civil pode ser um instrumento direto ou indireto de distribuição de danos. É meio direto quando o responsável pode repartir o valor da indenização diretamente entre um grupo de pessoas, como o fornecedor que incorpora ao preço de seu produto o valor correspondente às indenizações por danos causados por bens defeituosos. É meio indireto quando o responsável realiza um seguro de

Um exemplo frequentemente referido, em nível doutrinário, é o caso do sistema de responsabilidade civil, na Lei 8.078/90, chamada de Código de Defesa do Consumidor<sup>161</sup>. Nos casos de responsabilidade dos fornecedores por danos causados aos consumidores, a regra geral<sup>162</sup> presente na lei é a da responsabilidade objetiva<sup>163</sup>, ou seja, afigurar-se-ia desnecessário, para o consumidor vítima do dano, alegar e provar a presença de culpa, por parte do fornecedor, para que venha a fazer jus à indenização dos danos sofridos, no contexto de uma relação de consumo.

A responsabilização do fornecedor, na forma objetiva, é justificada, por parte da doutrina<sup>164</sup>, como uma instanciamento do ideal de solidariedade social previsto no art. 3º, I, da Constituição Federal, uma vez que proporcionaria ao consumidor vítima do evento danoso, um acesso muito menos dificultoso à reparação dos danos por ele sofridos, em comparação com a regra de responsabilidade subjetiva, na qual teria de provar a presença de culpa na conduta do fornecedor.

Diz-se, também, que a regra em questão proporciona a melhor distribuição dos riscos<sup>165</sup> ou dos custos inerentes à ocorrência de eventos danosos, potencializados em uma sociedade de produção e de consumo de bens e de serviços, de forma massiva<sup>166</sup> e que o direito do consumidor, pela presença desta

---

responsabilidade civil, hipótese em que os danos são distribuídos entre todos os segurados". (PUSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 94, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9666>>. Acesso em: 31 jan. 2013).

<sup>161</sup> Uma versão mais detalhada desse tema pode ser encontrada em COULON, Fabiano Koff; MATTOS, Ely José de. *O efeito distributivo da responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor brasileiro e as elasticidades da demanda: uma perspectiva de direito e economia*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. 2009. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/0fg2801r>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>162</sup> Existe uma exceção prevista no §4º do art. 14, que estabelece a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais.

<sup>163</sup> Para uma visão discordante, ver DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>164</sup> Exemplificando, ver VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 40-41.

<sup>165</sup> SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 112.

<sup>166</sup> SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 94; DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13. Da responsabilidade civil das preferências e privilégios creditórios. p. 3-4.

possibilidade, afigura-se como um caso especial de justiça distributiva, em nosso ordenamento<sup>167</sup>.

O argumento, que ressalta a função distributiva perceptível na escolha pela norma de responsabilidade objetiva nas relações de consumo, baseia-se na afirmação de que uma das partes da relação jurídica - o fornecedor - estaria em melhores condições de suportar o custo dos eventos danosos do que o consumidor isolado, uma vez que aquele poderia, através de um ajuste nos preços dos produtos ou dos serviços que oferece no mercado, distribuir este custo, de forma diluída, aos demais consumidores, ou ainda, repassar a estes a quantia correspondente ao valor do prêmio de um eventual seguro de responsabilidade civil<sup>168</sup>, na esteira do que propõe José Reinaldo de Lima Lopes:

O caso mais exemplar de todos está no âmbito da responsabilidade civil por acidente de consumo ou por defeito de produtos e serviços. Os arts. 12 e 14 do CDC redefinem as regras de responsabilidade assumindo explicitamente, creio eu, a perspectiva do risco e do risco comum para atribuir aos fornecedores uma responsabilidade objetiva, sem culpa. O risco dos acidentes deve ser internalizado pelos fornecedores. A moralidade que se adota não é a da culpa, da psicologia subjetiva, que as unidades de produção não têm. A moralidade que se aceita é a da solidariedade social. Ao impor aos fornecedores uma responsabilidade mais estrita, o que o Código de Defesa do Consumidor faz é obrigá-los a internalizar os custos dos acidentes. Ao internalizá-los as unidades produtivas são capazes de distribuí-los entre todos os seus consumidores. O custo do acidente não será pago apenas pelo infeliz que sofreu o acidente. Como ele será – deverá ser – totalmente indenizado pelo fornecedor, o preço desta indenização será incorporado aos custos da produção e, pelo preço de venda, será pago por todos os consumidores daquele produto. É certo, portanto, que há a possibilidade – consciente – de ocorrer um acréscimo de preço. Mas este preço mais elevado apenas demonstra e deixa claro que não será um só dos

---

<sup>167</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos sociais como justiça distributiva: direito do consumidor e reciprocidad. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 141-162.

<sup>168</sup> Importante notar que tal argumento não constitui novidade, para quem acompanha o desenvolvimento da moderna análise econômica do direito, desde suas fundações, pois, em seus trabalhos iniciais, Guido Calabresi já o expressava. Ver CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970. p. 51, onde se lê: “The second system involves placing losses on those who are in a position to pass part of the loss on to purchasers of their products (including labor and capital), in this way bringing about a fairly wide spreading of accident losses. This two meanings of enterprise liability are related only in the sense that it is commonly believed that those who are most able to pass accident costs on to purchasers or to factors of production are also the most likely to insure of self-insure adequately”. Também, CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 70, n. 4, p. 526, Mar. 1961.

consumidores daquele produto que vai arcar – infeliz e aleatoriamente – com um custo inevitável.<sup>169</sup>

Como referido em outra oportunidade<sup>170</sup>, para que este “efeito distributivo” possa ocorrer em sua completude, é necessário que os fornecedores, efetivamente, possam repassar o custo das indenizações que venham a ter de pagar consumidores isolados para os demais integrantes do mercado de consumo do produto ou do serviço em questão. E a possibilidade, ao contrário do que indica o senso comum, nem sempre ocorre de maneira natural, imediata ou previsível.

Ocorre que, na teoria microeconômica, existe um conceito básico, relativo à formação de preços no mercado, denominado “elasticidade-preço da demanda”. De acordo com as palavras de N. Gregory Mankiw, consiste em “uma medida do quanto a quantidade demandada de um bem reage a uma mudança no preço do bem em questão”<sup>171</sup>. Assim, quando a quantidade demandada de um bem (ou mesmo de um serviço) se mostra razoavelmente sensível a uma modificação no preço, diz-se que a demanda é *elástica*; quando a resposta a um aumento de preço não apresenta tal sensibilidade em grau relevante, a demanda é referida como *inelástica*<sup>172</sup>.

O caráter da elasticidade-preço da demanda pode depender de uma série de variáveis que guardam relação com as preferências dos consumidores, a saber: (1) a possibilidade de contar com bens substitutos, ou seja, aqueles que podem ser adquiridos no lugar daquele que obteve o incremento de preço (por exemplo, manteiga e margarina); (2) o caráter do produto em questão, se supérfluo (quando a demanda tende a ser mais elástica), ou necessário (quando a

<sup>169</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos sociais como justiça distributiva: direito do consumidor e reciprocidade. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 141-162. Ver p. 151-152.

<sup>170</sup> COULON, Fabiano Koff; MATTOS, Ely José de. *O efeito distributivo da responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor brasileiro e as elasticidades da demanda: uma perspectiva de direito e economia*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. 2009. Disponível em: <<http://escho.larship.org/uc/item/0fg2801r>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>171</sup> MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 90.

<sup>172</sup> Essa medição da reação da demanda em razão do aumento do preço do produto pode ser efetuada com um cálculo simples: trata-se da variação percentual da quantidade demandada dividida pela variação percentual do preço, sendo que a variação percentual de cada uma destas variáveis corresponde às suas variações absolutas, divididas por seus valores adicionais. Expresso em linguagem matemática, temos a seguinte equação, em que Q corresponde à quantidade, P ao preço e o delta representa a variação de cada variável:  $E_p = (\Delta Q/Q)/(\Delta P/P)$ . Ver PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 7ª ed. Trad. Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Pearson, 2010. p. 31. Também, VARIAN, Hal. *Microeconomic analysis*. 3ª ed. New York: W.W. Norton, 1992.

demanda tende a ser inelástica); (3) os limites do mercado em questão, o qual pode ser definido, de forma mais restrita, apresentando-se mais elástico do que os que se definem de forma mais abrangente (exemplificando, o mercado de automóveis de luxo pode apresentar características diversas do mercado de automóveis, em geral); (4) os limites temporais da análise, ou seja, situações em que, em longo prazo, por exemplo, demandas que se apresentaram menos elásticas, em um primeiro momento de aumento de preço, tendem a se tornar mais elásticas com a passagem do tempo, como no caso da introdução dos automóveis com motor “flex”, o que influenciou, com o tempo, na elasticidade-preço da gasolina<sup>173</sup>.

A questão que se revela, em face da presença das referidas elasticidades, diz respeito à possibilidade do alegado efeito distributivo, quando o produto ou o serviço oferecido pelo fornecedor possuir uma característica de grande elasticidade da demanda, em relação ao preço.

Sob essa perspectiva, o fornecedor em questão pode vir a não repassar, ao menos total e imediatamente, o custo das indenizações, através de um aumento no preço que pratica, por temor de, por exemplo, queda nas vendas, diminuição de sua participação no mercado, alteração de seu sistema de produção, etc.

Portanto, o efeito distributivo poderia, em situações-limite, vir a: (1) não ocorrer, pelo menos de forma imediata; (2) ocorrer em menor escala, na qual menos de 100% dos custos seriam distribuídos entre os consumidores<sup>174</sup>; (3) ocorrer de forma “perversa”, ou seja, de forma a onerar grupos de indivíduos diversos daqueles originalmente previstos como destinatários da distribuição, como: trabalhadores atuais ou potenciais das empresas – os quais suportariam o ônus, através da redução de vantagens ou mesmo de postos de trabalho –, fornecedores e trabalhadores terceirizados das mesmas – na forma de renegociação de contratos – e acionistas que promovam o financiamento da empresa, mas, que não detenham seu controle<sup>175</sup>; (4) ocorrer apenas de forma

---

<sup>173</sup> Estes exemplos podem ser encontrados em: MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 90-91.

<sup>174</sup> CRASWELL, Richard. Passing on the costs of legal rules: efficiency and distribution in buyer-seller relationships. *Stanford Law Review*, Durham, v. 43, 1990-1991, p. 361-398. Ver p. 367.

<sup>175</sup> Segundo Calabresi: “Decreased profits themselves, for instance, are often spread – through decreased dividends – if the firm owners are at all numerous. But a special problem would arise if the firm whose profits declined were singly owned or family owned. Would we not have just taken from one guiltless party to give to another?” CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 70, n. 4, p. 526, Mar. 1961.

bastante protraída no tempo<sup>176</sup>, hipótese que, em tese, poderia dar margem às questões de direitos entre gerações<sup>177</sup> de consumidores; (5) ocorrer entre grupos diversos de consumidores da mesma empresa, os quais podem apresentar perfis semelhantes ou diferentes. Tal situação poderia ocorrer na hipótese de a empresa, sobre a qual recair a obrigação de indenizar pelos danos causados por um determinado produto, resolver operar a distribuição deste custo praticando uma elevação no preço de outro, o qual possui como consumidores um grupo diverso (talvez, até, de menor poder aquisitivo) daquele que, normalmente, consome o produto que apresentou o defeito.

A questão examinada assume relevância no momento em que, com base no reconhecimento da possível existência do efeito distributivo para terceiros, no caso, para consumidores do produto ou do serviço em questão, sua afirmação passe a embasar decisões de política legislativa ou judiciária. Como visto, a decisão de redistribuição dos custos dos acidentes - que ocorre internamente na empresa, e que depende, via de regra, da solução que o cálculo econômico aponte como mais favorável no contexto do planejamento empresarial - é algo difícil de prever ou de controlar e que pode levar a resultados totalmente imprevistos pelos formuladores de tais políticas.

O aludido efeito distributivo para terceiros também pode ser determinado, como já referido, *ex ante*, através da participação em esquemas que prevejam o tratamento do problema da distribuição entre as partes, através de um mecanismo de seguridade do risco.

A solução do seguro pode ser alcançada por um contrato privado, pelo qual o segurador se obriga a ser o destinatário da realocação do custo de eventuais infortúnios sofridos pelo segurado, ou pela existência de esquemas mais amplos de seguridade, envolvendo até mesmo o poder público, como infere Sérgio Cavalieri Filho:

---

<sup>176</sup> As hipóteses (4) e (5) podem ser tidas como variantes da “distribuição perversa”, mencionada na hipótese (3), sendo que, na primeira, apenas leva-se em consideração a diferença entre grupos de consumidores situados em unidades de tempo distintas. Assim, os custos de um acidente de consumo ocorrido em  $t_1$  seriam repassados para um grupo de consumidores situados em  $t_2$ . Na medida em que o a distância temporal entre  $t_1$  e  $t_2$  se prolongue, provavelmente, maiores serão as diferenças essenciais entre os grupos de consumidores situados em cada um destes momentos.

<sup>177</sup> Sobre justiça entre gerações, ver RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 314-324.



O dano, por esse novo enfoque, deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade. E o seguro é uma das técnicas utilizadas no sentido de se alcançar a socialização do dano, porquanto consegue-se, através dele, distribuir os riscos entre todos os segurados.

É o que já ocorre, como assinalado, com o seguro obrigatório dos proprietários de veículos automotores – DPVAT e com o acidente do trabalho, em que a reparação do dano vem sendo coberta por um seguro coletivo, a cargo dos empregadores, pelo qual se transfere para o segurador o encargo de pagar a indenização. Os riscos sociais são assumidos diretamente pela própria seguridade social – no caso, o INSS.<sup>178</sup>

O esquema de seguridade pode, na realidade, ser tão amplo que venha até mesmo a substituir o tratamento dos danos, através da responsabilidade civil, em sua aplicação, via sistema judicial. Com efeito, assim o demonstra a experiência neozelandesa de cobertura integral de danos pessoais sofridos por residentes ou não residentes no país, através de um seguro compreensivo que prescinde do exame da culpa do agente causador para sua utilização, administrado por uma organização ligada à Coroa<sup>179</sup>, chamada *Accident Compensation Corporation* (ACC), mantida, principalmente, por tributos sobre a renda das pessoas, venda de petróleo, licenciamento de automóveis e folha de pagamento de empresas<sup>180</sup>.

Tal arranjo não se mostra isento de críticas, em especial, pela potencial erosão da responsabilidade pessoal que um sistema de reparação, independentemente do exame de culpa dos agentes causadores dos danos, pode gerar, em se tratando de falta de incentivos para um maior investimento em prevenção ou pelas aberturas que o sistema fornece para a utilização do sistema da responsabilidade civil, averiguada nos órgãos judiciais - apesar de que seu intento original fosse o total abandono desse sistema, no que tange aos acidentes pessoais<sup>181</sup>. Em que pesem tais críticas, porém, não parece haver sinais substantivos de reversão do modelo neozelandês.

<sup>178</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. p. 138.

<sup>179</sup> A Nova Zelândia faz parte da *Commonwealth of Nations*, desenvolvida a partir do Império Britânico e encabeçada pela Rainha Elisabeth II, que, também, possui o título de Rainha da Nova Zelândia.

<sup>180</sup> Para mais informações, examinar o ilustrativo do site da ACC: THE ACCIDENT COMPENSATION CORPORATION (ACC). New Zealand. Disponível em: <<http://www.acc.co.nz/index.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2013. Para uma introdução ao sistema neozelandês sob o ponto de vista jurídico, ver SCHUCK, Peter H., Tort reform, kiwi-style. *Yale Law & Policy Review*, New Haven, v. 27, n. 1; *Yale Law & Economics Research Paper*, n. 370. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1172122>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

<sup>181</sup> Quanto à segunda crítica, verificar: SCHUCK, Peter H., Tort reform, kiwi-style. *Yale Law & Policy Review*, New Haven, v. 27, n. 1; *Yale Law & Economics Research Paper*, n. 370. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1172122>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

### 2.2.5 Função punitiva

A ideia de que a responsabilidade civil deva - ou mesmo, possa - cumprir uma função de punição à conduta do agente causador do dano, vem provocando a mais saliente controvérsia, dentro da perspectiva funcionalista do instituto.

Questões que concernem, exemplificativamente, ao seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro; ao seu espelhamento em institutos alienígenas, como as *punitive damages* do direito norte-americano; à sua inter-relação com as demais funções, especialmente, com a reparatória e a indenitória; aos seus reflexos no trabalho de quantificação das indenizações, vêm sendo discutidas, com avidez, na seara doutrinária e se revestem de interesse ainda maior, dado o notório transbordamento dos frutos dessa discussão, para o terreno da prática jurídica.

Há ainda controvérsia, no que se refere à diversidade de expressões com que os autores pretendem que seja reconhecida a faceta punitiva, na quantificação dos danos. Sanseverino, apoiado na melhor tradução da expressão *punitive damages*, defende a utilização do termo “indenização punitiva”, em detrimento a “danos punitivos”, que se encontra em estudiosos, como Maria Celina Bodin de Moraes<sup>182</sup>: “*Indenização punitiva é melhor tradução para punitive damages, que têm sido inadvertidamente traduzidos, na sua literalidade, como danos punitivos, expressão que não guarda correspondência com o instituto em si*”<sup>183</sup>.

Já Paula Meira Lourenço oferece justamente um argumento em favor da expressão “danos punitivos”, ao afirmar que a alternativa apresentada - “indenização punitiva” - seria inadequada, por consagrar uma contradição entre seus termos:

Utilizamos a expressão ‘danos punitivos’ por ser uma possível tradução para a língua portuguesa da figura anglo-saxónica(sic) que é apelidade de *punitive damages, exemplary damages, moral damages, aggravated damages, retributory damages, vindictive damages, deterrent damages, penal damages, indignant damages, at large, smart money*. Entendemos assim ser preferível à locução ‘indenização (sic) punitiva’, que se revela contraditória, na medida em que a alusão à ‘indenização’ (sic) reporta-se

<sup>182</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 228.

<sup>183</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68, nota de rodapé n. 204. Assiste razão ao autor, uma vez que, no direito americano, *damage* e *damages* não são expressões sinônimas, sendo o significado da primeira melhor traduzido por “dano”, e o da segunda, por “indenização”.

ao escopo reparatório da responsabilidade civil, e afirmar que ela é 'punitiva', é dar-lhe uma finalidade oposta, ou seja, retributiva e preventiva.<sup>184</sup>

Além dessa terminologia mais frequente, há propostas, ainda, de adoção de outras locuções, para designar o intuito punitivo: Caroline Vaz<sup>185</sup> introduz a interessante “prestações punitivas”, que evita a controvérsia supracitada. Já Flavia Püschel<sup>186</sup> utiliza “responsabilidade civil punitiva”, que subsume a questão da indenização à própria função do instituto.

Todavia, as propostas contêm a desvantagem de distanciar-se, talvez, demasiadamente, do objeto que se procura retratar, o que ocorre devido à utilização das expressões genéricas “prestação” e “responsabilidade civil”. Na realidade, a referência deve ser feita à função específica do instituto da responsabilidade civil, que reclama atenção por, usualmente, ter reflexos na quantificação da indenização a ser paga pelo agente causador, especificidade que não é apanhada por nenhuma das duas locuções propostas, as quais, a rigor, poderiam abarcar, também, a responsabilidade civil contratual.

Assim, em que pese o valor das alternativas apresentadas, nessa tese, adota-se, quando necessário, a expressão “indenização punitiva” e suas variantes, uma vez que a expressão “dano punitivo” contém flagrante impropriedade, pois, além de representar uma tradução infiel do termo *damages*, também consagra um uso errático da palavra “dano”. Ademais, a palavra “indenização” já adquiriu, com o uso, conotação mais ampla do que seu sentido original estrito, razão pela qual aqui se defende sua utilização, como a melhor opção, dentre as alternativas apresentadas.

A estranheza em relação à função punitiva, em nossa tradição romano-germânica, tem sua provável origem no passado relativamente recente do instituto, mais propriamente no período das grandes codificações oitocentistas, quando se delinearão duas grandes distinções, que foram determinantes para esse distanciamento entre a ideia de penalização e a responsabilidade civil

---

<sup>184</sup> LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 43, n. 2, p. 1025, 2002. nota de rodapé nº 7.

<sup>185</sup> VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40.

<sup>186</sup> PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 18, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9666>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

extracontratual: a dicotomia entre os campos do direito privado e do direito público e a separação entre os ramos do direito civil e do direito penal.

Com efeito, como adverte Sanseverino, no direito romano, verificava-se a utilização de penas privadas em contextos hoje reconhecíveis, como de responsabilidade civil<sup>187</sup>, em linha com o que afirma Judith Martins-Costa:

Já nos anos 30 do século transcurso, Pasquale Voci afirmava a vitalidade que o direito pretoriano conferia à pena privada no período clássico. Pena privada, entenda-se bem, não como pena aplicada ‘pelos privados’ ou como resultado de uma ‘justiça privada’, mas como a forma de punição atrelada ao *delictum*, conceito originalmente próprio ao *ius civile* (mais tarde estendido ao *ius honorarium*) e, por isso, distinto do *crimen*, ato contrário ao Direito castigado pelo direito penal público.<sup>188</sup>

Esse elemento punitivo originário, porém, acabou extirpado na composição da codificação paradigmática do período oitocentista: o Código Civil francês que, por si só, já constituía um marco divisor da matéria civil em relação à penal, decorrente, por sua vez, da “grande dicotomia” entre direito público e direito privado<sup>189</sup>, na qual foram integradas ambas as espécies de responsabilidade, nos moldes identificados por Maria Celina Bodin de Moraes:

O *Code* era o instrumento jurídico que iria garantir a perpetuação dessa nova ordem, resultante do movimento revolucionário que pôs fim ao antigo regime. Para a burguesia no poder, não havia que se dar ao juiz grande independência, formado que fora no sistema anterior, acostumado que estava a uma ordem jurídica plena de privilégios e desigualdades. Não lhe poderia ser atribuída, portanto, a moralização do processo civil, sobretudo para avaliar o dano; competia-lhe apenas aplicar, se possível literalmente, o texto legal.

A separação entre pena e indenização foi, assim, uma consequência (sic) dessa mentalidade, e bem se justificava, tendo em vista os objetivos a serem alcançados: era, então, imprescindível retirar da indenização

<sup>187</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

<sup>188</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 442. Nesse sentido, também afirma Paolo Gallo: “Si parte dal diritto romano delle origini nel quale la responsabilità civile era concepita in primo luogo como strumento sanzionatorio per la tutela di situazioni giuridiche rilevanti. Scopo delle varie *actiones poenales* private non era tanto il risarcimento del danno quanto la sanzione, o la repressione di determinate condotte lesive di interessi privati, come per esempio il furto, la rapina e così via, da attuarsi mediante la comminazione dell’obbligo di devolvere somme più che compensative, multiple dei danni effettivamente subiti”. (GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 37).

<sup>189</sup> Sobre a expressão “grande dicotomia”, ver BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rev. téc. Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p. 139-158.

qualquer conotação punitiva; a pena dirá respeito ao Estado e a reparação, mediante indenização, exclusivamente ao cidadão.<sup>190</sup>

A separação teria assegurado, assim, no movimento codificatório, o lugar de proeminência ocupado pela função reparatória, fundada na justa corretiva (comutativa) da tradição aristotélica-tomista, operando-se a depuração da responsabilidade civil do elemento punitivo originário, que passara, então, a ser percebido como um arcaísmo em dissonância com a nova sistematização das relações sociais, que encontrava no Código Civil, sua expressão maior<sup>191</sup>.

Assim, a pena privada<sup>192</sup>, instituto próprio do direito continental, acabou afastada da responsabilidade civil extracontratual, em que pese sua subsistência no direito privado em outras áreas, notadamente quando oriundas de ato de vontade negocial (pena negocial), como no notório exemplo das cláusulas penais contratuais<sup>193</sup>, ou de expressa previsão legal (pena privada legislativa<sup>194</sup>), perceptível, em nosso ordenamento, no caso da obrigação de restituição do valor cobrado indevidamente do consumidor, acrescido do equivalente, prevista no art. 42, parágrafo único, da Lei 8.078/90.

Embora o afastamento nos ordenamentos pertencentes à família romano-germânica em geral, nos países filiados à tradição do *common law*, em especial, nos Estados Unidos, a aplicação de uma função de caráter marcadamente punitivo, através de casos de responsabilidade civil, encontrou um terreno absolutamente fértil, razão pela qual o direito norte-americano acabou se tornando paradigmático nessa seara, também, para a experiência jurídica contemporânea

---

<sup>190</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 201-202.

<sup>191</sup> Curioso observar que, mesmo sob a inspiração do ideal de separação das funções, ainda assim era possível encontrar, no Código Civil brasileiro de 1916, dispositivos que impunham uma aproximação da reparação civil com a tutela penal, como é o caso dos artigos 1.538, 1.547, parágrafo único, e 1.550, nos quais a indenização a ser paga pelo autor dos danos ali descritos deveria tomar como referência o valor da multa prevista no tipo penal correspondente.

<sup>192</sup> Na definição de Paula Meira Lourenço: “A expressão pena privada implica que o Direito Privado também tem as suas ‘penas’, que consubstanciam *sanções* aplicadas com uma finalidade punitiva, na sua dupla vertente preventiva e retributiva, só que é ‘privada’ porque são aplicadas no âmbito de processos civis, sendo atribuídas não ao Estado, mas ao próprio lesado”. (LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 43, n. 2, p. 1024, 2002, nota de rodapé nº 3).

<sup>193</sup> Previstas nos arts. 410 e 411 do Código Civil. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

<sup>194</sup> Conforme classificação de Paolo Gallo, que divide as penas privadas, de acordo com as respectivas fontes, em negociais, legislativas e judiciais. (GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 33).

dos países de direito continental, a ponto de transformar o desenvolvimento dos *punitive damages* - e não o modelo romano das penas privadas - na principal referência para as tentativas de aplicação da função punitiva<sup>195</sup>.

A experiência norte-americana, contudo, possui especificidades que não podem ser perdidas de vista. A iniciar, pelo fato de que, embora as *punitive damages* provoquem acalorados debates entre os juristas daquele país, sua aplicação tem sido substancialmente aceita em, praticamente, todos os Estados<sup>196</sup>. Ademais, já foram objeto de admissão e de tentativa de sistematização pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*<sup>197</sup>, não por acaso, um dos precedentes mais representativos sobre a matéria, na jurisprudência do país<sup>198</sup>.

Ainda, se faz necessário referir que a aplicação das *punitive damages* pelos juízes americanos, longe de ser indiscriminada, tem observado um padrão bem específico de casos. Inicialmente, destacam-se as hipóteses ligadas à conduta do agente causador do dano, nas quais o dolo ou uma modalidade mais grave de

---

<sup>195</sup> Assim refere Judith Martins-Costa, ao falar da aceitação da reparação com características punitivas, na jurisprudência do *Bundesgerichtshof (BGH)*: “É, em linha de princípio, o entendimento adotado em parte da jurisprudência brasileira e acolhido na doutrina, que, entretanto, não relacionam este caráter de expiação e satisfação diretamente com a pena privada romana, mas com o instituto dos *punitive damages*, ou *exemplary damages* do direito norte-americano, cabíveis notadamente nos casos de danos extrapatrimoniais coletivos”. (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 444).

<sup>196</sup> Caroline Vaz faz referência aos Estados da Louisiana, Massachusetts, Michigan, Nebraska e Washington como unidades que não acolhem os *punitive damages*. (VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49).

<sup>197</sup> UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *BMW of North America, Inc. v. Gore*. 116 S. Ct. 1589 (1996). Disponível em: <<http://www.ipinbrief.com/wp-content/uploads/2010/07/gore-opinion.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2012.

<sup>198</sup> A importância de tal precedente é sentida, principalmente, pelo fato de que a Suprema Corte, ao concordar em rever o valor da condenação com base na cláusula constitucional do *due process*, prevista na Décima-Quarta Emenda; assim o fez com vistas a estabelecer os contornos do que consideraria como excessos na quantificação das indenizações punitivas. Na decisão, chegou-se ao estabelecimento de três parâmetros: (a) o grau de reprovabilidade da conduta do agente; (b) a proporção entre os *punitive* e os *compensatory damages*; (c) a pena imposta para ilícitos similares. Para esclarecimentos sobre o caso na doutrina nacional, verificar: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 237-245; e VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61-63.

conduta culposa, intitulada *gross negligence*, aparece como fator que define a aplicação da função punitiva<sup>199</sup>.

Assim, situações envolvendo: (a) acidentes de trabalho, em que o empregador ocasiona o dano ao empregado mediante atuação gravemente culposa; (b) acidentes viários, em que se verifica culpa grave do condutor do veículo, mormente por excesso de velocidade, conduta extremamente imprudente no trânsito, circulação sem utilização dos faróis; e (c) imperícia médica em grau elevado, já foram objeto de imposição de *punitive damages*, na jurisprudência dos Estados americanos<sup>200</sup>.

Outra hipótese de aplicação bastante frequente do instituto tem sido nos casos conhecidos como de *vicarious liability*, situação assemelhada à nossa responsabilidade pelo “fato de outrem”, ou “por fato de terceiro”: o empregador ou comitente é objetivamente responsabilizado por danos causados por seus empregados e prepostos<sup>201</sup>. Embora seja um caso de responsabilidade objetiva, para a imposição da indenização punitiva costuma-se atentar para aspectos relativos à conduta do empregador, tais como: se ele autorizou a prática do fato danoso ou se o ratificou<sup>202</sup>.

Casos de responsabilidade civil, no âmbito do fornecimento de produtos defeituosos (*products liability*), também, têm sido tratados mediante a aplicação do instituto pela jurisprudência americana, principalmente, a partir da década de 1970. Nessa hipótese, a exemplo da *vicarious liability*, impõe-se a regra da responsabilidade objetiva (*strict liability*), em que qualquer discussão acerca da culpabilidade da conduta do agente estaria, em princípio, excluída<sup>203</sup>.

Entretanto, a imposição das *punitive damages* tem demandado o exame de uma flagrante ou grosseira negligência, por parte do fornecedor do produto, que demonstre total indiferença em relação à saúde ou ao bem-estar dos

---

<sup>199</sup> LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 43, n. 2, p. 1030-1031, 2002; VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51-53.

<sup>200</sup> LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 43, n. 2, p. 1035-1036, 2002.

<sup>201</sup> Em nosso direito, a hipótese é regulada no art. 932, III, do Código Civil, o qual será mais elucidativamente tratado no decorrer do presente trabalho. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

<sup>202</sup> LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 43, n. 2, p. 1036-1039, 2002.

<sup>203</sup> A exemplo do direito brasileiro em que a hipótese é regulada nos arts. 12 e 13 da Lei 8.078/90.

consumidores, em uma situação na qual a culpa não é averiguada para a imposição da obrigação de indenizar, mas, para a adequação do *quantum indenizatório*<sup>204</sup>.

Refira-se, ainda, que a jurisprudência americana tem admitido a imposição de indenizações punitivas também em casos que se aproximam da responsabilidade civil negocial ou contratual, como: (a) quando um agente, podendo dispor de um recurso pertencente a alguém, através de um contrato oneroso, prefere se apropriar desse recurso, mesmo sabendo da possibilidade de submissão a uma condenação por responsabilidade civil, por ser esta a conduta economicamente mais vantajosa - situação conhecida como *contractual bypass*; (b) quebras de promessas de casamento; (c) inadimplemento fundado em conduta maliciosa ou opressiva, no contexto da contratação envolvendo a prestação de um serviço público; (d) incumprimento contratual devido à conduta fraudulenta; (e) fraude, má-fé ou negligência grosseira, por parte das seguradoras, no âmbito de suas prestações contratuais; (f) prática de concorrência desleal<sup>205</sup>.

Importa também mencionar outra característica peculiar da prática jurídica norte-americana, relativa à imposição da função punitiva, no contexto da responsabilidade civil, que a distancia bastante de nossa experiência: o fato de que, por previsão constitucional expressa<sup>206</sup>, os casos acabem analisados pelo Tribunal do Júri, o que contribuiria para uma maior indiossincrasia no conjunto das decisões<sup>207</sup>, especialmente, em relação ao *quantum indenizatório*, que vem sendo uma das maiores preocupações dos analistas das *punitive damages*.

No Brasil, não obstante, a existência de várias críticas à adoção de uma função punitiva na responsabilidade civil extracontratual<sup>208</sup>, como referido anteriormente, ela está plenamente incorporada à nossa prática jurídica, sendo admitida através do labor de nossos principais tribunais, com destaque para seu

---

<sup>204</sup> LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 43, n. 2, p. 1039-1040, 2002.

<sup>205</sup> LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 43, n. 2, p. 1046-1052, 2002.

<sup>206</sup> No caso, a sétima emenda à Constituição dos Estados Unidos, que diz: "In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law".

<sup>207</sup> VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59.

<sup>208</sup> As quais serão tratadas mais detidamente no presente trabalho em momento posterior.



amplo acolhimento na jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, em um cristalino exercício da jurisdição como fonte normativa<sup>209</sup>.

No âmbito do STJ, Maria Celina Bodin de Moraes atribui a consagração da função punitiva à iniciativa pioneira do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que, a partir de 1998, teria incorporado às suas decisões, em sede de reconhecimento de danos extrapatrimoniais, referências aos critérios de fixação do *quantum indenizatório*, baseados no “grau de culpa” do agente e ao “porte econômico das partes”, mais afeitos à lógica punitiva do que à compensatória, bem como passado a afirmar a necessidade de “desestimular” o comportamento do ofensor<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> Acerca da jurisdição como fonte de normas jurídicas e a formação de um “modelo jurisdicional”, ver: REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 69-72.

<sup>210</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 225. A autora faz referência expressa ao Recurso Especial nº 246.258, de Relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim ementado: “RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO IRREGULAR. SPC. EMISSÃO DE DUPLICATAS SEM CAUSA. PROTESTO INDEVIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VALOR EXCESSIVO. CASO CONCRETO. RECURSO ACOLHIDO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO. I - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato. II - No caso, diante de suas circunstâncias, a condenação mostrou-se exagerada, devendo ser reduzida a patamar razoável”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 246.258 - SP*. Recorrente: Condomínio do Edifício Arcadas do Icaray. Recorrido: Alvaro de Sousa Figueiroa. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 18 de abril de 2000. p. 114. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=200000069396&dt\\_publicacao=07-08-2000&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=200000069396&dt_publicacao=07-08-2000&cod_tipo_documento=>). Acesso em: 16 fev. 2012). O mesmo entendimento já havia sido consagrado em acórdão, de Relatoria do Min. Sálvio Teixeira, publicado no ano anterior (1999): “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. AGRESSÕES POR SEGURANÇAS DE SHOPPING CENTER. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. HONORÁRIOS. CONDENAÇÃO. OBSERVÂNCIA AO ART. 21, CPC. RECURSO DESACOLHIDO. I - A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica. II - Diante dos fatos da causa, razoável a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem, levando-se em consideração não só a desproporcionalidade das agressões pelos seguranças como também a circunstância relevante de que os shopping centers são locais freqüentados diariamente por milhares de pessoas e famílias. III - Em face dos manifestos e freqüentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle. IV - Calculados os honorários sobre a

De fato, o pioneirismo do Ministro Teixeira deve ser destacado, já em decisão datada de 1995<sup>211</sup>, na qual, ao examinar a questão relativa à violação de direitos autorais, em discussão sobre a aplicação do art. 122 da, então, vigente Lei 5.988/73 (anterior Lei dos Direitos Autorais), afirmou, sobre a natureza da reparação no caso:

A isso se acresce a já mencionada circunstância de que não houve no caso violação apenas a direitos patrimoniais, mas também a direitos morais do autor, relativos estes, como visto, à escolha do momento de divulgação e da forma de apresentação da obra ao público. Por outro lado, aduz-se, a norma do art. 122 da Lei 5.988/73, além do conteúdo estritamente indenizatório, além – em outras palavras – de compreender a reparação devida, contém ainda um componente de caráter sancionatório inibidor da prática de novos procedimentos transgressivos. Tanto assim que tal disposição se inclui entre as que compõem o Capítulo II do Título VIII do aludido diploma legislativo, intitulado ‘Das Sanções Civil e Administrativas’<sup>212</sup>.

---

condenação, a redução devida pela sucumbência parcial nela foi considerada”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 215.607 - RJ*. Recorrente: Condomínio do Ilha Plaza Shopping Center. Recorrido: Umberto Estachio Goulart Gonzalez e outros. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 17 de agosto de 1999. p. 72. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199900446852&dt\\_publicacao=13-09-1999&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199900446852&dt_publicacao=13-09-1999&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 16 fev. 2012).

<sup>211</sup> Assim ementada: “DIREITOS AUTORAIS. NOVELA. DESFECHO ANTECIPADO POR PUBLICAÇÃO EM REVISTA. REPRODUÇÃO IPSIS LITTERIS DE BOA PARTE DO SCRIPT DO ULTIMO CAPITULO, INEDITO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO AUTOR. CONDUTA QUE NÃO ENCONTRA ABRIGO OU RESPALDO NOS DIREITOS DE CITAÇÃO OU INFORMAÇÃO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA NOS MOLDES DO ART. 122 DA LEI N. 5.988/73. RECURSO PROVIDO. I - A DIVULGAÇÃO (PUBLICAÇÃO) EM REVISTA DE CENAS DO ULTIMO CAPITULO DE NOVELA, COM TRANSCRIÇÃO INTEGRAL E LITERAL DE SIGNIFICATIVA PARTE DO RESPECTIVO SCRIPT, REALIZADA SEM AUTORIZAÇÃO DO AUTOR E CERCA DE UMA SEMANA ANTES DE REFERIDO CAPITULO SER TRANSMITIDO PELA TELEVISÃO, E PROCEDIMENTO QUE ENCERRA OFENSA AOS DIREITOS AUTORAIS, TANTO DE ORDEM PATRIMONIAL COMO MORAL, NÃO ESTANDO ALBERGADO OU AMPARADO PELO DIREITO DE CITAÇÃO, TAMPOUCO PELO DE INFORMAÇÃO. II - CONCLUSÃO QUE SE IMPÕE NÃO SO EM FACE DOS DITAMES DA LEI 5.988/73, MAS TAMBEM A LUZ DO PRINCIPIO QUE REPUDIA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. III - A FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATORIO HA DE FAZER-SE, EM CASOS TAIS, SEGUNDO O DISPOSTO NO ART. 122 DA LEI DOS DIREITOS AUTORAIS, QUE, ALEM DE CONTEMPLAR A REPARAÇÃO DEVIDA, CONTEM AINDA INGREDIENTE DE CARATER SANCIONATORIO, INIBIDOR DA PRÁTICA DE NOVOS COMPORTAMENTOS TRANSGRESSIVOS”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 23.746 - SP*. Recorrente: Cassiano Moraes Mendes. Recorrido: Bloch Editores S/A. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 28 de março de 1995. p. 32364. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199200152937 &dt\\_publicacao=02-10-1995&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199200152937 &dt_publicacao=02-10-1995&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 16 fev. 2012).

<sup>212</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 23.746 - SP*. Recorrente: Cassiano Moraes Mendes. Recorrido: Bloch Editores S/A. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 28 de março de 1995. p. 32364. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199200152937&dt\\_publicacao=02-10-1995&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199200152937&dt_publicacao=02-10-1995&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

Após dois anos, a orientação foi ratificada no julgamento do Recurso Especial nº 150.467/RJ<sup>213</sup>, de Relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro, o qual, examinando a mesma matéria (no caso, a utilização não consentida de trabalho científico em peça de divulgação de produto) e fazendo referência expressa ao posicionamento adotado pelo Ministro Teixeira, no acórdão supramencionado, afirmou, sobre a imposição de uma indenização com aspecto sancionatório, no caso:

Essa efetivamente é a melhor doutrina. A ser de modo diverso, não se precisaria mais do consentimento do autor para publicação de suas obras. Negado aquele, far-se-ia essa, não obstante, e o pagamento seria o mesmo que se houvesse aquiescência. Na vigência dos dispositivos do Código Civil pertinentes à matéria, já se pronunciara o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de que relator Victor Nunes Leal, citado no especial, acentuando que o ato vedado não pode ter a mesma consequência do permitido (RTJ 38/271)<sup>214</sup>.

Importante notar que, a partir dos entendimentos ilustrados, pertinentes à uma questão especificamente regulada por dispositivo que denota aspecto punitivo, a noção de que a responsabilidade civil teria uma função “sancionatória” a cumprir, parece ter passado a ser um entendimento compartilhado no Tribunal, mesmo para casos não abrangidos pelas mesmas características, como se percebe no julgamento de outro Recurso Especial, nº 283.319/RJ. Já no ano de 2001<sup>215</sup>, desta vez relatado pelo Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, examinou o

<sup>213</sup> Ementa: “Direitos autorais. Utilização, não autorizada, de trabalho científico, na divulgação de produto. Indenização. Arbitramento. O ressarcimento devido ao autor haverá de superar o que seria normalmente cobrado pela publicação consentida. A ser de modo diverso, sua aquiescência seria, na prática, dispensável. Cumpre, ao contrário, desestimular o comportamento reprovável de quem se apropria indevidamente da obra alheia”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 150.467 - RJ*. Recorrente: Omar dos Santos Carvalho e outro. Recorrido: MB Bioquímica Ltda. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 11 de Novembro de 1997. p. 77. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199700708837&dt\\_publicacao=24-08-1998&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700708837&dt_publicacao=24-08-1998&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 16 fev. 2012).

<sup>214</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 150.467 - RJ*. Recorrente: Omar dos Santos Carvalho e outro. Recorrido: MB Bioquímica Ltda. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 11 de Novembro de 1997. p. 77. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199700708837&dt\\_publicacao=24-08-1998&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700708837&dt_publicacao=24-08-1998&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

<sup>215</sup> Ementado da seguinte forma: “Responsabilidade civil. Dano moral. Espancamento de condômino por seguranças do Barrashopping. Indenização. Fixação. I – A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza. II – Segundo reiterados precedentes, o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle desta Corte, recomendando-se que a sua fixação seja feita com moderação. III – Recurso especial conhecido e parcialmente provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 283.319 - RJ*. Recorrente: Condomínio do Shopping Center da Barra. Recorrido: Hugo Neves Fernandes Filho. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 08 de maio de 2001. p. 207. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=53802&nreg=200001068393&dt=20010611&formato=PDF>>>. Acesso em: 16 fev. 2012).

caso de um frequentador de *Shopping Center* que fora agredido pelos seguranças do estabelecimento. E afirmou o Relator:

Todavia, considerar a teoria da razoabilidade não significa estabelecer valores fixos, imutáveis, os quais não possam ser adaptados aos diferentes fatos que se deduzem em juízo, cada qual com sua singularidade. Ao contrário, decidir de acordo com critérios de razoabilidade significa atentar para as peculiaridades do caso concreto e estabelecer valores que possam significar uma compensação à vítima - ainda que precária, pois dor não se contabiliza - e, ao mesmo tempo, um incentivo para que o ofensor não venha a incidir novamente na conduta indesejada.

Além disso, não seria razoável uma indenização irrisória, que pouco significasse ao ofendido, nem uma indenização excessiva, com a qual o autor do fato não pudesse arcar sem enormes prejuízos, também socialmente indesejáveis.

A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza<sup>216</sup>.

Aqui, se observa uma situação bastante peculiar, ao nosso ordenamento: o ingresso da função punitiva na responsabilidade civil extracontratual *através* da hipótese específica da reparação do dano extrapatrimonial, diferentemente, por exemplo, da experiência das *punitive damages* do direito americano, pelas quais não há, necessariamente, essa conexão. De fato, o argumento utilizado, de certa forma, vincula o aspecto sancionatório à própria *natureza* da reparação do dano extrapatrimonial.

Tal circunstância, oriunda, provavelmente, da engenhosidade judicial para contornar a dificuldade imposta pela ausência de previsão legal acerca das indenizações punitivas<sup>217</sup> (ainda que esse engenho não seja isento de críticas<sup>218</sup>), apresenta, pelo menos, três consequências imediatas: (a) apartou a função punitiva das hipóteses de indenização por danos patrimoniais, ainda que derivadas de comportamentos socialmente gravosos, que mereceriam ser penalizados; (b) acabou por disseminar a função punitiva para um número

<sup>216</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 283.319 - RJ*. Recorrente: Condomínio do Shopping Center da Barra. Recorrido: Hugo Neves Fernandes Filho. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 08 de maio de 2001. p. 207. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=53802&nreg=200001068393&dt=20010611&formato=PDF>>. Acesso em: 16 fev. 2012

<sup>217</sup> Questão que será explorada mais adiante, no presente trabalho.

<sup>218</sup> Diz Flavia Püschel: “[...] a distinção entre danos patrimoniais e danos morais não fornece um critério racional para estabelecer quando a responsabilidade civil deve ser punitiva e que sua introdução em nosso direito com base nesse critério foi circunstancial [...]”. (PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 18, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9666>>. Acesso em: 20 fev. 2013).

bastante amplo de casos, pois, a rigor, toda a situação que enseja indenização por danos extrapatrimoniais acaba ensejando, também, a penalização do agente (por ser esta uma decorrência “natural” do tipo de indenização); (c) dificultou a identificação, dentro do próprio conjunto dos danos extrapatrimoniais indenizáveis, daqueles casos em que não haveria muito sentido se falar em sancionamento, dado o grau levíssimo de reprovabilidade na conduta do ofensor.

De qualquer sorte, a lógica punitiva na quantificação do dano extrapatrimonial resta consagrada e pode ser observada, a partir dos critérios normalmente utilizados na jurisprudência para a fixação do *quantum* indenizatória. Maria Celina Bodin de Moraes, em levantamento bastante referido<sup>219</sup>, aponta:

Com poucas variações, podem ser considerados aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral: i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa); ii) a situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); e v) a intensidade de seu sofrimento<sup>220</sup>.

Dentre os critérios apontados, destacam-se a dimensão da culpa do ofensor (i) e sua situação econômica (ii) como aqueles que se apresentam afeitos à racionalidade punitiva. Com efeito, se a finalidade da indenização fosse tão somente reparatória, os critérios (iii) e (v) apresentar-se-iam como exclusivos, pois, dentro da ideia de justiça corretiva para fins de *quantificação*, o grau de culpa do ofensor e sua situação econômica pouco importariam, uma vez que, como visto, a restauração do equilíbrio perdido ocorre a partir da abstração das características peculiares das partes (ao contrário da justiça distributiva) e pelo emprego de um visão voltada para o bem ou o interesse cuja integridade deva ser restaurada.

Nesse sentido, se posiciona Paulo Sanseverino:

Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do

<sup>219</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 283; COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos tribunais brasileiros e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 181.

<sup>220</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 295-296. Carlos Roberto Gonçalves também efetuou levantamento com resultados muito similares: ver GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11, p. 367. Ver também SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 211.

ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do valor da indenização, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita.

Na situação econômica do ofensor, manifestam-se as funções preventiva e punitiva da indenização por dano moral, pois, ao mesmo tempo em que se busca desestimular o autor do dano para a prática de novos fatos semelhantes, pune-se o responsável com maior ou menor rigor, conforme sua condição financeira<sup>221</sup>.

O reconhecimento da função punitiva em nosso direito, no entanto, está muito distante de se encontrar isento de intenso criticismo, que se manifesta sob os mais variados argumentos, desde a falta de previsão legal até sua impossibilidade, em face de outras normas incidentes, como os princípios da reparação integral e da vedação ao enriquecimento sem causa. Assim, impõe-se analisar o conteúdo e o alcance de tais críticas.

O argumento desabonatório mais frequentemente invocado é o da falta de previsão legal para a adoção da indenização punitiva, de forma geral<sup>222</sup>. Com efeito, não apenas não existiria tal previsão, como também, em, pelo menos, três oportunidades mais notórias, em nossa história legislativa recente, as tentativas para seu estabelecimento, mediante aprovação de texto legal no Congresso Nacional, foram malogradas.

A primeira delas ocorreu quando dos trabalhos legislativos anteriores à edição da Lei 8.078/90. O projeto continha uma disposição, no art. 16, que claramente instituía a hipótese de indenização punitiva, ao prever:

Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor

---

<sup>221</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 284. Também MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 296-298.

<sup>222</sup> Esse ponto é suscitado em SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 284. Também MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 217-218; VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 81-82; PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 21, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9666>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável<sup>223</sup>.

A Presidência da República, no entanto, utilizando-se da prerrogativa constitucional de veto, se opôs ao dispositivo, mediante o seguinte fundamento:

O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da 'multa civil', sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade<sup>224</sup>.

Mais recentemente, através do Projeto de Lei nº 6.960/02, foi efetivada uma nova tentativa, através da inclusão de um segundo parágrafo, junto ao art. 944 do Código Civil, com a seguinte redação: "*A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante*"<sup>225</sup>. Tal proposição, no entanto, a exemplo do art. 16 do projeto que originou a legislação consumerista, restou rejeitada, desta feita, ainda internamente à Câmara dos Deputados, através de parecer negativo exarado pelo Relator, Deputado Vicente Arruda, nos seguintes termos:

Art. 944 - A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: 'adequado desestímulo ao lesante'. Além do mais confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão<sup>226</sup>.

<sup>223</sup> Conforme Mensagem nº 664. BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/antecedente\\_98/vep664-L8078-90.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/antecedente_98/vep664-L8078-90.htm#art16)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

<sup>224</sup> BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/antecedente\\_98/vep664-L8078-90.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/antecedente_98/vep664-L8078-90.htm#art16)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

<sup>225</sup> De acordo com o texto original do Projeto. FIUZA, Ricardo. *Projeto de lei nº , de 2002*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D2A6ABAB6167EFF4442EF73135972BD0.node2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D2A6ABAB6167EFF4442EF73135972BD0.node2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

<sup>226</sup> Relatório da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO. *Projeto de Lei nº 6.960 de 2002*. Relator Deputado Vicente Arruda. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=196514&filename=Tramitacao-PL+6960/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=196514&filename=Tramitacao-PL+6960/2002)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

Ainda mais recentemente, no Senado Federal restou arquivado, com parecer negativo, o Projeto de Lei nº 114, de 2008, de autoria do Senador Lobão Filho, que também pretendeu modificar o teor do art. 944 do Código Civil, conferindo-lhe a redação subsequente:

Art. 944. O juiz, ao estabelecer a indenização por danos morais, atenderá aos seguintes critérios:  
 I – Extensão e a gravidade do dano;  
 II – Gravidade e repercussão da ofensa;  
 III – Sofrimento experimentado pelo ofendido;  
 IV – Condição econômica do ofensor;  
 V – se o valor pleiteado se ajusta a situação posta em julgamento.  
 § 1º Fica vedada qualquer indenização superior ao valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais).  
 § 2º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano poderá o juiz reduzir, eqüitativamente (sic), a indenização<sup>227</sup>.

Como já referido, a consagração da função punitiva dar-se-ia, no caso, através do critério da condição econômica do ofensor; contudo, a exemplo das situações anteriormente relatadas, também esse terceiro movimento não alcançou êxito, uma vez aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em 04 de maio de 2011, o parecer do Relator do Projeto, Senador Álvaro Dias, pela rejeição<sup>228</sup>.

Assim, parece clara a rejeição do legislador ordinário, em relação à hipótese de consagração da função punitiva como regra geral de direito indenizatório, a contrastar com a plena acolhida do princípio da reparação integral, presente no *caput* do art. 944 do Código Civil. O fato leva uma parcela absolutamente significativa da doutrina a concluir pela não recepção, em nosso ordenamento positivo, das indenizações punitivas, seja por inspiração continental (pena privada) ou anglo-saxônica (*punitive damages*)<sup>229</sup>.

<sup>227</sup> BRASIL *Projeto de lei do Senado, nº 114 de 2008*. Altera o artigo 944 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer parâmetros e limitar o valor de indenizações por danos morais. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=53293&tp=1>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

<sup>228</sup> Conforme relatório do Senador Álvaro Dias. BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 242, de 2001*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=89874&tp=1>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

<sup>229</sup> Nesse sentido, conclui Sanseverino: “Assim, no contexto atual do direito brasileiro, não há espaço para o acolhimento dos *punitive damages*, carecendo de regulamentação legal expressa por refugir o instituto de nossa tradição jurídica”. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 284. Também MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 76). Admitindo a dificuldade de admissão da função punitiva em face da ausência de previsão legal expressa, mas,



Há, porém, vozes discordantes, que, sem deixar de reconhecer a importância da rejeição do legislador ordinário, buscam, na concretização dos direitos fundamentais, a possibilidade de aplicação da função punitiva, em face do direito positivo. Sob essa ótica, a possibilidade de majoração do *quantum* indenizatório em função de um juízo de reprovabilidade da conduta do agente, restaria albergado na denominada “eficácia horizontal” direta ou imediata dos direitos fundamentais, de inspiração germânica, consistente na ideia de que tais direitos devem poder ser invocados pelos particulares em suas relações, independentemente de mediação do ordenamento infraconstitucional<sup>230</sup>.

Dessa forma, a eficácia<sup>231</sup> horizontal direta, instrumento especialmente relevante de aplicação da chamada “constitucionalização” do direito privado em nossa experiência jurídica, demandaria o reconhecimento de que a função punitiva é meio de realização das normas constitucionais, que consubstanciam direitos ou garantias fundamentais, a saber: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)<sup>232</sup> ou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225)<sup>233</sup>.

---

flexibilizando tal posicionamento em casos extremos, diz Maria Celina Bodin de Moraes: “É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. Requer-se a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de juízo de punição”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263).

<sup>230</sup> A literatura atual sobre essa doutrina é extremamente volumosa, dificultando até mesmo a tarefa de escolher referências iniciais. Contudo, boas noções podem ser buscadas em: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 200-209; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 86-98; Também as obras de Ingo Wolfgang Sarlet, em especial: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>231</sup> Ou aplicabilidade, segundo Virgílio Afonso da Silva. (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54-60).

<sup>232</sup> Nesse sentido, é entendimento de André Gustavo Corrêa de Andrade: “Independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente de princípio constitucional. É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que se encontra a sua base lógico-jurídica”. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência da common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 237).

<sup>233</sup> Conforme Carolina Vaz: “Arrematando-se, deve ser recapitulado, então, que a fixação das prestações punitivas e dissuasórias de ofício ou mediante provocação é poder inerente à Magistratura, no uso de todos os meios jurídicos necessários para fazer valer aqueles direitos mais importantes na sociedade, trazidos pela Constituição Federal e ordem infraconstitucional”. (VAZ,

Sob tal perspectiva, a ausência de previsão infraconstitucional não poderia servir de óbice à efetivação do direito fundamental em questão, caso a indenização punitiva consista em meio eficaz para sua proteção.

Recorde-se, também, que a inter-relação entre reparação do dano extrapatrimonial e elementos de caráter penal sequer são uma novidade em nossa legislação, como já referido. O art. 122 da Lei 5.988/73, já versado nos acórdãos de relatoria dos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Eduardo Ribeiro; os mencionados artigos 1.538 e 1.547, parágrafo único, do Código Civil de 1916; o art. 84 da Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), que estabelecia como critério de reparação, dentre outros, a situação econômica do ofensor e a intensidade de seu ânimo de ofender; a Lei 4.737/65 (antigo Código Eleitoral), que, em seu art. 243, §2º, fazia referência à possibilidade de aplicação do mesmo artigo 84, para a indenização do ofendido por propaganda política caluniosa, injuriosa ou difamatória; o art. 53, II, da Lei 5.350/67 (Lei de Imprensa), que previa, também, como critério de quantificação do dano causado pela atividade jornalística, “a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável”, bem como sua “situação econômica” e, até mesmo, o fato deste ser reincidente na conduta. Em todas essas disposições, mesmo que incidentes em contextos mais específicos, as ideias de reparação e de punição na indenização estão absolutamente imbricadas, e o fato de não haver uma previsão legal genérica para a indenização punitiva não deve apagar o fato de que já convivemos bastante com ela, ao longo de nossa história legislativa.

Além da ausência de previsão legal genérica, a função punitiva também tem enfrentado a resistência dos que vislumbram, em sua consagração, uma oportunidade para enriquecimento, alegadamente sem causa, da vítima do dano<sup>234</sup>, pelo que, nesse caso, restaria consagrada violação à norma extraída do art. 884 do Código Civil.

Nessa hipótese, no entender de Giovanni Ettore Nanni, o enriquecimento sem causa é utilizado como princípio - e não como fonte obrigacional:

---

Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 128).

<sup>234</sup> Sobre essa crítica, conferir: VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83.

Por isso, em variadas faces o enriquecimento sem causa pode apresentar-se, não necessariamente como fonte de obrigações, mas como princípio.

[...]

Uma circunstância usual é pertinente para ilustrar esse posicionamento: nas discussões a respeito da fixação de indenização por dano patrimonial ou extrapatrimonial, em ação judicial de reparação de danos, é argumento freqüente (sic) que a quantia a ser estabelecida não pode ser muito elevada ou desproporcional ao dano, sob pena de caracterizar um enriquecimento sem causa<sup>235</sup>.

De fato, o critério judicial de quantificação do dano correspondente a levar em conta as condições sociais e econômicas da vítima, normalmente, é vinculado à justificativa de evitar o enriquecimento injustificado desta, com o efeito reflexo de aplacar o receio de que a responsabilidade civil com função punitiva venha a ensejar uma “loteria judiciária”, outra crítica comumente referida ao instituto<sup>236</sup>.

Tal argumento impulsiona muitos autores<sup>237</sup> a ressaltarem o fato de que a quantia superior à indenização devida, a título de reparação da vítima (ou seja, o valor a ser atribuído, a título de punição) poderia não lhe ser destinada, mas, a um fundo de prevenção e de tratamento de situações similares, como o que se verifica, em nosso direito, no art. 13<sup>238</sup> da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que determina serem direcionados a um fundo gerido por representantes da comunidade e do Ministério Público, os recursos oriundos de condenações por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, aos bens e aos direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentre outros.

Tal solução, denominada como *decoupling*<sup>239</sup>, na doutrina americana<sup>240</sup>, tem a evidente vantagem de buscar congregar o atendimento à função reparatória

<sup>235</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 168.

<sup>236</sup> VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83; LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 43, n. 2, p. 1083-1084, 2002.

<sup>237</sup> VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 84-85; LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 43, n. 2, p. 1083-1084, 2002; PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 22, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9666>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

<sup>238</sup> Que diz: “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”.

<sup>239</sup> Ou “dissociação”.

<sup>240</sup> Ver: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1. 2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244.

e indenitória, já que determina a destinação, à vítima, apenas do valor correspondente à extensão do dano. Ao mesmo tempo, preserva a possibilidade de majoração da indenização em desfavor do responsável, possibilitando o elemento sancionador da conduta<sup>241</sup>.

---

<sup>241</sup> São exemplos de aplicação do *decoupling*, na jurisprudência gaúcha: “DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO GERIÁTRICO LOCALIZADO NO MUNICÍPIO DE CRISTAL. PROVA CONSUBSTANCIADA EM ESTUDOS SOCIAIS, FOTOGRAFIAS E DEPOIMENTOS PESSOAIS QUE DEMONSTRARAM AS PRECÁRIAS CONDIÇÕES DO ESTABELECIMENTO PARA MANUTENÇÃO DOS IDOSOS SOB CUIDADOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES QUE RESTOU NOTICIADA PELO PROPRIETÁRIO DA CASA GERIÁTRICA. IDOSOS QUE FORAM RETIRADOS DO LOCAL. NEGLIGÊNCIA DO PROPRIETÁRIO DO ESTABELECIMENTO E OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL QUE GERAM O DEVER DE INDENIZAR. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA. DESTINAÇÃO AO FUNDO MUNICIPAL DOS DIREITOS DO IDOSO DE CAMAQUÃ. 1. Da prova produzida nos autos consubstanciada em estudos sociais, fotografias e depoimentos de testemunhas foi possível concluir que os idosos que viviam no Asilo Geriátrico São Mateus, no Município de Cristal, estavam sendo abrigados em condições precárias de saúde, higiene e alimentação. O encerramento das atividades do estabelecimento não elide a responsabilidade dos réus. 2. A ação civil pública proposta pelo Ministério Público merece ser parcialmente acolhida para reconhecer ao menos o dever dos réus de indenizar os idosos pela negligência do proprietário do estabelecimento geriátrico e pela omissão do Poder Público com a fiscalização. Direitos e garantias dos idosos previstos na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso que não restaram respeitados. Indenização por dano moral devida. Destinação da verba indenizatória ao Fundo Municipal dos Direitos do Idoso de Camaquã, município limítrofe ao Município de Cristal, que teve área emancipada daquele. Criação do Conselho e Fundo Municipal dos Direitos do Idoso pela Lei-Camaquã nº 41/92. Sentença reformada em parte. Precedentes catalogados. Ônus sucumbenciais redistribuídos. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n.º 70030232987*. Recorrente: Ministério Público. Recorridos: Município De Cristal e outros. Relator: Des. Nelson Antonio Monteiro Pacheco. Porto Alegre, 27 de setembro de 2012. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70030232987&num\\_processo=70030232987&codEmenta=4941527&tmlntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70030232987&num_processo=70030232987&codEmenta=4941527&tmlntTeor=true)>. Acesso em: 16 fev. 2012.); “TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. O Direito deve ser mais esperto do que o torto, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores,

Em que pesem outras críticas, também comumente efetivadas, em relação à adoção da função punitiva na responsabilidade civil<sup>242</sup>, a tese não visa esgotar o rol de possíveis objeções, mas sim, procurar, através do exame da função punitiva sob a ótica da análise econômica do direito, especificamente no contexto da empresa, lançar uma nova luz sobre o tema.

Para tanto, se torna necessário salientar que falar em função punitiva da responsabilidade civil, na realidade, significa referir, muito frequentemente, a coisas diversas. A punição pode ter um aspecto meramente retributivo e sequer ensejar dissuasão, como nos casos, por exemplo, em que a sanção esteja absolutamente desconectada de uma análise acurada da conduta do agente e se afigure desproporcional; a dissuasão, por outro lado, pode surgir independentemente da existência de uma sanção, como nos casos já mencionados, em que a simples aplicação da função reparatória na responsabilidade civil já é suficiente para desestimular o agente a incorrer na mesma conduta; ainda sobre a dissuasão, esta pode ocorrer em relação ao

---

evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n.º 71001280866*. Recorrente: Eva Shirlei Mello Machado. Recorrido: Kater Administradora De Eventos Ltda. Relator: Dr. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 24 de abril de 2007. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Turmas+Recursais&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=710&intervalo\\_movimentacao=0&N1\\_var2=1&id\\_comarca1=710&num\\_processo\\_mask=71001280866&num\\_processo=71001280866&numCNJ=N&id\\_comarca2=700&uf\\_oab=RS&num\\_oab=&N1\\_var2\\_1=1&intervalo\\_movimentacao\\_1=15&N1\\_var=&id\\_comarca3=700&nome\\_parte=&tipo\\_pesq=F&N1\\_var2\\_2=1](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Turmas+Recursais&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=710&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=710&num_processo_mask=71001280866&num_processo=71001280866&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1)>. Acesso em: 16 fev. 2012.).

<sup>242</sup> Caroline Vaz enumera, ainda: (1) a sobreposição, nas indenizações punitivas, entre direito penal e civil; (2) a mercantilização das relações existenciais que ela enseja; (3) nas hipóteses da conduta praticada consistir, também, um ilícito penal, a possibilidade de ocorrência de *bis in idem*; (4) o art. 5º, X, da Constituição Federal, falaria apenas e reparação, e não em punição pelos danos causados (VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83). Já Paula Meira Lourenço acrescenta: (5) a arbitrariedade e o caráter indeterminado do montante atribuído; (6) a ineficácia, em alguns casos, de sua imposição (LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 43, n. 2, p. 1084-1087, 2002. Flavia Portella Püschel adiciona: (7) a falta de garantias ao réu, no processo civil, equivalentes ao processo penal; (8) sua impossibilidade em casos de responsabilidade objetiva, pela falta de análise da conduta do agente; (9) a existência de contrato de seguro pode alterar a funcionalidade da atribuição da sanção. (PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 21-22, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9666>>. Acesso em: 20 fev. 2013); por fim, Maria Celina Bodin de Moraes ainda acrescenta, em relação ao *punitive damages*, (10) o fato de ser um instituto totalmente anômalo em relação à nossa tradição jurídica (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 258).

agente e, também, a terceiros, quando caberia falar em um efeito de exemplaridade da punição. As sutilezas, porém, muitas vezes, desaparecem, ao se tratar da função punitiva, o que prejudica a compreensão do instituto.

Assim, na segunda parte da tese, pretender-se-á, mediante recurso à metodologia da análise econômica do direito, apresentar um tratamento da função punitiva que respeite as diferenças entre seus possíveis efeitos e que possa elucidar pontos que parecem ainda restar obscurecidos, na discussão sobre sua aplicabilidade no direito brasileiro.

## PARTE II - A FUNÇÃO DISSUASÓRIA: SUAS POSSIBILIDADES E LIMITES DE APLICAÇÃO À LUZ DE FUNDAMENTOS ECONÔMICOS

*The man of system, on the contrary, is apt to be very wise in his own conceit; and is often so enamoured with the supposed beauty of his own ideal plan of government, that he cannot suffer the smallest deviation from any part of it. He goes on to establish it completely and in all its parts, without any regard either to the great interests, or to the strong prejudices which may oppose it. He seems to imagine that he can arrange the different members of a great society with as much ease as the hand arranges the different pieces upon a chess-board. He does not consider that the pieces upon the chess-board have no other principle of motion besides that which the hand impresses upon them; but that, in the great chess-board of human society, every single piece has a principle of motion of its own, altogether different from that which the legislature might chuse to impress upon it. If those two principles coincide and act in the same direction, the game of human society will go on easily and harmoniously, and is very likely to be happy and successful. If they are opposite or different, the game will go on miserably, and the society must be at all times in the highest degree of disorder.*

ADAM SMITH, *Theory of moral sentiments*.

A expressão “função punitiva”, como referido, abarca diversas acepções, podendo se falar em uma eficácia retributiva, decorrente da ideia de pena, no sentido de atribuir ao agente causador do dano um malefício, como forma de represália por sua conduta, em uma aplicação retrospectiva da punição.

Todavia, a punição também pode apresentar uma face prospectiva, na forma de tentar evitar que o agente ou que terceiros venham a praticar o mesmo tipo de atividade danosa. Dessa forma, a pena teria uma eficácia de dissuasão ou de exemplaridade, com o objetivo de erradicar a conduta que ocasionou o dano.

No que diz respeito à função dissuasória, aquela voltada para que o agente não mais repita a conduta socialmente indesejável, sobre a qual irá se tratar no decorrer dessa tese, mediante o emprego dos métodos da análise econômica do direito, ainda que se discuta, como visto, a viabilidade - ou não (ou a conveniência - ou não) da adoção das indenizações com caráter punitivo, é tarefa extremamente árdua sustentar que a responsabilidade civil não possa - ou não deva - produzir efeito de desestímulo à repetição da conduta.

Em primeiro lugar, porque a própria função reparatória, expressa através da reparação integral, pode produzir efeito dissuasório, na medida em que obriga o agente a internalizar a totalidade dos prejuízos que tenha causado, gerando incentivos para que ele não venha mais a praticar a conduta que resultou no dano.

Assim, extirpar esse elemento dissuasório da própria reparação não parece sequer ser possível ou mesmo desejável, com adiante será tratado.

Segundo, partindo-se do princípio de que o direito não deva incentivar comportamentos danosos, então, a função dissuasória, nos casos em que a aplicação da regra meramente reparatória encontre dificuldades para ser implementada, é medida que se impõe para preservar a integridade jurídica das potenciais vítimas e sua dignidade.

As condições para a aplicabilidade da eficácia dissuasória, porém, devem obedecer a uma lógica que, efetivamente, faça jus ao fundamento da ideia de dissuasão através da responsabilidade civil, ou melhor, da utilização do mecanismo indenizatório para desincentivar comportamentos socialmente danosos.

Passa-se então a defender que, caso se pretenda efetivamente produzir o efeito de desincentivo, a lógica econômica se imponha como adequada, não apenas a justificar o conceito da indenização com eficácia dissuasória, como também, ao refinamento de sua prática, uma vez que a lógica possa apontar quais os critérios que, usados como balizadores do *quantum* indenizatório, deverão motivar uma tomada de decisão, por parte do potencial ofensor, no sentido de não praticar a conduta danosa, ainda mais quando este, como é o caso da empresa, for identificado como um típico agente maximizador.

Se a afirmação de que as pessoas reagem a incentivos é um dos pilares do pensamento econômico, então, a utilização da ameaça de imposição de uma indenização, para influenciar na tomada de decisão, por parte do agente, como incentivo a que ele não pratique uma determinada conduta, é econômica, em essência.

Dessa forma, a utilização da análise econômica do direito, que vem a ser a corrente funcionalista de maior relevo no direito americano, parece moldada a produzir, pelo menos, percepções importantes para serem discutidas, no âmbito da responsabilidade civil com eficácia dissuasória.



### 3 A LÓGICA ECONÔMICA DAS INDENIZAÇÕES COM EFICÁCIA DISSUASÓRIA: CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Com o objetivo de identificar quais os principais elementos a ser considerados no contexto de uma teoria econômica acerca das indenizações com eficácia dissuasória, importa examinar como vem sendo tratado o tema pela literatura da análise econômica do direito, através do exame de algumas das principais contribuições sobre o tema, as quais passam a ser elucidadas, desde agora.

#### 3.1 A função dissuasória e a *Hand Rule Damages*: a contribuição de Robert Cooter

No estudo da análise econômica das indenizações com eficácia dissuasória, destacam-se os trabalhos de Robert Cooter<sup>243</sup>, principalmente, pela proposta de utilização de uma fórmula, baseada na Regra de Hand<sup>244</sup>, especificamente voltada à

---

<sup>243</sup> Ver, principalmente: COOTER, Robert. Expressive law and economics. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 27, p. 585-608, Jun. 1998; COOTER, Robert. Hand rule damages for uncompensable losses. *San Diego Law Review*, San Diego, v. 40, p. 1097-1121, 2003; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4<sup>th</sup> ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004; COOTER, Robert. Prices and sanctions. *Columbia Law Review*, New York, v. 84, n. 6, p. 1523-1560, Oct. 1984; COOTER, Robert. Punitive damages for deterrence: when and how much? *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, AL, v. 40, p. 1143, 1989; COOTER, Robert. Punitive damages, social norms and economic analysis. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 60, n. 3, p. 73, 1997. O fundamento da presente seção está parcialmente elaborado em: COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos tribunais brasileiros e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 175-191.

<sup>244</sup> A Regra de Hand (*Hand Rule*) é originária de um caso da jurisprudência americana, intitulado “*US v. Carroll Towing Co*”, julgado no ano de 1947 e que se tornou emblemático da aplicação da análise econômica da responsabilidade civil. A questão versou sobre o afundamento de uma barca e sua carga no Porto de Nova Iorque. Uma equipe de prepostos da ré, *Carroll Towing Co.*, acabou despreendendo uma embarcação, chamada *Anna C*, que ficou à deriva, colidiu com outro barco e afundou. O proprietário de *Anna C* acionou a empresa *Carroll Towing Co.* alegando negligência de seus prepostos. Por sua vez, a ré alegou que o autor também fora negligente, pois, deveria ter providenciado um preposto encarregado de zelar pela embarcação; a presença deste preposto no porto poderia ter evitado o acidente, já que ele, certamente, evitaria que o despreendimento da barca tivesse acontecido, ou tivesse resultado no acidente. Ao apreciar o caso, o juiz Learned Hand concordou com a postulação da empresa ré, com base em uma formulação fundamentada em raciocínio econômico. Hand estabeleceu que a parte deveria ser considerada negligente, toda a vez que o custo de prevenção do acidente, para ela, fosse menor do que o custo esperado de um acidente. Assim, o dever de cuidado das partes corresponderia à uma função, envolvendo três variáveis: (a) a probabilidade de ocorrência do acidente (*P*); (b) a gravidade da perda resultante caso ele efetivamente ocorra (*L*); e os ônus das precauções adequadas para a prevenção do acidente (*B*). No caso, o juiz Hand entendeu que o réu teria incorrido em culpa concorrente (*contributory negligence*, que, no direito americano à época dos fatos, possibilitava a exclusão de responsabilidade do réu), pois, o custo de manter um funcionário

aferição do *quantum* indenizatório, adequado à obtenção do efeito dissuasório, em bases economicamente racionais.

A fórmula, intitulada *Hand Rule Damages*, induziria, segundo Cooter, o agente à adoção de medidas preventivas que, por sua vez, contribuiriam para a obtenção de um nível ótimo na redução dos custos totais dos acidentes - resultado desejável, em termos de eficiência econômica. Para entender como, no entanto, faz-se, preliminarmente, necessário elucidar alguns pressupostos de análise, quais sejam, as noções de agente racional, de bem-estar social e de custo social total.

- Pressupostos: agente racional e bem-estar social

De acordo com a concepção de racionalidade mais comumente delineada na teoria microeconômica, o agente racional é aquele que adota um comportamento maximizador, nas diversas situações de sua vida<sup>245</sup>; ou seja, quando confrontado com a necessidade de uma tomada de decisão, o indivíduo elege a conduta tendente a maximizar os benefícios e a minimizar eventuais custos, decorrentes dessa conduta, para si<sup>246</sup>.

Uma implicação desta concepção é o pressuposto de que as pessoas reagem a certos tipos de incentivos: ao aumentarmos os benefícios, possivelmente, decorrentes da adoção de uma dada conduta, podemos prever que o indivíduo

---

encarregado da barca (*B*) seria menor do que a probabilidade de uma perda (*P*) multiplicada pela gravidade da perda (*L*). Transformado em uma fórmula matemática, o raciocínio teria a seguinte forma:  $B < PL$ . Assim, o raciocínio econômico acaba por delimitar o âmbito do dever de diligência. Toda a vez que *B* fosse menor que  $P \times L$ , na análise de uma situação que envolva responsabilidade subjetiva, a parte teria infringido o dever de cuidado adequado e, assim, estaria agindo culposamente e justificando a imposição de responsabilidade. Para uma boa explanação sobre a regra de Hand, verificar: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4<sup>th</sup> ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004. p. 334. Sobre sua possível adoção na responsabilidade civil no Brasil, ver: BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTR, 2011.

<sup>245</sup> Para uma introdução à teoria da escolha racional, ver ULEN, Thomas S. "Rational choice theory in law and economics". In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I, Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p. 790-818. Onde se lê, na p. 792: "The second sense in which the profession uses "rational choice" is more formal: consumers have transitive preferences and seek to maximize the utility that they derive from those preferences, subject to various constraints. Transitive preferences are those for which, if some good or bundle of goods denoted *A* is preferred to another good or bundle of goods denoted *B* and *B* is preferred to a third good or bundle of goods denoted *C*, then it must be the case that *A* is preferred to *C*. By contrast, if it were the case that *A* were preferred to *B*, *B* were preferred to *C* and *C* were preferred to *A*, we would find that distinctly odd - indeed, irrational. Similarly unobjectionable is the assumption that the decision maker seeks to maximize utility subject to various constraints (such as those imposed by income, time, cognitive resources and the like)."

<sup>246</sup> Sobre o tema, conferir: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4<sup>th</sup> ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004. p. 15, e POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6<sup>th</sup> ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 3.

tenderia efetivamente a praticá-la; já se o incremento ocorre no montante dos prováveis custos, a previsão seria no sentido de que o agente economicamente racional adotaria linha de ação alternativa<sup>247</sup>.

O segundo pressuposto de análise a ser adotado consiste na noção de bem-estar social (*social welfare*), conforme inferem Polinsky e Shavell:

Social welfare is determined by the well-being of individuals. Thus, social welfare generally rises if individuals' well-being rises, and falls if individuals' well-being falls. In particular, social welfare reflects the deterrence objective of punitive damages, for the avoidance of harm preserves the well-being of persons; [...].<sup>248</sup>

Assim, ao imputar aos ofensores uma quantia acima da que seria destinada a, meramente, reparar ou “compensar” os danos sofridos pelas vítimas dos eventos danosos, anunciando, expressamente, que tal prática vai ao encontro do objetivo de desestimular a prática de determinadas condutas consideradas danosas no meio social, os tribunais brasileiros estariam (ainda que, intuitivamente) adotando uma lógica perfeitamente compatível com os pressupostos elencados, confiando que a imposição de um custo adicional faria o agente desistir de praticar uma determinada conduta (lógica dos incentivos a influir na conduta do agente racional), considerada socialmente indesejável (incrementando o bem-estar social).

Contudo, o erro na aferição de uma quantia indenizatória, a título de desestímulo, pode facilmente levar a consequências também socialmente desvantajosas. Para podermos perceber como tais resultados indesejáveis podem ocorrer - e quais seriam seus efeitos, será preciso elucidar a noção de custo social total.

#### - O custo social total

Normalmente, ao tratar da questão indenizatória nas hipóteses de responsabilidade civil extracontratual, os juristas costumam atentar para apenas um

<sup>247</sup> Segundo COOTER e ULEN: “Economics prided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. People respond to higher prices by consuming less of the more expensive good, so presumably people respond to heavier legal sanction by doing less of the sanctioned activity”. (POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6<sup>th</sup> ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 3).

<sup>248</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 873, Feb. 1998, nota de rodapé 6, em tradução nossa da seguinte passagem: “O bem-estar social é determinado pelo bem-estar dos indivíduos. Assim, o bem-estar social, geralmente, aumenta se o bem-estar dos indivíduos aumenta, e diminui, se o bem-estar dos indivíduos, diminui. Em particular, o bem-estar social reflete o objetivo de desestímulo das indenizações punitivas, pois, a prevenção de danos preserva o bem-estar das pessoas; [...]”

tipo de custo: o do próprio dano, uma vez ocorrido (“a indenização mede-se pela extensão dos danos”).

Entretanto, o valor dos danos não corresponde ao único custo que pode surgir, em casos de responsabilidade civil (em algumas situações-limite, ele sequer seria o mais elevado). Um dos méritos da análise econômica da responsabilidade civil é chamar a atenção para o fato de que existem, também, os custos de precaução<sup>249</sup>, que devem ser considerados<sup>250</sup>.

Os custos de precaução (ou seja, os investimentos que as partes realizam, para tentar evitar a ocorrência de eventos danosos) relacionam-se com a probabilidade de efetivação de tais eventos, de forma decrescente (em princípio), ou seja, é de se esperar que um incremento nos níveis de precaução importaria em uma menor frequência na ocorrência de acidentes<sup>251</sup>.

Assim, as três variáveis (custos de precaução, probabilidade de ocorrência de danos e valor dos danos esperados) devem ser compostas de forma a revelar o custo social total esperado. Tal composição, para Cooter e Ulen, teria a seguinte formulação:  $SC = wx + p(x)A$ , na qual  $SC$  corresponderia ao custo social total,  $wx$  seria a quantia total investida em precauções e  $p(x)A$  significaria a probabilidade de ocorrência de danos multiplicada pelo valor dos danos esperados<sup>252</sup>.

#### Gráfico 1 - Custo Social Total

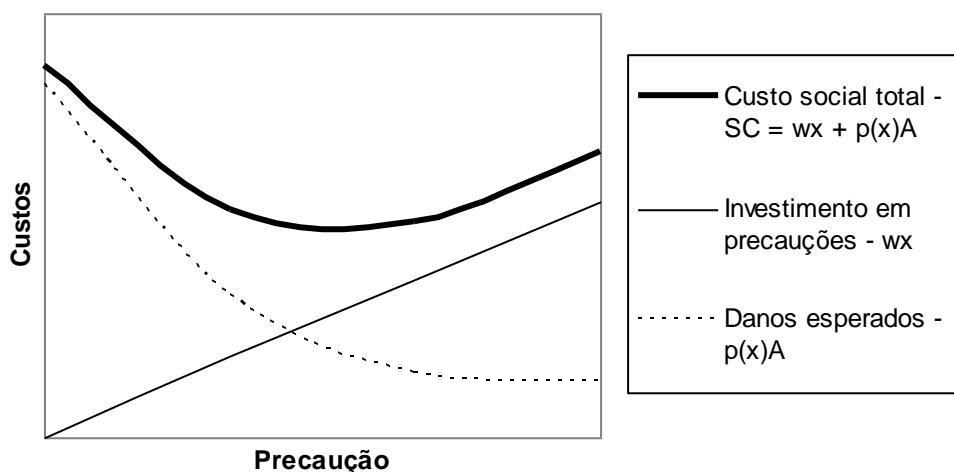
---

<sup>249</sup> Adotamos, aqui, um sentido amplo do termo precaução, como encontrado em: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 879, Feb. 1998: “Any action that reduces the risk or the level of harm constitutes a precaution under our interpretation”.

<sup>250</sup> Evidentemente, podem existir vários outros tipos de custos, como por exemplo, os derivados da utilização dos serviços judiciais.

<sup>251</sup> Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4<sup>th</sup> ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004. p. 320.

<sup>252</sup> Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4<sup>th</sup> ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004. p. 320-321.



Fonte: Fabiano Koff Coulon<sup>253</sup>

O Gráfico 1 permite uma melhor percepção acerca de uma série de elementos, relevantes para a análise: em primeiro lugar, o formato em “U” da linha contínua mais grossa, localizada na parte de cima do modelo, a qual representa o custo social total, mostra que, em certos casos, um incremento nos custos de precaução não implica em resultado eficiente (e nem socialmente desejável, como será adiante exposto).

Isso significa que, além do ponto em que é possível observar um resultado ótimo (o qual corresponderia ao local em que a curva atinge seu ponto mais baixo), qualquer investimento realizado na tomada de precauções (representado pela linha contínua mais fraca, cujo crescimento é constante para representar o aumento constante de investimentos) representaria um aumento no custo social total.

Em segundo lugar, percebe-se, através da visualização da linha pontilhada, representando o montante de danos esperados, que investimentos crescentes a título de prevenção não implicam, necessariamente, a partir de um dado momento e em certos casos, sequer uma redução da probabilidade de ocorrência de eventos danosos, tampouco que alcancem um nível igual a zero<sup>254</sup>.

<sup>253</sup> COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos tribunais brasileiros e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. 2. ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 186. Inspirado nos gráficos encontrados em COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4. ed. [S. l.]: Pearson Addison Wesley, 2004. p. 321; COOTER, Robert. Punitive damages for deterrence: when and how much? *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, AL, v. 40, p. 1162, 1989.

<sup>254</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 880-881, Feb. 1998.

Ou seja, em que pese a magnitude das quantias investidas em equipamentos de segurança no trânsito, na atividade laboral, bem como de cautela na confecção de produtos, de cuidados na prática profissional etc., a redução dos acidentes em cada uma dessas atividades, usualmente, vai observar um padrão acima do resultado idealmente almejado - que seria o da absoluta inocorrência de eventos danosos.

O modelo ainda pode gerar uma terceira conclusão: sem uma pesquisa minimamente adequada acerca das variáveis envolvidas no cálculo do custo social total, fica extremamente dificultada a tarefa de acessar a adequação do montante indenizatório a ser fixado, a título de desestímulo. Sem que se tenha uma ideia das quantias investidas pelas partes para a redução dos eventos danosos, qual a base que teríamos para concluir pela necessidade de atribuição de uma penalidade e, mesmo, pelo montante a ser fixado a título de “incentivo”, para que o causador do dano venha a adotar uma maior dose de cautela?

O fundamento que aqui se coloca pode, também, tomar a seguinte forma: sem uma noção ao menos aproximada dos custos de precaução<sup>255</sup>, seria muito improvável uma estimação mais precisa do *quantum* indenizatório adequado a evitar duas situações<sup>256</sup>: a de desestímulo abaixo do nível desejado<sup>257</sup> (incentivos insuficientes) e a de imposição de incentivos para o investimento em precauções em excesso<sup>258</sup>.

No primeiro caso, qual seja, da assinalação de uma quantia insuficiente para a adoção de cautelas, por parte dos potenciais causadores de dano, os resultados socialmente perniciosos parecem claros. Incentivos inadequados tendem a levar os agentes a adotar um menor investimento em medidas acautelatórias e, portanto, a

---

<sup>255</sup> O qual, recorde-se, é apenas uma das variáveis envolvidas na equação.

<sup>256</sup> Esta afirmação não implica dizer que o conhecimento adequado destes custos resultaria, necessariamente, na solução do problema; tal informação seria, nesse caso, uma condição importante, porém não suficiente, para a determinação de indenizações com parcela de desestímulo autônoma, uma vez que outras variáveis que, aqui, não são discutidas, por razões de espaço (tais como a probabilidade do agente causador do dano escapar da responsabilização, os custos de litigar no Poder Judiciário e o fato das partes serem avessas ao risco - ou não) podem também determinar conclusões diversas. Também, não implica dizer que tal conhecimento autoriza as indenizações punitivas em todos os casos. Ver, por todos: POLINSKY, A. Mitchell e SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 4, fev. 1998, e COOTER, Robert. Punitive damages for deterrence: when and how much? *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, AL, v. 40, p. 1143, 1989.

<sup>257</sup> No original, “*underdeterrence*”, cf. POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 873, Feb. 1998.

<sup>258</sup> Ou “*overdeterrence*”, cf. POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 890, Feb. 1998.

incrementar a probabilidade de ocorrência de eventos danosos. Tal estado de coisas, em princípio, é considerado indesejável, em nossa sociedade<sup>259</sup>; do contrário, sequer teríamos indenizações com parcelas de desestímulo sendo aplicadas, na ocorrência de tais eventos.

Já na segunda situação, correspondente à imposição de incentivos para a adoção de um nível de precauções excessivo (o que, no gráfico, se pode localizar no campo bem à direita do ponto considerado socialmente ótimo), também podem ser produzidos resultados socialmente danosos. Inicialmente, refira-se que tal situação é ineficiente, pois, recursos que poderiam estar sendo investidos em outras finalidades mais valorosas estariam sendo desperdiçados (custo de oportunidade). Tal fato torna-se menos justificável, na medida em que a probabilidade de ocorrência de danos passe a operar um ponto no qual um maior investimento em cautelas não a afeta substancialmente, quando, então, cada real investido serviria apenas para incrementar o custo social total<sup>260</sup>.

Em segundo lugar, o exagero na imposição do fator de desestímulo pode fazer com que os agentes venham a se engajar, com menor frequência, em atividades consideradas, em si, socialmente desejáveis, bem como, em casos extremos, a interromper a prática de tais atividades<sup>261</sup>.

Por exemplo, um jornal que, embora adote certas cautelas no momento da publicação de determinadas notícias (checagem de informações, por parte dos jornalistas, cuidados no uso da linguagem, objetividade na descrição dos fatos), pode ser levado, pela imposição de uma indenização de caráter dissuasório, em nível excessivo, a não mais publicar os nomes ou as fotografias de agentes criminosos, mesmo quando pudesse ser mais desejável que assim o fizesse, para maior informação da sociedade ou mesmo a diminuir o espaço das notícias naturalmente mais sensíveis (páginas policiais e de política, por exemplo).

Finalmente, em certos casos, a imposição de uma indenização com eficácia dissuasória, em situações em que esta medida se mostre excessiva, dado que a parte já invista adequadamente em precauções, pode fazer com que os agentes

---

<sup>259</sup> Além de poderem, também, gerar ineficiência, o que se demonstra pela observância dos pontos à esquerda daquele em que a curva dos custos sociais totais atinge seu nível mais baixo, no gráfico supra.

<sup>260</sup> Cf. POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 879-881, Feb. 1998.

<sup>261</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 882, Feb. 1998.

busquem externalizar esse custo adicional, através da elevação dos preços que praticam, fazendo com que os consumidores venham a arcar com a alocação ineficiente (e ineficaz) de recursos. Tal situação pode ocorrer, em casos de responsabilidade profissional e das empresas, por exemplo<sup>262</sup>.

#### - A Hand Rule Damages

Uma vez reconhecida a perniciosidade dos efeitos decorrentes do *underdeterrence* e do *overdeterrence*, a análise econômica da responsabilidade civil, na visão de Cooter, pode fornecer um critério para a avaliação da necessidade de imposição de uma indenização de caráter dissuasório, justamente levando-se em conta os custos de precaução: seria através da utilização da Regra de Hand, a qual, trabalhando com as variáveis em questão: nível de cuidado (ou investimento em precauções –  $wx$ ), probabilidade de ocorrência dos acidentes ( $p(x)$ ) e danos esperados ( $A$ ), originalmente, estabelece que o agente causador do dano deveria ser responsabilizado toda a vez que  $wx < p(x)A$ <sup>263</sup>. Ou seja, quando o nível de cuidado for menor do que a probabilidade de ocorrência dos danos multiplicada pelos danos esperados, o agente arcaria com a responsabilidade.

A Regra de Hand é, usualmente, utilizada pelos autores vinculados à análise econômica do direito, para estabelecer o padrão de cuidado devido na imputação da responsabilidade<sup>264</sup>. À parte da possível discussão acerca da viabilidade ou a conveniência desse modo de utilização da regra, para Cooter, ela poderia servir para a avaliação da necessidade de imposição de uma indenização de caráter dissuasório, nos casos em que o investimento em precauções, pelo agente causador do dano, se afastasse demasiadamente da região próxima ao ponto mais eficiente (hipóteses nas quais  $wx$  representaria um valor muito menor do que  $p(x)A$ , ou exageradamente maior); caso este exame possa ser procedido, seria, também,

<sup>262</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 883, Feb. 1998. Refira-se que as situações elencadas não esgotam, necessariamente, o espectro de consequências perniciosas, advindas das situações de falta ou de excesso de incentivos, nos custos de precaução. Ver: SCHWARTZ, Gary T. Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment. *South Carolina Law Review*, Columbia, SC, v. 56, p. 135, 1982.

<sup>263</sup> A formulação original seria  $B < pL$ . No texto, mantivemos a notação utilizada por Cooter, já utilizada no gráfico supra.

<sup>264</sup> Cf. COOTER, Robert. Punitive damages for deterrence: when and how much? *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, AL, v. 40, p. 1163, 1989.



possível identificar as situações nas quais tendem a surgir problemas relativos aos incentivos, a fim de evitá-los<sup>265</sup>.

Ademais, a variante da Regra de Hand, denominada, por Cooter como *Hand Rule Damages*, poderia acarretar a adoção de níveis de precaução adequados, por parte dos potenciais causadores de dano. Seu cálculo partiria da definição dos custos das cautelas devidas, segundo um padrão fundado na noção de culpa e da probabilidade da ocorrência do evento danoso, para, então, chegarmos ao valor devido a título de danos esperados.

Então, a Regra de Hand, que, originalmente, se expressa na fórmula  $wx = p(x)A$ <sup>266</sup>, seria invertida para  $A = wx/p(x)$ , uma vez que, aqui, importa encontrar não a definição do nível de cuidado devido (que já estaria dado), mas, o valor indenizatório, de forma que induzisse à adoção de níveis de precaução adequados. Desta forma, atingir-se-ia o efeito dissuasório almejado com a imposição da indenização, nas palavras do próprio Cooter:

A simple example illustrates the mechanics of Hand Rule Damages. If a community standard implies that the reasonable person must spend \$100 to reduce the probability of accidental death by 1/10,000, the Hand Rule method suggests that the accident's social cost is \$1 million (\$100 divided by 1/10,000 = \$1 million). If an injurer is found liable for causing such a fatal accident, setting damages equal \$1 million would make the injurer internalize the accident's social costs.

Hand Rule Damages have a desirable incentive characteristic: A rationally self-interested person who faced liability for Hand Rule Damages would conform to the community standard from which the damages are derived. In the preceding example, a rationally self-interested person would spend \$100 to avoid liability of \$1 million with probability 1/10,000<sup>267</sup>.

<sup>265</sup> Para a utilização da *Hand rule* para a quantificação das indenizações, conferir: COOTER, Robert. Hand rule damages for uncompensable losses. *San Diego Law Review*, San Diego, v. 40, p. 1097, 2003.

<sup>266</sup> Ou seja, o padrão devido de conduta deve igualar-se à multiplicação entre os danos esperados e a probabilidade de sua ocorrência.

<sup>267</sup> Em tradução nossa: "Um simples exemplo ilustra a mecânica da *Hand Rule Damages*. Se o *standard* da comunidade implica em que a pessoa razoável precisaria dispendir \$100 para reduzir a probabilidade de morte acidental por 1/10.000, o método da Regra de Hand sugere que o custo social do acidente seria \$1 milhão (\$100 dividido por 1/10.000 = \$1 milhão). Se um agente for responsabilizado por assim causar um acidente fatal, estipular a indenização em \$1 milhão o faria internalizar os custos sociais dos acidentes. A Regra de Hand indenizatória teria uma característica desejável, em termos de incentivos: uma pessoa racionalmente autointeressada, que enfrentasse responsabilização, através dessa regra, iria se conformar ao *standard* da comunidade do qual a indenização derivaria. No exemplo precedente, uma pessoa racional autointeressada despenderia \$100, para evitar ser responsabilizada no montante de \$1 milhão, com probabilidade de 1/10.000". (COOTER, Robert D.; DEPIANTO, David Ennio. Damages for uncompensable harms. *Research Handbook on the Economics of Torts*, Berkeley, 27 Mar. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2111738>>. Acesso em: 13 fev. 2013).

A proposta de Cooter tem ainda os méritos de proporcionar a identificação das variáveis presentes no cálculo do agente racional, quais sejam: os danos esperados, a probabilidade de sua ocorrência e os custos de precaução. Ainda, demonstrar a centralidade destes para a quantificação de uma indenização com eficácia dissuasória em bases racionais, de forma a evitar os problemas causados pela ineficiência em relação aos custos sociais, representada pelos extremos da *overdeterrence* e da *underdeterrence*. As informações, caso se queira levar a sério a produção do efeito de dissuasão, parecem imprescindíveis à tarefa de quantificação da indenização.

Além das contribuições de Cooter, outros trabalhos em análise econômica do direito ajudam a iluminar o objetivo de conferir às indenizações uma efetiva eficácia dissuasória. Passa-se, agora, à exposição de outra abordagem, considerada canônica, na matéria.

### **3.2 A racionalidade econômica e as indenizações punitivas: a contribuição de A. Mitchell Polinsky e Steven Shavell**

Na literatura de análise econômica das *punitive damages*, atribui-se especial destaque às contribuições de A. Mitchell Polinsky e Steven Shavell, em trabalhos desenvolvidos em conjunto<sup>268</sup>, a partir da década de 1990, mas também, separadamente, no que diz respeito, principalmente, ao último<sup>269</sup>.

Polinsky e Shavell partem de um princípio básico, que irá direcionar o tratamento do tema: para a obtenção do efeito de desestímulo em nível apropriado, as indenizações devem se equiparar à extensão do dano<sup>270</sup>, o que equivale a afirmar o princípio da reparação integral, não apenas como apropriado para a aplicação da justiça corretiva à relação entre as partes, mas também, porque ele as induziria

---

<sup>268</sup> Especialmente: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 869-962, Feb. 1998; POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1.2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244.

<sup>269</sup> SHAVELL, Steven. *Economic analysis of accident law*. Cambridge: Harvard University Press, 2007; SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

<sup>270</sup> Segundo os autores: "Our conclusions in this part flow from the basic principle that, to achieve appropriate deterrence, injurers should be made to pay for the harm their conduct generates, not less, not more". (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 873, Feb. 1998).

(como regra geral) a adotar um nível socialmente ótimo de prevenção à efetivação de eventos danosos.

De fato, em que pese a possível aproximação, neste ponto, à análise da responsabilidade civil em termos de justiça corretiva, a contribuição dos autores, efetivamente, a ela não faz qualquer referência. Com efeito, as justificativas para a adoção do referido princípio básico são de ordem estritamente consequencialista, com preocupação voltada somente aos incentivos que a equiparação da indenização à extensão dos prejuízos sofridos pela vítima possa causar, em termos da concretização de um nível socialmente ótimo de redução, no custo social total.

Polinsky e Shavell apresentam duas razões básicas para a afirmação de que a indenização deve se equiparar à extensão do dano: em primeiro lugar, afirmam que tal operação induziria as partes a adotar *níveis de precaução* que proporcionariam a redução do custo social total<sup>271</sup> (daí, um efeito de dissuasão já inerente à função reparatória); segundo, que ela também faria com que as partes se engajassem em *níveis de atividade*<sup>272</sup> adequados, no que tange ao bem-estar social<sup>273</sup>.

O fundamento da primeira afirmação, de acordo com os autores, residiria no fato de que um agente economicamente racional, interessado em minimizar os custos decorrentes da responsabilização civil, investiria em medidas preventivas até um montante que não excedesse o valor que esperaria pagar, a título de indenização.

Nestes termos, a quantificação em valor inferior aos danos sofridos pela vítima induziria o causador a um menor investimento em precauções, aumentando, assim, a tendência de ocorrerem mais eventos danosos e, com isso, elevando o custo social total. Já a atribuição de um dever de indenizar em patamares superiores incentivaria os potenciais agentes responsáveis a investir excessivamente em medidas preventivas, ocasionando o mesmo efeito de elevação do custo social e

---

<sup>271</sup> Nas palavras dos autores: "If damages equal harm, parties will have socially correct incentives to take precautions; they will be induced to invest in precautions if and only if the cost is less than the resulting reduction in expected harm. If, however, damages are less than harm, precautions will tend to be inadequate, and if damages exceed harm, precautions will tend to be excessive". (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1. 2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244. p. 229.

<sup>272</sup> A consideração dos níveis de atividade do agente na responsabilização civil e criminal já se encontra em: BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, Mar./Apr. 1968.

<sup>273</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1. 2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244. p. 229.

gerando ineficiência, em qualquer dessas hipóteses<sup>274</sup>, como já visto, ao longo do presente estudo.

No que concerne ao segundo argumento, Polinsky e Shavell partem do princípio de que, ao se engajar em atividades potencialmente criadoras de risco, os agentes aumentam a probabilidade de ocorrência de eventos danosos, conforme incrementam o tempo em que permanecem desempenhando essas atividades. Como exemplo do afirmado, os autores mencionam a situação de um motorista que, na medida em que se mantém por mais tempo na condução do veículo, observa uma elevação do risco de se envolver em acidentes, ainda que exerça sua atividade buscando adotar um nível de cuidado adequado<sup>275</sup>.

Nesse ponto de vista, a atribuição de uma obrigação de indenizar na exata medida da extensão dos danos levaria os agentes a observar não apenas um nível ótimo de investimento em precauções, mas também, um patamar eficiente de desempenho, pois, somente faz sentido que eles permaneçam incrementando a prática de sua atividade enquanto o benefício que dela extraem exceda a indenização esperada.

Por exemplo, uma empresa fabricante de bens de consumo só permanecerá aumentando seus níveis de atividade se o total arrecadado por seus produtos supere os custos totais de produção, aí incluídos os danos esperados. Outrossim, se o valor que a empresa tiver de pagar pelos danos ficar aquém da extensão destes, ela tenderá a aumentar a produção e, com isso, a causar mais eventos danosos do que seria apropriado, com o conseqüente aumento do custo social.

Ao mesmo tempo, se a quantificação dos danos superar o valor devido, caso observada a reparação integral, ela tenderá a diminuir a frequência da atividade e a operar abaixo de sua fronteira de possibilidades de produção, o que, também, seria socialmente indesejável, em se tratando de eficiência econômica<sup>276</sup>.

Para os autores, essa situação seria verificada, a princípio, quer seja adotada a regra de responsabilidade objetiva ou de responsabilidade subjetiva, com a ressalva de que, nesta, a possibilidade de erros judiciais na qualificação da conduta

---

<sup>274</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1.2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244. p. 229.

<sup>275</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1.2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244. p. 229.

<sup>276</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1.2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244. p. 229.

do agente como culposa poderia comprometer a obtenção de uma quantificação ótima da indenização, mesmo ao se aplicar o princípio da reparação integral<sup>277</sup>.

A adoção da reparação integral como mecanismo de realização, não apenas do ideal de justiça corretiva, como também, da eficiência econômica, contudo, dependeria de mais alguns pressupostos, como a disposição das partes em relação ao risco<sup>278</sup>. Se um agente potencial causador de dano for avesso ao risco, a indenização não precisaria, necessariamente, observar a exata extensão dos danos como critério para gerar os incentivos necessários ao investimento eficiente em precauções<sup>279</sup>, podendo o efeito ser observado, ainda que a indenização seja inferior ao valor total dos danos efetivos.

Outro pressuposto da análise, que guarda relação direta com o tratamento que os autores dão às *punitive damages*, seria a possibilidade de os causadores de dano conseguirem se esquivar da responsabilidade civil<sup>280</sup>. Dado que tanto as vítimas dos eventos danosos, quanto os órgãos jurisdicionais, podem ter problemas na verificação da identidade do agente causador e da presença dos requisitos que levem à responsabilização (efetiva presença de um dano indenizável, culpa do agente - ou defeito do produto e do serviço - e nexos causal)<sup>281</sup>, a adoção do princípio da reparação integral poderia fazer com que os ofensores não internalizem completamente as

---

<sup>277</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1.2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244. p. 229-230. A comparação das regras de responsabilidade segundo o critério da eficiência é um dos pontos basilares da análise econômica da responsabilidade civil. Sobre o tema, ver as contribuições canônicas de Landes, Posner e Shavell, em: LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of tort law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987; SHAVELL, Steven. *Economic analysis of accident law*. Cambridge: Harvard University Press, 2007; SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. Na literatura brasileira, ver o estudo primoroso de Eugênio Battesini: BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTR, 2011.

<sup>278</sup> Para uma introdução ao tratamento das preferências em relação ao risco em economia, ver PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 7<sup>a</sup> ed. Trad. Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Pearson, 2010. p. 144-154.

<sup>279</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1.2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244. p. 230.

<sup>280</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1.2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244. p. 231; POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 873-874, Feb. 1998.

<sup>281</sup> Os autores referem três principais razões para que os ofensores, eventualmente, escapem à reponsabilização: em primeiro lugar, a vítima pode ter dificuldade em determinar que o dano foi resultado da conduta de um agente imputável, ao invés de pura e simples má sorte; segundo, mesmo que as vítimas saibam que sofreram os efeitos de um ato ilícito, podem ter dificuldades em provar quem causou o dano; terceiro, mesmo que as vítimas possuam todas essas informações, ainda assim, elas podem resistir à hipótese de processar os ofensores, dados os custos envolvidos na demanda. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 888, Feb. 1998).

consequências danosas de suas ações, o que, por sua vez, distorceria os incentivos para que investissem adequadamente em precauções e para que evitassem um nível de atividade tendente a causar a elevação do custo social total.

Nesses casos, Polinsky e Shavell afirmam ter cabimento a elevação do *quantum* indenizatório para além dos danos efetivamente sofridos pela vítima, para que reflitam o mesmo valor que os ofensores teriam de internalizar, caso o mecanismo da reparação integral funcionasse perfeitamente, ou seja, se a probabilidade destes não incorrerem em responsabilização, fosse nula.

Assim, o valor a ser atribuído, em observância ao elemento dissuasório, teria de corresponder à diferença entre o valor dos danos causados em sua totalidade e a indenização paga para a vítima a título de reparação<sup>282</sup>, cabendo, nessa hipótese, falar na aplicação das *punitive damages*<sup>283</sup>, como expõem os autores:

The consequences of the possibility that injurers can escape liability are clear. If damages merely equal harm, injurers' motivations to take precautions will be inadequate and their incentive to participate in risky activities will be excessive. To remedy these problems, the damages that are imposed in those instances when injurers are found liable should be raised sufficiently so that injurers' expected damages will equal the harm they cause<sup>284</sup>.

Polinsky e Shavell avançam na argumentação e oferecem uma fórmula para o cômputo do valor indenizatório, adequado nesses casos:

This implies that total damages should equal the harm multiplied by the reciprocal of the probability that the injurer will be found liable when he ought to be. Formally, if  $h$  is harm and  $p$  is the probability of being found liable, the injurer should pay  $h \cdot (1/p) = h/p$  when he is found liable; his expected

<sup>282</sup> “The excess of total damages over compensatory damages can be labeled *punitive damages*. Thus, the *optimal* level of punitive damages is the optimal level of total damages less compensatory damages. If the harm is \$100,000 and the probability of being found liable is 0.25, implying a total damages multiplier of 4, total damages should be \$400,000; since \$100,000 of this total represents compensatory damages, the \$300,000 remainder is the optimal punitive damages amount”. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1.2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244. p. 232.

<sup>283</sup> Assim: “[...] punitive damages ordinarily should be awarded if, and only if, an injurer has a chance of escaping liability for the harm he causes”. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 874, Feb. 1998).

<sup>284</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1.2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244. p. 231. Tradução nossa: “As consequências da possibilidade de que os ofensores possam escapar da responsabilização são claras. Se a indenização meramente igualar os danos, a motivação dos ofensores para tomar precauções será inadequada e seu incentivo para participar de atividades de risco será excessivo. Para resolver esses problemas, as indenizações impostas nos casos em que os ofensores são responsabilizados devem ser aumentadas suficientemente para que o valor esperado, a título de indenização pelos ofensores, iguale o valor dos danos causados”.

damages therefore will be  $p \cdot (h/p) = h$ . We will refer to  $1/p$  as the total damages multiplier. For example, if the probability of being found liable is 0.25, the total damages multiplier is 4 ( $= 1/0.25$ ), so the injurer should pay, in total, four times the level of harm if he is found liable.<sup>285</sup>

Os autores, ainda, ressaltam que o emprego do multiplicador não tem apenas a vantagem de evitar, como já afirmado, o inconveniente de ocasionar um nível de desestímulo abaixo do apropriado (*underdeterrence*), o que proporcionaria a elevação dos danos esperados e, portanto, do custo social total. Ele, também, impediria a concretização do risco oposto, consistente em incentivar o investimento exagerado em precauções (*overdeterrence*)<sup>286</sup>, que pode ter consequências sociais altamente indesejáveis, como a elevação dos preços de produtos e de serviços e a própria restrição - ou saída - do mercado de atividades socialmente úteis<sup>287</sup>.

O risco de a perspectiva da indenização causar um investimento exagerado em precauções, segundo Polinsky e Shavell, raramente é mencionado, nos pronunciamentos dos órgãos jurisdicionais. Ele deveria, porém, estar na base de qualquer raciocínio acerca dos limites do *quantum* indenizatório, em virtude do inexorável compromisso entre o interesse de mitigar efeitos adversos indesejáveis, decorrentes de determinadas atividades e a necessidade, igualmente, do ponto de vista social, de manutenção dessas mesmas atividades<sup>288</sup>, tendo em vista o incremento de bem-estar que podem gerar.

<sup>285</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1.2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244. p. 232. Tradução nossa: "Isso implica que o valor total da indenização deva ser igual ao dano multiplicado pela recíproca da probabilidade de que o ofensor seja responsabilizado, quando ele deveria ser. Formalmente, se  $h$  for o dano e  $p$  a probabilidade de ser considerado responsável, o ofensor deve pagar  $h$ .  $(1/p) = h/p$  quando ele for considerado responsável; o valor indenizatório esperado, portanto, será  $p \cdot (h/p) = h$ . Nos referiremos a  $1/p$  como o *multiplicador da indenização total*. Por exemplo, se a probabilidade de ser considerado responsável for 0,25, o multiplicador da indenização total será 4 ( $= 1/0,25$ ), quando o ofensor deverá pagar, no total, quatro vezes o valor do dano, se ele for considerado responsável".

<sup>286</sup> COOTER, Robert. Punitive damages for deterrence: when and how much? *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, AL, v. 40, p. 1160, 1989.

<sup>287</sup> Os autores referem, a título de exemplos, casos como o da medicina defensiva, em que recursos são direcionados à efetivação de exames e outros procedimentos que pouco teriam a acrescentar ao diagnóstico e que seriam motivados apenas pelo receio do médico de vir a ser responsabilizado; o das vacinas infantis, cuja fabricação foi substancialmente reduzida, também pelo receio de responsabilização dos produtores; e o da indústria da aviação privada, que, também, observou uma redução substancial de fabricantes no mercado, devido ao risco de ações indenizatórias com *punitive damages*. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 880-883, Feb. 1998).

<sup>288</sup> Esse conflito (*trade-off*, no jargão econômico) é muito bem delineado por Guido Calabresi, em uma das obras pioneiras de análise econômica da responsabilidade civil: "Our society is not committed to preserving life at any cost. In its broadest sense, the rather unpleasant notion that we are willing to destroy lives should be obvious. Wars are fought. The University of Mississippi is integrated at the risk of losing lives. But what is more pertinent to the study of accident law, though perhaps equally obvious,

Cabe ressaltar, nesse momento, que a condição oferecida pelos autores para a justificação de um valor adicional, a título de dissuasão nas indenizações, dependeria da ocorrência de um fato não frequentemente invocado, nas decisões judiciais: a probabilidade - ou não - do agente causador do dano vir a ser condenado a pagar a integralidade do prejuízo causado à vítima<sup>289</sup>. Esse parâmetro deveria deter a primazia na seleção das situações em que as *punitive damages* teriam cabimento, em termos de racionalidade econômica<sup>290</sup>.

Então, os critérios usualmente utilizados pela jurisprudência na determinação da abrangência das indenizações com efeito dissuasório, como o grau de culpa dos agentes e sua posição socioeconômica, simplesmente, não possuiriam relação efetiva com o escopo pretendido, como explicitam os autores:

Not only do courts usually fail to consider correctly the factors that *are* relevant to proper deterrence, but they also err in considering a variety of

---

is that lives are spent not only when the quid pro quo is some great moral principle, but also when it is a matter of convenience. Ventures are undertaken that, statistically at least, are certain to cost lives. Thus we build a tunnel under Mont Blanc because it is essential to the Common Market and cuts down the traveling from Rome do Paris, though we know that about one man per kilometer of tunnel will die. We take planes and cars rather than safer, slower means of travel. And perhaps more telling, we use relatively safe equipment rather than the safest imaginable because – and it is not a bad reason – the safest costs too much”. (CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. London: Yale University, 1970. p. 17-18).

<sup>289</sup> O fato de que sempre pode existir a possibilidade, ainda que ínfima, de o ofensor esquivar-se da obrigação de indenizar, é tida, pelos autores, como insuficiente a afetar tal conclusão, uma vez que os custos de se utilizar do multiplicador, nos casos em que a chance de escapar da responsabilidade seja mínima, superariam sua vantagem, em termos de dissuasão: “[...] it might seem that the analysis in this section would virtually always call for *some* punitive damages award, because some chance of escaping liability will almost always exist. But such a conclusion ignores a factor that we have not yet mentioned, namely, the costs associated with the use of the legal system. Were every case to involve the calculation of the proper multiplier of harm, a new and potentially costly-to-decide issue would be introduced into litigation. This additional cost suggests that the domain of cases in which the multiplier inquiry is made should be limited. Specifically, our formula should be applied only if the likelihood of escaping liability surpasses some threshold, for that is when the problem of dilution of deterrence will be significant, making it socially worthwhile to incur the additional litigation costs associated with calculating a corrective multiplier”. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive damages: an economic analysis*. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 895-896, Feb. 1998).

<sup>290</sup> “We have several comments to make about the punitive damages formula presented in this section. First, judges and juries often will be able to apply the formula without difficulty because the formula transparently (if trivially) implies that no punitive damages are needed. In other words, in many situations, it will be obvious that the injurer has virtually no chance of escaping liability – say because the harm occurred openly and the magnitude of the harm is such that the victims almost surely will bring suit. Examples of such situations are when a building collapses as a result of a plainly defective design and when a supertanker runs aground and spills a large quantity of oil on the shoreline, where the oil is observed by many people. In such cases, the proper total damages multiplier is one – that is, total damages should equal harm. Punitive damages are not needed for proper deterrence, and imposing them would result in the problems of overdeterrence discussed above”. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive damages: an economic analysis*. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 891, Feb. 1998).



factors that generally *are not* relevant to deterrence, including the reprehensibility of defendants' conduct and defendants' wealth<sup>291</sup>.

Quanto à medida da reprovabilidade da conduta dos agentes, Polinsky e Shavell são enfáticos em considerar esse fator como usualmente inadequado para embasar o efeito dissuasório, muito embora sua adoção, pelos órgãos jurisdicionais, na assinalação das *punitive damages*, seja bastante usual<sup>292</sup>.

Na realidade, fundar o efeito dissuasório no grau de reprovação que atribuímos à conduta do praticante do ato danoso distorceria os incentivos para a obtenção de um nível ótimo de prevenção, dado que, nas hipóteses em que pudesse ser identificado com clareza e que, muito provavelmente, incorresse na responsabilização, a atribuição de indenização com eficácia punitiva teria o efeito de induzir o agente a investir excessivamente em medidas preventivas (*overdeterrence*), o que é, como já mencionado, distante do ideal, em termos de bem-estar social<sup>293</sup>.

Os autores ilustram esse ponto, mencionando o exemplo de um cirurgião que deixa de remover um instrumento cirúrgico do corpo de um paciente, o que acarreta enfrentar grandes transtornos e sofrimentos. Se houver uma probabilidade muito escassa de que o cirurgião não venha a ter, contra si, uma sentença condenatória, um valor adicional a título dissuasório apenas faria com que ele pudesse investir em prevenção além de um nível razoável, como por exemplo, adicionar à sua equipe outro profissional, encarregado exclusivamente de monitorar seus procedimentos.

A providência, no entanto, seria extremamente custosa e tornar-se-ia mesmo injustificável, tendo em vista que a probabilidade de ocorrência desse evento danoso já é muito reduzida (sem contar que, mesmo com o monitoramento adicional, eventos

---

<sup>291</sup> Tradução nossa: "Não apenas as cortes, geralmente, não consideram corretamente os fatores que são relevantes para a dissuasão adequada, mas, elas também erram, ao considerar uma variedade de fatores que, geralmente, *não são* relevantes para a dissuasão, incluindo a censurabilidade da conduta dos réus e a riqueza destes". (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 900, Feb. 1998).

<sup>292</sup> Dizem os autores: "As discussed above, under standard assumptions, the imposition of damages equal to harm, appropriately multiplied to reflect the probability of escaping liability, achieves proper deterrence. That a defendant's conduct can be described as reprehensible is in itself irrelevant". (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 906, Feb. 1998).

<sup>293</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 906, Feb. 1998.

dessa natureza ainda podem ocorrer, numa eventual falha dupla: do monitor e do monitorado)<sup>294</sup>.

Assim, a reprovabilidade da conduta do agente, ou seu grau de culpa, ao contrário da prática judicial, não deveria embasar a decisão de atribuir eficácia dissuasória à responsabilidade civil. Haveria uma exceção, contudo, à regra de que essa atribuição deva ocorrer apenas nos casos em que exista uma probabilidade significativa de que o agente causador venha a se esquivar da responsabilidade: seria a situação em que a utilidade que o agente extrai do ato danoso seja socialmente ilícita, ou seja, não acrescentaria, em absoluto, para o bem-estar social (incluindo-se, nesses casos, o emprego de conduta dolosa)<sup>295</sup>.

Nessas hipóteses, ainda que a chance de os praticantes do ato sofrerem responsabilização seja muito elevada, ainda assim, o efeito dissuasório poderia ser buscado, através da elevação do *quantum* indenizatório, para que supere os benefícios obtidos através da prática do ato danoso<sup>296</sup>.

No que diz respeito à capacidade econômico-financeira dos agentes, as conclusões dos autores colidem frontalmente com as práticas observáveis na jurisprudência. Embora seja um critério muito frequentemente invocado nos pronunciamentos jurisdicionais, Polinsky e Shavell afirmam contundentemente que não existiria, do ponto de vista da análise defendida, conexão entre esse fator e o objetivo dissuasório almejado, valendo, ainda, aqui, a regra de que as *punitive damages* devem depender apenas da extensão do dano e da probabilidade de incorrer na responsabilização<sup>297</sup>.

<sup>294</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 906-907, Feb. 1998.

<sup>295</sup> Shavel esclarece esse ponto, nos seguintes termos: "It is clearly socially best that injurers not act to cause losses if injurers will obtain only socially illicit utility from the losses. Injurers should act to cause losses only if they will obtain socially valid utility that exceeds the losses plus the cost of their effort. [...] An injurer can act, at a cost of 10, to cause losses of 100. It is therefore undesirable for the injurer to act unless he will derive valid utility exceeding 110". (SHAVELL, Steven. *Economic analysis of accident law*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 147).

<sup>296</sup> Esclarecem os autores: "Suppose that a person, out of spite, punches another individual; his purpose is to cause harm to the victim. Society might well treat the pleasure the injurer obtains from this act as *socially illicit*, not to be counted in social welfare. If so, the act should be deterred completely because it produces no social gain, only harm. To achieve this goal, damages must exceed the injurer's utility from committing the act. Because the injurer's illicit utility could be greater than the harm suffered by the victim, the level of damages needed for proper deterrence might be in excess of harm. In other words, punitive damages might be socially desirable even if there is no chance that the injurer could have escaped liability". (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 909, Feb. 1998).

<sup>297</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 910-914, Feb. 1998.

Haveria, no entanto, uma exceção à eficácia dissuasória da reparação integral: no caso em que os causadores do dano sejam pessoas naturais, dois fatores podem levar à necessidade de observar sua situação econômico-financeira, no momento da atribuição da eficácia dissuasória. O primeiro seria o grau de aversão ao risco, muitas vezes, determinado pelo nível de renda do indivíduo. Assim, agentes causadores de dano que disponibilizassem de menos recursos tenderiam a ser mais avessos ao risco do que aqueles que possuem mais<sup>298</sup>. Isso determinaria uma redução no *quantum* indenizatório para aqueles, em comparação a estes, pois, quanto mais avesso ao risco for o indivíduo, menor o nível ótimo da indenização com objetivo dissuasório<sup>299</sup>.

O segundo fator diz respeito a uma situação já mencionada, relativa ao caso em que o agente obtém um benefício de uma conduta ilícita, em um contexto que em nada contribui para o bem-estar social. Nesses casos, a indenização deve ser medida levando-se em conta a situação econômico-financeira do agente, como um reflexo da utilidade marginal decrescente do dinheiro para ele, visto que o valor necessário para que um ofensor com menor nível de renda venha a se abster da prática do ato, provavelmente, será menor do que no caso de quem possua um nível superior<sup>300</sup>.

Outro aspecto que se distancia da análise tradicionalmente empregada na jurisprudência, refere-se à aplicação das *punitive damages* em relação às empresas, o que deve ser avaliado com restrições ainda maiores.

No que concerne à responsabilização das empresas, o critério a ser adotado na indenização, para que se atinja um nível ótimo de dissuasão, deveria observar a extensão dos danos, e a eficácia dissuasória apenas seria aventada, caso existisse uma probabilidade considerável de que a empresa envolvida na causação do dano possa escapar da imputação do dever de indenizar. Não importaria, nesses termos, para a efetivação do efeito dissuasório, que o empregado - de fato, responsável pela produção do dano - possa não ser identificado e, portanto, esquivar-se da responsabilidade pessoal.

---

<sup>298</sup> Por razões de delimitação do enfoque, não vamos tratar, aqui, das questões relativas à possibilidade de seguro e dos indivíduos “à prova de julgamento” (*judgment-proof*). Ao referir a aversão ao risco, já considero essas hipóteses afastadas, no texto.

<sup>299</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 913, Feb. 1998.

<sup>300</sup> POLIN POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 913, Feb. 1998.

Bastaria que a empresa fosse com elevado grau de certeza, pois, nessa circunstância, a internalização dos prejuízos, em toda a sua extensão, faria com que adotasse níveis de cuidado e de atividade socialmente adequados. Caso a empresa tivesse de arcar com uma indenização extracompensatória, em razão da chance do empregado de não incorrer na obrigação, o resultado seria a presença de um incentivo exagerado, para o investimento em precauções (*overdeterrence*)<sup>301</sup>.

Assim, a adoção do princípio da reparação integral, nas situações em que possam ser facilmente identificadas e quando dificilmente deixariam de ser responsabilizadas, proporcionaria às empresas os incentivos corretos para o investimento em precauções, que podem ser traduzidos em custos de seleção e de monitoramento<sup>302</sup>, podendo-se assim afirmar um importante papel dissuasório para a reparação integral.

Tais custos, porém, podem mostrar-se excessivos, caso seja observado, na fixação do *quantum* indenizatório com eficácia dissuasória, em casos de responsabilidade civil envolvendo empresas, o grau de culpa dos empregados quando da efetivação do evento danoso. Isso ocorra pelo simples fato de que este adicional levaria a um sobreinvestimento em medidas de monitoramento e de seleção de seus empregados, o que, por sua vez, acarretaria em problemas próprios das situações de *overdeterrence*<sup>303</sup>.

O grau de culpabilidade na conduta dos agentes, no entanto, poderia ser levado em consideração na aplicação das indenizações com eficácia dissuasória, toda vez que o causador do dano o tenha efetivado para obter utilidade socialmente ilícita, ou seja, quando a satisfação que ele retira da conduta danosa não acrescente ao bem-estar social, como já referido.

Entretanto, tal situação, segundo os autores, não se aplicaria no contexto das empresas, uma vez que a principal finalidade de suas atividades - qual seja, obter lucro - não poderia ser considerada como socialmente ilícita<sup>304</sup>. Portanto, nem

---

<sup>301</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 894, Feb. 1998.

<sup>302</sup> Espécies de custos de agência, que serão tratados, mais detidamente, no decorrer do presente trabalho, no item 4.1.

<sup>303</sup> "If damages exceed the level determined by the damages formula, however, the corporations may be led to spend excessively on screening and monitoring efforts in order to forestall reprehensible behavior". (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 907, Feb. 1998).

<sup>304</sup> "Note that because the goal of corporations is to make a profit, rather than to cause harm to others, their gains presumably do count in social welfare. Hence, by the foregoing reasoning, if a corporation engages in conduct labeled as reprehensible, this fact per se should not affect the

sequer no caso de reprovabilidade da conduta dos empregados haveria espaço para a aplicação da eficácia dissuasória, em relação às empresas, segundo Polinsky e Shavell.

Contrariamente ao referido, com frequência, na prática jurisprudencial, tampouco a situação econômico-financeira das empresas deveria se constituir em padrão para a adoção da eficácia dissuasória nas indenizações<sup>305</sup>. O principal motivo para evitar a utilização desse critério seria o perigo de incorrer no já mencionado sobreinvestimento acautelatório<sup>306</sup>.

Também, porque a imposição de uma majoração no valor indenizatório, em razão da capacidade econômica da empresa, equivaleria a impor uma taxa sobre seu tamanho e seu sucesso, o que desencorajaria o crescimento das empresas<sup>307</sup> e teria a chance de ocasionar o efeito contrário: o subinvestimento em precauções, em alguns casos, como o das pequenas empresas:

Of course, retarding the natural growth of corporations can have adverse consequences, notably, that society forgoes economies of scale in production and in research and development. It also may mean that the risk of harm increases, because small firms may not have enough at stake to make it worthwhile to them to spend a socially proper amount on precautions<sup>308</sup>.

Os autores, ainda, analisam um argumento invocado em favor da imposição da indenização com eficácia dissuasória em relação às empresas de grande porte, qual seja, de que, por serem maiores e, portanto, mais burocráticas, a elevação no

---

level of its damages. Rather, its damages should be based in the harm it caused and the chance that it might have escaped liability, with punitive damages awarded only if the latter chance is significant. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 907, Feb. 1998).

<sup>305</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 910-914, Feb. 1998.

<sup>306</sup> “We explained above that, if damages equal harm multiplied by a factor reflecting the chance of escaping liability, defendants, including corporations, would be induced to take optimal precautions and to participate in risky activities to the proper extent. It follows from this basic conclusion that, if damages are raised above the magnitude given by our formula when corporations are relatively wealthy, those corporations will be led to take excessive precautions, will undesirably curtail their activities, and will set prices above the proper level, chilling consumption of their products. In an extreme case, such corporations might even withdraw their products from the marketplace despite the value of the products to society”. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 911, Feb. 1998).

<sup>307</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 911, Feb. 1998.

<sup>308</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 912, Feb. 1998.

*quantum* indenizatório serviria para atrair a atenção dos que ocupam os postos mais elevados, na hierarquia administrativa da companhia<sup>309</sup>.

Polinsky e Shavell refutam tal observação, afirmando que, embora as grandes empresas possam possuir estruturas organizacionais complexas e bastante ramificadas, com a alta administração removida do dia a dia operacional, isso não significa que não atentem para a redução do risco de acidentes, dentro de um nível ótimo.

Nesses termos, a imposição da indenização, no nível da extensão dos danos, já sinalizaria suficientemente ao encarregado da operação, para que investisse adequadamente em maiores níveis de cuidado, simplesmente porque, ao fazer isso, sua conduta alinha-se com o objetivo da própria administração - o de obter a maior lucratividade possível, na atividade<sup>310</sup>.

Assim, do fato de que os diretores mais graduados da companhia possam não tomar conhecimento da imposição de uma indenização, não decorreria que o investimento em redução de danos será necessariamente negligenciado, pois, é do interesse da empresa que seus gestores, mesmo distantes da diretoria, tomem as devidas cautelas para evitá-los.

Toda a análise, até o momento, parte de considerações acerca da responsabilidade civil com eficácia dissuasória. Contudo, há razões para tratar separadamente da eficácia propriamente punitiva, no sentido da devida retribuição jurídica a uma conduta socialmente considerada como indesejável<sup>311</sup>. Assim, os autores também discorrem sobre a maneira economicamente racional de tratar do tema, chegando a conclusões que muito acompanham as já alcançadas, quando do tratamento do elemento dissuasório<sup>312</sup>.

Ao tratar-se da imposição de indenizações com eficácia punitiva, no que tange aos indivíduos que tenham adotado conduta culposa, os autores fazem referência à correspondência existente entre a ideia de punição e a reprovabilidade da conduta do agente causador do dano. Porém, no caso em que o agente

---

<sup>309</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 912, Feb. 1998.

<sup>310</sup> Muito embora, como será visto adiante, os custos de agência possam frustrar essa expectativa de alinhamento de interesses.

<sup>311</sup> Assim: "We assume that the punishment objective derives ultimately from the pleasure or satisfaction people obtain from seeing blameworthy parties punished". (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 948, Feb. 1998).

<sup>312</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 948-954, Feb. 1998.

responsável se constitua em uma empresa, a complexidade da questão aumenta consideravelmente.

Assim, faz-se necessária a observância de três constatações iniciais: a primeira consiste na atenção ao objetivo da punição: se este se referir à empresa, enquanto entidade punível, independentemente do sancionamento da conduta dos indivíduos que a compõem, ou se a finalidade for a punição dos indivíduos culpáveis, através da imposição de penalidades à empresa.

No que diz respeito à primeira hipótese, em que a empresa seria considerada enquanto entidade sujeita ao aspecto retributivo da punição, os autores a consideram muito pouco convincente<sup>313</sup>, uma vez que ela requereria uma definição de culpabilidade da própria empresa, enquanto esta, por consistir em mera ficção jurídica, não possa, logicamente, ser objeto de análise, em termos da adoção de uma conduta reprovável, independentemente das ações praticadas pelos indivíduos que a constituem<sup>314</sup>.

A segunda observação se refere ao fato de que a imposição de uma indenização com eficácia punitiva, para empresas, pode não levar ao sancionamento daqueles que efetivamente possam ter agido com culpa. Dessa forma, a punição da empresa pode não ser uma via que leva à punição dos verdadeiros culpados pela produção do dano<sup>315</sup>.

Em princípio, a aplicação de indenizações com eficácia punitiva, nesse caso, pareceria ter sentido, uma vez que se pode supor que as empresas teriam interesse

---

<sup>313</sup> “The view that the imposition of punitive damages on a corporation automatically accomplishes punishment stems from anthropomorphizing the corporation and gives a false impression of reality”. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Amicus Curiae Brief of A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, and the Cato Institute in Support of Petitioner*. Washington, 28 Jul. 2006. p. 15. Disponível em: <[http://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/philip\\_morris\\_USA\\_v\\_Mayola\\_amicus\\_brief\\_7-28-06.pdf](http://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/philip_morris_USA_v_Mayola_amicus_brief_7-28-06.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2013).

<sup>314</sup> “We find this conception of the punishment goal unappealing both because it requires a definition of blameworthiness of a firm that is divorced from the behavior of any individuals who are affiliated with it, and because it necessitates believing that people would, after reflecting on the matter, want to impose a penalty on what ultimately is an artificial legal construct. The notion that individuals would want to punish firms per se strikes us as not entirely different from the idea that individuals would want to punish inanimate objects for causing harm (such as trees that fall on people)”. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 949, Feb. 1998).

<sup>315</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 949, Feb. 1998.

em evitar tal imposição, através da adoção de mecanismos mais eficazes de controle da conduta de seus funcionários<sup>316</sup>.

Todavia, para Polinsky e Shavell, algumas considerações fazem perceber que tal objetivo pode ser, frequentemente, apenas ilusório. Em primeiro lugar, o objetivo de punir indivíduos culpáveis pode ser frustrado, uma vez que as empresas enfrentem dificuldades em identificá-los<sup>317</sup>. Na realidade do ambiente empresarial, as complexidades podem ocorrer rotineiramente, como no caso em que um objeto estranho, por negligência ou mesmo por dolo de funcionário, acabasse sendo envasado em conjunto com produto alimentício industrializado. A identificação do responsável, no cotidiano de um estabelecimento industrial de grande porte, pode ser tarefa extremamente dificultosa, ou mesmo impossível de ser levada a cabo.

Outrossim, deve se considerar que a imposição de indenização com eficácia punitiva contra a empresa pode não ter qualquer efeito marginal sobre os indivíduos culpáveis, mesmo na hipótese em que eles possam ser identificados. Isso ocorre porque não fica claro se a eficácia punitiva motivaria uma sanção interna aos funcionários culposos, em grau muito mais elevado do que seria atribuída na hipótese de que sua conduta acarrete indenização puramente reparatória. Em outras palavras, seria improvável que a elevação do *quantum* indenizatório, a título de punição, fosse se refletir em um agravamento das medidas que já seriam tomadas de qualquer maneira, em relação ao empregado faltoso, caso não houvesse o incremento na indenização<sup>318</sup>.

Refira-se, ainda, que o objetivo de punir empregados culposos, através da imposição de indenização com eficácia punitiva pode enfrentar, também, o problema de que, por vezes, não há mais a quem punir, uma vez que estes tenham já deixado a empresa, por motivos como demissão, aposentadoria ou falecimento. Aqui, dificilmente o objetivo de punir, de modo reflexo, os empregados, através da indenização assinalada à empresa, surtiria o efeito desejado<sup>319</sup>.

Por fim, os autores colocam, como terceira observação, o fato de que a imposição de indenizações com caráter punitivo, muito frequentemente, penalizam

<sup>316</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 950, Feb. 1998.

<sup>317</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 950, Feb. 1998.

<sup>318</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 950-951, Feb. 1998.

<sup>319</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 951, Feb. 1998.



peças que não tiveram qualquer participação na produção do dano, como acionistas ou quotistas e consumidores da empresa. Aqueles, na forma da redução de sua participação nos resultados financeiros da atividade; estes, através de um possível ajuste de preços, efetivado para minimizar as perdas decorrentes da imposição da indenização<sup>320</sup>.

No caso de sócios com participação acionária reduzida, é bastante improvável que qualquer tomada de posição, de sua parte, pudesse contribuir para que o evento danoso não ocorresse, sendo, portanto, implausível falar-se em conduta culposa de sua parte a merecer punição.

Entretanto, eles sofreriam, talvez, até mais do que os sócios com participação majoritária (na hipótese, bastante plausível, em que os majoritários, caso tenham um maior portfólio de investimentos, possuam menor aversão ao risco do que os minoritários) em caso de redução do retorno de seu capital investido na empresa, dada a imposição de indenização com eficácia punitiva.

Da mesma forma, a imposição da indenização com eficácia punitiva pode se refletir em perda de utilidade para os consumidores, através da elevação dos preços dos produtos e dos serviços - hipótese já comentada e que tem sido denominada de “efeito distributivo” da responsabilidade civil<sup>321</sup>. Ademais, a prática de punir a empresa pode levar à penalização de terceiros, cuja culpabilidade seja até mesmo inexistente.

Polinsky e Shavell advertem que, na hipótese de que as *punitive damages* venham a ser aplicadas a empresas, de forma a arriscar, sejam sancionados indivíduos não-culpáveis, “[t]his adverse consequence [...] must be weighed against the beneficial effects of such damages in furthering the punishment goal”<sup>322</sup>. Apontam sérias objeções, outrossim, no que se refere ao argumento de que, para fazer avançar o objetivo de punição, deve ser considerado o nível econômico-financeiro da empresa, de forma que o *quantum* indenizatório reflita a quantidade de recursos que esta tenha à sua disposição.

---

<sup>320</sup> POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 951, Feb. 1998.

<sup>321</sup> Importa ressaltar que, na esteira da argumentação já expendida, os acionistas e os consumidores podem não ser os únicos grupos de indivíduos não culpáveis que venham a sofrer os efeitos da indenização, nesses casos.

<sup>322</sup> Tradução nossa: “essa consequência adversa [...] precisa ser sopesada, em relação aos efeitos benéficos de tais indenizações, para que seja alcançado o objetivo punitivo”. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 952, Feb. 1998.).

Para Polinsky e Shavell, nas empresas em que o problema dos custos das indenizações seja tratado racionalmente, serão adotadas as cautelas devidas para evitá-los eficientemente, não importando qual o seu porte, uma vez que os mecanismos de controle da conduta dos empregados não deverão ser negligenciados, em função desse fator<sup>323</sup>.

Da análise dos autores, extraem-se conclusões importantes para o tratamento do tema da eficácia dissuasória. Inicialmente, reafirma-se, a exemplo da análise de Cooter, que um dos critérios centrais para a aferição de um nível eficiente de dissuasão seria a probabilidade de incorrer na indenização, no que concerne ao agente causador do dano.

Caso este dificilmente viesse a esquivar-se de uma indenização com eficácia reparatória, uma parcela adicional, a título de dissuasão, seria excessiva, do ponto de vista da adoção de níveis de precaução e de atividade eficientes, uma vez que o agente já seria obrigado a internalizar, por completo, o custo de sua atividade.

Desta forma, Polinsky e Shavell indicam o elemento definidor da necessidade de adoção de uma parcela indenizatória autônoma, a título de dissuasão. Esta somente teria cabimento, nos termos da racionalidade econômica, nas hipóteses em que o potencial causador do dano viesse a incorrer em um grau relevante de probabilidade de não vir a ser responsabilizado, devendo a quantificação da indenização atentar para o grau dessa probabilidade.

Assim, critérios usualmente utilizados na jurisprudência, para a adoção das indenizações com elemento dissuasório - como o grau de reprovabilidade da conduta do agente causador do dano ou mesmo sua situação socioeconômica - seriam irrelevantes para gerar, no agente, um incentivo adequado à adoção eficiente de cuidados e, com isso, reduzir o custo social total.

Outro aspecto importante a salientar na investigação dos autores, para os fins da tese, são os limites apontados à aplicação da indenização com caráter dissuasório à realidade da empresa. Aqui, também, a regra a ser observada é a da

---

<sup>323</sup> Dizem os autores: "A \$100 million firm and a \$10 million firm would both be expected to impose the same sanction on an employee for misconduct that resulted in a punitive damages award of a given amount. The reason is that, as we have said, rational firms will develop a policy of punishing employee misbehavior to lower their liability expenses. This policy should depend on variables other than the firm's wealth – notably, the damages that the firm will bear as a result of employee misbehavior. To the extent that the internal sanctions that firms impose on culpable employees do not depend on the firm's wealth, the punishment objective will not be advanced by making punitive damages depend on its wealth". (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 953-954, Feb. 1998).

extensão dos danos, que, por si, já induziria à adoção de níveis de cuidado eficientes, se a empresa viesse a incorrer na indenização com alto grau de probabilidade. Se esse não for o caso, justificar-se-ia a elevação do *quantum* indenizatório a título de dissuasão, o que equivale a afirmar, no contexto da racionalidade econômica, a eficácia dissuasória da própria reparação integral.

Igualmente ineficaz para a obtenção de um efeito dissuasório em grau ótimo, seria o balizamento de tal indenização, de acordo com os critérios do grau de culpa dos agentes, do potencial econômico da empresa e mesmo do porte de sua estrutura organizacional.

Conforme salientam Polinsky e Shavell, a adoção de maiores cautelas, por parte das empresas, se traduz em aumento dos custos de monitoramento e de seleção dos empregados. Tais custos, na teoria econômica, costumam ser tratados por um ramo específico da economia da informação, denominado como “teoria da agência” (*agency theory*), que, assim, convém seja melhor elucidada.

## 4 A TEORIA DA AGÊNCIA E A FUNÇÃO DISSUASÓRIA

A análise dos incentivos presentes na relação entre empresa e empregador, no que diz respeito à presença dos chamados “custos de agência”, fornece elementos interessantes para uma melhor percepção das questões econômicas, envolvidas na eficácia dissuasória da indenização. Passemos, então, à exposição dos referidos elementos.

### 4.1 A responsabilidade da empresa à luz da teoria da agência (*agency theory*)

Assim, pretende-se, nessa tese, analisar os mecanismos que fazem com que, no contexto da responsabilidade da empresa pelos atos dos empregados, a indenização possa produzir o efeito de dissuasão, em relação à prática dos danos. Para tanto, algumas noções específicas precisam ser melhor elucidadas, especialmente, em se tratando da mencionada “relação de agência” - ou ao “problema do agente-principal”<sup>324</sup>.

Embora com antecedentes que podem remontar a Adam Smith<sup>325</sup>, Bearle e Means<sup>326</sup> e Ronald Coase<sup>327</sup>, a atual configuração da questão é especialmente debitária da contribuição de Michael Jensen e William Meckling<sup>328</sup>, que identificaram

---

<sup>324</sup> Por relação de agência ou problema do agente-principal, não se está a referir, especificamente, à relação jurídica formada pelo contrato típico de agência (arts. 710 a 721 do Código Civil), embora esta possa facilmente ser qualificada como uma relação de agência, no sentido da teoria econômica. Na tese, por justamente buscar-se a aproximação entre os estudos do direito e da economia, optou-se por manter a expressão “teoria da agência” pela absoluta consagração que esta possui no campo econômico.

<sup>325</sup> Por exemplo, na discussão de Smith acerca do comércio exterior conduzido por sociedades por ações, identifica-se o problema do controle, por parte da direção das companhias: “Comprar num mercado para vender com lucro em outro, quando existem inúmeros concorrentes nos dois mercados; atender não apenas às variações ocasionais da demanda, mas também as variações muito maiores e muito mais frequentes na concorrência ou no fornecimento ou no fornecimento que essa demanda possivelmente conquista a outras pessoas, e adequar com rapidez e critério tanto a quantidade como a qualidade de cada sortimento de bens a todas essas circunstâncias, é uma espécie de guerra cujas operações estão em contínua mudança, e que dificilmente pode ser conduzida com êxito sem o infatigável esforço de vigilância, o que não se pode esperar por muito tempo dos diretores de uma sociedade por ações”. (SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. v. 2, p. 958.

<sup>326</sup> BEARLE, A.; MEANS, G. *The modern corporation and private property*. New York: Macmillan, 1932.

<sup>327</sup> Ver os Capítulos 2 (intitulado *The nature of the firm*), publicado originalmente em 1937, e 5 (*The problem of social cost*, em 1960) em COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

<sup>328</sup> JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, Lausanne, v. 3, n. 4, 1976. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=94043> or doi:10.2139/ssrn.94043>. Acesso em: 23 dez. 2009. Versão em português: JENSEN, M.; MECKLING, W. Teoria da firma: comportamento dos administradores,

e definiram alguns dos principais conceitos, na análise dos diferentes papéis desempenhados, no âmbito da empresa.

A relação de agência, delineada por Jensen e Meckling, corresponde a “*um contrato sob o qual uma ou mais pessoas [o principal] emprega uma outra pessoa [o agente] para executar em seu nome um serviço que implique a delegação de algum poder de decisão ao agente*”<sup>329</sup>.

Partindo-se do pressuposto de que ambos, agente e principal, possuem funções de utilidade diversas<sup>330</sup> e agirão, quando possível, no sentido de maximizá-las, o problema do agente-principal ocorre quando aquele que foi contratado para atuar em nome e no interesse do principal, pratica atos incompatíveis com este objetivo, dado o fato de que algum elemento que compõe sua utilidade restaria sacrificado, se cumprisse, estritamente, seu dever negocial.

Um bom exemplo para a elucidação do problema em questão é trazido por Eric Posner:

Suppose that you want to sell your house. You have no experience selling houses, and you don't have the right contacts, so you hire a real estate agent. You want the agent to use as much care or effort as possible to sell your house. You want her to show the house to as many potential buyers as possible, to lavish it with praise, to prod buyers to make generous bids, to display its charms while minimizing its defects. But you know that the agent might not want to work as hard as you want her to work. She might prefer working 9 to 5, when in fact the best time to contact potential buyers is in the evening when their defenses are down. But the agent is tired in the evening, and would rather play with her kids than call buyers. She might want to take frequent breaks during working hours; she might avoid your house because it is a little farther away than the other houses that she sells; she might be lazy, as far as you know. Maybe, she has a side business -- an internet startup, no doubt -- on which she would rather spend her time. Your problem, then, is to figure out a way to get the real estate agent to work hard for you, when she might prefer to do other things, and do the bare minimum for you<sup>331</sup>.

---

custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, p. 87-125, abr./jun. 2008.

<sup>329</sup> JENSEN, M.; MECKLING, W. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, p. 89, abr./jun. 2008. Refira-se que, embora os autores empreguem a palavra “contrato”, a relação de agência assume frequentemente formas não-contratuais, como nas relações familiares, por exemplo. Não é, assim, um fenômeno restrito à categoria jurídica “contrato”.

<sup>330</sup> Ou seja, seus interesses não coincidem, necessariamente, em todos os momentos.

<sup>331</sup> Tradução nossa: “Suponha que você queira vender sua casa. Você não tem experiência na venda de casas e não possui os contatos certos, então você contrata uma corretora de imóveis. Você quer que a corretora utilize tanto cuidado ou esforço quanto seja possível para vender sua casa. Você quer que ela mostre a casa ao maior número possível de potenciais compradores, louve-a bastante, induza os compradores a fazer ofertas generosas, ressalte suas qualidades enquanto minimize seus defeitos. Mas você sabe que a corretora pode não querer trabalhar tão arduamente

A potencial resolução do problema do agente-principal passa pela *configuração dos incentivos adequados*, em relação ao agente, bem como demanda que o principal incorra em *custos de monitoramento*, visando minimizar o comportamento desviante daquele<sup>332</sup>.

Porém, tal resolução não deverá ser alcançada de forma plena, uma vez que, como afirmam Jensen e Meckling, “é em geral impossível para o principal ou o agente manter a relação de agência a um custo zero”<sup>333</sup>. Assim, “em qualquer situação que envolva esforço cooperativo”<sup>334</sup>, as partes deverão incorrer em *custos de agência*, estando nestes compreendidos:

- a) os custos para elaboração e efetivação do(s) contrato(s) entre as partes;<sup>335</sup>
- b) as despesas de monitoramento, por parte do principal: por exemplo, manutenção e controle de um sistema de cartão-ponto; telefonemas periódicos para averiguar se o agente se encontra desempenhando a tarefa; colocação de câmeras de segurança e sua manutenção;<sup>336</sup>

---

quanto você gostaria. Ela pode preferir trabalhar das 9h às 17h, quando de fato a melhor hora para contactar potenciais compradores seria ao final da tarde, horário em que as defesas destes estariam baixas. Mas a corretora está cansada à tardinha, por isso preferiria brincar com seus filhos a contactar compradores. Ela poderia querer tirar folgas frequentes durante o horário de trabalho; ela poderia evitar sua casa porque fica um pouco distante das outras casas que ela está vendendo; ela poderia ser preguiçosa, até onde você sabe. Talvez ela tenha um trabalho paralelo – uma pequena empresa na internet, sem dúvida – no qual ela preferiria dispende seu tempo. Seu problema, então, é descobrir uma maneira de fazer com que a corretora trabalhe arduamente para você, ainda que ela prefira fazer outras coisas e trabalhar para você apenas o mínimo necessário”. (POSNER, Eric A. Agency models in law and economics. *Working Paper in Law and Economics*, Chicago, n. 92, p. 1, 18 Jan. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=204872>>. Acesso em: 31 jan. 2013). Além desse trabalho de Eric Posner, ver, como texto introdutório à teoria da agência, também EISENHARDT, Kathleen M. Agency theory: an assessment and review. *Academy of Management Review*, Briarcliff Manor, v. 14, n. 1, p. 57-74, 1989.

<sup>332</sup> JENSEN, M.; MECKLING, W. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, p. 89, abr./jun. 2008.

<sup>333</sup> JENSEN, M.; MECKLING, W. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, p. 89, abr./jun. 2008.

<sup>334</sup> JENSEN, M.; MECKLING, W. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, p. 89, abr./jun. 2008.

<sup>335</sup> SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. Governança corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas FGV-EASP*, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 80, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www16.fgv.br/rae/artigos/5257.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2009.

<sup>336</sup> JENSEN, M.; MECKLING, W. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, p. 89, abr./jun. 2008.

- c) as despesas com a concessão de “garantias”<sup>337</sup> contratuais, por parte do agente: imposição de multas ou outras penalidades contratuais ao agente, por conduta desviante;
- d) os gastos realizados pelo agente para “sinalizar”, ao principal, os esforços empreendidos, no sentido da adequada prestação contratual;<sup>338</sup>
- e) o custo residual, que representa a perda de bem-estar sofrida pelo principal quando, ainda na presença das despesas supracitadas, ocorre algum nível de divergência entre as decisões do agente e a maximização da utilidade do principal<sup>339</sup>.

Assim, dada a natureza resiliente de tais custos e a ubiquidade da relação de agência, a pesquisa da estrutura de incentivos, presente em cada caso no qual seja possível identificar, ao menos, uma versão do problema aqui tratado, passa a ser de interesse para a avaliação dos processos de tomada de decisão, nas mais diversas organizações, como ressaltam Jensen e Meckling, em passagem que merece reprodução:

The problem of inducing an “agent” to behave as if he were maximizing the “principal’s” welfare is quite general. It exists in all organizations and in all cooperative efforts— at every level of management in firms,<sup>10</sup> in universities, in mutual companies, in cooperatives, in governmental authorities and bureaus, in unions, and in relationships normally classified as agency relationships such as those common in the performing arts and the market for real estate. The development of theories to explain the form which agency costs take in each of these situations (where the contractual relations differ significantly), and how and why they are born will lead to a rich theory of organizations which is now lacking in economics and the social sciences generally<sup>340</sup>.

<sup>337</sup> Aqui, o termo “garantias”, utilizado por Jensen e Meckling, não possui significado propriamente jurídico, não fazendo referência necessária às garantias reais ou fidejussórias, que podem ser contratualmente estipuladas. (JENSEN, M; MECKLING, W. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, p. 89, abr./jun. 2008).

<sup>338</sup> SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. Governança corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas FGV-EASP*, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 80, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www16.fgv.br/rae/artigos/5257.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2009.

<sup>339</sup> JENSEN, M.; MECKLING, W. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, p. 89, abr./jun. 2008.

<sup>340</sup> JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, Lausanne, v. 3, n. 4, p. 6-7, 1976. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=94043> or [doi:10.2139/ssrn.94043](https://doi.org/10.2139/ssrn.94043)>. Acesso em: 23 dez. 2009. Conforme tradução constante em: JENSEN, M.; MECKLING, W. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de*

O problema do agente-principal surge na medida em que se reconheça, necessariamente, em todos os esforços cooperativos, a presença de assimetria de informações, ou seja, o fato de que uma das partes contém informações privadas, que não podem ser acessadas pela outra, com absoluta fidedignidade<sup>341</sup>. Assim, a posse da informação privada dá, ao agente, uma vantagem que, dada a estrutura de incentivos a que este se encontra sujeito, ele poderá em seu proveito próprio, e não em benefício do principal.

A questão da informação privada pode dar origem a dois tipos de análise, com desenvolvimentos bem particulares, dentro da economia da informação. A primeira diz respeito à situação em que o agente usa uma informação oculta (*hidden information*), em uma situação pré-contratual, de modo a obter um benefício próprio, em detrimento dos interesses do principal.

O exemplo típico é o do vendedor de carros usados, que possui informações negativas sobre o estado de um automóvel e não as repassa ao cliente, eventualmente interessado<sup>342</sup>; ou então, o do candidato a um posto de trabalho que consegue ocultar sua falta de qualificação para a função que pretende exercer. Tais situações, na literatura econômica, são tratadas sob a designação de *seleção adversa* (*adverse selection*) e dão origem a uma vertente de análise, em que se estuda as diversas tentativas de minimizá-las.

A segunda faz referência aos casos em que, já no contexto do cumprimento contratual ou no curso da relação, o agente consegue ocultar o fato de que suas

---

*Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, p. 89-90, abr./jun. 2008: "O problema de induzir um 'agente' a se comportar como se ele estivesse maximizando o bem-estar do 'principal' é relativamente geral. Ele se faz presente em todas as organizações e em todos os esforços cooperativos – em qualquer nível da administração das firmas, em universidades, em empresas mistas (de sociedade anônima e cooperativa), em cooperativas, em órgãos públicos, em sindicatos e em relações normalmente classificadas como relações de agência, como nas artes cênicas e no mercado imobiliário. A elaboração de teorias para explicar as formas que os custos de agência assumem em cada uma dessas situações (nas quais as relações contratuais diferem significativamente) e como e por que eles são gerados levará a uma importante teoria das organizações, hoje inexistente no estudo da economia e das ciências sociais em geral".

<sup>341</sup> Ian Molho explica a relação entre esses termos: "*Private information*' is economists' jargon for 'I know something you don't know'; it relates to information about given facts, such as whether or not some product has a serious defect. Such information is said to be 'privately observed' by those who have access to it, and '*unobservable*' to those who do not. If a piece of information is known to everyone, then it is called '*public information*' or '*publicly observable*'. The presence of private information creates an '*information asymmetry*'; some people are better informed than others. The term '*hidden knowledge*' is sometimes used instead of 'private information'". (MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 1).

<sup>342</sup> Esse é o exemplo tratado na apresentação clássica sobre o tema, de George Akerlof. Ver: AKERLOF, George. The market for lemons: qualitative uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, n. 84, p. 488-500, 1970.



ações (*hidden actions*) não estão de acordo com o objetivo de implementar o melhor interesse do principal - situação referida como “risco moral” (*moral hazard*). Como o empregador pode ter certeza de que o funcionário encarregado de uma entrega ficou preso no trânsito ou, simplesmente, resolveu fazer uma breve visita à sua namorada, durante o percurso? Como saber se o seu filho está mesmo com dor no estômago ou se está somente querendo faltar à escola? Como saber se o candidato a doutoramento, de fato, escreveu a tese ou se contratou alguém para fazê-lo, em seu lugar<sup>343</sup>?

Embora a importância do estudo da seleção adversa e seus métodos, bem como, à parte, o fato de que este problema e o do risco moral estão frequentemente bastante imbricados em situações concretas, na tese a atenção recairá sobre as ações ocultas, uma vez que, no contexto da responsabilidade da empresa, são estas que mais comumente fazem surgir indagações sobre a necessidade de incentivar um maior controle da ação dos empregados que se engajam em atividades causadoras de dano, no sentido de perquirir até que ponto esse incentivo é eficiente (e mesmo eficaz).

Note-se que a solução para o problema do risco moral não está na simples observação dos resultados das ações dos agentes. Como afirmado por Molho, não há uma relação determinística entre os esforços do agente e os resultados observados, pois, estes podem ser influenciados por fatores externos, que não guardam relação com o nível de dedicação do agente à atividade<sup>344</sup>.

Por exemplo, um goleiro de uma equipe de futebol, que defende um pênalti, por ter estudado, cuidadosamente, o hábito do principal cobrador da equipe adversária, pode obter o mesmo resultado de outro que, simplesmente, escolhe, na hora da cobrança e de forma randômica, para qual lado vai saltar. Um aluno que tenha estudado bastante para uma prova objetiva pode obter a mesma nota de um

---

<sup>343</sup> Cf. Bolton e Dewatripont: “Two general types of incentive problems have been distinguished. One is the *hidden-information* problem and the other the *hidden-action* problem. The first problem refers to a situation where the employee may have private information about her inability or unwillingness to take on certain tasks. That is, the information about some relevant characteristics of the employee (her distaste for certain tasks, her level of competence) are hidden from her employer. The second problem refers to situations where the employer cannot see what the employee does – whether she works or not, how hard she works, how careful she is, and so on. In these situations it is the employee’s actions that are hidden from the employer. Problems of hidden information are often referred to as *adverse selection*, and problems of hidden actions as *moral hazard*”. (BOLTON, Patrick; DEWATRIPONT, Mathias. *Contract theory*. Cambridge: MIT Press, 2005. p. 14-15).

<sup>344</sup> MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 119-120.

colega seu, que tenha escolhido, aleatoriamente, uma das alternativas para assinalar como correta. No primeiro caso, em ambos os exemplos, o resultado é obtido por esforço pessoal; no segundo, por pura sorte.

Para ilustrar o tratamento do risco moral, será exposto um modelo encontrado em Molho<sup>345</sup>. Nele, vê-se, de um lado, uma acionista que detém a grande parte das ações de uma sociedade e, de outro, um empregado que nesta trabalha, que será visto como o agente; aquela, como o principal.

A empresa opera em um ambiente de concorrência e está sujeita ao risco empresarial, razão pela qual o lucro com a atividade é possível, mas não é garantido. Há, também, outra diferença básica, entre a acionista e o empregado: enquanto este é avesso ao risco, pois, dedica seu trabalho exclusivamente à empresa, aquela é neutra em relação ao risco, uma vez que possui um conjunto de investimentos que vão além do capital investido na sociedade.

A acionista quer maximizar seus lucros, representados por  $E(\pi - w)$ , em que  $w$  é a remuneração paga ao empregado e  $\pi$  é o lucro bruto da empresa. Note-se que, dada a premissa de que a acionista é neutra em relação ao risco, ela não se importa com a imprevisibilidade do retorno do seu investimento na empresa, contudo, ainda assim, deseja que este seja o mais alto possível (ser avessa ao risco não significa que ela não queira maximizar sua utilidade).

Já no caso do empregado, por ser avesso em relação ao risco, vai demandar uma espécie de prêmio, para se tornar indiferente (ou pelo menos, um pouco menos afetado pelo risco).

No referido contexto, a empresa pode ter um resultado extremamente positivo e alcançar uma grande lucratividade ( $\pi_H$ ), ou pode ter um resultado bem aquém do esperado, com baixos lucros ( $\pi_L$ )<sup>346</sup>. O empregado, também, tem seu nível de esforço classificado de forma binária, podendo ser alto (caso em que ele estaria trabalhando bastante) ou baixo (caso em que ele estaria faltando com a esperada diligência no trabalho)<sup>347</sup>.

Caso ele esteja trabalhando com rigor, a probabilidade de a empresa ter bons resultados é de  $x$ , e de ter resultados ruins é de  $(1 - x)$ ; se ele não estiver

<sup>345</sup> MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 135-147. Toda a descrição e a notação matemática utilizadas nos parágrafos seguintes provém desta fonte.

<sup>346</sup> Assim,  $\pi_H > \pi_L$ .

<sup>347</sup> MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 136.

trabalhando bastante, a probabilidade de ela ir bem seria de  $y$ , enquanto que de ir mal, seria de  $(1 - y)$ . Dado que  $0 < y < w < 1$ , a sociedade enfrenta uma maior probabilidade de obter bons resultados, se o agente (empregado) optar por trabalhar mais - e não, menos<sup>348</sup>.

O empregado, porém, também possui uma função de utilidade própria, na qual ele prefere trabalhar menos a trabalhar mais. Logo, trabalhar mais significa desutilidade para o empregado e ele deve ser compensado por isso, na forma de um rendimento salarial. A sua compensação é representada por  $\phi > 0$ , o que significa que, se ele trabalhar bastante, sua utilidade será  $U(w - \phi)$ , enquanto que, se ele não trabalhar, será  $U(w)$ .

Possui relevância, igualmente, o fato de que o empregado está inserido em um mercado de trabalho no qual possa se reposicionar, ou seja, pode buscar ali, ofertas alternativas de trabalho, que viabilizam, para ele, uma possibilidade de rendimentos  $w_0$ , caso em que sua utilidade seria de  $U_0 = U(w_0)$ . Assim, a acionista não pode oferecer a ele um salário que seja inferior a  $U_0$ , pois, do contrário, o empregado irá deixar a empresa (como lembra Molho,  $w_0$  também pode representar o montante dos benefícios sociais obtidos pelo empregado, em decorrência de desemprego<sup>349</sup>; pode, ainda, ser afetado pela hipótese de pleno emprego).

Por fim, importa recordar que a acionista apenas continuará participando da empresa caso o retorno esperado, pelo menos, iguale o que ela poderia alcançar, através de uma utilização alternativa de seus recursos. E, se não houver lucro, ela deverá encerrar as atividades da empresa ou, pelo menos, alienar sua posição acionária e dedicar-se a outro meio, mais rentável.

A partir dessas premissas, convém considerar, inicialmente, um contrafactual: a hipótese de que não exista assimetria informativa entre as partes, ou seja, o agente não tem como ocultar suas ações do principal (informação completa). Nessa hipótese, a melhor alternativa para a acionista, dentre as possíveis formas de remuneração, seria oferecer ao empregado um salário fixo, proporcional ao nível de esforço que deseja deste, desde que superior a  $U_0$ .

Dessa maneira, o risco estaria eficientemente distribuído entre as partes: o empregado, avesso ao risco, receberia um rendimento certo e superior às

<sup>348</sup> MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 136-137.

<sup>349</sup> MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 137.

alternativas de mercado, enquanto a acionista, neutra em relação ao risco, assumiria a possibilidade de perdas, decorrentes da atividade<sup>350</sup>.

O nível salarial a ser pago ao empregado, nesse caso, dependeria apenas do quanto a acionista deseja que ele trabalhe: menos ou mais. No primeiro caso, a oferta salarial igualaria a melhor alternativa de mercado, ou melhor,  $w_0$ . Se a intenção da acionista fosse incentivar um maior envolvimento, por parte do empregado, teria de oferecer um salário de  $w_0 + \phi$ , para assegurar a compensação para a desutilidade que o empregado incorreria, uma vez que prefere navegar por *sites* de música na internet (lazer) a fazer relatórios (trabalho).

De qualquer maneira, o empregado continuaria no mesmo nível de utilidade, caso buscase a alternativa de mercado:  $U_0$ <sup>351</sup>. A acionista estaria, então, sujeita a uma escolha entre alternativas, com possíveis ganhos e perdas envolvidos (em linguagem econômica, a um *trade-off*): se pretende que o empregado trabalhe mais, seus lucros, provavelmente, aumentarão, porém, ao custo de ter de pagar um salário maior. Assim, esta somente será a solução escolhida, se os ganhos esperados superem as perdas<sup>352</sup>; caso contrário, ela preferirá exigir um nível menor de esforço e pagar o menor salário possível, a fim de manter o empregado ( $w_0$ ).

Considere-se, agora, a hipótese de informação imperfeita, em ambos os casos: na situação em que a acionista deseje um baixo nível de envolvimento do empregado, ela poderia oferecer o salário fixo  $w_0$  e confiar na preferência deste por lazer a trabalho, para assegurar que o nível de esforço será mínimo. Assim, o resultado obtido seria o mesmo da hipótese de ausência de assimetria informativa<sup>353</sup>.

Por fim, a hipótese mais realista: a presença de assimetria informativa (oportunizando que o agente oculte suas ações) e uma preferência do principal por um maior nível de esforço, por parte do empregado. Aqui, surge o problema: a acionista pode oferecer o pacote de remuneração, visando obter maior envolvimento com o trabalho -  $w_0 + \phi$  - porém, o empregado poderá, ainda assim, não apresentar

<sup>350</sup> MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 137-138.

<sup>351</sup> Isso se conclui porque ele seria compensado por  $\phi$ . Assim,  $U([w_0 + \phi] - \phi) = U(w_0) = U_0$  (MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 138).

<sup>352</sup> Em linguagem matemática:  $(x - y)(\pi_H - \pi_L) > \phi$  (MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 138)..

<sup>353</sup> MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 138.

a performance esperada, dado o elemento aleatório que, dificilmente, pode ser afastado do resultado final. Neste caso, o agente ficaria com os benefícios adicionais ( $\phi$ ), sem empregar esforço adicional e, caso cobrado em relação aos resultados, sustentaria que foram causados por fatores externos à sua conduta<sup>354</sup>.

Embora seja impossível solucionar, por completo, o problema do risco moral (dada a ubiquidade da assimetria informativa, que nada mais é do que uma decorrência de nossas limitações naturais de racionalidade), a acionista poderia lançar mão de alguns mecanismos para tentar mitigá-lo, tal como o oferecimento de um pacote de remuneração que conecte a totalidade de seus rendimentos ao lucro bruto da empresa, o que incentivaria o empregado a trabalhar mais, já que também deseja ganhar mais. Com isso, ele receberia um salário menor ( $w_L$ ), quando um baixo nível de lucratividade fosse obtido ( $\pi_L$ ) e outro, maior ( $w_H$ ), quando os lucros fossem maiores ( $\pi_H$ ), para induzi-lo a apresentar uma melhor performance<sup>355</sup>.

Molho destaca que a questão a ser enfrentada pela acionista seria encontrar qual o nível para  $w_H$  e  $w_L$  que maximizasse seu lucro total. A escolha estaria sujeita a duas restrições, quais sejam, a “restrição de compatibilidade dos incentivos” (*incentive compatibility constraint*) e a “restrição de participação” (*participation constraint*).

A primeira diz respeito ao fato de que  $w_H$  e  $w_L$  devem ser estipulados de forma que coloquem o empregado em um nível de utilidade, pelo menos, igual ao que ele obteria, caso não precisasse apresentar um maior esforço em sua atividade<sup>356</sup>, o que resolveria o problema de incompatibilidade entre seus incentivos e o interesse da acionista em obter um melhor desempenho, de sua parte<sup>357</sup>.

Já a segunda restrição é observada no fato de que a utilidade extraída pelo empregado por ficar na empresa e trabalhar mais, precisa ser, pelo menos, tão grande quanto a utilidade que ele obteria trabalhando fora da empresa, razão pela qual  $w_H$  e  $w_L$  precisam ser fixados pela acionista, de modo que  $EU_{\text{work}} \geq U_0$ .

Sujeita a essas restrições, a solução para a acionista que deseja maximizar seus lucros totais, seria fixar  $w_H$  e  $w_L$ , de modo que seus valores se aproximem ao

<sup>354</sup> MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 139.

<sup>355</sup> MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 139.

<sup>356</sup> Assim,  $EU_{\text{work}} \geq EU_{\text{shirk}}$ .

<sup>357</sup> MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 139-140.

máximo da igualdade em  $EU_{\text{work}} \geq EU_{\text{shirk}} \geq U_0$ . Desse modo, ela asseguraria a compatibilidade de incentivos (e o nível de performance mais alto do empregado) e a manutenção deste no emprego, expandindo, ao máximo, a margem de sua lucratividade total.

A solução apresenta certas características: a primeira delas é que, na hipótese de informação imperfeita, o empregado precisará enfrentar um grau de incerteza, em relação aos seus rendimentos, de modo a assegurar seu incentivo para trabalhar mais, satisfazendo a restrição de compatibilidade. Assim, a distribuição do risco entre as partes não será eficiente, pois, o agente (avesso ao risco) precisará suportá-lo, ao menos, parcialmente.

Já a acionista se encontra em uma situação de inferioridade em relação à hipótese de informação perfeita, pois, para assegurar ao empregado avesso ao risco uma remuneração que observe as duas restrições, ela terá de pagar um salário maior do que pagaria na hipótese de informação completa (maior que  $w_0 + \phi$ ), diminuindo o retorno financeiro que pretende obter com a empresa. Portanto,  $E(\pi - w)$ , na hipótese de informação imperfeita, é menor do que na hipótese de informação perfeita, logo, esta é paretianamente superior àquela<sup>358</sup>.

Já se a acionista, na hipótese mais realista de informação imperfeita, quiser induzir o empregado a um maior nível de esforço em sua atividade, ela precisaria aceitar uma redução em seu lucro. Caso contrário, ou deveria permitir que o empregado trabalhasse menos, de forma a reduzir a compensação salarial pela desutilidade deste, ou então, precisaria dissolver a empresa e retirar-se da atividade, no caso de o pacote de remuneração do agente tornar-se tão oneroso, que os lucros totais esperados fossem negativos.

Logo, o *trade-off* enfrentado pela acionista é assim resumido, por Molho: “*if she induces hard work then she must pay a risk premium; if she tolerates slacking then she bears the welfare loss due to sub-optimal effort, and if she shuts the firm down she loses all profit from the firm*”<sup>359</sup>.

Da análise do modelo apresentado, em cotejo com os aportes dos autores já estudados, algumas conclusões parciais podem ser obtidas, lembrando que, na

<sup>358</sup> MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 141-142.

<sup>359</sup> Tradução nossa: “se ela induz ao trabalho duro, então, precisa pagar uma compensação; se ela tolerar a ociosidade, então, suportará a perda de bem-estar, devido a um esforço subótimo e, se fechar a empresa, ela perde todos os lucros”. (MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 143).

hipótese de informação perfeita e ausência de custos de transação, não seria necessária a aplicação de uma eficácia especificamente dissuasória, visto que a empresa internalizaria, por completo, os custos sociais decorrentes de sua atividade e adotaria as medidas ótimas de precaução, assegurando que seus empregados as observassem, devido à inexistência de informação privada e ao fato de que são avessos ao risco e têm rendimentos ligeiramente superiores a  $w_0$ .

Já com informação imperfeita, e, portanto, oportunidade para o risco moral, na hipótese em que a conduta não-observável do agente venha a causar danos a terceiros, deverá ter aplicabilidade o princípio da reparação integral (de acordo com a conclusão obtida por autores, como Polinsky<sup>360</sup> e Shavell<sup>361</sup>), para que as medidas socialmente adequadas de precaução venham a ser conquistadas.

A aplicação de uma eficácia especificamente dissuasória na indenização teria que observar, assim, a condição já exposta pelos autores referidos, qual seja, de que exista uma probabilidade relevante de que a empresa venha a não incorrer na indenização e, assim, não internalizar a totalidade do custo social, decorrente de sua atividade.

A aplicação da função dissuasória que não levasse em consideração tal probabilidade, bem como se deixasse guiar por parâmetros, como a gravidade da conduta do agente e o potencial socioeconômico do ofensor (que dirá da vítima), novamente, acarretaria insuficiência de incentivos à adoção de medidas de precaução e uma sobreatividade, por parte da empresa. Ou então, induziria ao risco oposto - o de forçar esta a adotar níveis de prevenção excessivos (*overdeterrence*). Tal situação, no contexto da relação de agência, seria ainda mais agravada, pois, além das situações já apontadas pelos autores, observar-se-ia:

(1) Na hipótese de assimetria de informações e de risco moral, uma indenização que não refletisse a integralidade do dano incentivaria a empresa, para compensar a perda em sua lucratividade decorrente da indenização, dos custos de precaução existentes e do salário a ser pago ao empregado, a não implementar as

---

<sup>360</sup> Assim diz Polinsky, ao falar, especificamente, da responsabilidade civil na relação de agência: "The second general point illustrated by the example is that the optimal level of liability, however allocated between the principal and the agent, is the level of harm". (POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 129).

<sup>361</sup> "[T]he best course for society ordinarily is probably to set damages equal to harm". (SHAVELL, Steven. The optimal level of corporate liability given the limited ability of corporations to penalize their employees. *International Review of Law and Economics*, [S.l.], n. 17, p. 210, 1997).

medidas acautelatórias devidas, bem como a buscar, no incremento do nível de atividade, uma compensação da perda de lucratividade.

(2) No caso de fixação de uma indenização excessiva, a empresa seria induzida a elevar os níveis de precaução, causando, portanto, uma desutilidade ao empregado ainda maior, sobre a qual ele exigiria ser compensado, na forma de elevação do salário ( $\phi$ ). O fato incrementaria a perda de lucratividade dos acionistas da empresa e poderia levar, no extremo, ao encerramento da atividade, ou pelo menos, à sua diminuição, a níveis socialmente indesejáveis.

Nesse caso, o salário que refletisse essa perda subjetiva teria de observar  $\phi_1$ , sendo que  $\phi < \phi_1$ . Adicionado o valor da indenização,  $\psi$ , então  $w_1 = w_0 + \phi_1 + \psi$ . Definindo  $w = w_0 + \phi$  (ou seja, a empresa quer um maior esforço dos seus empregados), temos  $w_0 + \phi < w_0 + \phi_1 + \psi$  (ou seja,  $w < w_1$ ), hipótese em que haveria um decréscimo de utilidade para os acionistas, pela diminuição em seus lucros (no caso em que  $\psi$  não pudesse ser integralmente repassada através dos preços). Assim,  $E(\pi - w) > E_1(\pi - w_1)$ .

Tal fato poderia levar, também, como forma de compensar as perdas e tentar incrementar  $E(\pi - w)$ , a que os acionistas optassem pelo pacote de remuneração que correspondesse ao menor nível de esforço por parte do empregado ( $w_0$ ), comprometendo assim a produtividade da empresa e a qualidade que esta direciona ao mercado. Essa possibilidade é bem identificada por Gary J. Miller:

The point is clear: Since wages for subordinates are costs for the owner of residual profits, profit maximization by the center is an obstacle to the efficient resolution of both the hidden information and hidden action problem. The desire of owners to maximize revenues less payoffs for team members constantly tempts them to choose incentive schemes that encourage strategic misrepresentation and inefficient production behaviors by subordinates.<sup>362</sup>

Some-se a isso, o fato de que, embora a empresa possa investir em níveis ótimos de precaução, em qualquer hipótese de informação imperfeita sempre deverá

---

<sup>362</sup> Tradução livre: “O ponto é claro: uma vez que os salários dos subordinados são custos para o proprietário dos lucros residuais, a maximização dos lucros pelo centro é um obstáculo à resolução eficiente tanto do problema da informação oculta quanto da ação oculta. O desejo dos proprietários de maximizar seus rendimentos subtraídos os pagamentos para os membros da equipe constantemente os tentam a escolher esquemas de incentivos alternativos que encorajam comportamentos de deturpação estratégica e de produção ineficiente de parte dos subordinados.” (MILLER, Gary J. *Managerial dilemmas: the political economy of hierarchy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 154).



haver um nível de incumprimento do empregado a ser tolerado, uma vez que o controle total não pode ser alcançado.

Atribuir indenização com eficácia dissuasória ou estritamente punitiva à empresa, nessa hipótese, equivaleria a exigir desta uma prestação impossível e sancioná-la pelo descumprimento, sem que isso incrementasse o nível ótimo de precaução. Tal hipótese, uma vez esclarecidos os riscos decorrentes do excesso no custo das precauções, bem como exposta a estrutura de incentivos, dentro da qual operam os atores na relação de agência, não se sustenta.

#### **4.2 Limitações na aplicação da função dissuasória**

A promessa do funcionalismo jurídico, de utilização do direito como instrumento de incremento no bem-estar da sociedade, embora meritória (difícilmente alguém sustentaria que o direito não deva ser utilizado para melhorar a vida das pessoas), não está isenta, porém, de ser submetida ao exame crítico, principalmente no que diz respeito aos limites observáveis à sua plena realização.

Como visto, a utilização da responsabilidade civil para dissuadir os agentes da prática de determinadas condutas com o objetivo de aumento de bem-estar, embora correntemente utilizada em nossa prática jurídica, tem carecido de uma avaliação centrada na lógica essencialmente econômica da função dissuasória, mediante a identificação dos elementos relevantes para o cálculo da indenização e de qual o papel que eles desempenham enquanto estrutura de incentivos, principalmente no contexto das relações envolvendo empresas e seus empregados.

Saliente-se, no entanto, que a identificação *in abstracto* desses elementos é apenas um primeiro passo no tratamento da questão da função dissuasória a partir do ponto de vista econômico. Um segundo, ainda mais complexo, seria a utilização dessa estrutura para a quantificação *in concreto* das variáveis identificadas (custos de precaução, probabilidade de incorrer na indenização, valor esperado dos danos e os dados acerca da arquitetura das relações de agência particulares), principalmente porque o ator que sobre elas deve trabalhar no âmbito de uma ação judicial (o juiz) também está sujeito a sérias limitações informacionais.

A opacidade com que se defronta o juiz, ao analisar os aspectos relativos às relações internas às empresas, motivou alguns autores a ressaltar que a responsabilidade civil não possui papel direto no incentivo à conduta dos agentes,

apenas subsidiário e dependente das próprias orientações empresariais. Nesse sentido, dizem Jennifer H. Arlen e W. Bentley MacLeod:

Moreover, it is organizations, not the tort system, that ultimately determine the extent to which – indeed whether – tort liability influences agents. Organizations can support the goals of tort liability through incentives designed to induce due care. Alternatively, they can work against tort liability by either indemnifying sanctioned agents or hiring agents who are beyond the reach of the tort system (e.g., agents who are judgment-proof)<sup>363</sup>.

Essa preponderância das empresas advém basicamente de sua situação de vantagem informacional. Com efeito, dados acerca do verdadeiro custo de precauções e do volume de incidentes que não resultam em condenação (probabilidade de incorrer na indenização) normalmente são mais acessíveis às empresas do que ao juiz, que assim também enfrenta um problema de informação oculta. A empresa, por sua vez, ainda que deseje, ou mesmo caso seja instada a revelar tais dados, enfrentará o problema da credibilidade, por ser interessada em apresentá-los da forma mais favorável possível para si.

Assim, a obtenção de tais informações não se faz possível sem que o magistrado incorra em um esforço adicional, o que, por sua vez, também implica em uma mudança na forma como ordinariamente as demandas indenizatórias seriam instruídas, no sentido de aumentar as providências probatórias ou torná-las mais complexas. Porém, esse incremento na complexidade da fase probatória tenderia a acarretar um maior consumo de recursos, não apenas para o Estado, mas para o próprio juiz em sua atividade<sup>364</sup>.

Dessa forma, o juiz tem de reunir informações que são dispersas através dos envolvidos na relação, sendo que muitas vezes o próprio empregado possui melhores estimativas acerca de medidas precaucionárias possíveis do que a própria

---

<sup>363</sup> Tradução nossa: “Além disso, são as organizações, e não o próprio sistema de responsabilidade civil, que ao fim determina a extensão em que – na verdade, mesmo se – a responsabilidade civil influencia os agentes. As organizações podem dar suporte aos objetivos da responsabilidade civil através de incentivos delineados para induzir ao cuidado devido. Alternativamente, elas podem trabalhar em contrário à responsabilidade civil, seja através da isenção que podem conferir a agentes que tenham sido sancionados, seja pela contratação de agentes que estejam além do alcance do sistema de responsabilidade civil (e.g., agentes que não sejam solventes).” (ARLEN, Jennifer H.; MACLEOD, W. Bentley. *Beyond Master-Servant: A Critique of Vicarious Liability*. NYU, Law and Economics Research Paper No. 04-028; and USC Law and Economics Research Paper No. 04-28; *In*: MADDEN, Stuart. *Exploring Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=624564>>. Acesso em: 01 nov. 2008).

<sup>364</sup> Nesse sentido, o juiz poderia ser tido como o principal que precisa resolver um problema de informação oculta por parte do agente.

administração da empresa. Tal situação pode ser tida como uma aplicação do conhecido “problema hayekiano do conhecimento”<sup>365</sup>, na formulação dada pelo próprio Hayek:

The peculiar character of the problem of a rational economic order is determined precisely by the fact that the knowledge of the circumstances of which we must make use never exists in concentrated or integrated form but solely as the dispersed bits of incomplete and frequently contradictory knowledge which all the separate individuals possess. The economic problem of society is thus not merely a problem of how to allocate “given” resources—if “given” is taken to mean given to a single mind which deliberately solves the problem set by these “data.” It is rather a problem of how to secure the best use of resources known to any of the members of society, for ends whose relative importance only these individuals know. Or, to put it briefly, it is a problem of the utilization of knowledge which is not given to anyone in its totality<sup>366</sup>.

De qualquer forma, embora a possível dificuldade de obtenção da informação por parte de quem deva efetivar a quantificação supostamente em nível ótimo, tal problema pode ser mitigado observando-se, em primeiro lugar, que, em muitas situações, é plenamente possível concluir que a grande razão para a imposição da indenização com eficácia dissuasória, segundo a teoria econômica aqui exposta, qual seja, a probabilidade de não incorrer na indenização, não se faz presente.

Isso ocorre principalmente nos casos em que a autoria do dano seja notória e a hipótese de que agente causador não seja responsabilizado venha a ser muito remota. Nesses casos, os fundamentos acima expendidos podem servir como uma razão para que não se aplique a função dissuasória, dado que a fixação de um *quantum* meramente reparatório já seria suficiente para a adoção de níveis eficientes de precaução.

Deve ser também observado que, mesmo na impossibilidade de acesso a informações precisas acerca das variáveis envolvidas, há diferenças importantes

<sup>365</sup> “Hayekian knowledge problem”. Ver SAUTET, Frédéric E. *An entrepreneurial theory of the firm*. New York: Routledge, 2006. p. 13.

<sup>366</sup> Tradução nossa: “O caráter peculiar do problema de uma ordem econômica racional é determinado precisamente pelo fato de que o conhecimento das circunstâncias, de que precisamos lançar mão, nunca existe de forma integrada ou concentrada, mas somente como unidades dispersas de conhecimento incompleto e frequentemente contraditório que todos os indivíduos possuem em separado. O problema econômico da sociedade é assim não meramente um problema de como alocar recursos “dados” – se “dados” for interpretado como à disposição de uma única mente que deliberadamente resolve o problema estabelecido por esses “dados”. É muito mais um problema de como assegurar o melhor uso dos recursos conhecidos para qualquer dos membros da sociedade, para finalidades cuja importância relativa apenas esses indivíduo conhecem. Ou, para colocar de forma breve, é um problema de utilização do conhecimento que não é dado a ninguém em sua totalidade.” (HAYEK, Friedrich A. *Individualism and economic order*. Chicago: University of Chicago Press, 1948. p. 77-78).

entre graus de proximidade com o ponto de maior redução do custo social total. Assim, mesmo nos casos em que os custos de precaução e a probabilidade de incorrer na responsabilização possam ser apenas aproximadamente estimados, a observância dessa estimativa já é preferível à fixação de uma quantia que não a leve em consideração e assim resulte extremada, quer no sentido da falta, quanto do excesso de estímulo à adoção de medidas acautelatórias.

Desta forma, será possível buscar-se o que Calabresi denominou de “dissuasão geral”<sup>367</sup>, ou seja, quando, ao invés de proibir-se uma atividade através de uma decisão centralizada, deixa-se ao conjunto de participantes das relações de mercado a decisão acerca das formas e graus de participação nessas atividades, assegurando-se que os preços reflitam (ainda que de forma aproximada) os custos sociais totais:

The general deterrence approach treats accident costs as it does any other costs of goods and activities – such as the metal, or the time it takes, to make cars. If all activities reflect the accident costs they “cause”, each individual will be able to choose for himself whether an activity is worth the accident costs it “causes.” The sum of these choices is, *ex hypothesis*, the best combination available and will determine the degree to which accident-prone activities are engaged in (if at all), how they are engaged in, and who will engage in them. Failure to include accident costs in the prices of activities will, according to the theory, cause people to choose more accident-prone activities than they would if the prices of these activities made them pay for these accident costs, resulting in more accident costs than we want. Forbidding accident-prone activities *despite* the fact that they can “pay” their costs would, in theory, bring about an equally bad result from the resource allocation point of view. Either way, the postulate that individuals know best for themselves would be violated<sup>368</sup>.

<sup>367</sup> No original, “general deterrence”. Ver CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. London: Yale University, 1970. p. 68-94.

<sup>368</sup> Tradução nossa: “A abordagem da dissuasão geral trata os custos dos acidentes como qualquer outro custo de bens e atividades – como o metal, ou o tempo que leva para fabricar automóveis. Se todas as atividades refletem os custos dos acidentes que elas “causam”, cada indivíduo será capaz de escolher para si quando e como uma atividade vale os custos dos acidentes que “causa.” A soma dessas escolhas é, *ex hypothesis*, a melhor combinação possível e vai determinar o grau em que atividades propensas à ocorrência de acidentes serão exercidas (se é que serão), como elas serão exercidas, e quem irá se engajar nelas. Falhas na inclusão dos custos dos acidentes nos preços das atividades vão, de acordo com a teoria, fazer com que as pessoas escolham mais atividades propensas a acidentes do que elas desejariam, caso o preço dessas atividades fizesse com que elas pagassem por esses custos, resultando em um nível maior de custos dos acidentes do que gostaríamos. Proibir a prática de atividades propensas a acidentes *apesar* do fato de que elas possam “pagar” seus custos poderia, em teoria, acarretar um resultado indesejável sob o ponto de vista da alocação de recursos. De qualquer forma, o postulado de que os indivíduos sabem mais do que ninguém o que é melhor para si seria violado.” (CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. London: Yale University, 1970. p. 70).

Tal situação, porém, não prescinde - antes pelo contrário, depende -, de que seja compreendida a lógica utilizada pelos agentes econômicos para a tomada de decisão, e, especialmente, sejam investigados os seus fundamentos, incluídas as variáveis e as limitações impostas pela estrutura de incentivos em que tais agentes estejam inseridos.

Ao discursar em virtude do recebimento do Prêmio Nobel em Ciências Econômicas em 1991, Ronald Coase afirmou: *“The firm in mainstream economic theory has often been described as a “black box”. And so it is”*<sup>369</sup>. De certo modo, embora o amplo domínio do funcionalismo nos estudos jurídicos, a aplicação da responsabilidade civil como meio indutor de condutas no contexto das empresas parece também padecer de uma dificuldade em acessar os mecanismos internos que possam levar os envolvidos em relações de agência a adotar uma postura mais ou menos cautelosa em sua atuação no mercado. A presente tese pretende ser uma contribuição no sentido do tratamento desses mecanismos, ainda que, ao final, possamos perceber as próprias limitações dessa mesma abordagem.

---

<sup>369</sup> Tradução livre: “A empresa, na teoria econômica tradicional, tem sido descrita como uma ‘caixa preta’. E assim tem sido.” (COASE, Ronald H. *Prize Lecture: The Institutional Structure of Production*. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-lecture.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-lecture.html)>. Acesso em: 25 jun. 2013).

## CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

*Non domandarci la formula che mondi possa aprirti,  
sí qualche storta sillaba e secca come un ramo.  
Codesto solo oggi possiamo dirti,  
ciò che non siamo, ciò che non vogliamo.*

EUGENIO MONTALE, *Ossi di seppia*.

A seguir, enumeram-se as principais considerações conclusivas verificadas na tese:

1. O advento do funcionalismo jurídico, em substituição a uma concepção mais fundada em elementos formais, é elemento comum às experiências jurídicas das famílias romano-germânica e do *common law*.

2. Na tradição continental, o funcionalismo jurídico encontrou nos trabalhos de Jhering a sua base original de apoio para se desenvolver enquanto concepção fundante da compreensão do fenômeno jurídico.

3. A concepção funcionalista de Jhering surge como uma reação às principais contribuições formalistas surgidas no âmbito da Escola Pandectística, em especial às concepções esboçadas por Puchta e Windscheid.

4. A partir de Jhering, juristas como Gierke passaram, na tradição continental, a endossar uma visão social do direito privado, reconhecendo os limites às vontades individuais, em razão do benefício da comunidade, encaminhando o fenômeno da funcionalização do direito privado em bases mais amplas.

5. No direito norte-americano, a exemplo da experiência dos países vinculados à família romano-germânica, também se observa a mudança de uma concepção fundada na racionalidade puramente formal para uma visão funcionalista, que hoje determina as bases epistemológicas gerais para a compreensão e a aplicação do direito.

6. Uma racionalidade formal fundada na coerência interna do sistema jurídico forneceu, no direito norte-americano, as bases da concepção denominada como “classicismo jurídico”, o qual vicejou como perspectiva dominante no direito norte-americano principalmente entre o final do século XIX e o início do século XX.

7. O modernismo do final do século XIX, ao criticar os sistemas lógicos não apoiados em observação empírica e a objetividade dos valores, abriu as portas da

doutrina jurídica ao funcionalismo jurídico, cuja consagração deveu-se à influência sucessiva de uma série de movimentos que, apesar de sua diversidade, partilharam de uma base comum instrumentalista.

8. Tais movimentos iniciaram com a consagração do pragmatismo no campo filosófico, cujos principais desenvolvimentos enfatizavam que a busca da verdade deveria ser efetivada não através de categorias abstratas do pensamento, e sim, pela conexão entre as ideias e as proposições e suas consequências práticas.

9. O pensamento pragmatista exerceu grande influência sobre Holmes, cuja crítica ao pensamento formalista pode ser caracterizada como um verdadeiro ponto de inflexão para uma orientação eminentemente funcionalista na doutrina jurídica norte-americana.

10. Seguindo a trilha de Holmes, Pound aprofundou a crítica ao formalismo, atacando as premissas da denominada “mechanical jurisprudence” e propondo, em seu lugar, uma teoria do direito voltada para o exame das consequências das decisões judiciais, numa orientação que intitulou “sociological jurisprudence” e que concebia o direito como um instrumento de engenharia social.

11. Com inspiração em Holmes e Pound, o realismo jurídico norte-americano tornou ainda mais incisiva a crítica ao formalismo conceitual, adicionando um viés psicológico para explicar a desconexão entre o trabalho judicial e a estrutura conceitual sustentada pelo classicismo, afirmando que os juízes estariam sujeitos a processos psíquicos que determinariam uma decisão em bases consequencialistas, sendo o formalismo um mero artifício para a racionalização e o ocultamento das verdadeiras razões das decisões.

12. Com o realismo jurídico, consolidou-se, na doutrina jurídica americana, o prestígio do funcionalismo e a tendência de declínio do formalismo classicista. Todavia, na aplicação do direito, principalmente nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, o classicismo ainda vicejou até o evento conhecido como “Revolução Constitucional”, nome pelo qual se faz referência, na historiografia do período, ao embate ocorrido entre a administração de Franklin Delano Roosevelt e a Suprema Corte no final da década de 1930.

13. A consagração do funcionalismo jurídico possibilitou a ampla utilização de institutos jurídicos de direito privado, como a responsabilidade civil, no controle dos efeitos da Revolução Industrial e na implementação dos objetivos dos modernos Estados de Bem-Estar.

14. A epistemologia funcionalista possui um papel fundante na discussão acerca das “funções” da responsabilidade civil na atualidade e, portanto, na expansão do instituto, bem como sobre a principal concepção funcionalista acerca do direito privado em nossa experiência jurídica atual, qual seja, o movimento de constitucionalização do direito privado.

15. Segundo tal movimento, as relações jurídicas privadas devem ser analisadas sob uma ótica instrumental, na qual as normas e os institutos que compõem o que tradicionalmente se denominou de direito privado devem ser compreendidas na medida em que cumprem a função de realização das normas e valores expressos na Constituição Federal, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

16. A responsabilidade civil vem se constituindo em objeto da dogmática funcionalista de matriz constitucional-social, mediante o estudo das possibilidades de utilização do instituto na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, com esforços para atribuir à responsabilidade civil uma função social, na esteira do tratamento já efetivado em relação à propriedade, às sociedades empresárias e ao contrato.

17. Sob o prisma da função social, busca-se a fundamentação do instituto na cláusula constitucional da solidariedade social, de forma a tentar assegurar, na maior medida possível, a indenizabilidade de danos injustos, com base em um progressivo afastamento da culpa como fator de imputação, mediante sua substituição por critérios mais objetivos, como os propostos pelas teorias do risco.

18. No espírito da redefinição do direito privado empreendido pelas concepções funcionalistas, desenvolveu-se uma discussão acerca das possíveis funções da responsabilidade civil, com o reconhecimento de que a função eleita pelo formalismo clássico como a primordial - qual seja, a função reparatória - não deveria ser a única atribuível ao instituto, na medida em que este passe a ser avaliado sob o ângulo da melhoria da vida em sociedade.

19. Assim, a responsabilidade civil passou a ser chamada a desempenhar outras funcionalidades, como desestimular o comportamento socialmente danoso, através das noções de punição, de dissuasão ou de exemplaridade, implementadas, principalmente, através de mudanças no arbitramento do *quantum* indenizatório.

20. A discussão sobre as funcionalidades da responsabilidade civil tem início com o reconhecimento da tradicional função reparatória, cuja centralidade se iniciou



com a separação entre responsabilidade penal e civil formatada ao longo do século XIX e que ainda pode ser percebida, na atualidade, como ocupando um lugar de destaque no sistema indenizatório, o que se ilustra com o art. 944, *caput*, do Código Civil.

21. Tal norma, ao afirmar que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, consagra o princípio da reparação integral, que fornece a principal base geral para a aferição do *quantum* indenizatório em nosso direito.

22. Com a consagração da reparação integral, firma-se o objetivo geral de tentar, na medida do possível, através de uma soma em pecúnia ou pela reposição *in natura*, colocar a vítima do evento danoso em uma situação aproximada ao estado em que estaria caso tal evento não tivesse existido.

23. A reparação integral encontra seu fundamento filosófico na ideia aristotélica de justiça corretiva, em que prepondera uma noção de igualdade na qual não são consideradas características particulares ligadas às pessoas envolvidas na relação, mas apenas atenta-se para o fato de que houve, em uma dada interação entre particulares, uma alteração que deve ser corrigida sob pena de uma das partes ficar com uma fração menor do que lhe é devido.

24. A conexão entre a função reparatória e a justiça corretiva aristotélica dá-se na medida em que ambas possuem como elemento central a extensão do dano (perda) e não o grau de culpa ou outras particularidades do ofensor. A restauração da igualdade depende, assim, do desfazimento da perda, que demanda a exclusividade das atenções, na esteira do proposto no *caput* do art. 944 do Código Civil.

25. A primazia da função reparatória, como concretização da justiça corretiva aristotélica, implica, segundo a doutrina jurídica, em uma série de consequências para a formatação da responsabilidade civil, como a existência das funções “indenitória” e “concretizadora”.

26. Admite-se, também, em doutrina e jurisprudência, a existência de uma função de caráter satisfativo na reparação do dano extrapatrimonial, com base no argumento de que essa espécie de dano seria insuscetível de ser integralmente reparado. Nesse caso, a indenização meramente teria o papel de proporcionar à vítima um tipo de satisfação subjetiva de forma a contrabalançar o sofrimento percebido.

27. Na tese, porém, defende-se que tal função satisfativa não prescinde de uma lógica reparatória fundada na justiça corretiva, uma vez que a reparação do dano, nessa hipótese, significa a redefinição de uma relação de igualdade afetada pelo ato ilícito. Assim, a indenização do dano extrapatrimonial, visando à satisfação da vítima, procura recolocá-la em um *status* de igual consideração perante o direito, compatível com a lógica da justiça corretiva aristotélica.

28. À responsabilidade civil também pode ser reconhecida uma função demarcatória, na qual o instituto seja percebido como um instrumento para a definição do momento em que uma conduta passe a representar não mais a atuação juridicamente protegida da liberdade na vida em sociedade, mas como socialmente danosa.

29. Atribui-se também frequentemente à responsabilidade civil uma função distributiva, pela realocação da perda sofrida pela vítima, cujo custo deve ser distribuído para ser suportado por outrem. Essa redistribuição ocorreria, principalmente, em dois âmbitos: em primeiro lugar, em um sentido da vítima ao responsável; em segundo, através da realocação desse custo a terceiros.

30. Tal função, segundo opiniões doutrinárias, enseja a redistribuição dos custos das indenizações suportadas por agentes econômicos através dos preços praticados no mercado, quando seriam então suportados por um contingente de consumidores.

31. Para que o efeito distributivo possa ocorrer, é necessário que os agentes responsáveis possam efetivamente repassar o custo das indenizações através de um aumento nos preços que praticam. Tal possibilidade, porém, nem sempre ocorre de maneira imediata ou previsível, como se fundamenta na tese através do tratamento da hipótese de demanda elástica em relação ao preço do produto ou serviço.

32. A possibilidade de que a responsabilidade civil deva cumprir uma função punitiva vem provocando grande controvérsia na seara da funcionalização do instituto. Tal concepção, embora careça de base legal em geral, está plenamente incorporada à nossa prática jurídica através da atividade judicial.

33. No Superior Tribunal de Justiça, percebe-se a consagração da função punitiva principalmente a partir de 1995, quando o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira teria incorporado às suas decisões, em sede de reconhecimento de certos tipos de danos extrapatrimoniais, referências a critérios de fixação do *quantum*

indenizatório baseados no “grau de culpa” do agente e ao “porte econômico das partes”, mais afeitos à lógica punitiva do que à compensatória, bem como passado a afirmar a necessidade de “desestimular” o comportamento do ofensor.

34. Assim, em uma peculiaridade de nosso ordenamento jurídico, o ingresso da função punitiva na responsabilidade civil extracontratual deu-se através da hipótese específica da reparação do dano extrapatrimonial, através da vinculação do aspecto sancionatório à própria *natureza* da reparação dessa espécie de dano.

35. Tal circunstância apresenta, como consequências imediatas, o afastamento da função punitiva nas hipóteses de indenização por danos patrimoniais, a disseminação dessa função para um número bastante amplo de casos, e, por fim, representa uma maior dificuldade à identificação, dentro do próprio conjunto dos danos extrapatrimoniais indenizáveis, daqueles casos em que não teria sentido falar em sanção, dado o baixo (ou inexistente) grau de reprovabilidade da conduta do ofensor.

36. A ideia de penalização da conduta do agente na responsabilidade civil pode possuir tanto eficácia retributiva, no sentido de atribuir ao agente causador do dano um malefício, como forma de resposta à sua conduta, como uma face prospectiva, na forma de tentar evitar que o agente ou que terceiros venham a praticar o mesmo tipo de atividade danosa. Neste sentido, a indenização assumiria uma eficácia dissuasória ou exemplar, com o objetivo de erradicar a conduta que ocasionou o dano.

37. A eficácia dissuasória pressupõe o emprego de uma lógica econômica por parte dos potenciais agentes causadores de dano. Assim, a tese afirma que, caso se pretenda efetivamente produzir o efeito dissuasório, essa lógica deve ser coerentemente utilizada, tanto na fundamentação de tal eficácia, como no refinamento de sua aplicação.

38. Dessa forma, a análise econômica do direito, pela metodologia própria com que trata o fenômeno jurídico, traz percepções fundamentais para o tratamento da racionalidade econômica subjacente à responsabilidade civil com eficácia dissuasória.

39. Dentre as principais contribuições dos autores vinculados à corrente de direito e economia no tratamento das indenizações com eficácia dissuasória, destacam-se na tese, os trabalhos de Cooter, Polinsky e Shavell.

40. A análise dos autores parte de determinados pressupostos, quais sejam, as noções de agente racional, de bem-estar social e de custo social total.

41. A noção de custo social total implica no reconhecimento das três variáveis que a compõem e que devem orientar o cálculo do agente racional: custos de precaução, probabilidade de ocorrência de danos e valor dos danos esperados. Assim, o custo social total teria a seguinte formulação:  $SC = wx + p(x)A$ , na qual  $SC$  corresponderia ao custo social total,  $wx$  seria a quantia total investida em precauções e  $p(x)A$  significaria a probabilidade de ocorrência de danos multiplicada pelo valor dos danos esperados.

42. A análise do custo social total permite ainda uma melhor percepção acerca de uma série de elementos relevantes para a análise: em primeiro lugar, mostra que, em certos casos, um incremento nos custos de precaução não implica em um resultado socialmente desejável; em segundo lugar, percebe-se que investimentos crescentes a título de prevenção não implicam, necessariamente, na redução da probabilidade de ocorrência de eventos danosos; em terceiro, que sem uma pesquisa minimamente adequada acerca das variáveis envolvidas no cálculo do custo social total, fica dificultada a tarefa de acessar a adequação do montante indenizatório a ser fixado a título de desestímulo.

43. Essa análise permite, ainda, que se identifiquem duas situações a serem evitadas: a de desestímulo abaixo do nível desejado (*underdeterrence*) e a de imposição de incentivos em excesso para o investimento em precauções (*overdeterrence*). No primeiro caso, os agentes são levados a adotar um menor investimento em medidas acautelatórias e, portanto, a incrementar a probabilidade de ocorrência de eventos danosos, acarretando elevação no custo social total. No segundo, os agentes tendem a se engajar com menor frequência em atividades consideradas, em si, socialmente desejáveis, bem como, em casos extremos, a interromper a prática de tais atividades.

44. A partir desses pressupostos, Cooter propõe, para aferição do quantum indenizatório adequado a levar ao investimento eficiente em precauções, a adoção de uma variação da Regra de Hand, intitulada *Hand Rule Damages*, que partiria da definição dos custos das cautelas devidas, segundo um padrão fundado na noção de culpa e da probabilidade da ocorrência do evento danoso, para, então, chegar ao valor devido a título de indenização.

45. Polinsky e Shavell também trazem contribuições importantes para a análise da função dissuasória, inicialmente através do reconhecimento de que as indenizações devem se equiparar à extensão do dano para a obtenção do desestímulo em níveis eficientes.

46. A reparação integral incentivaria as partes a adotar níveis de precaução que proporcionariam a redução do custo social total, bem como faria também com que as partes se engajassem em níveis de atividade socialmente adequados.

47. Para Polinsky e Shavell, a elevação do *quantum* indenizatório além do nível da reparação integral apenas teria cabimento na hipótese de que os agentes potenciais causadores de dano possam esquivar-se da responsabilização. Nesse caso, a indenização deve ser ajustada para refletir o mesmo valor que os ofensores teriam de internalizar, caso o mecanismo da reparação integral funcionasse perfeitamente.

48. Dessa forma, os critérios usualmente utilizados pela jurisprudência na determinação das indenizações com efeito dissuasório, tais como o grau de culpa dos agentes e sua posição socioeconômica, não teriam relação com o objetivo de dissuasão em níveis eficientes.

49. A análise dos autores permite afirmar, no contexto da racionalidade econômica, a eficácia dissuasória da própria reparação integral.

50. No âmbito da empresa, a adoção de maiores cautelas se traduz em aumento dos custos de monitoramento e de seleção dos empregados. Tais custos, na teoria econômica, costumam ser tratados por um ramo específico da economia da informação, denominado como “teoria da agência” (*agency theory*).

51. Numa relação de agência, uma das partes (o agente) deve praticar atos que visem defender o bem-estar da outra parte (o principal). Porém, dado o fato de que o agente também possui uma função própria de utilidade e na presença de custos de agência que não possam ser completamente transpostos, eventualmente o objetivo da relação (defesa do bem-estar do principal) não deverá ser totalmente alcançado.

52. O problema do agente-principal surge então na medida em que se reconheça a presença de assimetria de informações, ou seja, o fato de que uma das partes contém informações privadas, que não podem ser acessadas pela outra, com absoluta fidedignidade. Assim, a posse da informação privada dá ao agente uma vantagem que ele poderá usar em proveito próprio, e não em benefício do principal.

53. A questão da informação privada pode dar origem a dois tipos de análise: a primeira diz respeito à situação em que o agente usa em seu exclusivo benefício a informação privada (*hidden information*) em uma situação pré-contratual; a segunda nos casos em que o agente, já no curso da relação, consegue ocultar que suas ações (*hidden actions*) não estão de acordo com o objetivo de implementar o melhor interesse do principal, situação referida como de “risco moral” (*moral hazard*).

54. No contexto da responsabilidade da empresa, são as situações de ações privadas que fazem surgir indagações sobre a necessidade de incentivar um maior controle dos empregados que se engajam em atividades causadoras de dano.

55. Assim, na tese utiliza-se um modelo de risco moral para chegar a conclusões acerca da função dissuasória da responsabilidade civil aplicada à relação entre empresa e empregados por danos causados por estes.

56. Da análise do modelo, chegou-se a algumas conclusões. A primeira delas é que, na hipótese de assimetria de informações e de risco moral, uma indenização que não refletisse a integralidade do dano incentivaria a empresa, para compensar a perda em sua lucratividade decorrente da indenização, dos custos de precaução existentes e do salário a ser pago ao empregado, a não implementar as medidas acautelatórias devidas, bem como a buscar, no incremento do nível de atividade esta compensação da perda de lucratividade.

57. A segunda conclusão é que, no caso de fixação de uma indenização excessiva, a empresa seria induzida a elevar os níveis de precaução, causando, portanto, uma desutilidade ao empregado ainda maior, sobre a qual ele exigiria ser compensado na forma de elevação do salário. Isso incrementaria a perda de lucratividade da empresa e poderia levar, no extremo, ao encerramento da suas atividades, ou sua diminuição a níveis socialmente indesejáveis.

58. Ainda na hipótese de indenização excessiva, também como forma de compensar as perdas e tentar incrementar sua lucratividade, os acionistas da empresa poderiam optar pelo pacote de remuneração que correspondesse ao menor nível de esforço por parte dos empregados, comprometendo assim a produtividade da empresa e a qualidade de seus produtos ou serviços.

59. Além disso, a análise da teoria da agência revela que em qualquer hipótese de informação imperfeita sempre deverá haver um nível de incumprimento do empregado a ser tolerado, uma vez que o controle total sobre seus atos não pode ser alcançado. A eficácia dissuasória, nessa hipótese, seria ineficiente e ineficaz.

60. Por fim, ressalta-se que a identificação desses elementos e da estrutura de incentivos na relação de agência é apenas um primeiro passo no tratamento da questão da função dissuasória a partir do ponto de vista econômico. Uma questão mais complexa é a utilização dessa estrutura para a quantificação *in concreto* das variáveis identificadas (custos de precaução, probabilidade de incorrer na indenização, valor esperado dos danos e os dados acerca da arquitetura das relações de agência particulares), principalmente pelas limitações informacionais a que estão sujeitos os juízes na aferição do *quantum* indenizatório.

61. Os dados acerca dos custos efetivos de precauções e do volume de incidentes que não resultam em condenação (probabilidade de incorrer na indenização) normalmente são mais acessíveis às empresas do que ao juiz, que assim também enfrenta um problema de informação oculta.

62. A empresa, caso seja instada a revelar tais dados, ou ainda quando queira espontaneamente os revelar, enfrentará o problema da credibilidade, por ser interessada em apresentá-los da forma mais favorável possível para si.

63. Assim, a obtenção de tais informações não se faz possível sem que o magistrado incorra em um incremento na complexidade da fase probatória do processo, o que tenderia a acarretar um maior consumo de recursos, não apenas para o Estado, mas para o próprio juiz em sua atividade.

64. Porém, ainda que se confronte o problema da aferição concreta dos custos envolvidos, a análise efetivada permanece válida, tanto para identificação dos casos em que não deva ser utilizada a função dissuasória independentemente da reparação integral (ou seja, quando o agente não tem chance considerável de esquivar-se de incorrer na responsabilização) quanto porque o equacionamento da indenização com base numa estimativa aproximada das variáveis identificadas ainda pode gerar um efeito próximo ao desejado a título de prevenção ótima, sendo superior aos critérios jurisprudenciais analisados e evitando os riscos extremos da *overdeterrence* e da *underdeterrence*.

## REFERÊNCIAS

AKERLOF, George. The market for lemons: qualitative uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, n. 84, p. 488-500, 1970.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência da common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARLEN, Jennifer H.; MACLEOD, W. Bentley. Beyond Master-Servant: A Critique of Vicarious Liability. NYU, Law and Economics Research Paper No. 04-028; and USC Law and Economics Research Paper No. 04-28; *In*: MADDEN, Stuart. *Exploring Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=624564>>. Acesso em: 01 nov. 2008.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 50, abr./jul. 2003.

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

BEARLE, A.; MEANS, G. *The modern corporation and private property*. New York: Macmillan, 1932.

BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, Mar./Apr. 1968.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rev. téc. Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BOLTON, Patrick; DEWATRIPONT, Mathias. *Contract theory*. Cambridge: MIT Press, 2005.

BRASIL. *Projeto de lei do Senado, nº 114 de 2008*. Altera o artigo 944 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer parâmetros e limitar o valor de indenizações por danos morais. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=53293&tp=1>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2012.



BRASIL. Presidência da República. *Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/anterior\\_98/vep664-L8078-90.htm#art16](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art16)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 242, de 2001*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=89874&tp=1>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1.035.077 - SP*. Recorrente: American Airlines Inc. Recorrido: Bradesco Seguros S/A. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 22 de Junho de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=984509&sReg=200800741420&sData=20100701&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=984509&sReg=200800741420&sData=20100701&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1.205.445 - RJ*. Recorrente: Álvaro Lins dos Santos. Recorrido: Infoglobo Comunicações S/A. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 06 de Dezembro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1111000&sReg=200901293189&sData=20120201&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1111000&sReg=200901293189&sData=20120201&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1.389.642 - RJ*. Recorrente: Delta Air Lines Inc. Recorrido: Ariane Sprey Gerbauld. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 15 de setembro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1089311&sReg=201100302370&sData=20110920&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1089311&sReg=201100302370&sData=20110920&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 226.692 - DF*. Recorrente: Máximo Ascario Sanchez Paredes. Recorrido: Pulitzer Capital Jornalismo Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 16 de Outubro de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1187152&sReg=201201887178&sData=20121023&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1187152&sReg=201201887178&sData=20121023&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1.101.131 - SP*. Recorrente: DHL Logistics Brazil Ltda. Recorrido: Itaú Seguros S/A. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 05 de Abril de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1049536&sReg=200802409757&sData=20110427&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1049536&sReg=200802409757&sData=20110427&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 1.183.378 - RS*. Recorrente: K. R. O. Recorrido: L. P. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 150.467 - RJ*. Recorrente: Omar dos Santos Carvalho e outro. Recorrido: MB Bioquímica Ltda. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 11 de Novembro de 1997. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199700708837&dt\\_publicacao=24-08-1998&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700708837&dt_publicacao=24-08-1998&cod_tipo_documento=>). Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 215.607 - RJ*. Recorrente: Condomínio do Ilha Plaza Shopping Center. Recorrido: Umberto Estachio Goulart Gonzalez e outros. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 17 de Agosto de 1999. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199900446852&dt\\_publicacao=13-09-1999&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199900446852&dt_publicacao=13-09-1999&cod_tipo_documento=>). Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 23.746 - SP*. Recorrente: Cassiano Moraes Mendes. Recorrido: Bloch Editores S/A. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 28 de março de 1995. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abre Documento.jsp?num\\_registro=199200152937&dt\\_publicacao=02-10-1995&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199200152937&dt_publicacao=02-10-1995&cod_tipo_documento=>). Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 246.258 - SP*. Recorrente: Condomínio do Edifício Arcadas do Icaray. Recorrido: Alvaro de Sousa Figueiroa. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 18 de Abril de 2000. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=200000069396&dt\\_publicacao=07-08-2000&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=200000069396&dt_publicacao=07-08-2000&cod_tipo_documento=>). Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 283.319 - RJ*. Recorrente: Condomínio do Shopping Center da Barra. Recorrido: Hugo Neves Fernandes Filho. Relator: Min. Antônio De Pádua Ribeiro. Brasília, 08 de Maio de 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=53802&nreg=200001068393&dt=20010611&formato=PDF>>. Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 37.374 - MG*. Recorrente: Yara Tupynambá. Recorrido: Município de Belo Horizonte. Relator: Min. Hélio Mosimann. Brasília, 28 de Setembro de 1994. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199300213156&dt\\_publicacao=24-10-1994&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199300213156&dt_publicacao=24-10-1994&cod_tipo_documento=>). Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 645.729 - RJ*. Recorrente: Infoglobo Comunicações Ltda. Recorrido: Siro Darlan De Oliveira. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 11 de Dezembro de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1201903&sReg=200400340078&sData=20130201&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1201903&sReg=200400340078&sData=20130201&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial n.º 685.933 - DF*. Recorrente: Wigberto Ferreira Tartuce. Recorrido: Editora Abril S/A. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 15 de Março de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1131079&sReg=200401173191&sData=20120329&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1131079&sReg=200401173191&sData=20120329&formato=PDF)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 70, n. 4. p. 526, Mar. 1961.

CALABRESI, Guido. *The costs of accidents: a legal and economic analysis*. London: Yale University, 1970.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

COASE, Ronald H. *Prize Lecture: The Institutional Structure of Production*.

Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-lecture.html](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-lecture.html)>. Acesso em: 25 jun. 2013.

COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, Maria Teresa Castiñeira. *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, New York, v. 35, n. 6, p. 809-849, Jun. 1935.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO. *Projeto de Lei nº 6.960 de 2002*. Relator Deputado Vicente Arruda. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=196514&filename=Tramitacao-PL+6960/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=196514&filename=Tramitacao-PL+6960/2002)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

COOTER, Robert D.; DEPIANTO, David Ennio. Damages for uncompensable harms. *Research Handbook on the Economics of Torts*, Berkeley, 27 Mar. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2111738>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

COOTER, Robert. Expressive law and economics. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 27, p. 585-608, Jun. 1998.

COOTER, Robert. Hand rule damages for uncompensable losses. *San Diego Law Review*, San Diego, v. 40, p. 1097-1121, 2003.

COOTER, Robert. Prices and sanctions. *Columbia Law Review*, New York, v. 84, n. 6, p. 1523-1560, Oct. 1984.

COOTER, Robert. Punitive damages for deterrence: when and how much? *Alabama Law Review*, Tuscaloosa, AL, v. 40, p. 1143-1196, 1989.

COOTER, Robert. Punitive damages, social norms and economic analysis. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 60, n. 3, p. 73-91, 1997.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 4<sup>th</sup> ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2004.

COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos tribunais brasileiros e análise econômica do direito. *In: TIMM,*

Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia*. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 175-191.

COULON, Fabiano Koff; MATTOS, Ely José de. *O efeito distributivo da responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor brasileiro e as elasticidades da demanda: uma perspectiva de direito e economia*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. 2009. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/0fg2801r>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

CRASWELL, Richard. Passing on the costs of legal rules: efficiency and distribution in buyer-seller relationships. *Stanford Law Review*, Durham, v. 43, p. 361-398, 1990-1991.

CUSHMAN, Barry. *Rethinking the New Deal Court: the structure of a constitutional revolution*. New York: Oxford University Press, 1998.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13: Da responsabilidade civil das preferências e privilégios creditórios.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

EISENHARDT, Kathleen M. Agency theory: an assessment and review. *Academy of Management Review*, Briarcliff Manor, v. 14, n. 1, p. 57-74, 1989.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 111-156.

FIUZA, Ricardo. *Projeto de lei nº , de 2002*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoes/Web/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D2A6ABAB6167EFF4442EF73135972BD0.node2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002](http://www.camara.gov.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegra;jsessionid=D2A6ABAB6167EFF4442EF73135972BD0.node2?codteor=50233&filename=PL+6960/2002)>. Acesso em: 22 fev. 2013.

FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American law*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Touchstone, 2005. Kindle's Edition.

GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996.

GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Traducción José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

HAYEK, Friedrich A. *Individualism and economic order*. Chicago: University of Chicago Press, 1948.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. Kindle's Edition.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The path of law*. New Orleans: Quid Pro Books, 2011. Kindle's Edition. Publicado originalmente em 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).

IMPALLOMENI, Giambattista. Pandettistica. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dir.). *Novissimo digesto italiano*. Torino: Utet, 1965. v. 12, p. 350-353.

JAMES, William. *Meaning of truth*. [S.l.]: A Public Domain Book, 2002. Kindle's Edition.

JAMES, William. *Pragmatism: a new name for some old ways of thinking*. [S.l.]: A Public Domain Book, 2012. Kindle's Edition.

JENSEN, M.; MECKLING, W. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, Lausanne, v. 3, n. 4, 1976. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=94043> or doi:10.2139/ssrn.94043>. Acesso em: 23 dez. 2009.

JENSEN, M.; MECKLING, W. Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 87-125. abr./jun. 2008.

JHERING, Rudolph Von. *A finalidade do direito*. Tradução José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. v. 1.

KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, p. 1685-1778, 1976.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'éthique de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 1, p. 1-22, janv./mars. 1998.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of tort law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LEÓN, Luis Díez-Picazo y Ponce de. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 2000.

LEUCHTENBURG, William E. *The Supreme Court Reborn: the constitutional revolution in the age of Roosevelt*. New York: Oxford University Press, 1995.

LOBÃO FILHO. *PLS - Projeto de lei do Senado, nº 114 de 2008*. Altera o artigo 944 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer parâmetros e limitar o valor de indenizações por danos morais. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/12842.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos sociais como justiça distributiva: direito do consumidor e reciprocidade. In: LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 141-162.

LOURENÇO, Paula Meira. Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 43, n. 2, p. 1019-1111, 2002.

MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith H. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 408-446.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). *Revista do CEJ*, n. 28, jan-mar 2005, p. 15-32. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2007.

MENAND, Louis. *The metaphysical club: a story of ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. Kindle's Edition.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*: Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13: Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Direito restitutivo*: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 101-112, mar. 2002.

MILLER, Gary J. *Managerial dilemmas: the political economy of hierarchy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 26.

MOLHO, Ian. *The economics of information: lying and cheating in markets and organizations*. Oxford: Blackwell, 1997.

MONEREO PÉREZ, José. Ihering, ensayo de explicación: introducción a su pensamiento jurídico. In: IHERING, Rudolph Von. *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*. Traducción espanhol por Enrique Príncipe Y Satorres, com estudo preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 1998. p. LII-LIII.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilização civil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 233-258, jul./dez 2006.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-147.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 7ª ed. Trad. Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Pearson, 2010.

POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Amicus Curiae Brief of A. Mitchell Polinsky, Steven Shavell, and the Cato Institute in Support of Petitioner*. Washington, 28 Jul. 2006. p. 15. Disponível em: <[http://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/philip\\_morris\\_USA\\_v\\_Mayola\\_amicus\\_brief\\_7-28-06.pdf](http://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/philip_morris_USA_v_Mayola_amicus_brief_7-28-06.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2013.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages. In: FAURE, Michael (Ed.) *Tort law and economics*. vol. 1.2<sup>nd</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009. p. 228-244.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, Paris, v. 111, n. 4, p. 869-962, Feb. 1998.

POSNER, Eric A. Agency models in law and economics. *Working Paper in Law and Economics*, Chicago, n. 92, 18 Jan. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=204872>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6<sup>th</sup> ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

POUND, Roscoe. Mechanical Jurisprudence. *8 Colum. L. Rev.* 605, 1908.

POUND, Roscoe. The need of a sociological jurisprudence. *19 Green Bag* 607, 1907.

POUND, Roscoe. *The ideal element in law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2011. Kindle's Edition.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 17-36, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9666>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n.º 70011494770*. Recorrente: Lojas Volpato Ltda. Recorrido: Celular CRT S/A. Relatora: Desa. Helena Ruppenthal Cunha. Porto Alegre, 13 de Julho de 2005. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70011494770&num\\_processo=70011494770&codEmenta=1133441&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70011494770&num_processo=70011494770&codEmenta=1133441&temIntTeor=true)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n.º 70030232987*. Recorrente: Ministério Público. Recorridos: Município De Cristal e outros. Relator: Des. Nelson Antonio Monteiro Pacheco. Porto Alegre, 27 de Setembro de 2012. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70030232987&num\\_processo=70030232987&codEmenta=4941527&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70030232987&num_processo=70030232987&codEmenta=4941527&temIntTeor=true)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n.º 70035386200*. Recorrente: N. S. L. Recorrido: A. J. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 28 de Setembro de 2010. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&intervalo\\_movimentacao=0&N1\\_var2=1&id\\_comarca1=700&num\\_processo\\_mask=70035386200&num\\_processo=70035386200&numCNJ=N&id\\_comarca2=700&uf\\_oab=RS&num\\_oab=&N1\\_var2\\_1=1&intervalo\\_movimentacao\\_1=15&N1\\_var=&id\\_comarca3=700&nome\\_parte=&tipo\\_pesq=F&N1\\_var2\\_2=1](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70035386200&num_processo=70035386200&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n.º 71001280866*. Recorrente: Eva Shirlei Mello Machado. Recorrido: Kater Administradora De Eventos Ltda. Relator: Dr. Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 24 de Abril de 2007. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Turmas+Recursais&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=710&intervalo\\_movimentacao=0&N1\\_var2=1&id\\_comarca1=710&num\\_processo\\_mask=71001280866&num\\_processo=71001280866&numCNJ=N&id\\_comarca2=700&uf\\_oab=RS&num\\_oab=&N1\\_var2\\_1=1&intervalo\\_movimentacao\\_1=15&N1\\_var=&id\\_comarca3=700&nome\\_parte=&tipo\\_pesq=F&N1\\_var2\\_2=1](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Turmas+Recursais&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=710&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=710&num_processo_mask=71001280866&num_processo=71001280866&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1)>. Acesso em: 16 fev. 2012.



RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n.º 70037437282*. Recorrente: Casa Bahia Comercial Ltda. Recorrido: Ubirajara Naja Ribeiro. Relatora: Des. Katia Elenise Oliveira Da Silva. Porto Alegre, 18 de Agosto de 2010. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&intervalo\\_movimentacao=0&N1\\_var2=1&id\\_comarca1=700&num\\_processo\\_mask=70037437282&num\\_processo=70037437282&numCNJ=N&id\\_comarca2=700&uf\\_oab=RS&num\\_oab=&N1\\_var2\\_1=1&intervalo\\_movimentacao\\_1=15&N1\\_var=&id\\_comarca3=700&nome\\_parte=&tipo\\_pesq=F&N1\\_var2\\_2=1](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70037437282&num_processo=70037437282&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1)>. Acesso em: 16 fev. 2012.

ROSS, Dorothy. Modernism reconsidered. In: ROSS, Dorothy (Ed.). *Modernist impulses in the human sciences 1870-1930*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994.

SAITO, Richard; SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. Governança corporativa: custos de agência e estrutura de propriedade. *RAE – Revista de Administração de Empresas FGV-EASP*, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 79-86, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www16.fgv.br/rae/artigos/5257.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAUTET, Frédéric E. *An entrepreneurial theory of the firm*. New York: Routledge, 2006.

SCHUCK, Peter H., Tort reform, kiwi-style. *Yale Law & Policy Review*, New Haven, v. 27, n. 1; *Yale Law & Economics Research Paper*, n. 370. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1172122>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

SCHWARTZ, Gary T. Deterrence and punishment in the common law of punitive damages: a comment. *South Carolina Law Review*, Columbia, SC, v. 56, 1982.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SHAVELL, Steven. *Economic analysis of accident law*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

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

SHAVELL, Steven. The optimal level of corporate liability given the limited ability of corporations to penalize their employees. *International Review of Law and Economics*, [S.l.], n. 17, p. 203-213, 1997.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. v. 2.

STARCK, B. *Essai d'une théorie générale de La responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein Librairie, 1947.

TAMANAH, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THE ACCIDENT COMPENSATION CORPORATION (ACC). New Zealand. Disponível em: <<http://www.acc.co.nz/index.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2013.

TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo código civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57-66.

ULEN, Thomas S. "Rational choice theory in law and economics". In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I, Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p. 790-818.

UNITED STATES. Supreme Court of the United States. *BMW of North America, Inc. v. Gore*. 116 S. Ct. 1589 (1996). Disponível em: <<http://www.ipinbrief.com/wp-content/uploads/2010/07/gore-opinion.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2012.

VARIAN, Hal. *Microeconomic analysis*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: W.W. Norton, 1992.

VAZ, Caroline. *Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: introduction à la responsabilité*. 2<sup>e</sup> ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1995.

WEINRIB, Ernest J. *The idea of private law*. Cambridge: Harvard University 1995.

WHITE, G. Edward. *Patterns of american legal thought*. New Orleans: Quid Pro Books, 2010. Kindle's Edition.

WHITE, G. Edward. The first amendment comes of age: the emergence of free speech in twentieth-century America. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, MI, v. 95, n. 2, p. 299-392, Nov. 1996.

WHITE, G. Edward. *Tort law in America: an intellectual history*. New York: Oxford University Press, 2003. Kindle's Edition.

WHITE, G. Edward. *West Coast Hotel's* place in american constitutional history. *The Yale Law Journal online*, New Haven, 24 set. 2012. p. 69-83. Disponível em: <<http://yalelawjournal.org/2012/09/24/white.html>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Tradução A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

WIECEK, William M. *The lost world of classical legal thought: law and ideology in America, 1886-1937*. New York: Oxford University Press, 2001.

WRIGHT, Richard W. Right, justice and tort law. In: OWEN, David G. (Org.). *Philosophical foundations of tort law*. New York: Oxford University, 2001. p. 159-182.

WRIGHT, Richard W. The principles of justice. *Notre Dame Law Review*, [S.l.], v. 75, p. 1859, Aug. 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=246931>> Acesso em: 11 fev. 2013.

ZANITELLI, Leandro Martins. Responsabilidade civil objetiva no Brasil: uma crítica às explicações habituais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 20, p. 211-231, out./dez. 2004.