

1 INTRODUÇÃO

Em razão da inserção da lógica consequencialista no ordenamento jurídico pátrio, bem como das decisões que tomam como base tal fundamentação, viu-se a necessidade de se analisar o instituto, as teorias que o apregoam, com vistas a se estabelecer critérios para sua utilização.

Inicia-se o trabalho analisando os artigos 4º., 5º. e mormente o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que inseriu formalmente a necessidade da análise consequencialista das decisões administrativas, controladoras e judiciais, constatando-se que, somente quando o caso for decidido com base em fundamentos abstratos, princípios, há possibilidade de se aferir as consequências; e aí, então, a limitação do conteúdo do princípio, do valor, deve ter uma ótica consequencialista.

Após, este trabalho faz uma comparação entre a Teoria Econômica do Direito (Posner), a Teoria Utilitarista (Benthan), que são eminentemente consequencialistas, e a Teoria Integralista do Direito (Dworkin) e o Deontologismo, que têm por base valores e princípios e são tradicionalmente utilizadas pelos operadores do direito, salientando que há que se compatibilizar a aplicação simultânea de ambos, ante a exigência legislativa.

Ressaltou-se a Teoria Econômica do Direito, evidenciando a necessidade do direito se socorrer de outras ciências para a solução das controvérsias, posto que a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, não se revelou suficiente para atender a sociedade atual conflituosa, em constante mutação.

Expôs-se os métodos, os conceitos, os elementos da Teoria Econômica do Direito, advertindo-se sobre a dificuldade de conceituação de bem-estar social, um dos esteios econômicos para a tomada de decisão, o que pode levar o julgador a distanciar-se de valores precípuos do direito, tal qual o Princípio da Equidade, da Proporcionalidade e da Segurança Jurídica.

Ainda, o trabalho trouxe a conceituação das externalidades (exemplo: danos), que são essenciais para a análise econômica do direito, apresentando a Teoria de Coase, em que as externalidades não precisam ser indenizadas pelo causador do dano. O dano pode ser internalizado por aquele que pode arcar com o custo.

Analisa-se, por fim, as possibilidades da utilização dos métodos, apregoados pela Teoria Econômica do Direito, nas medidas alternativas de solução de conflito e no arbitramento de danos morais, constatando-se que no primeiro caso os métodos são perfeitamente aplicáveis, mas no segundo caso, arbitramento de danos morais, a despeito da utilização jurisprudencial, os métodos da teoria econômica do direito encontram óbice no artigo 944 do Código Civil.

O método utilizado foi o lógico dedutivo, utilizando-se a pesquisa documental e bibliográfica, pelo qual serão aplicados textos constantes de livros, artigos e publicações jurídicas no geral.

2 A LINDB – LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E O CONSEQUENCIALISMO.

Disciplina o artigo 4º. do Decreto-Lei n. 4657/42, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”. (BRASIL, 1942)

Por sua vez, o artigo 20, incluído pela Lei n. 13.655/18, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4657/42), inseriu o consequencialismo, premissa principal do Utilitarismo e também da Teoria Econômica do Direito (Law & Economics), da Escola de Chicago, no Ordenamento Jurídico pátrio, “in verbis”: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”. (BRASIL, 1942).

E, antes desta modificação legislativa, já podíamos admitir o consequencialismo no artigo 5º. da LINDB, “in verbis”: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”, além de outros dispositivos legais específicos (BRASIL, 1942).

No entanto, hoje se faz mais presente esta realidade, mormente ante a alteração legislativa, que evidenciou a obrigatoriedade da prática; e, ainda em razão das inúmeras decisões judiciais que se amparam no consequencialismo.

Conforme as previsões legislativas enumeradas, as decisões podem ser fundamentadas através de valores abstratos e quando estes forem utilizados como razão de decidir, devem ser utilizados argumentos decorrentes de consequências, assim como ressaltado por Justen Filho

A previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado. Como observado, o valor em sua dimensão abstrata comporta uma pluralidade de significados e compreende decorrências variadas. O processo de concretização do valor envolve não apenas a escolha de um dentre esses diversos significados, mas também exige a ponderação quanto ao resultado prático que será produzido pela decisão adotada. (2018, p. 29)

Neste raciocínio, somente quando as decisões judiciais forem fundamentadas em princípios, valores abstratos, há que se verificar suas consequências. Não se pode admitir que

o artigo 20 da LINDB concedeu o poder de negar todo o arcabouço jurídico brasileiro ao julgador, fundamentando a decisão tão somente nas consequências.

E ainda, quando a decisão for baseada em valores ou princípios, deve-se optar dentre os seus diversos significados, considerando suas consequências, para ponderar qual o melhor efeito no mundo real.

Os princípios são meios de validação da atividade jurisdicional unidos ao moral, à ética, à axiologia (todos com relevo na busca pela verdade); e, as consequências inserem-se num meio de validação conectado à política, à eficiência, à teleologia (relevo da busca pela eficiência) (GABARDO-SOUZA, 2020, p. 101).

De acordo com Gabardo-Souza,

Todavia, ambos os critérios podem ser úteis ou inúteis, podem ser corretos ou incorretos, dependendo do comportamento do intérprete na sua aplicação – o que implica o reconhecimento de diferentes variáveis de indeterminação do resultado hermenêutico. (2020, p.102).

A diferença essencial entre a fundamentação baseada em princípios ou em consequências é que aqueles se ocupam dos valores morais e éticos antes de qualquer análise empírica da aplicação dos princípios em dada sociedade, sem, contudo, desqualificar a valoração dos resultados. E, estas (as consequências), ao contrário, têm como foco somente os efeitos que sociedade sofrerá em decorrência de uma decisão judicial.

Conforme Gabardo-Souza

No caso dos fundamentos principiológicos, a indeterminação se dá pela capacidade de abstração (abstração esta que é limitada pelo seu caráter apriorístico). No caso dos fundamentos consequencialistas, a indeterminação se dá pelo risco da imprevisão sobre o futuro (risco este que é limitado pelo seu caráter concreto). (2020, p.102).

O dilema entre a hermenêutica principiológica e consequencialista de há muito já ocupa os teóricos do direito, mormente Posner, criador da Teoria Utilitarista e Dworkin, criador da Teoria Integralista do Direito.

Para Posner, segundo Gabardo-Souza, “o consequencialismo é entendido como uma disposição que vincula os julgamentos aos fatos e às consequências, em detrimento de “conceitualismos e generalidades”. (2020, p.102).

Totalmente contrário a Posner, Ronald Dworkin, assevera que o pragmatismo é uma forma de ceticismo jurídico, na medida em que rejeita as pretensões jurídicas genuínas e não tem a necessidade de visar resultados para a coletividade (GABARDO- SOUZA, 2020, p.105).

Cunha Filho (2020, n.p), sustenta que o deontologismo é uma das teorias da justiça, que se contrapõe a outra, a utilitarista (consequencialista), sendo que, para aquela, algumas ações são ruins mesmo que levem a consequências benéficas se desrespeitados os direitos fundamentais das pessoas. Estes devem ser sempre considerados.

Neste cenário, apesar de calcados em premissas distintas, ante a exigência legislativa, há que se resolver o problema da aplicação simultânea dos valores e princípios, com as consequências da decisão judicial, administrativa e controladora.

3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Além das premissas destoantes acima elencadas, há que se trazer à tona, também, a problemática da observância do Princípio da Segurança Jurídica,

Alvim (2021, p.175) assevera que o consequencialismo não pode ser o único a fundamentar a decisão, mas apenas um “tempero”, nunca o argumento principal, sob pena de colocar em risco a sociedade, que é tão pluralista em dias atuais e, também a segurança jurídica, ensinando que

Mas não se pode perder de vista o perigo que isto representa. Em sociedades pluralísticas como as atuais, em que não há uma classe dominante e outra dominada; em que as ideias de certo/errado estão razoavelmente esmaecidas; em que o que é bom/ruim, pode variar imensamente segundo o ponto de vista de quem faz esta avaliação, com o uso de argumentos consequencialistas deve-se ter muito cuidado. Ou seja, ainda que se admitisse que argumentos consequencialistas pudessem ser o fundamento principal de uma decisão judicial, muitos cuidados devem ser tomados, já que vivemos em sociedades de “muitas verdades”. Essas verdades nada mais são do que, de rigor, diferentes pontos de vista.

Sem as cautelas necessárias, a difusão do estilo consequencialista de fundamentar decisões tem o condão de gerar intensa desuniformidade no direito e, por consequência, comprometer a previsibilidade.

O Princípio da Segurança Jurídica é posto em relevância por Alvim (2021, p. 176-177), quando se trata da análise das consequências das decisões, ressaltando que

Entretanto, pode-se dizer, sem medo de errar, que a necessidade de segurança jurídica foi uma das molas propulsoras da concepção do regime político resultante da Revolução Francesa. É sabido que a ideia de que juízes deveriam decidir com base na

lei, sem permissão de interpretá-la, tinha em vista, principalmente, conter arbitrariedades, gerar respeito à isonomia e criar segurança jurídica.

As causas de que antes se falou e as características das sociedades contemporâneas que foram apontadas, somadas à existência de 90 tribunais num país de dimensões continentais, com fundas diferenças culturais de região para região levam à inexorável conclusão de que o uso de argumentos consequencialistas de forma desmensurada pelos juízes levaria a um cenário de integral insegurança jurídica.

Além do Princípio da Segurança Jurídica, como se verá adiante neste trabalho, nas decisões que se valem das consequências, há que se ter em consideração Princípios Jurídicos indeclináveis, como o Princípio da Equidade e também o Princípio da Proporcionalidade.

Assim, com vistas à necessidade de assegurar a segurança jurídica à sociedade, ainda, ao contido nas ideias antagônicas do consequencialismo e do deontologismo; e, também, à realidade que se impõe ante a norma cogente do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas Legais, impõe-se verificar de que modo a Teoria Econômica do Direito, eminentemente consequencialista, pode auxiliar no exame das consequências das decisões judiciais, sem que colida em valores caros à ciência do direito.

4 DA TEORIA ECONÔMICA DO DIREITO.

A economia é uma ciência que se ocupa da análise da tomada de decisões pelos seres humanos em um mundo de recursos escassos, bem como da consequência destas decisões. A ciência econômica é eminentemente empírica, posto que se vale da observação das coisas como elas são e nas experiências vivenciadas. (GICO, 2001, p. 17)

Além da economia, há outras disciplinas que se interligam com o direito e que também ajudam a entendê-lo, e também a tomar decisões, como a sociologia e a psicologia, por exemplo.

A utilização destes referenciais diverge da Teoria Pura do Direito, propugnada por Hans Kelsen, em que o direito deve estar livre de considerações empíricas e não-jurídicas de outras ciências sociais, como a filosofia, o moral, a ética, a política, a economia etc, atendo-se apenas ao direito positivo. Neste sentido são os esclarecimentos de Kelsen,

Quando a si própria se designa como 'pura' teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a

ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 1994, p. 1)

O direito, para Kelsen, deve se preocupar com o “dever-ser” e não com o “ser”, como se ocupam os demais ramos do conhecimento.

No entanto, ante a dificuldade da pureza da ciência do direito em resolver a complexidade do estado atual das coisas, verifica-se que a completa alienação da ciência jurídica não é mais oportuna, na medida em que pode levar a uma diferença abissal entre direito e justiça/paz social, criando-se um grande paradoxo.

Feita esta consideração, e observando que a ciência jurídica deve ser interdisciplinar para que sua finalidade maior seja alcançada, é importante destacar que estas ferramentas não podem ser encaradas como novas disciplinas do direito, a exemplo do direito civil, direito penal etc, mas como auxiliares de todos os ramos do direito, com vistas a que a norma seja interpretada, sob nova perspectiva, sob novo rumo.

Porém, há que se cuidar com a ideologia, que ao contrário da ciência, não está preocupada com o objeto do conhecimento, mas com o prevalecimento de ideias, que muitas vezes têm por objetivo obscurecer, confundir a realidade, a verdade, como se vê na doutrina de Kelsen

(...) a ciência tem, como conhecimento, a intenção imanente de desvendar o seu objeto. A 'ideologia', porém, encobre a realidade enquanto, com a intenção de a conservar, de a defender, a obscurece ou, com a intenção de atacar, de a destruir e de a substituir por uma outra, a desfigura. Tal ideologia tem a sua raiz na vontade, não no conhecimento, nasce de certos interesses, melhor, nasce de outros interesses que não o interesse pela verdade. (KELSEN, 1994, p.118-119)

Então, ao se utilizar das demais ciências, ou ferramentas postas à disposição, o intérprete deve observar se não está sendo objeto deste ou daquele setor da sociedade, que visa impor suas convicções do que seja uma sociedade harmônica e justa.

Deve-se ter em conta que direito tem como escopo regular o comportamento humano, de acordo com as regras aceitas por determinada sociedade, através do seu processo regulatório. Mesmo que o intérprete compactue com as ideias de determinado grupo social, deve se orientar pela regra aceita pela maioria, a fim de manter a legitimidade e não obscurecer a democracia.

A interpretação do direito não precisa ser estanque, porém não pode perder o rumo, podendo se valer das demais ciências, que podem ser úteis, principalmente naqueles casos complexos em que o ordenamento jurídico não tem aptidão para a resolução dos conflitos.

Nesta senda, este trabalho traz à discussão a ciência econômica como ferramenta auxiliar, através da análise econômica do direito, a qual utiliza referenciais empíricos e teóricos econômicos para “expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.” (GICO, 2001, p. 17-18).

A Análise Econômica do Direito, “*Law and Economics*”, emergiu nos EUA, no século passado, na década de 60, e tem como seu principal expoente, o professor e magistrado Richard Posner.

Assim como o utilitarismo, criado por Jeremy Benthan (1748-1832) e John Stuart Mill (18-6-1873), a Teoria Econômica do Direito, também é uma teoria ética consequencialista.

A teoria/análise econômica do direito, *economic analysis of law*, é uma das ferramentas para auxiliar o operador do direito na interpretação dos fenômenos jurídicos e sociais, que se apresentam na sociedade contemporânea. (PORTO, 2019, p. 25).

Conforme Gico (2001, p. 18), os adeptos à Análise Econômica do Direito entendem que o direito deve ser criado, interpretado e modificado de acordo com as consequências que ocorrem na prática e o julgamento de valor, o deontologismo, sem a análise das consequências (o consequencialismo), não são aceitos pelo movimento da AED – Análise Econômica do Direito.

Ocorre que toda a tradição do direito brasileiro é orientada pelo formalismo jurídico e pela deontologia (do grego deon, "dever, obrigação" + logos, "ciência") ou seja, pela ciência do dever e da obrigação. E os valores morais, éticos e de justiça estão imbricados com a deontologia (termo criado em 1834 por Jeremy Benthan, autor do princípio da utilidade ou da maior felicidade, como contraponto à sua teoria).

Assim, mesmo com a inserção do instituto no direito brasileiro, não há como se fundamentar decisões judiciais meramente nas suas consequências, como apregoa a Teoria Econômica do Direito, sem a análise dos valores éticos, morais (Princípios) que informam todo o ordenamento jurídico. Negar-se-ia todo o direito posto, bem como poder-se-ia fundamentar as decisões em consequências que não atendessem o bem-comum, a coletividade, que é o fim maior do direito.

4.1. DO MÉTODO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

Neste tópico pretende-se explicitar como se dá a análise da tomada de decisão, de acordo com a teoria econômica do direito, sem olvidar os Princípios Constitucionais.

Porto (2019, p.28) assevera que os métodos da análise econômica do direito são os da teoria microeconômica, ou seja, são comparados os custos e benefícios antes da tomada de qualquer decisão, a fim de que esta seja eficiente; e, para esta análise do custo-benefício, a **preferência** do tomador de decisão e o **conjunto de informações disponível** são levados em consideração.

Analisando a preferência sob a ótica do indivíduo, esta se traduz no cálculo que se faz sobre a utilidade que determinada escolha trará à sua vida (eficiência/bem-estar). Neste contexto, o conceito de utilidade é amplo, podendo ser bens de consumo, como sentimentos (alegria, satisfação pessoal etc) (PORTO, 2019, p.29). Se pensarmos sob a ótica da empresa, a preferência poderão ser lucros, por exemplo.

A pergunta que se infere do acima exposto é a seguinte: Mas qual é a **preferência** do tomador de decisão, na análise do custo-benefício, que deve ser levada em conta na análise econômica do direito?

A resposta da análise econômica do direito é que a preferência que embasa a escolha é a eficiência, o bem-estar. Aí reside a incerteza, a possibilidade da influência ideológica na decisão do legislador ou do julgador, pois de quem é o bem-estar que deve ser levado em consideração?

Conforme Porto (2019, p. 28-29) a **preferência** na avaliação do custo-benefício deve avaliar as melhores circunstâncias de bem-estar, asseverando que “o bem-estar individual é medido pela **utilidade** que o agente retira da sua decisão, bem como das decisões que poderia ter tomado e não tomou (os custos de oportunidade)”. E, conforme a ótica da teoria utilitarista, o bem-estar social seria a somatória do bem-estar dos indivíduos, não importando que alguns indivíduos não tenham utilidade com determinada decisão, bastando que o saldo seja positivo. (PORTO, 2019, p. 28-29)

A referida teoria preconiza que se deve realizar um cálculo para prever o resultado da ação e, dentre as possibilidades, o agente deve optar pela ação que proporcione a maior quantidade de prazer ao maior número de pessoas possível e na maior quantidade de tempo. (PORFÍRIO, 2022, n.p)

Conforme Porto (2019, p.29) “Geralmente não é possível obter mais eficiência sem aumentar a assimetria distributiva. O critério utilitarista prefere a eficiência à igualdade distributiva (a rigor é neutro em relação à distribuição) (...)”

Comenta Smith (2009 apud YABIKU, 2011, p. 3) que, de acordo com Bentham,

[...] os elementos essenciais e a estrutura do utilitarismo seriam a concepção do benefício como prazer ou felicidade (utilidade) e o Direito seria simplesmente algo para aumentar essa felicidade. **A ação correta seria aquela que atendesse melhor aos desígnios da utilidade, a maior felicidade ou o prazer para o maior número possível de pessoas.**

Verifica-se assim, que o agente econômico faz as escolhas que acredita que sejam úteis para maximizar o seu bem-estar (eficiência) e, esta eficiência não revela necessariamente uma preocupação com o bem-estar de toda a coletividade.

Então, como o operador do direito pode conciliar a teoria econômica do direito, sem vilipendiar os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Proporcionalidade?

Entendo que tanto a fundamentação com base em princípios, quanto a com base em consequências não devem se distanciar do contido no ordenamento jurídico, mas com ele conversar, dialogar, sob pena de mitigação dos princípios da tripartição dos poderes, da democracia, da segurança jurídica. Assim, haverá sempre a preponderância dos valores eleitos pela maioria, em processo democrático, em detrimento das consequências das decisões.

No que se refere à fundamentação consequencialista, há que encontrar um norte, um limitador para as consequências que devem ser tomadas em conta pelo julgador. Veja-se que dependendo do julgador, em um caso concreto é possível se dar relevância ao progresso econômico em detrimento da saúde, da educação, do meio-ambiente etc ou vice-versa. Pode-se, também, priorizar uma esfera econômica da sociedade em relação a outra.

Veja-se que, conforme já asseverado, para os consequencialistas, a eficiência prepondera sobre a igualdade distributiva, o que deve alertar o tomador de decisão acerca da possibilidade de se violar o Princípio Constitucional da Igualdade.

Para o fim de acomodar a economia ao direito, destaca-se o que John Rawls (apud PORTO, 2019, p. 29) ensina, que em uma das formas de cálculo de bem-estar social, haveria maior relevância às preferências dos indivíduos que possuem menor utilidade no cômputo total do bem-estar social.

Esta conceituação pode ser eventualmente mais consentânea com o Princípio da Equidade, em que os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de sua desigualdade.

Além disso, há a premente necessidade de as consequências não se afastarem do Princípio da Proporcionalidade em sentido Estrito, em que a aplicação do ordenamento jurídico deve atender à situação concreta de forma adequada e proporcional, proibindo-se medidas excessivas.

Segundo Marques (2009, n.p):

Originário do Direito Penal, onde se solidificou a ideia de que as sanções criminais devem ser proporcionais à gravidade dos delitos praticados, o princípio da proporcionalidade, também denominado doutrinariamente como princípio da vedação de arbítrio, princípio de avaliação de bens jurídicos, princípio de avaliação de interesses, princípio da vedação de excesso ou mandado de ponderação (conforme leciona Robert Alexy), estabelece limitações à liberdade individual, dirigindo a ação do indivíduo na sociedade, evitando que se fira as liberdades proclamadas pelo espírito democrático, e "aferindo a conformidade das leis e dos atos administrativos aos ditames da razão e da justiça". Não é inconsistentemente que se afirma que este princípio assume prestígio de protetor das liberdades e de grande inimigo do líbido de administradores públicos. (...) Para Gomes Canotilho, o princípio da proporcionalidade representa a proibição do excesso, em sede de restrição de direitos. Corroborando tal entendimento, Almiro do Couto e Silva adverte que "as providências adotadas pelos particulares ou pelo Estado com relação aos interesses das demais pessoas ou dos administrados, devem ser adequadas a esses mesmos interesses, proibindo-se medidas excessivas" (...) Assim, onde um direito fundamental estiver sendo restringido com excesso, presente estará o postulado da proibição de excesso.

Destarte, os tomadores de decisão, sejam julgadores, legisladores etc, ao utilizarem o critério consequencialista devem ter os Princípios da Igualdade e da Proporcionalidade em mente, criando solução adequadas e não excessivas, limitando-se aos critérios da razão e da justiça.

4.2 DAS EXTERNALIDADES

Quando um indivíduo, um ente, uma empresa praticam algum ato ou fato jurídico, além dos custos e benefícios que deles advém, também há possibilidade de surgirem externalidades, que são definidas pela ciência econômica, como as repercussões causadas a terceiros decorrentes de sua ação, tais como danos ao meio ambiente, danos à saúde, danos às pessoas (danos físicos, morais). Estas são as externalidades negativas.

As ações também podem causar externalidades positivas, como no caso da vacina, em que um indivíduo se vacina e protege a coletividade.

Em especial, as externalidades negativas interessam aos operadores do direito, pois elas podem ensejar demandas, principalmente as relativas à responsabilidade civil.

Ocorre a internalização das externalidades, quando alguém é responsabilizado pelos danos causados a outrem ou à sociedade.

Conforme Bonfadini de Sá (2020, p.24), o artigo pioneiro de Robert Coase, qual seja, *O Problema do Custo Social*, é o marco teórico da análise econômica do direito no que diz respeito ao tema da responsabilidade civil.

Em contraponto a Arthur Cecil Pigou, que pregou a criação de uma taxa pelo Poder Público àquele que criasse externalidades negativas, a tese de Coase era a de que não deveria haver intervenção do Estado e que as partes deveriam negociar sobre a distribuição dos custos das externalidades, sendo que o Estado deveria intervir apenas para delimitar regras bem definidas sobre os direitos de propriedade, bem como para diminuir os custos de transação. (BONFADINI, 2020, p.24-25)

Além do interesse das partes, o interesse da coletividade pode ficar prejudicado com a simples aplicação da norma, sem se constatar o que é economicamente melhor para as partes envolvidas no litígio e, também, para a sociedade.

O raciocínio é eminentemente consequencialista, ressaltando-se que nas soluções trazidas por Coase (apud BONFADINI DE SÁ, 2020, p. 27), as externalidades não precisam ser internalizadas por quem causou o dano, como é a exigência da teoria clássica da responsabilidade civil. O dano pode ser internalizado por aquele que possua melhor condição de arcar com o custo

Com base nesta proposição, constata-se, sem dúvidas, a utilização das medidas alternativas de solução de conflitos é a maneira econômica com mais propriedade para resolver as divergências jurídicas.

5 AS MEDIDAS ALTERNATIVAS DA SOLUÇÃO DE CONFLITO.

A Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça erigiu a Política Nacional de Justiça a utilização de métodos adequados na solução de conflitos, levando o Poder Judiciário à criação de políticas públicas de disseminação, planejamento de programas de autocomposição. (SOUZA, LEAL e GARCEL, 2020, p.337)

Antes, não havia esta preocupação, como se pode constatar do próprio Código de Processo Civil de 1973, em que apenas a conciliação era prevista no Ordenamento Jurídico. (SOUZA, LEAL e GARCEL, 2020, p.336). Por sua vez, o CPC de 2016 inseriu em seu bojo as ADR – Alternative Dispute Resolution, prevendo as demais medidas adequadas para a solução dos conflitos, quais sejam, a mediação e o arbitramento.

A conciliação também passou a ser uma solução no âmbito do direito penal (art. 76 da Lei 9099/96) e também no direito administrativo (Lei 13.140/2015).

Direciona-se, portanto, o direito pátrio à utilização de critério de eficiência econômica para resolver a sobrecarga do Poder Judiciário, quando foi incumbido do monopólio de dizer o direito (art, 5º, XXXV da CF/88).

Como dito, a forma econômica mais eficiente de se resolver conflitos e se chegar ao melhor índice de bem-estar social possível, é a adoção das medidas alternativas de gestão de conflitos.

Ainda, como vimos, a definição de bem-estar, ou seja, da escolha das utilidades (quais e de quem) é que distanciam a análise jurídica e econômica de um problema, isto porque cada indivíduo, cada empresa, cada setor e até mesmo o Estado tem a sua preferência, a sua necessidade. E é justamente aí que o conflito se instaura.

O julgador pode tentar equalizar as consequências da sua decisão, sem que com isto fira as regras, os princípios, a lógica jurídica. Mas, ainda assim, a eficiência pode não ser alcançada.

Isto porque somente as partes de um litígio são capazes de encontrar a melhor solução para os seus problemas, impedindo consequências indesejadas e, muitas vezes, desastrosas.

Observe-se que a decisão judicial sempre causará consequências indesejadas a alguém, posto que se for negada a sua argumentação, prevalecendo a da parte contrária, e isto não lhe causar qualquer consequência negativa, há que se perguntar se o processo não foi simulado.

Somente através das medidas alternativas de gestão de conflito, as consequências podem ser minimizadas e as teorias econômicas não serão vilipendiadas, eis que terá havido a “preferência”, “dentre as soluções possíveis”, para se atingir a eficiência, que é a medida do bem-estar dos envolvidos.

Porém, nem sempre estas medidas são aceitas, aplicadas, sendo necessário o julgamento da demanda.

Dentre as diversas demandas em que se poderia aplicar os métodos da Teoria Econômica do Direito, elege-se neste estudo a responsabilização civil por danos morais, cuja fixação é tarefa das mais dissonantes nos tribunais pátrios.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL VISTA ATRAVÉS DA LÓGICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Além das resoluções adequadas/alternativas dos conflitos, vem-se apregoando a utilização de critérios econômicos na aplicação do direito no âmbito da responsabilidade civil, mormente na problemática da fixação do *quantum debeatur* no dano moral.

A quantificação do dano moral se revela das tarefas mais árduas para o julgador, ante a necessidade de se precificar o que não é palpável, não é aferível por perícia.

Nesta toada, a análise econômica do direito poderia ser instrumento válido para auxiliar no desiderato.

Segundo Guido Calabresi (apud BONFADINI de SÁ, 2020, p. 27), também um adepto da Teoria Econômica do Direito, na obra *The costs of accidents*, a função das leis de responsabilidade civil é a de diminuir os custos dos acidentes (custos do dano e custo de prevenção), pelo que aquele que estiver em melhores condições de realizar a análise do custo e do benefício, e assim, evitar o dano, deve fazê-lo.

Alteram-se os critérios da responsabilidade civil, pois o responsável pelo dano, o nexo de causalidade e a culpa não são mais os elementos para análise do conflito.

Bonfadini de Sá (2020, p. 28) leciona que Guido Calabresi criou uma equação, em que são multiplicados os elementos custos de prevenção e de expectativa de dano para se chegar ao custo social. E, que a aferição, pelo jurista, do grau de culpa, se dá com base na solução de um caso concreto nos Estados Unidos, pelo juiz Learned Hand: *United States x Carroll Towing Company*.

No caso americano, houve o afundamento de um pequeno barco de propriedade da empresa Corners Company, em que havia carga de farinha de trigo comprada pelos EUA. Este barco estava atracado, juntamente com outras embarcações, na baía de Nova Iorque, todos amarrados por uma única corda. Ao rebocar outro barco ancorado ao lado da embarcação de trigo, a tripulação do rebocador da Carroll Towing Company, soltou a corda, porém não a ajustou devidamente após o rebocamento, o que causou o abalroamento do barco de soja contra um cargueiro e o conseqüente naufrágio da embarcação. Além dos Estados Unidos, da Carroll Towing Company, também era litigante a empresa Corners Company.

Ao decidir a demanda, o juiz Hand utilizou os seguintes critérios para sua solução: 1- a probabilidade da embarcação se soltar; 2- a gravidade do dano que resultou do sinistro e 3- os custos da precaução.

Nesta equação, a conduta foi culposa, pois o cuidado (custos de prevenção) foi menor do que a probabilidade do acidente, multiplicado pelos custos do dano causado. Hand concluiu que houve negligência da empresa Corners Company, tendo-a condenado, concorrentemente com Carroll Towing Company a indenizar os Estados Unidos, pois aquela empresa deveria ter deixado um tripulante durante o dia para cuidar da embarcação.

Vê-se, portanto, que o custo de prevenção é importante elemento para a Teoria Econômica do Direito. Para a teoria, deve-se utilizar a responsabilidade civil para estimular a prevenção dos acidentes, impondo-se um ressarcimento superior aos custos necessários para que os acidentes sejam evitados. (BONFADINI de SÁ, 2020, p.29).

Para ilustrar a importância da consideração do custo de prevenção, traz-se à colação o seguinte exemplo: A empresa Ford, na década de 1970, industrializou um veículo que tinha o

tanque de combustível na parte traseira, o que poderia ensejar o incêndio, caso houvesse uma colisão traseira. Como os custos para adequar o projeto eram superiores a eventuais danos que poderiam ser ressarcidos, caso fossem processados, os empresários não tomaram nenhuma providência, o que ensejou 117 casos judiciais em que houve lesões e mortes de consumidores do produto. (BONFADINI de SÁ, 2020, p.32)

Calabresi (apud BONFADINI de SÁ, 2020, p. 32) afirmou que se deve fomentar a utilização da responsabilidade civil para que os acidentes sejam evitados, fixando os valores reparatórios com vistas também à prevenção dos danos. Asseverou o autor que o sistema de responsabilidade civil frequentemente decide que certos danos valem a pena, na medida em que custam menos do que evitá-los.

Esta lógica do custo da prevenção, além da função punitiva propriamente dita, é a da *punitive damages* (indenização punitiva) norte-americana, que, apregoado por vários autores, encontra óbice para aplicação no Brasil, em razão do disposto no caput do artigo 944 do Código Civil, in verbis: “A indenização mede-se pela extensão do dano.” (BRASIL, 2002).

Nesta senda, haveria impossibilidade de se punir o agente que não adotou as precauções contra o risco de acidentes, na medida em que a indenização por danos é meramente compensatória.

Ou seja, a vítima não pode ser indenizada em valor superior ao suficiente para a compensação de sua dor, havendo a impossibilidade do seu enriquecimento ilícito.

Porém, não há no Código Civil qualquer método ou parâmetro para a quantificação do dano imaterial, valendo-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê acórdão 1.374.284/MG, julgado sob o procedimento dos recursos repetitivos (Tema 707), os seguintes critérios: a) extensão do dano; b) reprovabilidade da conduta do agente; c) capacidade econômica da vítima; e, d) capacidade econômica do ofensor. (BONFADINI de SÁ, 2020, p. 32)

Schreiber (2013, p. 212), constata os mesmos elementos utilizados nos tribunais brasileiros para a fixação do dano, asseverando que dois deles têm natureza eminentemente punitiva

As cortes referem-se usualmente a quatro critérios: (i) gravidade do dano; (ii) capacidade econômica da vítima; (iii) grau de culpa do ofensor; e (iv) capacidade econômica do ofensor. Como denuncia Maria Celina Bodin de Moraes, os dois últimos critérios refletem uma função exclusivamente punitiva, na medida em que não dizem respeito ao dano em si, mas à conduta e, mais gravemente, à pessoa do ofensor.

Destarte, a despeito do contido no artigo 944 do CC, vê-se que a jurisprudência utiliza a reprovação da conduta do agente dentre os elementos para a fixação do dano moral, o que

leva a se pensar que o critério econômico pode ser aventado, que não é deixado ao largo da solução no Brasil.

Schreiber (2013, p. 212) ressalta que esta direção da jurisprudência contraria o Código Civil, e diminui o efeito dissuasório dos *punitive damages*, visto que combina critérios punitivos e compensatórios (o que se distancia da doutrina norte-americana), para atingir um único resultado, pois o causador do dano, não sabe se está pagando parcela relativa à punição ou à compensação.

Além disso, a realização do integral custo de prevenção não é aferida, mormente porque nem mesmo são realizadas provas periciais com este desiderato no país.

Se o fossem, por certo que os custos de prevenção dos riscos ultrapassariam muito a extensão do dano da vítima, colidindo frontalmente com o disposto no artigo 944 do Código Civil.

Destarte, para estimular o instituto da responsabilidade civil como instrumento para a diminuição de acidentes, evitando a colisão do Código Civil com condenações em danos morais baseadas na análise econômica do direito, ou seja, no custo com os riscos/no custo com a prevenção de eventuais danos que poderiam ter sido evitados, há que se discutir a inclusão legislativa de criação um fundo de destinação de valores destas condenações, com fundamento nos custos de prevenção, para a reparação de danos causados aos consumidores, ao meio-ambiente etc.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste artigo, buscou-se analisar as balizas e os critérios para a fundamentação de decisões judiciais com base do consequencialismo, analisando-o principalmente sob a vertente da Teoria Econômica do Direito.

Constatou-se que é inadmissível que o artigo 20 da LINDB tenha concedido o poder ao decisor de ignorar o ordenamento jurídico pátrio, o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica, ao utilizar o consequencialismo para fundamentar suas decisões.

Porém, ante a norma cogente prevista no artigo 20 da LINDB, há que se compatibilizar o consequencialismo com o deontologismo, usualmente utilizado pelos aplicadores do direito, que se fundamenta em valores e princípios.

Através da comparação entre estas premissas e entre as escolas que as apregoam, constatou-se a problemática da ausência de conceituação de bem-estar pelas teorias que

propugnam o consequencialismo, posto que o bem-estar pode ser analisado sob diversas perspectivas.

O agente econômico faz as escolhas que acredita que sejam úteis para maximizar o seu bem-estar (eficiência), porém a preocupação com o bem-estar de toda a coletividade não é uma premissa obrigatória.

Assim, como se é possível harmonizar a teoria econômica do direito com os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Proporcionalidade?

Ante esta lacuna, propôs-se que o Princípio Constitucional da Igualdade e o Princípio da Proporcionalidade sejam, também, os norteadores do julgador, quando se valer do método consequencialista.

Ou seja, quando o julgador tiver de aplicar o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, considerando a consequência de suas decisões, os princípios da Igualdade e da Proporcionalidade, entre outros, não podem ser deixados ao largo, posto que norteadores de todo o sistema.

Ainda, ao se analisar a aplicação do consequencialismo na prática, vislumbrou-se que a teoria econômica do direito propugna que os danos devem ser arcados por aquele que possua melhor de condição de arcar com o seu custo, não sendo o ofensor o único responsável, pelo que as medidas alternativas de conflito se revelam afinadas com a referida teoria consequencialista.

As medidas alternativas de conflito, à exceção da conciliação, são relativamente novas no ordenamento jurídico pátrio, posto que o Código de Processo Civil de 1973 não as previa, como o faz o novel CPC, e revelam a preocupação do legislador em promover, em utilizar as premissas da teoria econômica do direito no direito moderno.

E, por fim, se verificou que as demandas atinentes à responsabilidade civil encontram óbice legislativo, qual seja, o artigo 944 do Código Civil, para se coadunar perfeitamente com a teoria econômica do direito, apesar da jurisprudência pátria utilizar parâmetros que com ela se compatibilizam.

O artigo citado prevê que a indenização não pode ultrapassar a extensão do dano, inviabilizando a fixação do *quantum debeatur* dos danos sofridos, com base na punição do agente que não adotou as precauções contra o risco de acidentes.

A vítima somente pode ser indenizada no valor suficiente para compensar a sua dor, no caso dos danos morais, sendo impraticável agregar aos valores a serem indenizados, parcela que represente punição, ou incentivo à prevenção dos riscos.

No entanto, constatou-se que a jurisprudência pátria utiliza critérios que ultrapassam a mera extensão do dano para a apuração do *quantum* indenizatório, quais sejam, a reprovabilidade da conduta do agente e a capacidade econômica das partes, a fim de que a condenação sancione a conduta do ofensor e não se revele inexpressiva ou exagerada, *a contrario sensu* do que preceitua o artigo 944 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

BONFADINI DE SÁ, Carla T. Da precificação da dor. Critérios e metodologia do arbitramento da indenização por danos morais sob a ótica da Análise Econômica do Direito (AED). **Reflexões sobre Direito e Economia**. Rio de Janeiro: FGV – Direito Rio. ISBN: 978-65-86060-07-2. P. 21-53.

BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de dezembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 de abril de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1374284/MG, (2012/0108265-7), da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Recurso Especial a que se negou provimento. Data de julgamento: 27/08/14. Segunda Seção. Data de Publicação 05/09/2014). Recorrente: Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Recorrido Emília Mary Melato Gomes. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864823848/recurso-especial-resp-1374284-mg-2012-0108265-7/inteiro-teor-864823858>. Acesso em: 01 de julho de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 de janeiro de 2002. BRASIL, ART 944 DO CC.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020. DOI: 1º 0.21056/aec.v20i81.1452.

GICO JR, Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito. O que é a análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.18. ISBN 978-85-7700-468-3.

GICO JR., Ivo T. **Introdução à análise econômica do direito**. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KLEIN, Vinícius (Coord.) (...) **O que é análise econômica do direito: Uma Introdução**. Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 17-26 ISBN 978-85-7700-468-3.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. **O Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 05 Set. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/ufsc/113-direito-constitucional/4350--principio-da-proporcionalidade. Acesso em: 01 jul.2022.

NETTO, José Laurindo de Souza; LEAL, Jenyfer Michele Pinheiro; GARCEL, Adriane. **SOLUÇÃO PROMISSORA À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE HARVARD E DA TEORIA DOS JOGOS NA MEDIAÇÃO**. Percurso, [S.l.], v. 5, n. 36, p. 327 - 355, dez. 2020. ISSN 2316-7521. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/4824>>. Acesso em: 01 jul. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/RevPercurso.2316-7521.v5i36.4824>.

PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (coord.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV, 2019. p. 25-30.

PORFÍRIO, Francisco. **"Utilitarismo"**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/utilitarismo.htm>. Acesso em 25 de maio de 2022.
Barr, Nicholas (2012). «3.2.2 The relevance of efficiency to different theories of society». *Economics of the Welfare State* 5th ed. [S.l.]: Oxford University Press. 46 páginas. ISBN 978-0-19-929781-8 que https://pt.wikipedia.org/wiki/Especial:Fontes_de_livros/978-972-592242-2

YABIKU, Roger Moko. **Ética e Direito no utilitarismo de Jeremy Bentham**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3090, 17 dez. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20642>. Acesso em: 20 out. 2021.