XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-156-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Contemporâneo. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Civil Contemporâneo, durante o XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Brasília-DF, entre os dias 06 e 09 de julho de 2016, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Os trabalhos apresentados abriram caminho para um relevante debate, em que os profissionais e os acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central – DIREITO E DESIGUALDADES: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente diante do ambiente da globalização.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de avaliação por pares. Dessa forma, os 26 (vinte e seis) artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com este palpitante ramo do Direito, que é o Direito Civil, especialmente o contemporâneo. Os temas divulgados no 38º GT foram apresentados, seguindo a seguinte ordem de exposição:

Marcelo de Mello Vieira trouxe reflexões sobre a aplicação do punitive damages, instituto típico do Common Law, ao Direito Nacional. Já Rafael Vieira de Alencar e Maysa Cortez Cortez estudaram as peculiaridades do contrato de distribuição, enquadrado este na modalidade de contratos de longa duração. Luana Adriano Araújo e Beatriz Rego Xavier analisaram a garantia de autonomia à Pessoa com Deficiência por meio do estabelecimento de institutos de otimização da integração destas no seio social.

Alexander Seixas da Costa estudou o regime das incapacidades, identificando os que precisarão ser representados ou assistidos para os atos da vida civil. Os autores César Augusto de Castro Fiuza e Filipe Dias Xavier Rachid fizeram uma abordagem crítica às alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao regime das

incapacidades. Através de Luiza Machado Farhat Benedito e Juliana Aparecida Gomes Oliveira, foram abordados os institutos da nova concepção de família, que alteram continuamente o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo novos conceitos e desafios jurídicos frente aos anseios contemporâneos da humanidade. Por outro lado, Tula Wesendonck e Liane Tabarelli Zavascki fizeram uma análise doutrinária e jurisprudencial no trato do instituto da responsabilidade civil.

Lucas Costa de Oliveira fez um estudo sobre a situação jurídica do nascituro e sua problemática, tendo o seu artigo apresentado de maneira crítica as teorias clássicas que versam sobre a situação jurídica do nascituro, bem como as novas perspectivas mais adequadas ao paradigma contemporâneo. Já Carolina Medeiros Bahia focou a responsabilidade civil pelo fato do produto, analisando a emergência da sociedade de risco e o seu impacto sobre o sistema brasileiro de responsabilidade civil pelos acidentes de consumo. Em seus estudos, Mateus Bicalho de Melo Chavinho investigou a teoria da aparência, sendo este um importante instituto doutrinário, tendo a finalidade de proteger a boa-fé e a confiança das pessoas nas relações jurídicas privadas.

As autoras Maria Cláudia Mércio Cachapuz e Mariana Viale Pereira analisaram a estrutura dos enunciados que traduzem a ilicitude no Código Civil, inclusive em perspectiva histórica, reconhecendo que o artigo 187 amplia a causa geradora de obrigações. Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto e Kelly Cristina Canela analisaram as questões concernentes à figura da responsabilidade pré-contratual, também conhecida como "culpa in contrahendo", no ordenamento jurídico brasileiro, em cotejo com outros ordenamentos, sobretudo o português. Jose Eduardo de Moraes e Priscila Luciene Santos de Lima fizeram um estudo, com o fim de elucidar a relação entre o grau de facilidade negocial e o custo transacional, apontando as serventias notariais e de registro como as instituições centrais dessa discussão.

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata pesquisaram sobre os fenômenos da aquisição e da transmissão das obrigações, sendo este tema essencial para a plena compreensão do funcionamento do tráfego jurídico. Igor de Lucena Mascarenhas e Fernando Antônio De Vasconcelos trataram das inovações decorrentes da regulamentação de novos institutos do direito, tendo como foco as lacunas legislativas e o risco sistêmico, mais precisamente o direito à indenização no contrato de seguro de vida em casos de eutanásia. Já Ana Luiza Figueira Porto e Roberto Alves de Oliveira Filho propuseram em seu trabalho fazer uma breve analise histórica sobre a evolução do mercado e da maneira em que os contratos o acompanharam, focando no surgimento das redes contratuais.

Cristiano Aparecido Quinaia e Tiago Ramires Domezi estudaram também o Estatuto da Pessoa com Deficiência, caracterizado-o como instrumento de transformação social. Já ilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins fizeram uma releitura dos princípios da função social e da preservação da empresa, enquanto atividade destinada à produção e circulação de bens e serviços que tem de atender aos interesses coletivos. Marina Carneiro Matos Sillmann abordou a temática da curatela e da tomada de decisão, apurando se tais institutos são adequados para a proteção e promoção dos interesses da pessoa com deficiência psíquica.

Francieli Micheletto e Felipe de Poli de Siqueira pesquisaram sobre as redes contratuais no contexto das transformações da sociedade e do direito, representando clara expressão da função social dos contratos, trazida pelo Código Civil. Luis Gustavo Miranda de Oliveira avaliou, em seu trabalho, a Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach of Contract) que propõe a possibilidade de resolução contratual por iniciativa da parte devedora e a sua aplicabilidade. Aline Klayse dos Santos Fonseca e Pastora do Socorro Teixeira Leal focaram, em seu artigo, na ressignificação dos pressupostos tradicionais da Responsabilidade Civil para a consolidação de uma Responsabilidade por Danos comprometida com a prevenção. Já abordando mais uma vez o Estatuto da Pessoa com deficiência, Nilson Tadeu Reis Campos Silva fez uma análise das consequências do impasse legislativo criado pela edição do Estatuto da Pessoa com deficiência e do novo Código de Processo Civil.

Sobre a temática acerca do fim do casamento, Renata Barbosa de Almeida e Aline Santos Pedrosa Maia Barbosa analisam as providências de rateio patrimonial, sendo objeto de dúvida a comunicabilidade e partilha de quotas sociais. Luciano Zordan Piva e Gerson Luiz Carlos Branco pesquisaram acerca da insuficiência da legislação falimentar (Lei no. 11.101 de 2005) em incentivar o empresário a voltar ao mercado. Para tanto, em seu artigo, analisaram como o sistema falimentar norte-americano lida com semelhante temática. E, por último, Murilo Ramalho Procópio e Fernanda Teixeira Saches estudaram o instituto da indenização punitiva, a partir do referencial teórico do Direito como integridade, desenvolvido por Ronald Dworkin.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima

Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PODE CONTRIBUIR COM O DEBATE DA EFICIÊNCIA DO PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO BRASILEIRO?

LAW AND ECONOMICS CAN CONTRIBUTE TO THE DEBATE OF PUNITIVE DAMAGES EFFICIENCY IN BRAZILIAN LAW?

Marcelo de Mello Vieira [1]

Resumo

A presente investigação tem o intuito de trazer algumas reflexões sobre a aplicação do punitive damages, instituto típico do Common Law, ao Direito Nacional. Buscando enriquecer o debate, utilizou-se a Análise Econômica do Direito, método originário também dos países de Common Law, para se examinar sob o prisma da microeconomia se a uso dado pelos tribunais brasileiros ao punitive damages seria economicamente eficiente.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Punitive damages, Eficiência

Abstract/Resumen/Résumé

This research intends to reflect on the application of punitive damages, a typical Common Law institution, to Brazilian Law. Seeking to enrich the debate, we used Law and Economics, a method also originated from Common Law countries, in order to examine from the perspective of microeconomics if the use of given to punitive damages by Brazilian courts would be economically efficient.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law and economics, Punitive damages, Efficiency

[1] Doutorando em Direito Privado pela PUCMG. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor na Faculdade de Estudos Administrativos – FEAD.

1. INTRODUÇÃO

A globalização permitiu um maior intercâmbio cultural e técnico-científico em todas as áreas do conhecimento. No Direito não foi diferente. Escolas teóricas já desenvolvidas em outros países, mas pouco conhecidas começam a ser trabalhadas no país e têm contribuído para enriquecer os debates jurídicos nessa terra.

A Análise Econômica do Direito (AED) é um bom exemplo. Usada nos Estados Unidos desde os anos 1960-1970, somente há pouco ela vem ganhando espaço no mundo acadêmico brasileiro, já tendo sido inclusive subsidiando alguns julgados no país. Esse movimento procura examinar o impacto dos institutos jurídicos, das leis e até das decisões judiciais no comportamento de pessoas e agentes econômicos. Dessa forma, utilizando os conceitos da microeconomia, joga uma nova luz a questões corriqueiramente enfrentadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

Outro exemplo interessante de instituto jurídico utilizado também no Direito norte-americano e que vem sendo aplicado no país é o *punitive damages*. Esse instituto, também chamado de danos punitivos ou indenização punitiva, permite a fixação de um montante indenizatório bem acima do valor do dano efetivamente provocado com o intuito de punir aquele que praticou a conduta danosa pelo seu comportamento reprovável.

Essa pesquisa de cunho jurídico-compreensivo almeja explorar conjuntamente os dois temas, isto é, visa explorar a discutida temática dos *punitive damages* por meio da Análise Econômica do Direito, buscando analisar a sua pertinência ao direito pátrio e a eficiência da sua utilização atual. A principal metodologia a ser utilizada será a pesquisa biobliográfica e os dados colhidos serão tratados por uma perspectiva crítica. Para tanto, primeiramente, será contextualizada a Análise Econômica do Direito, explorando seus pilares microeconômicos. Posteriormente, será abordado o *punitive damages*, trabalhando seus fundamentos no *Common Law* e os contrapondo ao *Civil Law* brasileiro, bem como abordando a utilização prática do instituto no Direito norte-americano e no Direito nacional. Por fim, valendo-se da AED será analisado tanto se o uso que se faz do *punitive damages* no Brasil é eficiente como se ele é adequado ao ordenamento jurídico brasileiro.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: BREVE HISTÓRICO E SEUS ELEMENTOS

Embora o movimento Direito e Economia, ou Análise Econômica de Direito, tenha início a partir da metade do século XX, fato é que não se pode afirmar que a relação entre a

ciência do direito e a ciência econômica seja recente. Autores como o economista Adam Smith e o filósofo Jeremy Bentham foram os pioneiros no trabalho com essa relação, sendo indiscutível a influência de cada um deles para as principais escolas de AED norte-americanas (MENDONÇA, 2012). Também as escolas institucionalista e neoinstitucionalista que buscavam explicar fenômenos econômicos e o desenvolvimento de instituições, inclusive algumas existentes na ciência jurídica, em muito contribuíram para reforçar os liames entre a Economia e o Direito (LANA; PIMENTA, 2010).

No entanto, somente nas décadas de 1960-1970, com o acirramento das críticas ao formalismo jurídico e ao utilitarismo e com a influência da tradição do realismo jurídico, surgem novas escolas que propõem um estudo do Direito de forma interdisciplinar e que buscam aproximar o mundo jurídico da realidade social (ALVAREZ, 2006).

A Análise Econômica de Direito é um desses movimentos e, como o próprio nome indica, busca trabalhar questões jurídicas a partir de elementos da ciência econômica visando examinar tais problemas e suas respostas de acordo com o que a Economia entende como a finalidade do Direito. Pode-se afirmar, então, que a AED propõe uma releitura do Direito sob o prisma de premissas da Economia (LANA; PIMENTA, 2010).

Longe de ser um movimento uniforme, a AED possui várias escolas e linhas de trabalho diferentes, mas todas elas partem do uso da ciência econômica para analisar o direito posto (GUIMARÃES, 2009). Há também um consenso em relação à compreensão da Análise Econômica de Direito como um método, nascido nos Estados Unidos, que estuda a teoria "econômica relativamente à estruturação, formação, impacto e conseqüências comportamentais de eventual aplicação de institutos jurídicos e/ou textos normativos"(sic) (LANA; PIMENTA, 2010, p. 86-87).

Buscando as noções de economia normativa e positiva, a AED também possui as mesmas dimensões e somente a partir da compreensão dessas duas facetas é que se consegue captar o quanto esse movimento pode contribuir para o Direito.

Para Raimundo Oliveira Júnior:

> A economia positiva é voltada para descrição de fatos passados e, através de projeções, procurar antever como o ser humano se comportará quando estiver diante de fenômenos semelhantes ou não. Trata-se, portanto, de uma função prospectiva. Por sua vez, a economia normativa analisa os fatos sociais, regras morais e princípios éticos diante das instituições constantes na sociedade e das normais existentes, procurando formas de proporcionar modificações destinadas a permitir que as regras postas possam trazer um maior benefício para sociedade (OLIVEIRA JUNIOR, 2010, p. 367).

A Análise Econômica de Direito normativa preocupa-se com a noção de justiça,

analisando as normas éticas, fatos sociais e os próprios institutos jurídicos e as repercussões que as possíveis interpretações de um texto legal podem ter (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010; SALAMA, 2016; ZANATTA, 2011). Por essa razão, pode-se falar que ela possui um viés propositivo.[1]

Já a Análise Econômica de Direito positiva possui duas facetas distintas. De um lado, por meio de uma análise dos fatos, ela busca explicar a estrutura de normas jurídicas, sendo essa primeira vertente denominada explicativa (SALAMA, 2016). Por outro lado, ela também pode ser utilizada para se tentar prever o comportamento dos agentes com base em um exame das consequências das regras jurídicas (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010; SALAMA, 2016; ZANATTA, 2011).

Tanto para propor como para explicar ou predizer comportamentos, a Análise Econômica de Direito se vale de conceitos trazidos da microeconomia. Para Lana e Pimenta (2010), os princípios basilares da Economia indispensáveis para o estudo da AED seriam a escolha racional, a eficiência e o equilíbrio. Já Bruno Salama (2016) acrescenta a esses três as noções de incentivos e de escassez.

A escassez para a ciência econômica tem o mesmo significado que o sentido comum do termo, isto é, a falta de quantidade necessária de um bem para satisfazer a todos que o desejam. Para MacKaay e Rousseau (2015), o Direito é uma resposta à escassez, estando aí a semente dos direitos de propriedade. Sabendo que os bens são raros e que normalmente não se tem acesso a tudo que se almeja, cada individuo deverá fazer escolhas com a finalidade assegurar o acesso aos recursos que mais lhe são caros (SALAMA, 2016).

A escolha ou maximização racional parte do princípio de que qualquer pessoa ao tomar uma decisão sempre buscará aquela que lhe traga o maior benefício. MacKaay e Rousseau afirmam que esse modelo é o que se pressupõe ser usado para todas as decisões e:

> [...] faz a pessoa inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização) e adotar aquela que contribuir mais (escolha). (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p.31).

Logo, a escolha racional pressupõe que o indivíduo faça um cálculo racional antes de qualquer decisão, ou seja, que ele hierarquize suas possibilidades segundo seus próprios valores e interesses e escolha a opção que mais lhe satisfaça (ALVAREZ, 2006).

O equilíbrio é o ponto no qual todos os agentes estão simultaneamente maximizando

[1] Segundo Bruno Salama (2016), a Escola de Direito e Economia de New Haven enxega o Direito como um

seus interesses (SALAMA, 2016), ponto esse que tende a se manter, salvo quando há possibilidade de um dos agentes em melhorar ainda mais sua satisfação (ALVAREZ, 2006).

Os incentivos são todas aquelas benesses que influenciam o comportamento dos indivíduos tornando uma determinada ação mais atrativa, seja porque diminuem o preço nominal, porque facilitam o acesso ou porque proporcionam maior utilidade, isto é, porque aumentam a satisfação do agente. Por outro lado, considera-se um desincentivo tudo aquilo que estimula alguém a não agir de uma dada forma.

A eficiência é, com certeza, o mais polêmico dos pressupostos. Inicialmente, Richard Posner buscou trazer para o Direito a noção de eficiência econômica vista como maximização da riqueza, entendendo que a eficiência era um conceito de justiça. Profundamente influenciado pelas ideias de Smith e Bentham, Posner, um dos mais conhecidos representantes da Escola de Chicago, acreditava que o Direito deveria somente buscar diminuir "os custos de transação"[2] facilitando a atuação dos agentes econômicos, e a atuação do Estado deveria se resumir a corrigir as falhas do mercado (LANA; PIMENTA, 2010).

A concepção de Posner de eficiência como justiça foi duramente criticada por ser incompatível com a justiça distributiva e com a promoção de valores éticos. Por fim, o próprio Posner acabou por rejeitar a ideia de eficiência como valor absoluto e a defender como um dos critérios a serem considerados, sempre atentando para a democracia e pelos direitos constitucionais (ZANATTA, 2011).

Para fins deste trabalho, será utilizada como definição de eficiência, aquela que "diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos" (SALAMA, 2016)[3].

Além das fragilidades apontadas a definição de eficiência, a AED é alvo de diversas críticas. Uma das principais se baseia na suposta interdisciplinaridade que os teóricos da Análise Econômica do Direito afirmam que a disciplina possui. Hugo Acciarri afirma que "muitas vezes é dito que a AED implica um tipo de análise própria de uma disciplina (Economia), projetada sobre assuntos ou objetos de outra (Direito)" (ACCIARRI, 2014, p.

---

meio de regulação de atividades e utiliza a AED para analisar a eficiência/justiça de políticas públicas.

[2] Custos de transação são todos aqueles que influenciam uma negociação tornando-a mais dispendiosa para os agentes. Para Henrique Lana e Eduardo Pimenta seriam "o custo para se encontrar um interessado; custo para negociação, elaboração e discussão de contratos, contratação de advogado, obtenção de informações; custo para se fazer cumprir o contrato; etc". (LANA, PIMENTA, 2010, p. 102).

[3] Os parâmetros para medir eficiência mais conhecidos e debatidos são o de Paretto (melhor situação para uma pessoa sem que haja prejuízo a nenhum outro) e o Kaldor-Hicks (melhor situação é quando os ganhos de uns forem maiores que o prejuízo de outros, devendo as perdas serem compensadas). Entretanto, a discussão sobre qual deve ser utilizado, bem como os motivos, não serão objetos desse trabalho.

22). Tal apontamento merece ser levado a sério, uma vez que tendo as ciências natureza distintas, o uso exacerbado de conceitos econômicos poderia levar à "economização" do Direito, isto é, entender que a finalidade do ordenamento jurídico é uma finalidade somente econômica. Nesse contexto, as críticas feitas a Posner que o fizeram rever sua posição são ainda aplicáveis. O interessante seria que realmente houvesse um diálogo entre as disciplinas e não que uma delas somente se apoderasse de elementos da outra.

Outra crítica válida versa sobre o caráter estático que uma decisão economicamente eficiente possui. Isso porque, como já trabalhado, encontrado um ponto de equilíbrio, este tende a se manter até que uma nova posição favorável seja possível. Contudo, o Direito está em constante modificação alterando-se com as mudanças sociais (LANA; PIMENTA, 2010). De fato, o Direito e Economia não parece ter outra resposta a não ser revisar constantemente o que seria eficiente, o que poderia acarretar quebra de isonomia em decisões judiciais em casos semelhantes.

Apesar das críticas, é vital não canonizar e nem demonizar a Análise Econômica do Direito, mas sim compreendê-la como uma nova forma de examinar o ordenamento jurídico. O Direito e Economia não possui respostas prontas para todas as situações (SALAMA, 2016), mas tal fato não significa que ele não tenha nenhum valor. Sua grande vantagem é justamente acrescentar mais um ponto de vista a ser considerado pelo Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) quando se tomar uma decisão.

Deve-se ter em mente que a AED foi um movimento que se iniciou e se desenvolveu nos Estados Unidos e se destacou nos países de *Common Law*, tendo somente posteriormente ganhado adeptos em países de *Civil Law*, países notadamente desenvolvidos como Alemanha, França e Canadá. A absorção dessa teoria nos países de *Civil Law* em desenvolvimento é recente. Lucas Guimarães (2009) chama atenção para os perigos de transplantar o Direito e Economia para os países em desenvolvimento sem que se faça a devida adaptação. Sob essa perspectiva é que a Análise Econômica do Direito será abordada neste trabalho.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL: APONTAMENTOS SOBRE O SEU ATUAL CONTEXTO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

A responsabilidade extracontratual é um dos institutos mais tradicionais do Direito Privado e ainda hoje é cercada de muita polêmica.

Inspirada na *lex aquilia* romana, a responsabilidade civil extracontratual foi remodelada no Código Civil Francês estabelecendo os pilares que até hoje servem de base para o seu

estudo. Dentro do sistema liberal burguês desenhado pelo Código de Napoleão, o qual era um ardoroso defensor da autonomia individual, a responsabilidade era a outra face dessa autonomia (MORAES, 2003), isto é, cada um agia conforme seus desejos, mas caso, em razão de um ato, viesse a prejudicar um terceiro, caberia a ele o dever de reparar o prejuízo causado. A responsabilidade extracontratual se fundava nos seguintes elementos: conduta, culpa, dano e nexo de causalidade, cabendo ao prejudicado provar a existência de todos esses elementos para ter sucesso em seu pleito. Ela se dedicava unicamente a questões patrimoniais, que eram os interesses juridicamente protegidos naquela época, e tinha como único objetivo reparar o dano ocorrido. Essa função reparatória era e ainda é marca da responsabilidade civil, e o cálculo do valor a indenizar se baseava na teoria da diferença, que pode ser resumida na diferença entre os valores do patrimônio antes e depois da ocorrência da conduta danosa, nem mais, nem menos.

As mudanças sociais, notadamente aquelas provocadas pela Revolução Industrial criaram novos tipos de danos, muito diferentes daqueles existentes até então. Especialmente nos acidentes ocorridos em fábricas era muito difícil provar a culpa o que fazia com que as vítimas acabassem por arcar com os prejuízos (SCHREIBER, 2013). Visando corrigir tais injustiças, passou-se a flexibilizar a prova de culpa admitindo em certos casos a sua presunção.

O Código Civil brasileiro de 1916 (CCB/1916) abraçou esse panorama, trabalhando a responsabilidade extracontratual pelo seu viés patrimonialista, fundada na culpa, acolhendo excepcionalmente a presunção de culpa e adotando a reparação como sua única finalidade.

Novamente as mudanças sociais trouxeram novas questões ao mundo jurídico pátrio, tendo sido a responsabilidade extracontratual movimentada com debates acalorados que discutiam a possibilidade de ela ser aplicada também nas hipóteses de dano moral. Foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) que pôs fim à celeuma ao reconhecer expressamente essa possibilidade (art. 5º X).

O Código Civil brasileiro de 2002 (CCB/2002) trouxe novas balizas ao instituto. Buscando facilitar a reparação nos casos em que a prova era notoriamente difícil, a lei modificou as hipóteses de presunção de culpa para hipóteses de responsabilidade objetiva, ou seja, eliminou a necessidade da prova de um dos elementos típicos da responsabilidade extracontratual tradicional: a culpa, além de trazer novos casos de responsabilidade objetiva.[4] Nesse contexto, é que se fala que a responsabilidade extracontratual atual "transmigra do

[4] O Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/1990, já havia inovado a disciplina da responsabilidade extracontratual ao prever a responsabilidade objetiva por defeitos do produto.

autor do dano (culpa) para a vítima (dano)" (FIUZA, 2007, p. 282).

Também se manteve expressamente a função reparatória do instituto ao trazer em seu artigo 944 que a "indenização se mede pela extensão do dano". Tal previsão aliada ao princípio que veda o enriquecimento sem causa reforça a ideia de que a responsabilidade extracontratual é regida pelo princípio do pleno ressarcimento, salvo exceções expressas na própria legislação.

Mas se o CCB/2002 atualizou os vários aspectos dos danos patrimoniais trazidos no código anterior, ele pouco legislou sobre os danos morais. Se para os danos patrimoniais já havia um sólido sistema de reparação e quantificação de dano, para o dano moral não se podia falar na relação matemática de dano-reparação, o que abriu caminho para que os juristas nacionais buscassem outras bases.

Mesmo antes do advento do CCB/2002, já se defendia uma reconstrução da responsabilidade extracontratual que refletisse o atual Estado Democrático brasileiro comprometido em provocar mudanças sociais e efetivar direitos fundamentais (FARIAS; ROSENVAL, BRAGA NETTO, 2014). Começa-se então se defender que a responsabilidade extracontratual passaria a ter, além da função reparatória, o objetivo de prevenir e punir condutas (FARIAS; ROSENVAL, BRAGA NETTO, 2014), deixando de ser um Direito de Danos para um Direito das Condutas Lesivas (LEVY, 2012). É nesse escopo que se começa a falar na aplicação do instituto anglo-saxão dos *punitive damages* no direito pátrio.

3.1 *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO ANGLO-SAXÃO

Os países de origem anglo-saxã, por adotarem um sistema jurídico diferente da Europa continental (*Common Law*), tratam a relação Direito Civil e Direito Penal de forma também diferente, o que dá a alguns institutos fundamentos e objetivos distintos dos países que adotam o *Civil Law*.

Nos Estados Unidos, por exemplo, por não concentrar tanto as ações penais no poder do Estado, ocorrendo uma violação de direitos, a vítima de um dano pode escolher em ajuizar uma ação penal ou somente buscar o juízo cível, podendo neste último caso ser fixado na mesma decisão tanto um valor correspondente à reparação do dano quanto uma sanção de cunho punitivo (SOUZA, 2009).

São *punitive damages* que, como o próprio nome indica, evidenciam o caráter punitivo da responsabilidade extracontratual. Judith Martins-Costa e Marina Pargendler afirmam que eles:

> [...] consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção (deterrence) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos compensatory damages, que consistem no montante de indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.(sic) (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16).

No Direito norte-americano, além de punir uma pessoa por uma conduta reprovável, o *punitive damages* tem como objetivo evitar que a vítima procure a vingança pessoal contra o ofensor e também visa desestimular os indivívuos a se comportarem de maneira lesiva em relação aos outros e à coletividade, bem como remunerar aquele que teve seu direito lesado por buscar o bem da comunidade, não havendo, portanto, nenhuma restrição ao enriquecimento da vítima (MORAES, 2003). Por ter como objetivo punir as condutas reprováveis no intuito de proteger a sociedade, eles se aplicam indistintamente ao dano patrimonial e ao dano moral.

A falta de critérios objetivos para se fixar as indenizações possibilitaram que se estabelecessem quantias verdadeiramente astronômicas às vítimas, fazendo com que o instituto passasse a ser questionado. A flagrante desproporção dos valores indenizatórios fez com que a Suprema Corte dos Estados Unidos fixasse diretrizes para servir como parâmetros para as cortes estaduais: a reprobabilidade do comportamento lesivo[5], diferença entre a lesão sofrida e os *punitive damages* fixados e a disparidade entre o valor determinado e o valor das multas que poderiam ser estabelecidas em situações parecidas (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19).

Mesmo com o direcionamento dado pela Suprema Corte, os *punitives damages* ainda continuam sendo alvo de muitas críticas. É curioso que no momento que o instituto está em certo desprestígio nos países em que ele foi criado, a comunidade jurídica nacional enxerga nele uma solução para resolver seus problemas atuais.

Como já demonstrado, o *punitive damages* é um instituto criado e desenvolvido dentro do *Common Law*, um sistema jurídico no qual ele se adapta perfeitamente. Rodolpho Sampaio Junior adverte que nos mundos fático e jurídico existem muitos "pontos de contato entre ambos os sistemas, de modo que não pode, ou não deve, um ordenamento jurídico desprezar contribuições advindas de outro, ainda que pertencente a família diversa." (SAMPAIO

[5] Martins-Costa e Pargendler (2005) afirmam que a para avaliar o quão reprovável é a conduta deve-se analisar o tipo de prejuízo (se físico ou só econômico), preocupação com a saúde ou segurança de terceiros, vulnerabilidade financeira da vítima, repetibilidade da conduta lesiva e se o ato foi doloso ou meramente culposo.

JUNIOR, 2009, p. 242).

De fato, aprender com culturas jurídicas diferentes é sempre interessante. Todavia, não é positivo o transplante de modelos sem a devida crítica. A experiência do outro serviu ou não àquela sociedade, o que não significa que servirá a todas as demais. Entender o contrário significa desconsiderar as peculiaridades não só do sistema jurídico, mas também de todo o contexto histórico e social da outra comunidade. Dessa forma, faz-se necessário analisar a adequação do *punitive damages* ao Direito brasileiro.

3.2 O PROBLEMA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO NACIONAL

Quando se compara as especificidades do *Common Law* que permitiram o desenvolvimento do instituto do *punitive damages* naquele sistema com os mesmos elementos no *Civil Law* brasileiro, verifica-se que preliminarmente há dois pontos a serem analisados com mais profundidade: a ausência de função punitiva do Direito Civil e a vedação ao enriquecimento sem causa.

Para Adriano Stanley Souza (2009), cabe à esfera cível se preocupar com os interesses particulares da vítima, devendo ela ater-se à reparação, enquanto a esfera penal se dedica a proteger os interesses da sociedade, cabendo a ela zelar pela prevenção e punição do ofensor. O mesmo autor também afirma que no Brasil vigora o princípio da inconfudibilidade dos juízos, não podendo se confudir o juízo da reparação com o da punição (SOUZA, 2009).

Em que pese o posicionamento do referido autor, tal afirmação não se mostra verdadeira. Em diversas ocasiões, o CCB/2002 prevê expressamente penas (como nas hipóteses de sonegação de bens da herança ou na cobrança de dívidas vencidas ou já pagas – arts. 1993, 939 e 940 respectivamente) ou o faz de forma implícita (como nos casos de descumprimento dos deveres do condômino ou do possuidor de má-fé que perde o direito à indenização das benfeitorias úteis – arts. 1336 e 1220 respectivamente) (AZEVEDO, 2004). Entretanto, deve-se considerar que sempre que assume essa função, as condutas sujeitas a punição são delimitadas ainda que não pela rigidez da tipicidade penal. Ademais, mesmo que em alguns dispositivos do CCB/2002 haja um condão punitivo, isso não significa que todos os institutos de Direito Civil tenham essa função ou que esta seja inerente à responsabilidade extracontratual. Se assim fosse, poderia-se imaginar que o Projeto de Lei n. 6.960/2002, já arquivado, que previa a inclusão de um segundo parágrafo no art. 944 do CCB/2002 expressamente prevendo a função dissuasória às indenizações de dano moral, seria, no

mínimo, desnecessário.[6]

Se o argumento da ausência de função punitiva ao Direito Civil admite ponderações, a vedação ao enriquecimento sem causa não admite exceções. Como trabalhado no ponto anterior, o *punitive damages* no *Common Law* não só permite que a vítima enriqueça em uma eventual ação judicial, como parte desse pressuposto (MORAES, 2003). A ideia de que o valor fixado a título de punição deveria ser dado à vítima como uma retribuição pelo seu esforço de livrar a comunidade dos perigos de determinada conduta lesiva (AZEVEDO, 2004), parece pouco contribuir para uma sociedade mais solidária como preconiza o Texto Constitucional. Também a possibilidade de tal valor ser revertido a um fundo destinado à defesa do interesse violado parece sedutora, mas esbarra na total falta de previsão legal.

Apesar dos argumentos aqui tratados, grande parte da comunidade jurídica brasileira defende a aplicação da função punitiva das indenizações, entendimento inclusive abarcado no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Justamente pelo anseio de dar uma resposta à sociedade, aplica-se uma teoria do direito estrangeiro sem adaptar de forma o instituto. Hoje, o que se vê na prática é uma aplicação indiscriminada de indenizações punitivas, que em vez de contribuir para um país mais justo, transforma a ação judicial em uma loteria do dano moral.

Bodin de Moraes (2003) chama atenção pela inexistência de critérios seguros para fixação dos danos morais, não havendo, em grande parte das vezes, nenhuma análise detida dos critérios mencionados na própria decisão e nem justificativa das razões que levaram o julgador àquele valor.

Os ministros do STJ constantemente fundamentam suas decisões de dano moral com base na extensão do dano, a culpabilidade do ofensor, a eventual culpa concorrente da vítima, a capacidade econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima, o caráter pedagógico-punitivo das indenizações e a razoabilidade (COUTO; SALGADO, 2013).

A falta de sistematicidade dos critérios é o que mais chama atenção. A extensão do dano traduz a função compensatória do dano moral, função precípua da responsabilidade extracontratual. A culpa corrente da vítima também se insere dentro do tradicional tratamento da responsabilidade extracontratual do Direito brasileiro. Já a capacidade econômica do ofensor visa a fazer com que o praticante da conduta lesiva sinta no bolso a efetiva punição, ou seja, quanto mais rico for o ofensor, maior será a indenização. As condições pessoais da vítima é um critério tão genérico que se torna destituído de qualquer significado, sendo certo que é inadmíssivel defender que, em uma mesma situação, alguém de posição econômica

[6] A redação dada pelo Projeto de Lei ao referido dispositivo era "A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante".

superior tenha direito a uma indenização mais polpuda que outra pessoa menos abastada.

A culpabilidade do ofensor é tratada como um critério autônomo, enquanto deveria ser um dos elementos para o estabelecimento do dano punitivo, como ocorre no Direito norte-americano. Nesse aspecto, ficam evidentes as distorções causadas pelos magistrados brasileiros em razão da desvinculação dos *punitive damages* da matriz anglo-saxônica. Como exposto no tópico anterior, a reprovabilidade da conduta do ofensor é primordial para fixar a indenização punitiva, mas os tribunais brasileiros insistem em falar em caráter punitivo mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva, ou seja, naquelas que não se analisa nem a existência, quanto mais a gravidade da ação.[7]

Ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, no Brasil o caráter punitivo das indenizações (*punitive damages*), embora mencionado, não costuma ser individualizado na decisão[8], fazendo com que o ofensor não conheça a exata medida que "está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compesando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto" (SCHREIBER, 2013, p. 213).

É impossível desconsiderar que no atual momento do país, especialmente após as constantes denúncias de corrupção de agentes públicos e a ocorrência do maior dano ambiental da história do Brasil, a sociedade brasileira tem exigido maiores punições tanto na seara administrativa quanto na seara penal, e que o Poder Judiciário, enquanto membro dessa sociedade, também tenha o mesmo desejo. Mas é perigoso entender que cabe ao Direito Civil o papel de regular qualquer tipo de conduta, cabendo a ele o papel de controle social (SAMPAIO JUNIOR, 2009). Entender dessa forma é imputar ao cidadão o dever de necessariamente buscar o Poder Judiciário, utilizando seus próprios recursos e por meio de uma ação privada, para evitar que determinadas pessoas prejudiquem toda a sociedade, desresponsabilizando o Poder Público e o Ministério Público de atribuições que lhes são inerentes.

Nesse contexto, é necessário pensar em outras formas de regular comportamentos sem que isso seja colocado unicamente na mão de um particular. Especialmente nas relações de consumo e de meio ambiente, áreas que por vezes são reguladas por agências reguladoras (telefonia, transporte, etc.) ou por órgãos com amplos poderes de fiscalização, seria

---

[7] Para Martins-Costa e Pargendler não se pode "pensar em punir com a indenização casos de responsabilidade objetiva, que obedecem a diversa racionalidade, sendo irrelevante, para esse regime, a apreciação da subjetividade, já que a conduta culposa não é elemento do suporte fático de incidência da regra de atribuição da responsabilidade." (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19).

[8] Filmes norte-americanos, como *Erin Brockovich* e *O júri*, mostram o momento que um dos jurados ao ler o veredicto expressamente anuncia o valor pago a título de reparação/compensação e o montante devido a título de punição.

interessante a utilização de multas administrativas. A aplicação dessas multas e a efetiva exigência do seu pagamento poderiam desestimular condutas de forma até mais eficiente (até porque a aplicação é mais rápida), além de proporcionar recursos para melhorar a fiscalização dessas atividades. Isso, com certeza, evitaria a insuperável questão do enriquecimento sem causa.

Não obstante toda argumentação aqui desenvolvida, os empecilhos legais para a adoção do *punitive damages* poderiam ser sanados com a devida reforma legislativa, como inclusive foi feito em alguns países que adotam o *Civil Law*. A Análise Econômica do Direito, tanto em faceta normativa quanto no seu viés positivo, pode ser utilizada tanto analisar se a utilização atual do punitive damages no país é eficiente, quanto a conveniência de uma possível inclusão expressa da função punitiva no ordenamento jurídico nacional com o intuito de regulamentar o uso do instituto.

4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O *PUNITIVE DAMAGES*

A Análise Econômica do Direito e o *punitive damages* têm em comum o fato de que ambos trabalham com o comportamento humano e o ordenamento jurídico. Essa relação se torna mais estreita quando se entende que a "economia parte do pressuposto que o comportamento de cada sujeito será determinado pela percepção que tem acerca da capacidade do sistema jurídico de detectar e sancionar a sua conduta" (LEVY, 2012, p. 257). O *punitive damages* seria, então, uma das formas pela qual o Direito puniria algumas dessas condutas. Ele pode ser considerado tanto um desincentivo a determinada ação, como um incentivo para que se faça um investimento em medidas de precaução.

Trabalhando com a ideia de custos de precaução, o juiz norte-americano Learned Hand, em 1947, no histórico julgamento do caso *United States x Carroll Towing Co.*, desenvolveu uma fórmula para aferir a responsabilidade extracontratual de um indíviduo. Segundo Hand, o agente seria considerado responsável quando os custos para prevenção de um dano (CP) forem menores que a probabilidade da ocorrência do dano (P) multiplicado pelo valor do dano ocorrido (D), ou seja, CP < P x D (LEVY, 2012). Hand cria um interessante critério objetivo para auferir a culpa, ligando-a à precaução e abandonando a controversa figura do padrão do homem médio para aferir o grau de diligência do agente (MENDONÇA, 2012), o que eliminaria certa discricionariedade judicial, dando mais segurança ao sistema jurídico, segurança que é indispensável para que as análises feitas pela AED sejam mais fidedignas.

Em um exame mais rápido, poderia-se crer que a adoção do *punitive damages* seria um ganho social, uma vez que aumentaria o valor a ser gasto em precaução, o que representaria mais segurança para a sociedade. No entanto, tal entendimento não se sustenta quando se faz uma análise mais profunda, especialmente quando se examina os custos sociais do dano.

Recorrendo a Cooter e Ulen, Diogo Mendonça (2012) explica que para o Direito e Economia, em um modelo simplificado, a responsabilidade extracontratual seria o exame do custo social dos danos (CD), que é composto pelos custos de precaução (CP) e o valor da lesão (VL), sendo este último resultado da probabilidade do evento danoso (P) multiplicado pelo dano concreto (D), ou seja, CD = CP + VL (P x D). O mesmo autor demonstra graficamente que em um determinado momento os custos de precaução deixam gerar a redução dos custos do dano passando apenas a aumentar os custos sociais (MENDONÇA, 2012). Mackaay e Rousseau advertem que:

> O custo total de acidentes cai em função das medidas preventivas adotadas, mas isto não se dá de maneira linear: as primeiras fontes de danos são mais fáceis de neutralizar que as subsequentes, e assim por diante. Quanto às medidas de prevenção, a relação é inversa: as primeiras são mais custosas, as seguintes menos. Daí resulta que quanto mais amplas forem as medidas de prevenção já adotadas, mais custosas serão as adicionais, necessárias para reduzir o custo total do prejuízo. Prevenir qualquer dano nos obrigaria a adotar cautelas cujo custo seria proibitivo (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p.372).

Essa é, portanto, a diferença entre ser um incentivo à precaução ou um desincentivo a determinada atividade. A AED poderia contribuir na busca pela eficiência, que seria o exato ponto de intercessão entre os custos de precaução e os custos do evento danoso, ou seja, quando o investimento em medidas precaucionais deixar de levar a uma redução do gasto com a indenização, passando apenas a aumentar os custos.

A Análise Econômica do Direito, como mencionado acima, necessita de alguma precisão nos dados para que se possa examinar de forma mais realista os comportamentos humanos. Isso traz de volta à tona um dos pontos nevrálgicos do *punitive damages*: a correta quantificação dos danos. Essa questão é vital para que se avalie quando o instituto ainda é um incentivo à precaução, sem desestimular uma atividade socialmente desejável.

Além da dificuldade natural em valorar os danos morais[9], a ausência de padrões para a fixação do *punitive damages* elimina qualquer previsibilidade do valor total de danos, o que impede que a AED seja útil para analisar a influência do instituto no comportamento dos

[9] Aqui se falará apenas em danos morais, uma vez que como exposto no ponto 3 desse trabalho, o *punitive damages* vem sendo utilizado pelos tribunais somente nessas hipóteses. Já para o dano patrimonial continua se usando a tradicional teoria da diferença para se quantificar tais danos.

agentes. Convém relembrar que nos Estados Unidos, a Suprema Corte estabeleceu diretrizes a serem seguidas pelas cortes estaduais para quantificação da indenização punitiva e que o sistema de precedentes existente no *Common Law* serve de parâmetro para decisões futuras, o que torna possível estimar valores a possíveis danos. Independentemente de quais forem os critérios para fixar uma indenização punitiva é necessário que eles sejam claros e objetivos. Nesse aspecto, seria indicado e até necessário que houvesse uma lei que previsse esses parâmetros, uma vez que os tribunais brasileiros estão demonstrando total inaptidão em estebelecer tais critérios.

Como já abordado no tópico anterior, os tribunais brasileiros sequer especificam os valores concedidos a título de *punitive damages* colocando tanto a verba reparatória como a punitiva simplesmente como dano moral, o que também por si só inviabilizaria a avaliação da eficiência do instituto pela Análise Econômica do Direito. O caráter punitivo como é usado no país é somente um mero recurso retórico, que nem de longe atinge a função de regulação social que os juristas brasileiros tanto exaltam (MENDONÇA, 2012). Dessa forma, a utilização de outros métodos para de regular condutas, como a imposição de multas administrativas, desde que efetivamente cobradas, parece mais apta a atingir a finalidade regulatória do que a indenização punitiva.

É importante ter em mente que os agentes econômicos possíveis ou efetivos (recorrentes ou não) causadores de danos tratam as decisões indenizatórias como uma externalidade[10] na hora de fixar o preço de um produto. Isso significa que ao punir aquele agente que teve um comportamento reprovável, este não arcará com o prejuízo, mas sim o repassará ao consumidor, que pode ser até mesmo aquele que sofreu a ação lesiva. Por isso, tem se tornado cada vez mais comum a contratação de seguros por empresas, custo extra que se reflete no bolso do consumidor.

É ilusório acreditar que em razão desses custos a mais (seja pela contratação de um seguro, seja pelo pagamento de indenizações), o produto daquela sociedade empresária fará com que o preço final fique caro a ponto de o consumidor deixar de comprar aquela marca para adquirir o mesmo produto de uma sociedade concorrente. Isso porque a sociedade concorrente é um agente racional e, como tal, busca maximizar seus ganhos. Por isso, ele também se precaverá, possivelmente contratando o mesmo seguro, ou simplesmente aumentando também o seu preço para auferir mais lucro.

[10] Para Lana e Pimenta, externalidade pode ser conceituada como "as hipóteses nas quais o exercício da atividade econômica realizada pelos indivíduos ocasiona impactos ou efeitos sobre outros indivíduos." (LANA, PIMENTA, 2010, cit., p. 111).

5 CONCLUSÃO

A Análise Econômica do Direito é um método de analisar o Direito que vem ganhando muitos adeptos no Brasil. Por meio dos conceitos da microeconomia, ela dá outra perspectiva para questões jurídicas enriquecendo os debates jurídicos. Ela será cada vez mais utilizada quando algumas adaptações forem realizadas, modificações que incorporem aspectos do contexto socio-histórico-cultural brasileiro de modo que ela contribua ainda mais para o desenvolvimento do Direito nacional.

Se valendo desse método, o presente trabalho buscou trabalhar o espinhoso tema do *punitive damages* e sua aplicação no Direito brasileiro. Partindo de um exame das bases do instituto, ficou claro que existem óbices legais para a adoção do *punitive damages* no país.

Não obstante, ele é defendido por parte expressiva da comunidade jurídica e utilizado cotidianamente pelas cortes brasileiras. A falta de critérios, bem como o seu uso retórico e abusivo, tem trazido mais problemas que soluções, causando certa descrença na atuação dos juízes.

Utilizando-se a AED tentou-se avaliar a eficiência do *punitive damages* à brasileira, constatando-se que o uso que se faz dele no país sequer permite que se faça uma análise consistente do instituto. Não conseguindo provar sua eficiência, não parece aceitável que ele continue sendo utilizado, modificando via judiciário os fundamentos da responsabilidade extracontratual brasileira.

Seus defensores afirmam que com o reconhecimento de uma função punitiva a responsabilidade extracontratual estaria de acordo com atual texto constitucional. O art. 3º I da CRFB/1988 determina que um dos objetivos da República brasileira é construir uma sociedade livre, justa e igualitária. Se é esse mesmo o objetivo, deve-se repensar se é mesmo adequado falar em uma função punitiva, afinal, parece ser no mínimo incongruente acreditar que punição constrói solidariedade.

REFERÊNCIAS

ACCIARRI. Hugo A. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, v.9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) *O Código Civil e a sua interdisciplinariedade*: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2004. p. 370-377.

COUTO, Igor Costa; SALGADO, Isaura. Pesquisa Jurisprudencial: Os critérios quantitativos do dano moral segundo a jurisprudência do STJ. Orientação: Maria Celina Bodin de Moraes. *Civilistica.com.* Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/criterios-stj/>. Data de acesso: 26 jan. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil:* responsabilidade civil. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.

FIUZA, César. *Direito civil* – curso completo. 10. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Common Law, Civil Law e a análise econômica do direito. In: *XVIII Congresso Nacional do CONPEDI / FMU, 2009*, São Paulo. Anais do XVIII do Congresso do CONPEDI/FMU. Florianópolis - SC: Fundação Boiteux, 2009. p.996-1016.

LANA, Henrique Avelino R. P.; PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil:* de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito.* SZTAJN, Rachel (trad.). 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. *Revista Centro de Estudos judiciários*, Brasília, n. 28, jan./mar.2005, p. 15-32.

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

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

OLIVEIRA JÚNIOR, Raimundo Frutuoso de. Aplicações da análise econômica do direito. In: *XIX Encontro Nacional do CONPEDI / UFC, 2010*, Fortaleza, Anais do XIX do Encontro Nacional do CONPEDI/UFC. Florianópolis - SC: Fundação Boiteux, 2010. p.363-374.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? Disponível em: http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/salama-artigo.pdf Acesso em: 04 MAR. 2016.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. O princípio do pleno ressarcimento e a indenização punitiva. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de (Coord.). *Direito civil*: atualidades III – princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 255-266.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O fundamento jurídico do dano moral: princípio da dignidade da pessoa humana ou punitive damages? In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima de (Coord.). *Direito civil*: atualidades III – princípios jurídicos no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 255-266.

ZANATTA, Rafael A. F. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. *Revista dos Estudantes de Direito*, Universidade de Brasília, n. 10, 2011. Disponível em: <www.academia.edu/956869>. Acesso em: 20 nov. 2015.