

FUNÇÃO PROFILÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA E A INDÚSTRIA DO DANO MORAL: CIDADANIA EMPRESARIAL NA SOCIEDADE DE RISCO

PROPHYLACTIC FUNCTION OF CONSUMERIST CIVIL LIABILITY AND MORAL DAMAGE INDUSTRY: CORPORATE CITIZENSHIP IN RISK SOCIETY

Ana Cecília Parodi¹

RESUMO

Função profilática da responsabilidade civil consumerista e a indústria do dano moral: cidadania empresarial na sociedade de risco. Quando o empresário decide não prevenir os eventos lesivos, ainda que não atue com dolo, esse fornecedor deixa os resultados potenciais à sorte, decidindo assumir para si os riscos legais de responder pelas consequências de suas condutas. Essa decisão empresarial, optando entre prevenir o dano ou assumir os riscos legais, em regra, já é uma consequência da anterior aplicação da função profilática da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro e, via de consequência, um fator determinante para a realização – ou não – do exercício da responsabilidade social e ambiental e para o estabelecimento do desenvolvimento sustentável, elidindo, ou ao menos mitigando, os efeitos deletérios naturais do capitalismo contemporâneo e da sociedade de consumo industrializada e globalizada. A racionalidade teórica da Análise Econômica do Direito e, mais precisamente, da Teoria dos Jogos, são instrumentos virtuosos para explicar a correlação entre a influência da jurisprudência e o processo de tomada de decisão empresarial, desmistificando a mera possibilidade do estabelecimento jurídico de uma alegada “indústria do dano moral”.

PALAVRAS-CHAVE: Empresa; Livre Iniciativa; Função Profilática da Responsabilidade Civil; Constituição Federal; Desenvolvimento Sustentável; Responsabilidade Social Empresarial; Poder Judiciário e Economia; Análise Econômica do Direito; Teoria dos Jogos.

ABSTRACT

Prophylactic function of consumerist civil liability and moral damage industry: corporate citizenship in risk society. When the entrepreneur decides not to prevent harmful events, although he not act with intent, that vendor leaves the potential outcomes to luck, deciding to take legal risks for himself to answer for the consequences of his behavior. This business decision, choosing between preventing harm or take the legal risks, as a rule, it is a consequence of the previous application of prophylactic function of civil liability in the Brazilian legal system and, as a consequence, a determining factor for the realization - or not - the exercise of social and environmental responsibility and the establishment of sustainable development, supressing, or at least mitigating the deleterious effects of natural contemporary capitalism and the consumer society industrialized and globalized. The theoretical justification of Economic Analysis of Law and, more precisely, Game Theory, are both virtuous instruments to explain the correlation between the influence of the case law and the process of corporate decision making, demystifying the mere possibility of the legal establishment of an alleged "industry of moral damages.

KEYWORDS: Company; Free Enterprise; Prophylactic Role of Liability; Federal Constitution; Sustainable Development; Corporate Social Responsibility; Judiciary and Economics; Economic Analysis of Law; Game Theory.

¹ Doutoranda em Direito Civil (USP). Mestre em Direito Econômico e Social (PUCPR). Especialista em Direito Civil e Empresarial (PUCPR) e em Direito Aplicado (EMAP-PR). Diretora Jurídica da gestora patrimonial Decisão Investimentos. Autora de obras jurídicas. Palestrante e Conferencista. Blog: <http://atualidadesdodireito.com.br/anaceciliaparodi>.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A SOCIEDADE DE RISCO E DE CONSUMO

O consumidor é indiscutivelmente a parte mais vulnerável das relações econômicas de consumo e a necessidade de sua proteção é reconhecida, demandando proteção expressa e transparente da lei, sendo que desde os tempos de Hamurabi² já se ouvia da vocação legislativa em favor da proteção das obrigações decorrentes do fornecimento e da prestação de serviço. Com a evolução dos séculos e dos modos de produção, o consumidor variou de posição legislativa, atingindo, finalmente, o reconhecimento legal de sua relevantíssima posição na cadeia produtiva, a saber, a de destinatário final (ressalvados aqueles que são “aos consumidores equiparados por lei”), após as transformações do industrialismo, valendo menção ao artigo 1, da Resolução nº 39/248³ (Organização das Nações Unidas, 1985), o qual embasa o artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

É notório que todo contrato de consumo nasce eivado de potencial desequilíbrio, porque o mais forte impõe condições, tantas vezes injustas, sem possibilidade de oposição (LACERDA MARTINS, 2002, p.8). Claudia Lima Marques (2006, p. XVII) afirma que o Direito pode ser instrumento de Justiça, de equilíbrio contratual e de vinculação social, “instrumento de proteção de determinados grupos na sociedade, de combate ao abuso do poder econômico e combate a toda a atuação que seja contrária à boa-fé no tráfico social e no mercado”. Porém, para que o Ordenamento tenha essa utilidade, ou seja, para alçar à efetividade seu *status* funcional, é mister que as leis sejam transparentes e diretas em suas pretensões, sanções e recompensas, bem como, que a sua aplicação pelo Poder Judiciário – ou Administrativo, quando a este competir – seja eficiente, de forma a, nas palavras de Lima Marques, vincular a sociedade e combater abusos, reprimindo as condutas ilícitas, – as quais hoje, por virtude do Código Civil de 2002, englobam em gênero, ao abuso de direito.

Quanto à responsabilização objetiva, esta modalidade de imputação obrigacional decorre, no direito brasileiro, da teoria do risco da atividade, conquanto haja divergência doutrinária acerca das possíveis classificações deste risco. Contudo, interessa trazer à baila duas outras espécies de risco: o primeiro, bem tratado pela doutrina, o risco do desenvolvimento; e o

² “Art. 229 Se um pedreiro edificou uma casa para um homem mas não a fortificou e a casa caiu e matou o seu dono, esse pedreiro será morto”. [...] No mesmo sentido, estabelece o Código de Hamurabi: “Art. 233 Se um pedreiro construiu uma casa para um homem e não executou o trabalho adequadamente e o muro ruiu, esse pedreiro fortificará o muro às suas custas”. Conforme Plínio Lacerda Martins (2002, p. 2).

³ A 106ª Sessão plenária da ONU editou, em 9 de abril de 1985, a Resolução nº 39/248, que retrata no art. 1 que o consumidor é parte mais fraca nas relações de consumo (MARTINS, 2002, p. 1).

segundo, tratado de maneira mais generalista, está ligado a uma outra perspectiva do risco da atividade, a saber, **o risco a que o exercício da atividade expõe o consumidor, de sofrer danos, visto a partir da disposição do fornecedor em evitar tais lesões ou deliberadamente optar por se conduzir descuidadamente ou cometendo atos diretamente nocivos.**

De toda forma, ao não prevenir os eventos lesivos, antes, se não atuando com dolo, o fornecedor deixa os resultados potenciais à sorte, decidindo **assumir para si** os riscos legais de responder pelo resultado de suas condutas. Essa decisão empresarial, optando entre prevenir o dano ou assumir os riscos legais, em regra, já é uma consequência da anterior aplicação da função profilática da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro e, via de consequência, um fator determinante para a realização – ou não – do exercício da responsabilidade social e ambiental e para o estabelecimento do desenvolvimento sustentável, elidindo, ou ao menos mitigando, os efeitos deletérios naturais do capitalismo contemporâneo e da sociedade de consumo industrializada e globalizada. A racionalidade teórica da Análise Econômica do Direito e, mais precisamente, da Teoria dos Jogos, são instrumentos virtuosos para explicar a correlação entre a influência da jurisprudência e o processo de tomada de decisão empresarial, desmistificando a mera possibilidade do estabelecimento jurídico de uma alegada “indústria do dano moral”.

Concomitante à sociedade de consumo coexiste a sociedade de risco, lugar social onde ganha relevo a figura do risco de desenvolvimento. Fabiana Maria Martins Gomes de Castro (2002, p. 126) oferta um conceito⁴:

⁴ Fabiana Maria Martins Gomes de Castro (2002, p. 124/125) demonstra a evolução histórica da sociedade de risco, desde o aparecimento da sociedade industrial e indo até a contemporaneidade. Vale a leitura: “A sociedade de risco representa um estágio avançado da sociedade industrial e historicamente pode ser distinguido em três momentos. O primeiro momento corresponde ao surgimento da idade moderna, que coincidiu com o aparecimento da sociedade industrial. Os riscos inerentes à sociedade industrial eram incipientes e controláveis, pois apesar do decurso integrado dos progressos técnicos, científicos e econômicos sob a égide da racionalidade, as suas potencialidades estavam longe do auge e seus efeitos sobre a vida das pessoas eram perfeitamente controláveis. A sociedade industrial primigênia dos séculos XVIII e XIX é denominada por Ulrich Beck como sociedade de riscos residuais. O segundo momento, compreendido entre o final do século XIX até a primeira metade do século XX, traduziu a atitude coletiva e voluntarista de conter e domesticar entre riscos mensuráveis e controláveis, tendo em vista a redução de sua ocorrência e gravidade. O risco deixou de ser visto como um golpe de azar e adquiriu a forma de acontecimento estatisticamente objetivado pelo cálculo da probabilidade e socialmente suportado pela mutualização dos prejuízos. O direito absorveu os prejuízos pelas atividades de risco, em termos de responsabilidade objetiva. O terceiro momento da história do risco é a nossa atual realidade, que assiste à crise do Estado de bem-estar social, à expansão em escala planetária da lógica do mercado e da racionalidade que a comanda. O desenvolvimento é desmedido na busca intensiva e exaustiva do esgotamento das possibilidades das formas de progresso, provocado pelo crescente desenvolvimento técnico, científico, econômico, burocrático e jurídico do mundo da vida, conduzindo ao surgimento de um novo gênero de riscos”.

O conceito de sociedade de risco prende-se com a emergência de novos e grandes riscos, gerados pelo lado obscuro do progresso, sem pensar o futuro das gerações que estão por vir. Estes novos riscos, embora resultantes de decisões humanas, surgem de um modo involuntário e independente do pensamento humano. A relevância em abordar esses novos riscos consiste no fato de que ele se forma no seio do próprio processo de modernização e apresentam-se à consciência social nos seus efeitos secundários, muitas vezes catastróficos, a longo prazo e não delimitáveis pelas coordenadas do tempo e espaço, tornando-se transgeracional e transfronteiriço. Esses riscos, ainda, não podem ser cobertos por um seguro privado, como sucedia com o risco empresarial da sociedade industrial nascente.

Fabiana Castro (2002, p. 126) também comenta que a diferença entre a sociedade industrial e a sociedade de risco consiste no fato de que enquanto a primeira pressupõe o “domínio da lógica da riqueza e a admite como compatível à distribuição do risco, a segunda considera incompatível a distribuição da riqueza e de risco e aceita a rivalidade entre suas lógicas”. E explica sua intersecção com a sociedade de consumo (CASTRO, 2002, p. 123/126):

Assim, a sociedade de consumo cruza-se com a sociedade de risco, uma vez que a primeira é organizada para a satisfação das necessidades da oferta e da procura de produtos e a segunda, representa um estágio avançado da sociedade industrial decorrente do processo de modernização e conscientiza-se de seus efeitos catastróficos secundários a longo prazo. Surge, então, a preocupação com os direitos básicos e com a proteção dos consumidores, bem como, a responsabilidade do fornecedor, principalmente no que tange aos chamados riscos de desenvolvimento, ou seja, aqueles que não podem ser cientificamente conhecidos no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso, podendo causar danos morais, materiais e patrimoniais. [...] em virtude de que também na área de consumo irrompem novos riscos, pois o consumo em massa, característica da sociedade moderna, registra a presença de riscos incalculáveis e incontroláveis.

Gustavo Passarelli da Silva (2002, p. 123) comenta que a evolução do risco coincide com as mudanças sociais e, via de consequência, afetou a tutela legal, na evolução das relações sociais: “notadamente a revolução industrial, o modelo até então utilizado não mais era satisfatório, razão pela qual se fez necessária a intervenção do Estado (Lei Aquilia), que avocou para si o direito de punir os infratores da Lei.”

A sociedade de consumo, portanto, é uma sociedade de risco, em razão dos perigos inerente às utilidades colocadas no mercado, ou seja, o “risco de desenvolvimento”.

Como bem ensina Marcelo Kokke Gomes (2001, p. 217-219), gravita na esfera da responsabilidade civil do consumidor – e de suas parcas hipóteses excludentes⁵ – o

⁵ Nessa esteira – ensina COSTA (1999, p. 314) –, a exoneração baseada no risco de desenvolvimento elide a responsabilidade civil do produtor que coloca no mercado produto novo com defeito que não é cientificamente e tecnicamente detectável, mas que existe e que se revelará mais tarde, como o caso da carne contaminada com vaca

interrrelacionamento “entre o potencial científico e os riscos desconhecidos que determinado produto ou serviço possui [...] a expressão risco de desenvolvimento é uso abreviado de ‘riscos que o desenvolvimento técnico e científico permite descobrir’”.

Conceituando, ensina Zelmo Denari (2007, p. 194) que se trata daqueles riscos que correm “os fornecedores por defeitos que somente se tornam conhecidos em decorrências de avanços científicos posteriores à colocação do produto e do serviço no mercado de consumo⁶”.

James Marins (1993, p. 128), por seu turno, pontua o risco de desenvolvimento como a:

louca, a talidomida, o amianto, sangue contaminado, etc. Acerca do sistema de excludentes do CDC, comenta Denari (2007, p. 195): “A nosso aviso, a dicção normativa do inc. III do art. 12, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, está muito distante de significar a adoção da *teoria dos riscos de desenvolvimento*, em nível legislativo, como propôs a Comunidade Econômica Européia. De resto, o exemplo da nocividade de certas drogas como a talidomida, e da comoção social causada em todo o mundo em decorrência de seu poder de mutilação do gênero humano, nos dá a exata medida da inconsistência dos postulados dessa teoria para a aferição da responsabilidade dos fabricantes. Quando estão em causa vidas humanas, as eximentes de responsabilidade devem ser recebidas pelo aplicador da norma com muita reserva e parcimônia”. E continua, acerca das inovações tecnológicas e do § 2º, do art. 12 (2007, p. 195-196): “Se o Código de Defesa do Consumidor acolhesse presunção desse jaez – ainda que relativa – seria responsabilizado por condenar ao obsoletismo nosso parque industrial, pois estaria tolhendo todos os avanços tecnológicos próprios de uma saudável econômica de mercado. [...] Entre as inovações que causaram maior impacto, podemos lembrar os equipamentos de segurança de última geração acoplados aos novos veículos, tais como sistema de freios ABS [...]; o sistema *air bag* [...]; bem como o avanço tecnológico decorrente da adoção do sistema de *injeção direta*, em substituição ao velho carburador.”

⁶ Para a compreensão do risco de desenvolvimento e a comparação do tratamento que recebe na União Européia, encontra-se excelente contribuição nas lições de Geraldo de Faria Martins da Costa – Risco de Desenvolvimento: uma exoneração contestável, onde faz virtuosa resenha da obra “*Le risque de développement: une exonération contestable*”, do destacadíssimo autor francês, Jean Calais-Auloy, que faz apologia da imposição da responsabilidade pelo risco de desenvolvimento, sobre os produtores, apesar da *Loi du 19 mai 1998* ter transposto para o direito francês a diretiva da União Européia, de 15.07.1985, introduzindo a exoneração pelo risco de desenvolvimento. A diretiva – em que pese ser aplicada pela Corte de Justiça sob condições estritas – possui argumento de justificativa baseado na ruína econômica do produtor que é exposto a excessiva exigência, sendo-lhe quase impossível o asseguramento dessa espécie de risco, levando a desemprego e/ou desaceleração econômica pelo demorado período de testes, cessando as inovações. O autor argumenta que são alegações exageradas e divorciadas de suporte estatístico rigoroso. Justamente, a jurisprudência francesa sempre foi implacável na aplicação da responsabilidade pelo risco de desenvolvimento, sem contemplar desacelerações ou subdesenvolvimentos setorizados – do seguro à inovação científica. Contudo, a imposição à França decorreu do fato de que a maioria dos países membros à época já adotavam a exoneração. O princípio da equidade não socorre ao Fornecedor, vez que imputa o risco às vítimas. Eis a lição (COSTA, 1999, p. 314): “A equidade pede que se faça pesar o risco de desenvolvimento, não sobre as pessoas que sofreram um dano pelo fato do produto, mas sobre aquela que tomou a iniciativa de dele obter um lucro”. Ora, conhecer científica e tecnicamente um produto é parte da rotina dos laboratórios, em todos os setores. E continua: “Exonerar os produtores quando o estado de conhecimentos científicos e técnicos não lhes tenha permitido detectar a existência do defeito significaria dissuadi-los de ir mais longe em suas investidas prévias à colocação do produto no mercado, ou, pior, seria incitá-los a guardar em segredo o resultado de suas investigações. Significaria de certa maneira uma permissão para uma prévia organização da exoneração”. Queira ou não, eis presente o caráter indutor de comportamento, da norma. É como conclui Costa, em opinião pessoal, dizendo que a responsabilidade pelo fato do produto defeituoso é uma responsabilidade independente de culpa, e, além de obrigar os produtores a se tornarem mais vigilantes, tem a função principal de permitir a indenização das vítimas (COSTA, 1999, p. 316): “Ela conduz, de uma certa maneira, à coletivização dos riscos: o risco incorrido por cada produtor é por ele incorporado em seus preços, e se repercute sobre a massa dos compradores”.

possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível na época de sua introdução, ocorrendo, todavia, que, posteriormente, decorrido determinado momento de sua circulação no mercado de consumo, venha a se detectar defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores.

João Batista de Almeida (2006, p. 83/84) trata da figura do “risco criado”:

A inevitabilidade dessas falhas no sistema de produção seriada e a impossibilidade prática de sua completa eliminação conduziram à idéia de criação dos mecanismos legais de ressarcimento de danos pelo simples fato da colocação no mercado de produtos e serviços potencialmente danosos, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade pelos danos nessa condição causados à vítima e a terceiros, dentro do princípio de que aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela decorrentes. Daí o surgimento da teoria do *risco criado*, que tem o sentido de atribuir ao fornecedor o dever de reparar danos causados aos consumidores pelo fato de desenvolver determinada atividade potencialmente danosa. Ou seja, faz com que o agente fornecedor assuma todos os riscos de sua atividade. Imbuído desse espírito, o legislador acolheu integralmente a teoria do *risco criado* como apta e suficiente para garantir o consumidor em relação aos danos que viesse a sofrer pelo fato da colocação no mercado de produtos e serviços.

Contudo, o espírito da proteção é ainda mais extensivo e engloba a prevenção e reparação em sentido amplo, inclusive aqueles danos causados indiretamente, pela dinâmica da sociedade de consumo, notadamente nas relações empresariais. Existe amparo legal para a função preventiva que socorra à responsabilidade civil no sistema das relações consumeristas? Ou, nas palavras de Aurisvaldo Mello Sampaio⁷ (2004, p. 156-157):

Melhor dizendo, prevê, a Lei Protetiva, instrumento para salvaguardar a saúde e a segurança do consumidor [...]? A resposta certamente será afirmativa. A ferramenta a ser utilizada é o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor, ou, se preferir, aferrando-se à letra da lei, ‘direito básico à efetiva prevenção de danos’, previsto em norma de ordem pública e interesse social, o art. 6º, VI, do CDC, *in expressis*: ‘Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: (omissis) VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Na justa sequência, o autor ainda afirma: “Nada há, aliás, a impor deva o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor ser invocado somente nas hipóteses de haver certeza da periculosidade ou danosidade do produto”.

O artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, preceitua que é direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais,

⁷ Há de se fazer um merecido elogio a Aurisvaldo Mello Sampaio, por sua paixão ao construir suas indignadas e combativas linhas, justamente no enfrentamento de poder econômico de grande e grave magnitude, a exemplo daquele detido por empresas como a Monsanto, notadamente pelo perigo coletivo que seus interesses econômicos – traduzidos em *lobby* político e resoluções de agências sanitárias – acarretam para a humanidade e para todo o meio ambiente, agravando a crise ecológica e a emergência socioambiental.

coletivos e difusos”. E assim, via de regra, quando a doutrina trata dessa prevenção, associa-a as questões ligadas ao risco de desenvolvimento, a exemplo do autor supracitado. Contudo, é de se propor uma interpretação extensiva e ampliativa ao instituto legal, considerando que teleologicamente pretendeu o legislador englobar, nessa prevenção, toda espécie de risco de acometimento de danos, assim como a ordem de reparação abrange a todas as pessoas e instituições, órgãos e poderes delegados competentes para efetuar essa reparação.

Retomando as lições de Sampaio (2004, p. 156-157), ao tratar do artigo 6º, VI, ele fala sobre a efetiva prevenção e reparação de danos, imposta pela *Lex Fundamentallis* e, ainda que se refira à questão do risco de desenvolvimento, traduz importante afirmação imperativa: “É preciso – o quanto possível – preservar o homem dos riscos que a sociedade de consumo lhe impõe, a fim de que não sacrifiquemos magnos valores humanos em prol de interesses materiais.”

Se, como afirma Sampaio, o artigo 6º, VI, merece interpretação teleológica e extensiva, ampliando a proteção sobre o consumidor, em razão da sua finalidade social e caráter de natureza pública, também é possível – e necessário – invocar o artigo 6º, VI, em favor da ideologia da prevenção de danos em geral, e não apenas daqueles que potencialmente venham a ser causados pelo risco de desenvolvimento, assim compreendido na esfera da incerteza científica acerca de possível periculosidade do produto ou serviço.

Na mesma esteira, Agostinho Oli Koppe Pereira (2007, p. 18), afirma que, quando o “legislador do CDC, no título do Capítulo IV, expressamente fala ‘[...] da prevenção [...]’, mostra nitidamente sua preocupação com a intenção de não esperar o acontecimento do dano, mas evitá-lo através de medidas que impeçam seu surgimento”.

Logo, acerca da dimensão coletiva, proposta por Garcia, inclusive para a apreciação do dano pontual, nas lides individuais, mister se faz, e isto por força de lei, que à responsabilização civil dos fornecedores seja conferido tratamento judicial especializado também pela ideologia proposta na política nacional de consumo, consistente com a função preventiva e pedagógica – que se materializa, especialmente, na dimensão coletiva das relações consumeristas – e, notadamente, com a **efetiva** reparação dos danos. Ideologia esta que se revela verdadeira norteadora de política pública, assim como corrobora Sampaio (2004, p.157): “... o art. 4º, II [CDC], estabelece como princípio da política nacional de consumo a efetividade da proteção ao

consumidor, mediante ação governamental. Efetividade que remete ao princípio da prevenção”. E efetividade que também remete às ações do Estado-Juiz⁸.

Os riscos, na sociedade de consumo atual, são múltiplos e não apenas decorrentes de desconhecimento acerca de inerente vício de natureza. Ilustrativamente, relata-se um caso verídico, ocorrido na segunda semana de janeiro de 2009. Na condição de consumidora, a presente pesquisadora se dirigiu à sede de um jornal da capital do estado, a fim de publicar um anúncio de comercialização. Contudo, nesta data foi surpreendida pela existência, no sistema do jornal, de duplicidade de cadastro, tendo o último sido aberto em seu nome, apenas um dia antes, a partir de cidade da região metropolitana, conforme acusava o sistema e inclusive fornecendo endereço de correspondência situado em tal cidade, local absolutamente desconhecido para a consumidora. Notoriamente se tratava de uso fraudulento de seus dados, que foram aceitos regularmente pela empresa midiática e, maior desvelo não houve, dado que o cadastro foi aberto, contudo, nenhum anúncio tinha ainda sido contratado. Ora, é uma evidente falha na prestação do serviço, ao aceitar a abertura de cadastro baseado em dados de terceiros, sem que se peça qualquer comprovação de veracidade do alegado. Contudo, como o crédito da consumidora não chegou a ser utilizado – a gerar cobranças e eventual inadimplência em seu nome –, então, se levado ao conhecimento judicial a (justa, diga-se) reclamação pela ocorrência, dificilmente haveria reconhecimento da lesão moral sofrida pela consumidora, provavelmente com base na teoria do “fato da vida”, “mero aborrecimento” e “dano moral não verificado”. A consumidora sairia do tribunal ainda mais indignada, sentindo que perdera energia e tempo precioso de vida, duplamente ressentida pelo descaso que lhe foi dedicado, tanto pela empresa, quanto pela Justiça.

Ainda que, *in casu*, não tenha havido dano material comprovado, ou seja, não houve diminuição direta do patrimônio econômico da consumidora, esta foi prejudicada em seu tempo

⁸ Face das limitações espaciais, não se abordará no corpo do texto o princípio da precaução, teoria que emerge do Direito Ambiental. Contudo, para que o tema não passe despercebido, vez que tem sido associado ao Direito do Consumidor por autores consagrados, a exemplo de Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 549), anatem-se as lições de Sampaio (2004, p. 159), fazendo referência, também, à ausência de pacificidade na denominação do princípio, na seara ambiental: “Com absoluta precisão, Cristiane Derani considera que o princípio da precaução – assim prefere denominá-lo a autora – objetiva afastar não apenas o surgimento de danos, mas, sobretudo, o perigo da ocorrência de tais danos. Através dele, procura-se afastar o próprio risco que determinadas atividades representam para a existência humana, vale dizer, em caso de certeza do dano, deve-se agir prevenindo, em caso de dúvida – incerteza quanto ao potencial danoso da atividade –, também é de rigor a atuação preventiva, pois *in dubio pro securitate*. Essa foi, saliente-se, a opção ostensiva do legislador do CDC, tanto que arrola, dentre os direitos básicos do consumidor, a proteção da sua vida, saúde e segurança contra os riscos de fornecimento (art. 6º, I)”. Ora, é lícito que se estenda o escopo do princípio da precaução também à função preventivo-pedagógica, tanto da própria responsabilidade civil no trato consumerista, quanto à símile função extraída da natureza dos processos e das sentenças de cunho indenizatório.

remunerado, antes destinado a registro de boletim de ocorrência de diligências apropriadas; e, o fornecedor beneficiou-se economicamente da “flexibilidade prestacional”, dado que perceberia o preço pelo anúncio efetuado pelo cidadão fraudulento, sem se preocupar com a defesa dos direitos básicos da consumidora. Assim, é de se perguntar: em qual casa passou a residir o enriquecimento sem causa?

Em boa conclusão de Ênio Santarelli Zuliani (2006, p. 55/68), somam-se as cumuladas e dinâmicas necessidades da sociedade de consumo, provocando modificações nas formas do risco e congraçando as benesses funcionalizadas da responsabilidade civil.

O modelo existencial das pessoas não obedecesse a um padrão rígido; varia de acordo com as necessidades, ambições, interesses, iniciativas e demais ingredientes filosóficos e sociológicos que nunca explicam o espírito indomável do homem contemporâneo. [...] uma coisa, no entanto, é absolutamente certa, isto é, a sua incessante vontade de encarar desafios, de superar metas e conseguir vantagens patrimoniais [...] o que, invariavelmente, conduz o homem a envolver-se, direta ou indiretamente, na prática de uma seqüência de atos e atividades que, aos milhões, agitam a forma de viver em grupo. As conseqüências inevitáveis dessa intensidade de atos, [...] representam o aumento do risco de se concretizar dano injusto. O prejuízo espreita [...] aumentando o clima de insegurança que perturba a todos, indistintamente. A sociedade espera que o sistema jurídico proteja os homens das ações antijurídicas cometidas por aqueles que são considerados desagregadores e confia nisso. [...] **Ora, se o homem não tem o poder de evitar que o dano se materialize [...] que providencie, então, medidas que viabilizem a reconstrução do que foi destruído ou deteriorado, por falha comportamental.** A sociedade festeja a responsabilidade civil, por ela constituir a fórmula jurídica destinada a remediar o mal que está feito. Ser responsável constitui uma conseqüência do desígnio de viver, sendo certo que o instituto da responsabilidade civil exerce, no plano das relações privadas, a função do controle da conduta humana regular. (g.n.)

Preocupa, portanto, já que ainda se está a falar em riscos – além de se protestar pela compreensão extensiva do artigo 6º, VI –, que a Teoria do Risco, originalmente o negocial, tem sido revertida, judicialmente, contra os consumidores. Cabem algumas considerações acerca dessa inversão do risco, em termos teóricos.

1.1 A INVERSÃO DO RISCO

Romances e transações de consumo nada guardam – espera-se – de comum entre si, como espécies relacionais, exceto que são atos jurídicos compostos por ao menos dois polos subjetivos e que provocam naturalmente reflexos jurídicos, ainda que tais efeitos não sejam diretamente desejados, ou seja, ainda que as partes se relacionem com uma expectativa imediata diversa da “consciência de provocar um efeito jurídico”.

Contudo, em tais espécies relacionais típicas, podem-se encontrar mais dois pontos jurídicos em comum, infelizmente de natureza negativa: ambas são relações que trabalham com os elementos risco e vulnerabilidade, ainda que estes possuem características diversas, sendo, no consumo, o risco da atividade e, nos romances, o “risco de amor”; bem ainda, justamente a inversão do risco no tratamento jurisprudencial, para lançá-lo sobre as vítimas dos danos oriundos do consumo e dos “danos de amor”⁹.

Muito brevemente, é possível afirmar que o “risco de amor” é uma criação doutrinária de Ana Cecília Parodi (2007) para designar o típico risco inerente às relações amorosas, o qual se concretiza na chance do relacionamento não prosperar, na chance de algum dos parceiros sair magoado, etc; mas, interessa especialmente ao mundo jurídico, ilustrativamente, a chance de algum dos parceiros ser economicamente lesionado pelo outro, em razão do abuso de confiança ou os danos à saúde, resultantes do abuso do parceiro no exercício de seu legítimo direito de romper.

Ainda que extremamente mal quantificado, o dano moral de natureza trabalhista, em tese, é bem recepcionado pela jurisprudência, não havendo dúvida – novamente, *a priori* – de que a lesão emocional provocada por uma demissão abusiva – nem tanto do ponto de vista das justas causas rescisórias, mas a partir do comportamento do empregador demitente – gera obrigação de indenizar, imputada sobre a empresa em face do ato do funcionário, em razão do risco da atividade.

Mas até pouco tempo, a jurisprudência majoritária defendia, sem maior acuidade técnica, que o dano emocional provocado pelo rompimento abusivo de um relacionamento afetivo não causava dano indenizável, **em razão da “teoria do risco”**. E assim, a dita teoria do risco restava estampada nas ementas judiciais, sem qualquer apreciação mais profunda, no bojo decisório, a justificar o porquê de se invocar uma teoria de responsabilização objetiva do titular de um negócio potencialmente perigoso, para, no caso das relações afetivas, imputar o risco contra as vítimas, fazendo com que estas arcassem com a totalidade da chance de erro e prejuízo da relação.

Desta sorte, primeiro se faz preciso definir o que venha a ser exatamente esse **risco típico**, ou seja, o “risco de amor”, **distinguindo-o** do risco negocial ou da atividade e, então,

⁹ O abuso ou violência nas relações amorosas produz as lesões denominadas de *danos de amor*, especialização necessária, consideradas as características especialíssimas da sede relacional em que operam.

questionando a jurisprudência desavisada que “culpava” as vítimas por sofrerem danos excessivos, os quais iam muito além do “risco suportável” ou dos fatos da vida.

Eram movidos, tais julgadores, certamente pelo preconceito, não cabendo aprofundar, agora, tal análise. O problema é que **o preconceito se repete** – em gênero e também em espécie, **no tocante à figura do dano moral** – nas indenizações consumeristas, **quando se invoca nas decisões, o perigo do surgimento de uma “indústria do dano moral”, motivada pelo suposto estímulo que decorreria de uma “quantificação generosa”** no arbitramento do *quantum debeat* das lesões não materiais.

Destaque-se, não se trata de problema social aventado nas decisões que condenam os consumidores por litigância de má-fé, sendo antes **uma questão ligada a consumidores a quem se reconhece razão na procedência do pedido**, mas a quem não se pretende estimular (pelo tempero monetário) a sofrer outros danos ou a se expor ao acometimento destes.

Eis uma equação curiosa: resta reconhecido que o consumidor sofreu a lesão, logo o fornecedor é responsabilizado, mas a teoria do risco, na verdade, é **invertida contra o consumidor**, este “vil ator econômico” que sofreu o dano com a “exclusiva finalidade” de se locupletar financeiramente da indenização. **E eis revertida também a presunção da boa-fé.**

É de se repudiar a grave violação do espírito da política nacional de consumo, pretendida pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor, revelando problemática de efetividade judicial. Sobre a importância da teoria do risco da atividade, ensina José Augusto Garcia (1998, p. 99):

É dizer: os riscos do negócio de consumo, deixando de recair sobre os ombros do consumidor, passam a onerar o fornecedor o que inclui, evidentemente, o risco de indenizações mais substanciais. Além disso, quaisquer dúvidas, inclusive quanto ao valor da indenização, devem favorecer o consumidor. A parte mais fraca, a vítima, não pode ser duplamente prejudicada. O próprio Código Civil [1916], a propósito, já dispõe [dispunha] em seu art. 948 (infelizmente não muito explorado): “Nas indenizações por ato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado”.

A racionalidade jurídica e econômica, que fornece parâmetros científicos para que se compreendam parte das razões que levam os fornecedores a optarem por escolhas empresariais eficientes, do ponto de vista econômico, mas altamente prejudiciais, do ponto de vista social e ambiental, pode ser extraída a partir dos pressupostos da Análise Econômica do Direito em diálogo com a Teoria dos Jogos, demonstrando a importância dos principais instrumentos impositivos que, em sua parcela de atuação, cooperam para esse processo de tomada de decisão,

a saber, a lei, a norma autorregulada e as sentenças judiciais, todas relevantes fontes informativas, no “jogo legal e empresarial”¹⁰.

2 A FUNÇÃO PROFILÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Considerando o tema proposto à investigação, para que o Direito, ou mais especialmente, a Responsabilidade Civil, exerça sua função preventiva e caráter pedagógico, na sociedade de consumo, é vital que os instrumentos de informação normativa sejam claros, transparentes e expressos, acerca dos ilícitos, em descrição, punição e, quiçá, dosimetrias e recompensas (a exemplo das sentenças penais, que são um virtuoso mecanismo de informação social da efetiva punição e recompensa das condutas), e que este sistema seja efetivamente reconhecido e valorizado pelo Poder Judiciário, concretizando-se na boa aplicação dos preceitos, a ponto de enviarem satisfatória mensagem à sociedade, não apenas de reparação dos casos concretos, mas de efetiva repressão dos ilícitos em potencial, desestimulando, os cidadãos, de errarem.

Em suma: não apenas a autorregulação do mercado e as leis, mas as sentenças judiciais, notadamente as do campo indenizatório, são hábeis indutoras de comportamento, cada qual com sua parcela de atuação e próprias consequências em face de suas violações.

Conforme ensinamento de Ricardo Luis Lorenzetti¹¹ (2003, p. 74-75), em livre tradução da pesquisadora: são objetivos da responsabilidade civil: a prevenção [...] o ressarcimento [...] [e] a punição. Acerca da função preventiva, resume Lorenzetti (2003, p. 74)¹²:

¹⁰ Convém registrar uma explicação do que vem a significar a expressão “socialização do dano”, também identificada na doutrina por “socialização do risco”, considerando que tal expressão será adotada por alguns autores citados adiante. Empréstimo a lição da autora lusitana Paula Lourenço (2006, p. 15): “A socialização do dano corresponde à assunção do escopo reparatório do dano por sistemas que garantam o pagamento da indemnização ao lesado, quer se trate de sistemas estaduais, de segurança social, da criação de Fundos de Garantia ou da celebração de contratos de seguro por entidades privadas (cfr. GENEVIÉVE VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, L.G.D.J., 1965., Títulos I e II, e *Traité de Droit Civil – Introduction à la responsabilité (sous la direction de Jacques Ghestin)*, 2ª ed., Paris, L.G.D.J., E.J.A., 1995, pp 23 e ss., *maxime* pp. 57-80 e 94-111)”.

¹¹ No original: “son objetivos de la responsabilidad: La prevención [...] El resarcimiento [...] [e] La punición”.

¹² No original: Esta denominada “Tutela inhibitoria” consiste em uma serie de acciones (medidas cautelares inhibitorias, daños punitivos etc.) destinadas a actuar antes que el daño se produzca. Modifican el elemento central de la responsabilidad, que está basada en el daño, para actuar con anterioridad, ante la mera amenaza, lo cual importa reconstruir uno de los principios básicos del sistema: “no hay responsabilidad sin daño”. O se considera que la tutela es una rama diferente, o bien se la considera incluida dentro de la responsabilidad, que no será solamente por daños, sino genérica: responsabilidad civil. [...] Actualmente proponemos proveer de instrumentos inhibitorios, para la defensa de los derechos fundamentales, dentro de los que encuentra la protección del consumidor, del ambiente, de la persona. Essa tutela preventiva, es ampliamente reconocida y aplicada em la jurisprudencia en Argentina y en Brasil. La tutela inhibitoria tiene finalidad preventiva, ya que el elemento activante es la posibilidad de un ilícito futuro; es la amenaza de violación.

Esta denominada ‘tutela inibitória’ consiste em uma série de ações (medidas cautelares inibitórias, danos punitivos, etc.) destinadas a atuarem antes que o dano se produza. Modificam o elemento central da responsabilidade, que está baseada no dano, para atuar com anterioridade, perante a mera ameaça, o qual importa em reconstruir um dos princípios básicos do sistema: ‘não há responsabilidade sem dano’. Ou se considera que a tutela é um ramo diferente, ou bem se considera incluída dentro da responsabilidade civil, que não será somente por danos, sendo genérica: responsabilidade civil. [...] Atualmente, propomos prover de instrumentos inibitórios, para a defesa dos direitos fundamentais, dentro dos quais se encontra a proteção do consumidor, do ambiente, da pessoa. Essa tutela preventiva é amplamente reconhecida e aplicada na jurisprudência da Argentina e no Brasil. A tutela inibitória tem finalidade preventiva, já que o elemento atíci é a possibilidade de um ilícito futuro; é a ameaça de violação.

Lorenzetti (2003, p. 75) continua sua exposição, dizendo que esse dado normativo lhe confere algumas características especiais, dentre elas¹³, especialmente, que prescinde da verificação do dano, sendo suficiente, a mera ameaça; bem ainda, que a culpa não ganha maior relevância, dada a impossibilidade de avaliação do elemento subjetivo. Informa, ainda, que tem ganhado relevo a tutela do dano moral – campo onde o tema, segundo o autor, tem obtido maior desenvolvimento – e que se refira a bens infungíveis, por serem estes os que mais carecem, intrinsecamente, da necessidade de prevenção.

E na sequência, expõe as funções ressarcitória e punitiva (LORENZETTI, 2003, p. 75), informando, sobre a primeira, que consiste em uma “série de dispositivos” voltados a efetivar o ressarcimento da lesão, mediante um feito imputável ao agente. E, acerca da função punitiva, remete às origens do instituto responsabilizatório, cuja finalidade era de sancionar a culpa de ato moralmente censurável, tendo ganhado pouco relevo ao longo dos anos, mas voltando à cena, nos últimos tempos, especialmente naqueles âmbitos em que a ideia de “pena civil” serve para, em livre tradução da pesquisadora: “censurar condutas repreensíveis, como os danos ambientais, os causados por produtos elaborados [na perspectiva do risco de desenvolvimento] e em geral, os danos em massa”¹⁴.

É possível afirmar que a função social da Responsabilidade Civil reside no apaziguamento social e no estabelecimento de freios inibitórios às condutas humanas ilícitas –

¹³ Vital citar, ainda, as seguintes características: “b) *El acto ilícito se caracteriza normalmente por una actividad continuativa, o bien por una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito. Este elemento es necesario porque hace a la posibilidad de prevenir; c) La acción ilícita debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, ya sea evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo el ya producido*”.

¹⁴ No original: “*censurar conductas represensibles, como em los daños ambientales, los causados por productos elaborados, y em general, em los daños massivos*”

ideologia distante da novidade. O caráter de pedagogia da indenização tem sido amplamente reconhecido pelos Tribunais Superiores, atuando tanto na coibição dos danos atuais pela apreciação do caso concreto, quanto na prevenção de danos futuros, através do exemplo noticiado à sociedade, haja vista que o cidadão, antes de cometer o abuso, resta bem alertado das consequências jurídicas de seus atos. Ora, uma vez praticados os ilícitos, estes não apenas violam o direito da vítima, mas colocam em risco a estabilidade de toda a sociedade¹⁵; assim, a função social da Responsabilidade Civil é composta, casuisticamente, pela reparação das relações, e panoramicamente, tanto por este reequilíbrio, que é percebido por toda a sociedade, quanto pelo evitamento dos danos, na prevenção de ilícitos, o que se realiza pela boa construção legislativa e transparência das leis (e dos instrumentos autorregulatórios), bem como pela efetividade da resposta judicial ao descumprimento do preceito, atuando segundo o caráter pedagógico – e logo, também profilática – da obrigação de indenizar¹⁶.

Certamente que a função profilática da Responsabilidade Civil e o caráter pedagógico das sentenças existe e é de vital importância para todo e qualquer tipo de demanda indenizatória, independentemente da natureza do vínculo que une aos demandantes. Mas, no tocante à seara consumerista, e notadamente no trato dos danos morais – porque estes não toleram tabelamento e nem sempre comportam prova cabal –, seus efeitos são mais facilmente visualizados e sua importância mais facilmente compreensível.

A evidenciar a correlação entre a função social da Responsabilidade Civil, seu caráter profilático e a indução comportamental dos agentes em potencial, no afunilamento investigativo, o empresário, equiparado a fornecedor, no exercício da relação de consumo também será afetado pelo sistema de responsabilização civil, e será em razão da possível – e previsível – recompensa ou sanção, que tomará suas decisões negociais, escolhendo logicamente aquilo que lhe viabilize maior lucro, ou seja, melhor eficiência econômica, denotando, desta forma, que os instrumentos regulatórios e autorregulatórios exercem direta influência econômica sobre o desenvolvimento da sociedade. Afinal, o empresário exerce seu direito à livre iniciativa motivado pela obtenção de lucros; bem ainda, tendo pessoa física e jurídica suas ações reguladas por lei, deverá – ou idealmente deveria – coordenar tal obtenção de lucros segundo os limites de lei.

¹⁵ A qual, conforme visto em capítulos anteriores, é codependente e interligada, ainda que tal sentido tenha se desvanecido em parte, na contemporaneidade globalizada.

¹⁶ Bem como, das próprias sentenças judiciais, em gênero.

Porém, na prática, a teoria econômica comprova que o empresário, via de regra, atuará não conforme ideais éticos ou morais e sim de acordo com a melhor vantagem financeira obtível *in casu*; e isto mesmo que sua conduta esteja em desacordo com a legislação ou com os parâmetros do mercado, desde que a potencial repercussão financeira do ilícito proporcionalmente compense a assunção do risco legal ou mercadológico. Em palavras simples, equivale a pagar não “pelo erro”, mas “para errar”, elidindo, assim, qualquer efeito pedagógico implícito na correção estatal ou dos órgãos administrativos¹⁷.

Assim, a função social da responsabilidade civil afeta à parte e ao todo, pois, como ensina Bobbio (2007, p. 104), o próprio direito possui função para com o sujeito e para com a sociedade.

Paula Meira Lourenço (2006, p. 15-16), autora lusitana da relevante obra “a função punitiva da responsabilidade civil”, afirma:

Indagar da *função punitiva* da responsabilidade civil, numa época em que se assiste à objectivação da responsabilidade civil, à socialização do dano, sendo maior a preocupação com o ressarcimento do lesado, e colocando-se num plano secundário a responsabilização do lesante, pode parecer um “*anacronismo*”, ou uma idéia retrógrada. No entanto, parece-nos que a socialização do dano agudiza o interesse pela investigação de outras funções da responsabilidade civil, pois a absorção da função reparatória deste instituto de Direito civil por sistemas de garantia acaba por colocar em risco a sua subsistência, caso se entenda que a responsabilidade civil depende, em exclusivo, do escopo ressarcitório. A reflexão acerca da ilicitude e da culpa do agente e, conseqüentemente, acerca do escopo preventivo e punitivo da responsabilidade civil, não deve ser entendida como o renascimento do sistema de vingança privada. Este precipitado pré-entendimento poderá, eventualmente, ter sido o responsável pela actual hipertrofia e ineficácia do Direito Penal e do Direito contra-ordenacional, no seio dos quais se tenta enquadrar novos ilícitos e “*ilícitos mistos*”, respectivamente, sem antes se esgotarem todas as potencialidades do instituto da responsabilidade civil, *maxime* a sua função punitiva. Ao *supra* exposto acresce a insuficiência da obrigação de indemnizar no seio do Direito Civil, pois sendo limitada pelo dano, a indemnização não desincentiva a violação do direito, a prática da conduta ilícita e culposa, nem pelo próprio, nem por terceiros. Assim, importa verificar se o comportamento especialmente grave do lesante, ou a racionalidade puramente económica que subjaz à sua actuação, não permitirá a adoção de medidas com uma finalidade preventivo-sancionatória, como seja o aumento do montante a atribuir ao lesado, ultrapassando-se o limite do dano causado imposto pela visão clássica da obrigação de indemnizar (partindo do princípio que conseguimos “*quantificar*” o dano). Talvez tenha chegado o momento de abandonar o dogma da limitação do montante pecuniário a atribuir ao lesado, ao dano sofrido, que surgiu com o desenvolvimento do Direito canónico na Idade Média, e a proibição da usura, ou seja, um contexto que foi actualmente ultrapassado pelos novos desafios que a Ciência do Direito enfrenta.

¹⁷ Aqui considerados mesmo aqueles de natureza não-estatal, tais como organizações, associações, federações, da indústria e comércio, aonde, eventualmente, o empresário pudesse ser “condenado” ética e/ou administrativamente, por seus pares e/ou consumidores.

Monteiro Filho (2000, p. 153-154) reafirma a ideia da função pedagógica, contudo anota que, acerca da função punitiva, esta entraria em cena, segundo o autor, quando o caso não se tratar de responsabilidade objetiva, a qual não exclui o dano moral, contudo não aprecia a malignidade de conduta.

Por outro lado, se ilícita a conduta causadora do dano, ganha lugar a punição; de maneira que quanto maior o grau de culpa, ou mais forte a intensidade do dolo, maior deverá ser a sanção correspondente. É da própria essência da reparação do dano moral essa flexibilidade. E, completando o raciocínio, em busca da eficiência da punição, perquire-se a capacidade econômica do agressor: o valor da condenação deve, igualmente, servir de desestímulo a repetições de atos do gênero; cumpre função pedagógica não somente em relação ao próprio como também a toda a coletividade, que se torna sabedora das conseqüências de eventual violação das normas, podendo adequar sua conduta aos objetivos. Resta o caráter punitivo, destarte, situado no plano da quantificação e indissolúvelmente associado à idéia de culpa.

Em que pese a consideração ao doutrinador, é discutível seu posicionamento, porque, afinal, as demandas por responsabilidade objetiva também não apreciam a culpabilidade, mas não que tal elemento inexista, sendo apenas não apreciado. Mas, esse mesmo ilícito pode decorrer de um ato ao extremo malévolo e de dolo deliberadíssimo, o qual, contudo, por força da desnecessidade, deixou de ser analisado pelo julgador. Mais uma vez se percebe a importância de que os julgadores sejam diligentes e aplicados ao prolatar suas sentenças, bem apreciando o caso concreto e construindo com verdadeira tecnicidade suas apreciações acerca da conduta do réu e bem correlacionando com o *quantum* arbitrado, a demonstrar de que forma a primeira induziu ao segundo, se importando em atenuantes ou agravantes, a exemplo do que se opera em sentenças criminais, nas dosimetrias de pena. Inclusive, em linha semelhante, afirma Ugo Mattei¹⁸ (1999, p. 378), após comentar que o dano punitivo é figura recorrente da *common law* e tratando da efetiva possibilidade de sua aplicação no direito românico, sem excluí-la, contudo, das hipóteses objetivas, em livre tradução da pesquisadora:

Tais danos punitivos são, de fato, reservados à linha do princípio dos casos de dolo: quando o réu agiu intencionalmente [deliberadamente] para prejudicar a vítima: violência, fraude, etc. Em algumas hipóteses, na América, estes danos punitivos são também concedidos pela culpa grave com que o réu seu para com a segurança pessoal da vítima.¹⁹

¹⁸ E coautores.

¹⁹ No original: *Tali danni punitivi sono, infatti, riservati in linea do principio a casi di dolo: quando cioè il convenuto ha agito intenzionalmente per recare danno alla vittima: violenza, frode, ecc. In alcune ipotesi in America questi danni punitivi sono concessi anche per la colpa grave con cui il convenuto abbia trattato la sicurezza personale della vittima.*

Ora, é apenas questão de ser apontada a dolosidade da conduta, processualmente e na peça vestibular, pelo patrono da causa.

Paula Lourenço tratou da “função punitiva”, mas justamente por ter em vista o impacto social, comunitário, produzido pela Responsabilidade Civil, e mais especificamente pelos danos morais, é que José Augusto Garcia, focado no princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, questiona a genuinidade desse qualitativo, preferindo “falar, mais apropriadamente, em uma função *preventivo-pedagógica* para os danos morais, a qual se mostra intimamente conectada ao tema da coletivização jurídica”. Aliás, vale registrar o posicionamento do autor: (GARCIA, 1998, p. 95)

De fato, em conflitos meramente intersubjetivos, a aludida função *preventivo-pedagógica* pouco tem a brilhar, mormente porque se trata, em regra, de lides individuais, não habituais, não profissionais. Tudo muda de figura, entretanto, quando estamos diante de conflitos carregados de dimensão coletiva (o que abarca, logicamente, aquelas disputas que, apesar de aparentemente individuais, são, recobertas por uma infalível sombra coletiva). E são exatamente essas as pendências inerentes à sociedade de massa, que povoam o reino das relações de consumo.

Respeitando-se a opinião do douto jurista, é de se dizer que, conquanto a função profilática seja mais visível nos aspectos coletivos das relações – e por isso é associada à realização da responsabilidade social e ambiental e do desenvolvimento da inteira comunidade – mas é também percebida nas relações individuais, se considerado o potencial de reincidência da conduta danosa, ocorrendo entre as mesmas partes, notadamente nas relações consumeristas de prestação continuada de fornecimento, a exemplo do setor de telefonia e serviços essenciais, supermercados e farmácias (especialmente aqueles que abastecem aos bairros), dentre outros. Não havendo estímulo à prevenção ou mesmo um compelimento à correção comportamental, é bastante provável que o mesmo fornecedor reclamado lesione o mesmo consumidor anteriormente reclamante, e talvez pela mesma causa de pedir, em novo fato lesivo. Ora, qual é a esperança, afinal, de um usuário da telefonia celular, que já reclamou da péssima cobertura de sua operadora, de ver, em curto prazo, a melhoria na prestação do serviço? Ou de ver maior transparência na descrição de sua utilização dos créditos pré-pagos? E para aquele cidadão de classe média com pouco poder de escolha, consumidor da grande rede de hipermercados, que toda semana depende do fornecimento de tal abastecedor para seu suprimento de carnes, mas que adquire, por exemplo, um frango de péssima qualidade e ainda que reclame, constantemente,

para a gerência da loja, quais as chances de que a rede altere sua política de compras e/ou armazenamento? E que condições pessoais possui de alterar seu hábito de consumo, para passar a comprar em um estabelecimento de maior preço e melhor qualidade?

A injustiça social é impactante!

Ênio Zuliani (2006, p. 70), magistrado que é, demonstra, com apoio em Fernando de Noronha (2003, p. 442), alguma descrença acerca do caráter pedagógico das sentenças, citando-se o seu posicionamento, contudo, registrando que a doutrina majoritária favorece à função educativa, o que a própria notoriedade empírica é capaz de comprovar.

Todas essas virtudes que dotam a sentença bem executada contribuem, de maneira decisiva, para prevenir a ilicitude. Escrevi anteriormente que as sentenças são armas de conscientização social porque combatem a cultura da transgressão, reprimindo essa onda perigosa fundada na idéia de que tudo é permitido para lucrar, para alcançar celebridade, para ser visto, notado e admirado (não necessariamente, respeitado). A essa função sublime das sentenças, como se fossem vocacionadas para despertar noções de cidadania produtiva, do viver de maneira honesta, sem lesar a outrem, conceitua a doutrina como de natureza “preventiva ou dissuasora”, que “às vezes também é chamada de “educativa”, mas parece que, com ela, o que se pretende não é propriamente ensinar o homem a comportar-se melhor; é simplesmente coibir comportamentos danosos”.

Contudo, o mesmo autor (ZULIANI, 2006, p. 72) se mostra mais otimista, ao colacionar a posição do ex-ministro do STF, Djaci Alves Falcão (1959, p. 313):

A responsabilidade civil não se prende exclusivamente à concepção material da reparação, visto que também está vinculada a fins sociais, às exigências do bem comum. Ela se afirma como necessidade de controle de conduta, a fim de que o homem não se desligue das formas normativas do Direito. Por isso mesmo, nos entrechoques dos textos legais, o seu aplicador não deve e nem pode abandonar aquele que melhor atende à solidariedade social. Esse valor jurídico, entre nós, já se incorporou à codificação. Está expresso no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil: ‘na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’.

Em suas conclusões, Zuliani (2006, p. 69) trata dos efeitos da sentença sobre o agente lesionador, revelando, ainda que não se afilie diretamente, simpatia pela função pedagógica:

Há um outro resultado prático que se concretiza ao se encerrar o conflito. O autor da reclamação indenizatória se satisfaz com a justiça aplicada, enquanto o ofensor, mesmo inconformado com a coisa julgada executada, absorve, de boa ou má-vontade a lição que o conteúdo normativo do julgado propaga na comunidade. Poderá ser dito que um agente penalizado pela ordem civil nunca será igual, após cumprir a sentença condenatória, pois o efeito do pagamento forçado que o Estado lhe impôs, como resposta pela transgressão, ativa-lhe o cérebro, como se fosse um tônico contra perda de

memória, de efeito prolongado. Errar sempre é um ultraje à inteligência²⁰, pelo que se acredita que a condenação integra a cartilha da escola que prepara o cidadão para uma atuação diligente, um crédito para a difícil arte de convivência entre os iguais, que são incrivelmente diferentes.

Retomando a questão da aplicação da função profilática nas relações de consumo, *locus* jurídico que certamente lhe aumentam o relevo em razão de sua dimensão coletiva, é fundamental manter em vista que, nas palavras de Garcia (1998, p. 98), “as atenções devem recair sobre a conduta do ofensor e os danos por ele causados, ou ameaçados” – em privilégio à prevenção. Ada Pellegrini Grinover preceitua (2007, p. 549):

Nos termos do art. 95, porém, a condenação será *genérica*: isso porque, declarada a responsabilidade civil do réu, em face dos danos apurados por amostragem e perícia, e o dever de indenizar, sua condenação versará sobre o ressarcimento dos danos *causados* e não dos prejuízos sofridos. Trata-se de um novo enfoque da responsabilidade civil, que foi apontado como *revolucionário* e que pode levar a uma considerável ampliação dos poderes do juiz, não mais limitado à reparação do dano sofrido pelo autor, mas investido de poderes para perquirir do *prejuízo provocado*.

A pertinência do estudo das funções da Responsabilidade Civil, a exemplo das lições de Lorenzetti supracitadas, ganha maior relevo em razão do crescimento da demanda por danos de natureza irreparável²¹, importando, para a presente investigação, especialmente os danos morais, cuja satisfação judicial também possui função social específica.

3 O SUPORTE DA RACIONALIDADE TEÓRICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DA TEORIA DOS JOGOS

Como diz Fabiana Castro (2002, p. 132), “a consciência dos efeitos nefastos de uma escolha implica na comparação entre as vantagens da ação ou da abstenção e seus inconvenientes”. O referido padrão comportamental do empresário²², bem como a influência econômica das sentenças judiciais e dos instrumentos autorregulatórios²³, encontram explicação teórica na Análise Econômica do Direito, mais especialmente no campo da Teoria dos Jogos,

²⁰ Ainda que se admire a noção de perfeição do magistrado, quer parecer que melhor caberia o uso da expressão “causar dano”, em lugar do vocábulo “errar”, haja vista que, literalmente, errar é humano, inerente à condição da existência humana, não estando, infelizmente, pessoa alguma, livre dos tropeços.

²¹ Neste sentido, Paula Meira Lourenço: A função punitiva da responsabilidade civil. Coimbra, 2006.

²² Ora se trata do empresário, mas, em verdade, toda pessoa, física ou jurídica, tende a agir de acordo com aquilo que possa lhe trazer maior benefício, ainda que a recompensa não seja necessariamente financeira, mas intangível, seja no campo negocial ou relacional.

²³ Sendo estes, efetivamente, o objeto de investigação desta dissertação, pontuadamente, não se analisando, diretamente, a qualidade da letra da lei e a atuação dos órgãos administrativos.

notadamente considerando que se tratam de fontes de informação vigorosas para o deslinde da “etapa do jogo”, as quais também serão afetadas pela necessidade de transparência, de tal sorte que todas as partes envolvidas tenham efetiva ciência das informações que influenciam a rodada.

Corroborando a importância não apenas da sanção ao ilícito, mas da premiação ao comportamento socialmente desejável, registrem-se as palavras de Norberto Bobbio (2007, p. XII), acerca da função promocional do Direito:

Entendo por ‘função promocional’ a ação que o direito desenvolve pelo instrumento das ‘sanções positivas’, isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de ‘incentivos’, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas, indenizações, etc., assim, a ‘promover’ a realização de atos socialmente desejáveis. Essa função não é nova. Mas é nova a extensão que ela teve e continua a ter no Estado contemporâneo: uma extensão em contínua ampliação, a ponto de fazer parecer completamente inadequada, e, de qualquer modo, lacunosa, uma teoria do direito que continue a considerar o ordenamento jurídico do ponto de vista de sua função tradicional puramente protetora (dos interesses considerados essenciais por aqueles que fazem as leis) e repressiva (das ações a que eles se opõem). A percepção dessa mudança obrigou-me a voltar o olhar para um problema que fora um tanto negligenciado pela teoria tradicional, qual seja, o problema da função do direito [...]

Luciano Timm²⁴ (2006, p. 204-209) – após expor, em breves linhas, os modelos de ordem econômica constitucional liberal e social –, analisa, a partir da regulação da economia pelo Direito, em qual contexto a importante Função Social do Direito “melhor se perfectibiliza”. E para isso, o autor propõe a escolha de um método, que também será de utilidade para esta investigação. Extrai-se (TIMM, 2006, p. 204-205):

Ao nosso ver, a melhor ferramenta de análise das instituições jurídicas é a escola do Direito e Economia (em qualquer uma das suas matizes, seja fundada no ‘eficientismo’ de Posner, seja no ‘institucionalismo’ de North e Williamson). Isso porque, como já foi dito aqui, aproveita-se do referencial teórico da Ciência Econômica, que tem se mostrado mais evoluída do que outras ciências sociais, ao menos do ponto de vista da comprovação teórica e empírica de seus modelos.

A respeito da Análise Econômica do Direito e sua relevância para a compreensão dos processos decisórios e estratégicos empresariais, extrai-se:

As teorias ou, com entendem alguns, o movimento de Direito e Economia proporciona um novo olhar sobre as relações entre estruturas, instituições, teorias e práticas

²⁴ Desde já, compete assinalar que, com o maior respeito às brilhantes produções científicas de Luciano Benetti Timm, adotam-se as suas conclusões com parcimônia, e isto não por crítica à sua metodologia ou capacidade intelectual, mas, antes, por não se poder aprofundar diferenças fundamentais de seu pensamento em comparação com o de outros juristas privatísticos humanistas. Por isso, vale dizer que o empréstimo de linhas doutrinárias de Timm não importa em concordância integral com seu ponto de vista.

econômicas, jurídicas e de gestão empresarial, sinalizando para novas abordagens e soluções para a promoção do desenvolvimento sustentável, uma vez que trazem à tona a necessidade de compreensão de cada uma destas ciências para uma atuação mais efetiva, uma vez que leva em conta a realidade e os valores que motivam os atores econômicos, jurídicos e os gestores de empresas [...] Como preceitua Elizabeth Farina: No entanto, a compreensão das relações entre justiça e eficiência vai se tornando cada vez mais premente. O arcabouço legal e seus instrumentos de *enforcement* fornecem um conjunto de incentivos aos tomadores de decisão econômica, definem estratégias e têm efeitos não triviais sobre a eficiência econômica. Arranjos institucionais não são neutros em relação ao uso dos recursos econômicos, como gostariam os economistas para justificar modelos que não contemplam tais especificidades. Decisões judiciais que buscam fazer justiça desdobram-se em efeitos sobre a eficiência econômica. (BORTOLI, 2008, p. 1885)

Pinheiro e Saddi (2005, p. 88-89) auxiliam na tarefa de reunir as três principais premissas, pacificamente definidas doutrinariamente, que servem de base para que se opere o silogismo e obtenção das conclusões jurídicas de acordo com os parâmetros econômicos.

Prima facie, o homem age racionalmente, em prol da maximização de suas vantagens; ele empregará esforços para conseguir mais satisfação ao menor custo. *Dopo*, no processo da escolha racional, levará em conta o “sistema de preços”, comparando incentivos para a conduta comissiva e o potencial de sanção da violação do preceito, sopesando se esta última é superior ou inferior ao potencial de resultado esperado. Ou seja, o homem se questiona se vale a pena violar a norma, agindo conforme o melhor resultado econômico, e não moral. Por fim, as regras legais funcionam como incentivos ou inibidores sociais das condutas²⁵.

Em razão da primordial relevância científica, serão vistos, agora, alguns conceitos fundamentais para a compreensão da Análise Econômica do Direito (AED), a saber: a **escolha racional**, a **eficiência**, as **falhas de mercado** e os **custos de transação**.

A **escolha racional** se refere ao “atuar racionalmente”, maximizar o fruto das decisões. A **eficiência**, por sua vez, está intimamente ligada à escolha racional e maximização, parte do pressuposto de que as demandas são maiores do que a existência de bens apreciáveis, dada a sua escassez, tornando-se imprescindível a melhor alocação dos bens para suprir a maior quantidade possível de demandas racionais.

²⁵ A Análise Econômica do Direito não é o fio condutor científico deste artigo, sendo antes trazida à baila com a finalidade de marco teórico racional, para justificação jurídico-econômico-científica do comportamento empresarial, diante do sistema de ônus e bônus propostos pelo Estado (Lei e Juiz). Assim, até mesmo por limitação espacial, apenas os tópicos específicos essenciais estão sendo consignados, e exclusivamente com a finalidade de proporcionar melhor compreensão da temática exposta e, naturalmente, das conclusões investigativas pretendidas. Contudo, não se trata de apresentar uma “análise econômica” do tema pesquisado, pois, parafraseando as lições dadas em aula pelo Prof. PhD Alexandre Ditzel Faraco, “nada foi calculado, nada foi mensurado, portanto, nada foi analisado economicamente”.

A respeito da eficiência das escolhas, trata o autor lusitano Vasco Rodrigues (2007, p. 26):

Saber o que é melhor é, evidentemente, uma questão controversa: todos podemos ter opiniões pessoais sobre aqueles assuntos. A Economia tem procurado instrumentos teóricos que lhe permitam responder a estas questões formais de forma positiva, sem que os valores pessoais de quem aprecia a situação interfiram no julgamento efectuado. Os conceitos que mais se aproximam deste ambicioso propósito são os de *melhoria de Pareto* e *ótimo de Pareto*.

Conquanto os pressupostos econômicos e as diversas definições academicamente alinhadas não sejam o objeto central do presente estudo, também é relevante fazer menção ao princípio do *Ótimo de Pareto*, com o auxílio de Richard Posner (2000, p. 21) e Rachel Sztajn (2005, p. 76). Diz o primeiro que, uma transação superior, no sentido de Pareto, é aquela que melhora a situação de ao menos uma das pessoas envolvidas na relação econômica, sem piorar a situação da outra. Rachel Sztajn registra a crítica que se faz ao critério, porque depende da alocação inicial da riqueza (a ser transferida para quem lhe dá maior valor) e porque não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas. Rachel Sztajn também alude à concepção de *Kaldor e Hicks*, quem, partindo de modelos de utilidade, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. Mas, como a realidade da vida é um jogo de ganha-perde e perde-ganha – o Universo oscila entre o caos e a ordem, independente dos postulados das Ciências Sociais Aplicadas – surge de aluvião a necessidade de compensação entre os entes. Portanto, em sua concepção, a disputa pela alocação de recursos resulta em que o proveito para os vencedores lhes permita compensar os perdedores, a despeito de que realmente assim o façam.

Por lógico, a *ratio* da eficiência – a qual possui cunho econômico e não se pretende a se preencher de racionalidade ética ou moral –, aplicada à tomada de decisão empresarial, pode levar ao cometimento de injustiças sociais e econômicas, se praticada divorciadamente da proteção dos objetivos republicanos. Na práxis jurídica, temas como a justiça distributiva ou comutativa virão à baila. Daí a importância crescente de nortes imutáveis, como o art. 170, CF c/c 3º e 5º, CF, que impõem a promoção da dignidade da pessoa humana como valor fundante – e não periférico – do exercício da livre iniciativa.

As **falhas de mercado** são os impedientes de que todas as relações econômicas possam alcançar a melhor eficiência apenas pela transação entre os agentes. Classificáveis como

assimetria de informações, existência de poder econômico, bens públicos e externalidades²⁶. Sua consideração e dirimência pela norma impendem em intervenção estatal, dividindo os pensadores quanto à oportunidade de tal participação do Estado, sobre o que, posiciona-se o presente trabalho, na Escola Moderada. As falhas serão tratadas juntamente com a Teoria dos Jogos.

Por fim, os **custos de transação**²⁷ são fricções típicas da práxis das relações contratuais. Emprestando a classificação de Cooter e Ulen (2010, p. 120-124), são os custos para o intercâmbio e se dividem em **custos de busca** (prospecção do parceiro de troca, seja um consumidor ou fornecedor), **custos de arranjo e acordo** (despesas da negociação e formalização instrumental, inclusive advogados e cartórios, informações de mercado – sobre o público consumidor, fornecedor e, até mesmo, sobre o comportamento legislativo e jurisprudencial) e **custos de execução** (regular, a exemplo do financiamento bancário e correlatas taxas, ou forçosa, a exemplo das custas processuais). Outros autores fornecem diferentes classificações²⁸, mas a fórmula apresentada é suficiente para o embasamento teórico proposto.

Conclui-se, preliminarmente, que a negociação de bens e serviços depende do sistema de preços, mas também do sistema legal, cujo ambiente causa impacto direto nos custos de transação e, conseqüentemente, no processo decisório dos agentes econômicos, dado que a empresa é gerida sob o prisma da engenharia dos custos de transação.

Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, no artigo *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, estabeleceu marco teórico da Análise Econômica do Direito em diálogo com a Responsabilidade Civil.

Este cotejo surte efeito direto nos custos de transação, por variadas formas, notadamente no custeio judicial dos danos provocados e pela prevenção dos acidentes, constituindo-se em objeto de estudo da eficiência, a ponderação entre prevenir ou assumir o risco legal. Assim, pela teoria da *Law and Economics*, viabilizar o incentivo à prévia diligência, ou seja, tornar eficiente a precaução sobre o lesionamento, compete a quem dita as cifras do sistema de sanção e

²⁶ Registre-se a lição de Mankiw (2010, p. 208): “uma externalidade é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam da ação. Se o impacto for adverso, é chamada externalidade negativa, se for benéfico, é chamado externalidade positiva”.

²⁷ Reputados como objeto de estudo da Escola Neo-Institucionalista.

²⁸ Os custos de transação são peça-chave do *Teorema de Coase*, segundo qual, se os direitos de propriedade foram devidamente assinalados e se o custo de transação for igual a zero, as partes vão sempre negociar até obter um resultado eficiente, a despeito da forma como os direitos de propriedade forem estabelecidos a princípio (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 91).

recompensa. **Verdade é – aquém a finalidade econômica – que a política legislativa é aliada da prevenção e repudia o dano. Dependesse exclusivamente, portanto, da vontade do legislador, danificar seria economicamente desinteressante.** Mas o comportamento jurisprudencial desequilibra a política legislativa, como se verá na investigação da Teoria dos Jogos aplicada à quantificação do dano moral nas relações de consumo, no próximo item.

3.1 TEORIA DOS JOGOS NO COTEJO COM AS NORMAS

Ab initio, o profícuo desenvolvimento da Teoria dos Jogos era focado, em *ratio* e utilidade, no campo bélico, provocando sua associação ao obscurantismo, como a usos nazi, contudo os ingleses se valeram do paradigma para otimizar suas chances navais, corroborando a premissa de que a teoria, em si, não pode ser caracterizada por boa ou má, antes devendo recair, o juízo de valor, sobre os objetivos de seus operadores.

Em rápidas linhas, a Teoria dos Jogos é uma expressão dialógica, que visa a estudar o comportamento estratégico das pessoas, em situações de disputa, baseando suas deduções, precipuamente, na ciência matemática, também com suporte na Sociologia, Psicologia e, até mesmo, da Zootecnia, dentre outros. No Direito²⁹, o marco teórico é creditado a Douglas G. Baird, Robert H. Gertner e Randal C. Picker, professores de Chicago (1994, p. 7).

Suas conclusões teóricas têm sido reputadas de valor para variados campos do saber, contribuindo para a compreensão e elucidação do processo racional de tomada de decisão de agentes em conflito, relevando que há outros, concomitantemente, em mesmo processo, com interesses próprios, divergentes ou não, sendo esta, parafraseadamente, a concepção de Von Neumann (1992), para “jogo”, interessando, presentemente, a investigação do chamado “jogo legal”.

Em uma leitura de Platão, Arthur Jacobson (2000) diz que segundo a Teoria dos Jogos de Direito, os cidadãos colaboram apenas diante de conflito e a única ordem que a lei pode atingir é

²⁹ Credita-se a primeira formulação formal ao matemático húngaro Jancsi Von Neumann (“*Zur Theorie der Gesellschaftspiele*”, 1928), quem desenvolveu o conceito de interdependência estratégica e, posteriormente, associado ao economista da U. de Princeton, Oskar Morgenstern, publicou o primeiro trabalho acadêmico sobre o tema (*Teoria dos Jogos e comportamento econômico*, 1944). Diversas personalidades se exponenciaram no estudo da Teoria dos Jogos, rendendo, inclusive, um Prêmio Nobel a John Nash. E ainda John Harsanyi, pela construção dos jogos de informação incompleta e análise das soluções ótimas frente à disparidade informacional dos jogadores, ou desconhecimento dos recíprocos; responsável pela introdução da Teoria na “Economia da Informação”.

um acordo sobre as regras com as quais o conflito é conduzido. Em verdade, pode-se afirmar que, contrariando ao Princípio da Legalidade, na Teoria dos Jogos, os comportamentos não são ditados, antes **influenciados** pela norma legal, pois, em certas circunstâncias, pode ser racional infringir a lei, afora casos em que o ambiente normativo contempla permissividade de escolha entre tipos diversos de conduta.

O regulamentador normativo atua perseguindo a consecução do interesse coletivo. Adotando parâmetros da Teoria dos Jogos, resta-lhe possível coadunar pretensões comuns e individuais, ao analisar, em exercício de alteridade e diante de um conjunto de possibilidades de regulação, *in casu*, as melhores estratégias disponíveis ao agente. Consequentemente, deverá editar normas que, uma vez respeitadas, tanto maximizem os lucros, quanto estabeleçam a ordem social desejada, estimulando, assim, o empresário, a cooperar para o atingimento do interesse público.

São elementos do “jogo legal”, os **jogadores** – via de regra, agentes econômicos – e as **estratégias** disponíveis a estes, bem como os **resultados** possíveis para cada jogador, em termos das vantagens e/ou desvantagens de cada combinação de estratégias, considerando todas as alternativas restantes. Materializando-se em uma ou mais rodadas, o jogo será **simultâneo** ou **sequencial**, de acordo com o momento da tomada de decisão, de cada participante³⁰.

O processo estratégico é governado por **informações** perfeitas ou imperfeitas, obtidas em dois tempos – antes do início e durante a rodada – bem como pela **estratégia adotada pelo adversário**, definindo movimentos, sempre com vistas à obtenção de recompensas ou evitamento da desvantagem³¹. Sucintamente, o espaço estratégico do jogo, portanto, é delimitado por uma escolha binária entre a omissão ou a conduta comissiva, ou, na hipótese geral deste estudo, acatar a norma ou violá-la, correr o risco deliberado da imprudência/negligência, ou acautelar-se.

Entende a doutrina que o papel do sistema legal é impedir o pior cenário, no qual ambos os jogadores escolheriam a imprudência ou violação da norma, com conseqüente aparecimento da desvantagem máxima. A Economia avaliará a estratégia mais eficiente, considerando o custo

³⁰ Ensinam PINHEIRO e SADDI (2005, p. 160) que a ordem em que os jogadores fazem seus lances é fator importante para o jogo. Se apresentam suas propostas ao mesmo tempo – caso de leilão por lance lacrado – diz-se que o jogo é **simultâneo**. Contudo, se a primeira empresa lança sua oferta, havendo oportunidade para o concorrente apresentar suas condições em seguida, então se diz que o jogo é **sequencial**.

³¹ O denominado Equilíbrio de Nash, que é atingido quando, após todos os jogadores “darem os seus lances”, nenhum deles manifestar arrependimento.

da prudência em comparação com os riscos e perdas decorrentes do cenário aparentemente desfavorável. Ao Direito, incumbe, por sua vez, **definir as penalidades** do ilícito, com vistas a **incentivar** o jogador, com menor custo de esforço, a ser prudente (PINHEIRO, 2005, p. 165)³². Para a Teoria dos Jogos em cotejo com o Direito, o sistema normativo é lido de maneira integral, considerando-se a letra da lei como uma informação – aprioristicamente – completa e disponível, ilação esta deveras relativa.

Em viés opinativo desta pesquisadora, ainda que se parta da premissa da completude informativa da lei, é lícito estabelecer algumas digressões conclusivas: via de regra, o legislador **fornece** informações, **mas não é jogador**; as **decisões** – inclusive de cunho administrativo ou arbitral – também **são fonte informativa**; aquele que decide, possui o mesmo *status* daquele que regula – **apenas informante, não jogador**, desejavelmente.

Nesta senda, comparando-se fonte lei e fonte decisão jurisdicional, há diferença de **natureza** informativa entre ambas. Enquanto a primeira é reputada completa e disponível, a segunda importa em execução aplicativa da primeira, contudo permeada por uma teórica imparcial imprevisibilidade decisória.

Esta *alea* imposta aos jogadores, concernente à recompensa de suas ações, será mitigada, no caso concreto, pela relativa previsibilidade do comportamento jurisprudencial.

Considerando que a escolha racional³³ do jogador visa à maximização dos ganhos, recaindo sua opção pela conduta que lhe proporcione melhor recompensa – ou afastamento da desvantagem –, revela-se insuficiente, para a consecução do interesse público ambicionado, que a letra da lei ofereça ônus ou bônus, sendo mister, do ponto de vista dogmático-regulamentador, que o aplicador jurisdicional lhe confira a devida força executória, perseguindo a função social da norma.

Portanto, o Judiciário tem poder para modificar a informação da lei, desequilibrando o jogo a favor de um dos participantes, ainda que o espírito do ordenamento

³² Aliás, tal entendimento generalista bem coaduna com a tendência especializada responsabilizatória norte-americana, conhecida como *last and best chance*, que orienta o magistrado, face de dificuldade em apurar culpa – caso, por exemplo, de acidentes automobilísticos – a imputar a obrigação sobre o motorista que tinha a última chance e/ou a melhor oportunidade, de evitar o evento lesivo.

³³ Pinheiro (2005, p. 168) informa que a inexistência da racionalidade absoluta no processo de decisão configura uma dificuldade, pois os comportamentos humanos também são guiados pela emoção e percepção. Daí a expressão *irracionalidade imperfeita*, indicando o resultado da ausência de informações num ambiente não de todo racional, a exemplo das quedas nas Bolsas, ocasionadas pela retirada abrupta de algum grande investidor.

pretendesse outra finalidade econômica ou social, não cabendo, nesta etapa, debater as razões político-ideológicas, motivadoras da atuação judiciária, tomando-se, apenas, a legitimidade da independência dos Poderes.

Na esteira da conclusão, até mesmo os mecanismos autorregulatórios, ou seja, próprios da métrica das normas de mercado (normas ISO, ABNT, Guias de Balanço Social da Responsabilidade Social Corporativa, dentre outros) também podem ser analisados à luz da Teoria dos Jogos, considerando, notadamente, os benefícios concorrenciais e de marketing, que vêm embutidos, por exemplo, nos processos de certificação, ou na elaboração e divulgação de balanços contábeis e sociais.

Com a crescente adesão das grandes corporações aos processos próprios da gestão da responsabilidade social e ambiental e produção sustentável, esta informação é computada no mercado de inúmeras formas, destacando-se: a) a conscientização atinge aos consumidores, que prestigiam a iniciativa da empresa, estimulando o processo concorrencial e levando as outras corporações a se identificarem com os mesmos padrões comportamentais; b) os fornecedores (da corporação) são chamados a participar da implementação dos processos produtivos socioambientalmente responsáveis, podendo vir a ensejar a exclusão de cadastro, em alguns casos, do fornecedor que não adequar sua empresa aos parâmetros de conformidade; desta forma, mesmo sem a eventual provocação de uma corporação-cliente, os prestadores de serviço ou de produtos já procuram entrar no mercado dentro dos padrões de conformidade, ou logo se adaptando, para prospectar clientes que exigem tal adequação; c) ainda que os processos de certificação ou de elaboração de balanços sociais ainda se relacionem em maior proporção participativa com as grandes corporações, a indução comportamental tem atingido as pequenas e médias empresas, mesmo aquelas que não dependem necessariamente da certificação, por exemplo para fins de exportação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As decisões judiciais assumem papel crucial no comportamento da Empresa, norteadas, para o bem ou para o mal social, as tomadas de decisão do gestor, que andarão conforme os ditames regulatórios da Responsabilidade Social Empresarial (RSE), se o Poder Judiciário oferecer a justa recompensa jurisprudencial para essa conduta, ou, por via reversa, punindo com

severidade, a irresponsabilidade social, que é atentatória para a sustentabilidade, para o bem comum e para o estabelecimento de uma sociedade livre, justa e solidária.

A alegada “indústria do dano moral” é um fenômeno mal interpretado da sociedade de risco e de consumo. A autolesão não é fato indenizável no Direito brasileiro, e ainda considerando que sentenças no importe de um salário mínimo, por um lado seria capaz de “enriquecer a vítima”, assim considerada como a grande parte da população nacional, e, por outra mão, nenhum efeito prático pedagógico surtiria sobre os “agressores empresariais”. Portanto, a “indústria do dano” nada mais é do que uma “lenda jurídica urbana”. O que existe, de fato, é uma “indústria do risco”, tratando-se, de uma estimulação ao não evitamento, um combate pernicioso à prevenção dos danos, artificializada pela influencia econômica da jurisprudência dominante, cujo papel deveria ser o de “fonte informativa” e nunca o de “jogador desleal”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. rev., atual e ampl São Paulo: Saraiva, 2006.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER Randal C. *Game theory and the law*. Harvard University Press, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**, Manole, São Paulo: 2007.

BORTOLI, Andreyra de. **A importância da auditoria jurídica nas empresas para o desenvolvimento sustentável**. Dissertação apresentada perante o Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Curitiba. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 07 mar. 2013.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. . Acesso em: 07 mar. 2013.

CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort*, 70 Yale L.J. 497 (1961).

CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. **Sociedade de risco e o futuro do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.11, n.44, p.122-140, out./dez.2002.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito e Economia**. São Paulo: Bookman Companhia, 5ª ed, 2010.

GARCIA, José Augusto. **O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.28, out/dez.1998.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil. dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Hermann V.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY, Nelson Júnior; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007.

JACOBSON, Arthur J. *Origins of the game theory of law and the limits of harmony in Plato's laws*. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies Public Law and Legal Theory, working paper, 7 abr. 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *La responsabilidad civil*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 46, p. 41-76, abr. 2003.

LOURENÇO, Paula Meira: **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra, 2006.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução a Economia** – Tradução da 5ª Edição Norte-americana. Cengage learning. 2010.

MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto**. 1. ed. São Paulo: RT, 1993.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Hermann V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.

MATTEI, Ugo. PARDOLESEI, Roberto (ed altri). *Il mercato delle regole – analisi economica del diritto civile*. Bologna: Società Editrice il Molino, 1999.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Abusividade nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edilson do Rêgo. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NORONHA, Fernando de. **Direito Das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, v. 1. 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *homepage* oficial: <http://www.onu-brasil.org.br>.

PARODI, Ana Cecília. **Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos**. Campinas: Russell, 2007.

_____; POPP, Carlyle. **Ressignificação de patrimônio e recategorização dos danos civis, em uma perspectiva conceitual contemporânea**. In: XVII Congresso Nacional CONPEDI, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional CONPEDI, 2008.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; CALGARO, Cleide. **A prevenção como elemento de proteção ao consumidor: a saúde e segurança do consumidor no código de proteção e defesa do consumidor brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 16, n. 63, p. 9-26, jul.2007.

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

_____. **Direito economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

_____. **Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil**. In: ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press, 1987.

_____. **El Análisis Económico del Derecho**. Mexico D. F.: Fondo de Cultura Económico, 2000.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 49, p.130-163, jan. 2004.

SILVA, Gustavo Passarelli, da. **Responsabilidade civil no direito brasileiro: evolução da reparabilidade plena: atecnia do artigo 953 do código civil de 2002.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: v.4, n.19, p.123-130, set.2002.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics.** In: ZYLBERSZTAJN, Décio. SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito, mercado e função social.** Revista da Ajuris, Porto Alegre, RS , v.33, n.103, p.197-209, set. 2006.

VON NEUMANN, John. **Prisioner's dilemma.** William Poundstone: Anchor Books, 1992.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade civil e reparação de danos: raízes históricas função e objetivo. Revista Iob de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 7, n. 40, p. 54-74, mar.2006.