

UNIALFA – CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
ECONÔMICO

MARCYUS ROCHA DUARTE

DANO MORAL E SEGURANÇA JURÍDICA: UMA ABORDAGEM PELA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO

Goiânia, 2025

UNIALFA – CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
ECONÔMICO

MARCYUS ROCHA DUARTE

DANO MORAL E SEGURANÇA JURÍDICA: UMA ABORDAGEM PELA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO

Trabalho apresentado à banca examinadora da UNIALFA como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito Constitucional Econômico.

Orientadora: Marina Faraco.

Goiânia, 2025

Catálogo na fonte: Biblioteca UNIALFA

D812d

Duarte, Marcyus Rocha.

Dano moral e segurança jurídica: uma abordagem pela análise econômica do direito. / Marcyus Rocha Duarte. – 2025.

67 f.: il. 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Marina Faraco.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico, Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) – Goiânia, 2025.

1. Dano Moral. 2. Análise econômica do direito. 3. Responsabilidade Civil. 4. Segurança Jurídica. I. Faraco, Marina. II. UNIALFA. III. Título.

CDU: 343.63+346.51

DANO MORAL E SEGURANÇA JURÍDICA: UMA ABORDAGEM PELA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Trabalho apresentado à banca examinadora da
UNIALFA como requisito para a obtenção do
título de mestre em Direito Constitucional
Econômico.

Goiânia, 31 de março de 2025

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Adegmar José Ferreira

Prof. Dr. Francisco Provazio

Profa. Dra. Marina Faraco

Dedico este trabalho à minha mãe, fonte constante de inspiração no meu crescimento acadêmico; à minha esposa, minha principal incentivadora e companheira de todas as horas; e aos meus filhos, minha maior motivação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida e por me conceder forças e sabedoria ao longo desta jornada acadêmica.

À minha orientadora, manifesto minha gratidão pela orientação, paciência e dedicação durante o processo de elaboração deste trabalho.

Aos membros da banca de qualificação e da banca examinadora, agradeço pelas valiosas contribuições, críticas construtivas e sugestões que enriqueceram esta pesquisa.

Aos colegas de pesquisa e aos integrantes dos grupos de estudo, sou grato pelas trocas de ideias, pelo apoio mútuo e pelas discussões enriquecedoras que contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

À UNIALFA/FADISP, agradeço pelo apoio institucional, pela infraestrutura disponibilizada e pelo ambiente acadêmico propício ao aprendizado e à pesquisa.

À minha família, em especial à Milene, agradeço pelo amor, apoio incondicional e compreensão nos momentos de ausência e dedicação aos estudos.

RESUMO

A responsabilidade civil tem desempenhado um papel essencial na evolução do direito privado, especialmente no que diz respeito à reparação do dano moral. Apesar do reconhecimento consolidado do instituto, a fixação das indenizações por danos morais ainda apresenta desafios significativos, dada a ausência de critérios normativos objetivos. Essa incerteza gera o fenômeno da “jurisprudência lotérica”, caracterizado por decisões conflitantes para casos semelhantes, comprometendo a segurança jurídica. Este trabalho analisa a fixação do dano moral a partir da Análise Econômica do Direito (AED), explorando seu impacto na previsibilidade das decisões judiciais e na regulação do mercado. A dissertação é estruturada em três eixos principais: (i) o conceito, os elementos e os critérios doutrinários e jurisprudenciais para a fixação do dano moral; (ii) a análise empírica de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, referentes a ações movidas contra a empresa de telefonia OI S.A. por cobrança indevida; e (iii) a aplicação da responsabilidade civil, investigando sua influência na mitigação da insegurança jurídica e na uniformização dos critérios indenizatórios. A metodologia utilizada no trabalho envolve pesquisa empírica e análise econômica do direito. Especificamente, o estudo analisou 40 (quarenta) acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ-GO) sobre ações de consumidores contra a empresa de telefonia OI S.A., envolvendo cobranças indevidas. A abordagem metodológica combina análise jurisprudencial, buscando padrões de decisões sobre o dano moral e a perspectiva da análise econômica do direito, avaliando os impactos dessas decisões no mercado e na sociedade. A pesquisa conclui que a adoção de parâmetros econômicos pode contribuir para maior racionalidade e previsibilidade na fixação do dano moral, equilibrando as funções compensatória e preventiva da responsabilidade civil. Destaca-se a necessidade de aperfeiçoar os critérios de proporcionalidade, razoabilidade e eficiência econômica a fim de evitar decisões discrepantes e fortalecer a segurança jurídica no sistema judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Direito Constitucional Econômico. Análise Econômica do Direito. Dano Moral. Responsabilidade Civil. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

Civil liability has played an essential role in the Evolution of private law, especially with regard to the compensation of moral damages. Despite the consolidated recognition of the institute, the determination of compensation for moral damages still presents significant challenges, given the absence of objective normative criteria. This uncertainty generates the phenomenon of “lottery jurisprudence”, characterized by conflicting decisions for similar cases, compromising legal certainty. This paper analyzes the determination of moral damages based on the Economic Analysis of Law (AED), exploring its impact on the predictability of judicial decisions and on market regulation. The dissertation is structured around three main axes: (i) the concept, the elements and the doctrinal and jurisprudential criteria for the determination of moral damages; (ii) the empirical analysis of judgments of the Court of Justice of the State of Goiás, referring to lawsuits filed against the telephone company OI S.A. for undue billing; and (iii) the application of the AED in civil liability, investigating its influence on mitigating legal uncertainty and standardizing compensation criteria. The methodology used in the work involves empirical research and economic analysis of law. Specifically, the study analyzed 40 (forty) rulings of the Court of Justice of the State of Goiás (TJ-GO) on consumer lawsuits against the telephone company OI S.A., involving undue charges. The methodological approach combines jurisprudential analysis, seeking standards of decisions on moral damage, and the perspective of economic analysis of law, evaluating the impacts of these decisions on the parameters that can contribute to greater rationality and predictability in determining moral damages, balancing the compensatory and preventive functions of civil liability. The need to improve the criteria for arbitrating compensation is highlighted, aligning them with principles such as proportionality, reasonableness and economic efficiency, in order to avoid discrepant decisions and strengthen legal certainty in the Brazilian judicial system.

Keywords: Economic Constitutional Law. Economic Analysis of Law. Moral Damage. Civil Liability. Legal Security.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
 CAPÍTULO 1 – DANO MORAL	13
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....	13
1.2 CONCEITO	16
1.3 ELEMENTOS	17
1.4 ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO	19
1.4.1 Critérios doutrinários e jurisprudenciais	19
1.4.2 Método bifásico na valoração do dano moral	21
1.5 RELEVÂNCIA DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL PARA A COMPREENSÃO DO DANO MORAL.....	22
 CAPÍTULO 2 – DO DANO MORAL EM JULGADOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS NO ANO DE 2023	24
2.1 APRESENTAÇÃO	24
2.2 CASOS PESQUISADOS	25
2.3 O AFASTAMENTO DO DANO MORAL	26
2.4 REDUÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL	28
2.5 MANUTENÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL	28
2.6 MAJORAÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL	30
2.7 ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO ADOTADA PARA REDUZIR, MANTER E MAJORAR AS INDENIZAÇÕES	31
2.7.1 Redução	32
2.7.2 Manutenção	33
2.7.3 Majoração	34
2.7.4 Considerações finais	36
2.8 DECISÕES CONFLITANTES E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA ...	37
 CAPÍTULO 3 – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA RESPONSABILIDADE CIVIL	39
3.1 DIREITO E ECONOMIA	39

3. 2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	40
3.3 APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	43
3.4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL	45
3.5 RELEVÂNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL	47
3.6 CONEXÃO ENTRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A TEORIA DO DANO MORAL	50
3.6.1 A ineficiência da falta de previsibilidade nos danos morais	50
3.6.2 O dano moral como incentivo à precaução	51
3.6.3 O modelo de "dano eficiente" aplicado ao dano moral	52
3.6.4 A utilidade do modelo econômico para a definição de indenizações por dano moral	52
3.6.5. A relação entre as decisões judiciais e os custos de transação das empresas	53

CAPÍTULO 4 – INFLUÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS DE DANO MORAL.....	54
4.1. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	54
4.2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM DECISÃO JUDICIAL.....	56
4.3 APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM DECISÕES RECENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	62

CONCLUSÕES	64
-------------------------	-----------

REFERÊNCIAS	67
--------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil tem desempenhado um papel fundamental na evolução do direito privado, acompanhando as transformações sociais e econômicas que redefinem as relações interpessoais e comerciais. Dentro desse contexto, a reparação por dano moral consolidou-se como um dos temas mais relevantes da atualidade, refletindo a crescente valorização dos direitos da personalidade e a necessidade de tutela da dignidade humana. Se no passado a reparação jurídica se restringia a prejuízos patrimoniais, o avanço dos sistemas normativos modernos passou a reconhecer que certas lesões extrapatrimoniais – como a violação à honra, à imagem e à integridade psíquica – também exigem resposta estatal. Esse reconhecimento se tornou especialmente significativo a partir da Constituição Federal de 1988, que assegurou expressamente o direito à indenização por danos morais em seu artigo 5º, incisos V e X (Brasil, 1988).

Apesar da positivação e consolidação do instituto, a quantificação do dano moral continua sendo um dos desafios mais complexos do direito civil contemporâneo. A ausência de critérios normativos objetivos para a fixação do quantum indenizatório tem gerado discrepâncias jurisprudenciais, levando ao fenômeno da "jurisprudência lotérica", no qual casos semelhantes recebem decisões divergentes. Esse cenário compromete a segurança jurídica, afetando não apenas os indivíduos envolvidos nas demandas judiciais, mas também o equilíbrio econômico e social, visto que a incerteza sobre os valores indenizatórios pode influenciar a previsibilidade dos custos para empresas e consumidores.

Nesse sentido, esta pesquisa propõe uma análise aprofundada da evolução histórica e doutrinária do dano moral, examinando os principais critérios utilizados pelo Poder Judiciário brasileiro para sua reparação. Especificamente, serão estudadas decisões do Tribunal de Justiça de Goiás, unidade a qual possui vínculo profissional e no Estado em que o programa do mestrado se desenvolveu, proferidas no ano de 2023, ano em que inúmeros recursos foram julgados, com o intuito de verificar se há uniformidade nos julgamentos ou se prevalece a adoção de critérios subjetivos e inconsistentes. Foi considerado apenas o mencionado ano em razão do grande volume

de julgados proferidos pela Corte de Justiça nesse período e também por ser o ano em que quase todos os julgadores componentes do tribunal apresentaram seus posicionamentos acerca da fixação do dano moral. Para isso, será realizada uma pesquisa empírica a partir da análise de 40 acórdãos relacionados a ações de consumidores contra a empresa de telefonia Oi S.A., envolvendo cobranças indevidas de serviços não contratados. Os acórdãos analisados decorrem de ações com base fática e jurídica similares, o que permite melhor compreensão e permite adequada comparação.

Além do viés jurídico, este estudo se baseia na Análise Econômica do Direito (AED) para avaliar os impactos da responsabilidade civil por dano moral no mercado e na sociedade. A AED propõe que as normas jurídicas devem ser analisadas sob uma ótica de eficiência econômica, ou seja, levando em conta os incentivos e as consequências práticas geradas pelas decisões judiciais. Um dos conceitos fundamentais desse campo é o do "dano eficiente", que ocorre quando empresas optam por suportar o custo de indenizações em vez de investir na prevenção de condutas ilícitas. Esse fenômeno é frequentemente observado em setores como telecomunicações e transporte aéreo, onde grandes corporações preferem absorver passivos judiciais em razão da previsibilidade dos custos e da baixa efetividade das sanções aplicadas.

O trabalho busca responder às seguintes questões centrais: (i) Quais são os principais fundamentos jurídicos e doutrinários que embasam a reparação do dano moral no Brasil?; (ii) Como o Tribunal de Justiça de Goiás tem aplicado esses conceitos na prática nas ações de cobrança de serviço indevido movidas contra a empresa de telefonia Oi S.A?; (iii) O modelo atual de responsabilização cumpre sua função compensatória e preventiva ou incentiva um aumento desproporcional da litigiosidade?; (iv) A aplicação de critérios econômicos pode contribuir para um sistema mais uniforme e eficiente na quantificação das indenizações por dano moral?; (v) Quais os resultados apurados?

Ao longo desta pesquisa, pretende-se demonstrar que a responsabilidade civil deve buscar um equilíbrio entre compensação e prevenção, garantindo que a tutela dos direitos da personalidade ocorra de forma justa e previsível. A falta de padronização na fixação do dano moral pode gerar tanto valores indenizatórios excessivos, que oneram desproporcionalmente os réus, quanto valores irrisórios, que não cumprem a função reparatória e pedagógica da condenação. Diante disso, a pesquisa pretende oferecer

uma contribuição teórica e prática, propondo critérios mais objetivos para a fixação da indenização, alinhados aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência econômica.

Este estudo, portanto, não se limita à análise dogmática do instituto do dano moral, mas amplia o debate ao considerar suas implicações econômicas e sociais, fornecendo uma abordagem interdisciplinar que pode servir como referência para aprimorar o sistema de responsabilidade civil no Brasil.

CAPÍTULO 1 – DANO MORAL

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A história do dano moral remonta a tempos antigos¹. A formalização e reconhecimento como categoria indenizável decorre de longo processo de evolução jurídica. No começo o direito tinha como foco unicamente as reparações patrimoniais, passando, gradualmente, a reconhecer que algumas ofensas, por violarem direitos imateriais ², também mereciam reparação.

A noção de reparação por danos imateriais pode ser rastreada até o Direito Romano. O conceito de dano moral não era codificado como atualmente. No entanto, haviam figuras jurídicas que protegiam a honra e a dignidade das pessoas. Diógenes Gasparini (*apud* Fattori, s/d.) pontua que “a *injúria* no Direito Romano representava um ataque à dignidade, física ou moral, de outrem, sendo inicialmente regulada por meio de vingança privada, mas posteriormente incorporada ao direito pretoriano, que disciplinava os modos de reparação e punição”.

O dano moral no período medieval estava mais associado à ofensa, à honra, à reputação ou à dignidade de uma pessoa. As sanções por esses danos incluíam tanto compensações financeiras como punições corporais ou rituais de humilhação pública que tinham por objetivo restaurar a honra perdida.

O reconhecimento do dano moral, no direito moderno, como um direito indenizável é um fenômeno verificado nos séculos XIX e XX, momento da história em que o conceito de dano moral começou a ser melhor delineado e incorporado aos sistemas jurídicos. Tal fato é corroborado pelas palavras de Gonçalves (2021, p. 3):

A lesão aos direitos da personalidade, como a honra, a imagem e a dignidade, representa não apenas uma ofensa moral, mas uma verdadeira violação que exige reparação. No direito moderno, a resposta a essa violação não se limita ao

¹ Segundo Silva (2012) a codificação mais antiga que trata da defesa dos direitos oriundos dos danos morais é o Código de Ur-Nammu. Ainda mencionando sobre os povos antigos, o autor também faz referência ao Código de Hamurabi, à Lei de Talião e às codificações na Suméria, na Babilônia (situada na Mesopotâmia) e na antiga Índia, os quais codificaram a ofensa à honra.

² Para Barbosa (2022) o direito imaterial “diz respeito àquelas criações do espírito que, embora desprovidas de corporalidade, têm relevância econômica e necessitam de proteção jurídica para garantir a exclusividade de seu uso e exploração”.

reconhecimento da ofensa, mas passa a demandar a reparação do dano moral, afirmando a responsabilidade de quem causa esse tipo de prejuízo. O dano moral, portanto, é uma consequência direta da lesão aos direitos da personalidade, sendo perfeitamente justificável a sua indenização.

Durante o século XIX, especialmente com o advento do Código Civil Francês de 1.804 (o *Código Napoleônico*), houve maior formalização do direito civil, fato que influenciou muitos países a reconhecerem a reparação por danos morais. "Com a promulgação do Código Civil Francês em 1804, o direito civil moderno passou a reconhecer a reparação de danos morais, estabelecendo as bases para a proteção da dignidade e da honra como direitos fundamentais" (Goré, 1880, p. 54).

Ainda no século XIX Pereira (2003, p. 36) ensina que o "Código Civil Alemão de 1900 foi o primeiro diploma legislativo moderno a prever expressamente a reparação por danos de natureza moral, estabelecendo paradigma de proteção à dignidade humana no direito contemporâneo".

No século XX o dano moral se tornou mais relevante sendo tratado em diversas legislações e jurisprudências como uma violação dos direitos da personalidade, passível de compensação financeira. O conceito de dano moral consolidou-se nos sistemas jurídicos, sendo amplamente reconhecido como um direito da personalidade, cuja violação gera o dever de indenizar.

No Brasil a evolução do dano moral foi gradativa. A possibilidade da reparação do dano extrapatrimonial data do período em que o país era colônia de Portugal, momento em que vigia as Ordenações do Reino. No entanto, a gênese do dano moral se deu com a promulgação do Código Civil de 1916, sendo este diploma o percussor da origem do instituto da reparabilidade em nossa legislação pátria. O instituto foi tratado especificamente no art. 1547.³

No ano de 1945, com o surgimento da lei de falências, o dano moral ganhou mais um diploma que previa sua aplicação⁴. No ano de 1962 foi a vez do Código Brasileiro de

³ O dispositivo possuía a seguinte redação: Artigo 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

⁴ Art. 20. Quem por dolo requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes.

Parágrafo único. Por ação própria, pode o prejudicado reclamar a indenização, no caso de culpa ou abuso do requerente da falência denegada.

Telecomunicações cuidar do instituto da reparação⁵. A seguir, o Código Eleitoral também dispôs a respeito do dano moral⁶. Já em 1967 foi a vez da lei n. 5.250.⁷

O instituto evoluiu até que no ano de 1988 ganhou caráter constitucional com a promulgação da Carta Magna, que o positivou no artigo 5º, incisos V e X.⁸ A previsão constitucional do dano moral fortaleceu o entendimento de que a reparação não se limita a danos materiais, mas também abrange lesões à esfera subjetiva do ser humano. A partir daí o dano moral passou a ser amplamente reconhecido e aplicado nos tribunais brasileiros, permitindo que os cidadãos busquem reparação por ofensas que causem sofrimento, angústia ou violação dos direitos de personalidade.

De se apontar, por último, a previsão contida do Código Civil de 2002 que, no art. 186, traz o instituto de forma clara e inova ao adotar o termo “exclusivamente moral” em seu texto. Para Diniz (2009, p. 38), o “Código Civil de 2002, em seu artigo 186, consolidou a proteção contra os danos morais, reconhecendo que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e está obrigado a repará-lo”.

⁵ Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

§ 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 2º O valor da indenização será elevado ao dôbro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio fôr.

§ 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.

⁶ Art. 243. Não será tolerada propaganda: (...)

§ 1º O ofendido por calúnia, difamação ou injúria, sem prejuízo e independentemente da ação penal competente, poderá demandar, no juízo cível, a reparação do dano moral respondendo por este o ofensor e, solidariamente, o partido político deste, quando responsável por ação ou omissão, e quem quer que favorecido pelo crime, haja de qualquer modo contribuído para ele.

§ 2º No que couber, aplicar-se-ão na reparação do dano moral, referido no parágrafo anterior, os arts. 81 a 88 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

⁷ Art. 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I - os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;

⁸ Art. 5º (...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação;

1.2 CONCEITO

A doutrina civilista de viés mais clássico, tendo como expoente Sarmiento (2009), conceitua dano como toda diminuição dos bens jurídicos de uma pessoa em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros. O dano é patrimonial (material) quando ocorre destruição, depreciação, deterioração e privação de bens, lucros ou vantagens. É moral (extrapatrimonial) quando o ato ilícito tem consequências psíquicas, afetivas ou sentimentais sobre a personalidade da vítima (Sarmiento, 2009, p. 52).

Interessa-nos particularmente a última modalidade de dano sendo pertinente apresentar alguns conceitos para bem delimitar o objeto do trabalho. O conceito do dano moral liga-se a um prejuízo não material causado a uma pessoa em razão de uma ação ou omissão de outra, que resulta em sofrimento emocional, dor, humilhação, angústia ou outra forma de aflição psíquica. Não há relação com perdas financeiras ou patrimoniais.

Um dos principais desafios jurídicos consiste em conceituar o dano moral. A partir desse conceito será possível resolver todas ou quase todas as questões referentes ao tema. Há autores que conceituam dano moral por exclusão como sendo todo dano que não seja de ordem material. Outros que o consideram como sendo uma dor da alma, que abarca sentimentos como dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação (Cavaliere Filho, 2005, p. 101).

A doutrina estrangeira também aborda o tema de maneira relevante. Segundo o jurista francês Malaurie (2006, p. 82), “o dano moral é aquele que, sem que tenha ocorrido um prejuízo material direto, afeta a honra, a reputação ou a alma do indivíduo”.

É importante pontuar que nem todo fato que causa irritação ou frustração se subsumi ao espectro do dano moral. Há situações fáticas que geram desconforto ou incômodo passageiro que são tratadas como mero aborrecimento. São fatos que, embora cause transtornos, não atingem a dignidade, honra ou integridade emocional de forma significativa, ou seja, não são lesões relevantes a ponto de gerar compensação indenizatória.

1.3 ELEMENTOS

Após contextualizar historicamente o dano moral e definir seu conceito, torna-se fundamental examinar a responsabilidade civil e seus elementos estruturantes. A configuração do dano moral depende a presença desses pressupostos essenciais.

Cavaliere Filho (2005, p. 158) descreve a responsabilidade civil como “o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

O termo responsabilidade denota “obrigação de responder por alguma coisa. Quer significar, assim, a obrigação de satisfazer ou executar o ato jurídico que se tenha convencionado, ou a obrigação de satisfazer a prestação ou de cumprir o fato atribuído ou imputado à pessoa por determinação legal (Silva, 1998, p. 713).

Serpa Lopes (1989, p. 160) preleciona que “[...] a responsabilidade é a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”.

Depreende-se que a consequência precípua da execução de um ato ilícito constitui-se na obrigação de reparar o dano imposto à vítima, de forma a restabelecer a situação anteriormente existente ou, sendo isso impossível, compensando-a pelo infortúnio ocasionado pela ocorrência do fato.

A obrigação de indenizar depende da presença de alguns fatores. Estes são os denominados pressupostos ou elementos da responsabilidade civil, a saber: conduta, nexo de causalidade e dano. A conduta pode consistir numa ação ou omissão, o nexo de causalidade estabelece a vinculação entre a conduta e os efeitos desta e o dano é o mal acarretado à vítima em razão da ação ou omissão do agente.

Toda conduta humana decorre de um ato que pode consubstanciar-se em uma atitude positiva ou negativa do agente que a pratica. A atitude positiva é denominada ação, sendo o ato dela decorrente chamado de comissivo. A inatividade ou atitude negativa chama-se omissão, sendo decorrente dela um ato omissivo. Segundo Stoco (1995, p. 51), “[...] omissão é uma conduta negativa. Surge porque alguém não realizou

determinada ação. A sua essência está propriamente em não se ter agido de determinada forma”.

É necessário que aquele que sofreu o efeito da conduta suporte prejuízo decorrente da ação ou omissão do ofensor. É preciso também que exista vínculo entre a ação ou omissão e que o dano apresente uma perfeita relação de causa e efeito.

Não se fala em obrigação de indenizar sem a existência de um dano, pois a admissão de tal ideia ensejaria enriquecimento sem causa para aquele que recebesse a indenização. Gonçalves (1995, p. 27) ensina que:

sem prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível.

Sobre a liquidação do dano, o Código Civil estabelece, nos artigos 944 a 954 a regra acerca da extensão da reparação dos danos decorrentes de atos ilícitos. No que tange à prova do dano, ressalte-se que nem sempre cabe à vítima o ônus de comprovar sua existência, existindo casos em que o dano é presumido.⁹

Silva (2023, s/p.) explica: “o dano moral *in re ipsa* afigura-se configurado pelo próprio fato. Nesse sentido, não é necessário provar a ofensa moral”. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reconhecido o dano *in re ipsa* em diversas situações. Por exemplo, no Recurso Especial nº 1.899.304, o STJ entendeu que a inscrição indevida em cadastro de inadimplentes configura dano moral presumido, dispensando a prova do prejuízo (Brasil, 2022).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), o entendimento sobre o dano *in re ipsa* também é reconhecido, especialmente em casos de violação de direitos fundamentais, embora as decisões específicas variem conforme o contexto e as particularidades de cada caso.

⁹ “o dano moral, por sua própria natureza, prescinde de prova específica, sendo ele caracterizado como dano *‘in re ipsa’*. A gravidade do fato ofensivo é que gera, por si só, o dever de indenizar” (Cavaliere Filho, 2021, p. 94).

1.4 ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO

O arbitramento da indenização por dano moral aflige os operadores do direito. O legislador brasileiro estabeleceu no art. 944 do Código Civil algumas diretrizes no intuito de orientar a definição da indenização.¹⁰ Previu a necessidade de apurar a extensão do dano e a necessidade de se observar também a gravidade da culpa, não se podendo fechar os olhos para a proporção entre estes.

Depois de reconhecida a ocorrência do dano moral, segue-se para uma tarefa extremamente difícil para o julgador que é a de quantificar o montante suficiente para compensar a vítima e, também, no mesmo ato, para punir o ofensor (praticante da conduta reprovável), sobretudo diante da ausência de critérios objetivos e específicos para o arbitramento de valores.

1.4.1 Critérios doutrinários e jurisprudenciais

Na ausência de critérios legislativos expressos para a definição do valor do dano moral, a doutrina tem se debruçado no intuito de estabelecer parâmetros, caminhos que possam guiar os julgadores em seu mister. Os tribunais, por sua vez, têm passado a adotar critérios relativamente lineares, como se pudéssemos observar que a reiteração de fractais afeta a teoria de sistemas de direito do Aronne (2006, p. 84).

Não resta dúvida de que o problema mais sério suscitado na reparação do dano moral está na valoração e arbitramento do valor econômico a ser oferecido ao ofendido. Sabe-se que quando se trata de dano material a apuração do valor se faz com base em informações e dados concretos. Chegar exatamente ao desfalque sofrido no patrimônio da vítima é uma atividade complexa e a indenização consistirá no seu exato montante. No caso do dano moral, a apuração do quantum indenizatório se torna dificultosa porque o bem lesado (a honra, o sentimento, o nome) não se mede monetariamente, ou seja, não tem dimensão econômica ou patrimonial.

¹⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Para a fixação podem ser destacados alguns critérios a serem observados, porém, o primeiro critério é o da razoabilidade e da proporcionalidade. Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 212), “proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação, prudêncil”. Assim, laborando nos três consagrados níveis de tais princípios, podem ser identificados os critérios da adequação (ou conformidade), por meio do qual o valor deve ser apropriado, tecnicamente adequado para reparar o dano sofrido; da necessidade (ou exigibilidade), no sentido de que a indenização deve ser a menos invasiva possível na esfera patrimonial do causador do dano; e proporcionalidade em sentido estrito, momento em que se deve ponderar efetivamente se o valor da condenação, embora seja adequado e necessário, é realmente uma indenização de justa medida entre o dano causado e a atitude do agressor.

Outro critério é a análise das circunstâncias do caso concreto (contornos fáticos). O julgador deve observar todo o contexto em que as partes estavam inseridas. Deve-se observar a intensidade do dolo ou grau de culpa do ofensor e também a participação que a vítima teve na ocorrência do dano extrapatrimonial ou no seu agravamento. Também é importante analisar a intensidade do sofrimento da vítima, pois este, se aferido no caso concreto, deve ser um fator de agravamento ou diminuição do valor da indenização.

Um terceiro critério refere-se às condições socioeconômicas (social, educacional, profissional, econômica etc.) do ofendido. Não se pode escusar que a dor do pobre vale tanto quanto a dor do rico e seria uma violação à isonomia e à dignidade diferenciar o valor da indenização de acordo com a situação socioeconômica da vítima.

Um quarto critério que pode ser ressaltado refere-se às condições socioeconômicas do ofensor e os benefícios que este obteve com o ilícito. Por esta análise, se o ofensor for pessoa (física ou jurídica) de grande porte financeiro, a indenização deverá ser bem mais elevada do que se tratarmos de uma pessoa humilde, de poucas posses e com parca condição de saldar a dívida.

Gonçalves (2019, p. 29) ensina que:

a fixação da indenização por dano moral deve atender a um critério de razoabilidade, considerando a gravidade da lesão, a intensidade do sofrimento experimentado pela vítima, a condição econômica das partes e a necessidade de evitar tanto o enriquecimento sem causa quanto a fixação de valor irrisório.

Stoco (2019, p. 170) esclarece que:

A fixação do valor da reparação deve atender a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, levando em consideração a extensão do dano, a gravidade da ofensa, a condição econômica das partes e o caráter pedagógico da indenização, sem proporcionar à vítima um enriquecimento sem causa, tampouco ser insuficiente para o ofensor, de modo que este não volte a incidir na prática lesiva.

1.4.2 Método Bifásico na valoração do dano moral

O Superior Tribunal de Justiça vem adotando o que a própria Corte denomina de método bifásico para definir o montante das indenizações por danos morais aos casos a ela submetidos a julgamento.

A partir do ano de 2010, com o início da atuação do Ministro Paulo Sanseverino no Superior Tribunal de Justiça, iniciou-se uma mudança no paradigma do arbitramento das indenizações por danos imateriais na Corte de Justiça. Tendo abordado o tema em sua tese de doutorado, Sanseverino (2009, p. 73) sustentou que o sistema do arbitramento da indenização precisava ser uniforme e razoavelmente previsível, embora devendo sopesar as peculiaridades de cada caso concretamente considerado.

Pontua-se que o método deve partir de um valor básico para a reparação, o qual é encontrado a partir do interesse jurídico lesado e de um grupo de precedentes oriundos do próprio Tribunal que o aplica, in casu, o Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a primeira etapa visa assegurar uma exigência de justiça comutativa, que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, da mesma forma como situações distintas devem ser tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Depois, em um segundo momento da atividade jurisdicional, verificam-se as circunstâncias do caso para fixar em definitivo o valor da indenização. Partindo-se de indenização básica, eleva-se ou reduz-se o valor definido de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), até que se alcance o

montante definitivo, realizando um arbitramento efetivamente equilibrado que respeita as peculiaridades do caso.¹¹

A ementa do Recurso Especial nº 1.473.393 – SP, notadamente os itens 8, 9 e 10, da relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, explica, de forma didática, no que consiste o método bifásico.¹²

Apesar de sua objetividade e de sinalizar maior segurança jurídica pode-se dizer que o método ainda se mostra pouco conhecido dos aplicadores do direito como um todo e não tem grande ressonância fora dos limites da mencionada Corte Superior. O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por exemplo, não o aplica com recorrência. Ao menos não há referência expressa ao método em sua jurisprudência.

1.5 RELEVÂNCIA DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL PARA A COMPREENSÃO DO DANO MORAL

Após a abordagem teórica sobre o dano moral, sua evolução histórica, seus elementos caracterizadores e os critérios para arbitramento da indenização, faz-se necessário examinar como esses conceitos são aplicados na prática pelos tribunais. A doutrina estabelece diretrizes fundamentais para a compreensão do instituto, mas é na jurisprudência que se evidencia a efetiva concretização dessas diretrizes no cenário jurídico nacional.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ-GO), assim como outros tribunais brasileiros, desempenha um papel crucial na interpretação e na uniformização das decisões sobre dano moral. Contudo, a análise dos julgados revela que, apesar das

¹¹ O método bifásico para fixação de indenizações por dano moral. STJ, 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-10-21_06-56_O-metodo-bifasico-para-fixacao-de-indenizacoes-por-dano-moral.aspx. Acesso em 09 de set. de 2024.

¹² O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarificação do dano, trazendo um ponto de equilíbrio pelo qual se consegue alcançar razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, bem como estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso.

diretrizes doutrinárias e legislativas, há divergências na fixação das indenizações¹³, gerando questionamentos sobre a previsibilidade e segurança jurídica das decisões¹⁴.

Dessa forma, o próximo capítulo busca investigar como o TJ-GO tem decidido casos envolvendo dano moral, examinando critérios utilizados para fixação da indenização, eventuais inconsistências nas decisões e o impacto dessas variações na segurança jurídica. Essa análise permitirá verificar se os parâmetros teóricos discutidos neste primeiro capítulo são de fato observados na prática forense ou se há necessidade de aprimoramentos na metodologia aplicada pelos julgadores.

¹³ Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos).

¹⁴ Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz

CAPÍTULO 2 – DO DANO MORAL EM JULGADOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS NO ANO DE 2023

2.1 APRESENTAÇÃO

A análise do dano moral, especialmente quando relacionada às relações de consumo, exige uma compreensão não apenas jurídica, mas também econômica, já que as decisões judiciais geram incentivos econômicos para as partes envolvidas. A perspectiva da análise econômica do direito pode fornecer uma visão ampla sobre as consequências das escolhas judiciais, ampliando o entendimento dos efeitos das decisões para o sistema econômico e social. O presente capítulo visa, portanto, explorar o tratamento dado ao dano moral em julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de Goiás no ano de 2023, a partir de uma amostra de 40 acórdãos¹⁵, todos recursos de apelação cível, relacionados à condenação por dano moral em decorrência de cobrança indevida de serviços por uma empresa de telefonia fixa.

O levantamento realizado analisa o critério de determinação do valor das indenizações, destacando a variação entre a condenação inicial e as modificações ocorridas nas instâncias superiores, com o objetivo de identificar padrões e possíveis discrepâncias nos julgados. A abordagem da análise econômica do direito auxilia na compreensão de como os incentivos criados pela jurisprudência impactam o

¹⁵ Foram analisados os recursos de apelação cível decorrentes das ações: 0410934-24.2014.8.09.0134, 0445505-21.2014.8.09.0134, 0409536-08.2015.8.09.0134, 5147782-17.2022.8.09.0134, 0405757-45.2015.8.09.0134, 0328546-64.2014.8.09.0134, 0479358-21.2014.8.09.0134, 0206321-08.2015.8.09.0134, 0032086-28.2016.8.09.0134, 0272302-81.2015.8.09.0134, 0141479-19.2015.8.09.0134, 0021109-11.2015.8.09.0134, 5380341-43.2022.8.09.0134, 0242075-40.2017.8.09.0134, 0237375-89.2015.8.09.0134, 0215742-22.2015.8.09.0134, 0459824-91.2014.8.09.0134, 0187918-88.2015.8.09.0134, 0021077-06.2015.8.09.0134, 0097832-71.2015.8.09.0134, 0106061-83.2016.8.09.0134, 0077568-96.2016.8.09.0134, 0210009-41.2016.8.09.0134, 0451237-80.2014.8.09.0134, 0016162-74.2016.8.09.0134, 0289638-35.2014.8.09.0134, 0281979-72.2014.8.09.0134, 0109959-41.2015.8.09.0134, 0380311-74.2014.8.09.0134, 0059455-65.2014.8.09.0134, 0425762-88.2015.8.09.0134, 0132433-06.2015.8.09.0134, 0276774-62.2014.8.09.0134, 0204971-82.2015.8.09.0134, 0330244-08.2014.8.09.0134, 0128745-36.2015.8.09.0134, 0089145-08.2015.8.09.0134, 0049141-26.2015.8.09.0134, 0383884-23.2014.8.09.0134 e 0385599-03.2014.8.09.0134.

comportamento de empresas e consumidores, considerando as implicações econômicas dessas decisões.

Observou-se que, em vinte e duas ações, os autores não estipularam um valor específico para a indenização por dano moral, deixando a definição a critério do magistrado. Entre os demais casos, dois autores requereram R\$ 10.000,00 (dez mil reais); um pediu R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); dois solicitaram R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais); um pediu R\$ 43.000,00 (quarenta e três mil reais); outro, R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); quatro demandaram R\$ 47.500,00 (quarenta e sete mil e quinhentos reais); quatro requereram R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); e dois solicitaram R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

A pesquisa investiga os fatores que influenciam a variação dos valores fixados a título de indenização por dano moral, que, no caso analisado, oscilaram entre R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

2.2 CASOS PESQUISADOS

A análise dos casos será realizada de forma estruturada, o que permitirá uma melhor compreensão dos critérios utilizados pelos juízes para a definição do valor do dano moral. A questão principal envolve o tratamento dado pela jurisprudência à responsabilidade por danos morais nas relações de consumo, especialmente nos casos em que a cobrança indevida de serviços foi o cerne da demanda.

A análise econômica do direito, que busca entender como as decisões judiciais influenciam o comportamento dos agentes econômicos, pode ser útil para entender por que os juízes, em algumas situações, relativizam o dano moral ou reduzem seu valor, ao passo que, em outras, o elevam. A eficiência das decisões judiciais não depende apenas do conteúdo das sentenças, mas também de seu impacto no comportamento das partes e, por conseguinte, na alocação de recursos na sociedade. Nesse sentido, a análise do impacto das decisões no comportamento das partes e na estrutura de incentivos pode ser essencial para entender a lógica subjacente às decisões sobre o dano moral.

2.3 O AFASTAMENTO DO DANO MORAL

Embora a maioria dos julgados analisados tenha mantido a condenação ao pagamento de dano moral, é importante destacar aqueles que entenderam pela inexistência de responsabilidade civil.

Como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, e sem prejuízo de reforçar esse ponto, a responsabilidade civil se configura pela presença de três elementos: a prática de um ato contrário ao ordenamento jurídico, a existência de um dano e o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o prejuízo causado.

Dos quarenta acórdãos analisados, o dano moral foi afastado em treze casos. A análise dos acórdãos demonstra que os julgadores reconhecem que a cobrança por um serviço não contratado viola o Código de Defesa do Consumidor, o que comprova a presença do primeiro requisito.

No entanto, os magistrados não se convenceram quanto à configuração do dano moral. O entendimento adotado sustenta que a simples cobrança indevida caracteriza mero descumprimento contratual, mas não atinge a honra subjetiva do consumidor, sendo classificada como um mero aborrecimento.

Nesse sentido, argumentam que, para configurar dano moral, a cobrança deveria ter ultrapassado a mera inclusão do valor indevido na fatura mensal. Assim, sustentam que seria necessário que a prestadora de serviço tivesse adotado práticas mais gravosas, como a realização de cobrança vexatória, a ameaça ou efetiva inscrição do consumidor em órgãos de proteção ao crédito, o protesto do débito, a interrupção do serviço ou, ainda, que o valor cobrado fosse capaz de comprometer a subsistência do consumidor.

Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, a distinção entre um simples descumprimento contratual e a efetiva configuração do dano moral é relevante para evitar efeitos indesejáveis no mercado. A imposição sistemática de indenizações por danos morais em situações de mero dissabor pode gerar um aumento dos custos operacionais das empresas prestadoras de serviço, levando à elevação dos preços para o consumidor final. “A eficiência econômica deve ser um critério relevante para a formulação e interpretação das regras jurídicas, pois um sistema jurídico eficiente maximiza a riqueza social e reduz os custos de transação” (Posner, 2014, p. 13).

Além disso, deve-se evitar a criação de incentivos para comportamentos oportunistas, o que poderia estimular a chamada "indústria do dano moral" e gerar um volume excessivo de litígios. "A responsabilidade civil deve ser estruturada de modo a minimizar os custos sociais dos danos, evitando tanto a supercompensação das vítimas quanto a criação de incentivos para condutas oportunistas" (Calabresi, 1970, p. 26).

Por outro lado, a responsabilização em casos onde há impacto significativo na esfera pessoal e econômica do consumidor cumpre um papel dissuasório, incentivando as empresas a aprimorarem seus processos e reduzirem práticas abusivas. "O Direito não pode ser indiferente às consequências econômicas de suas decisões, sob pena de desestimular a eficiência e incentivar a litigiosidade excessiva" (Cordeiro, 2009, p. 85).

Dessa forma, os julgados que negaram a indenização por dano moral parecem refletir uma preocupação com a segurança jurídica e a previsibilidade das relações contratuais, buscando equilibrar a proteção ao consumidor com a necessidade de evitar externalidades negativas que poderiam prejudicar o funcionamento do mercado como um todo.

A ausência de reconhecimento do dano moral em 13 (treze) julgamentos, ou seja, em 32% - trinta e dois por cento, e a confirmação da condenação 27 (vinte e sete), correspondente a 68 % - sessenta e oito por cento podem ser melhor visualizados na figura abaixo.

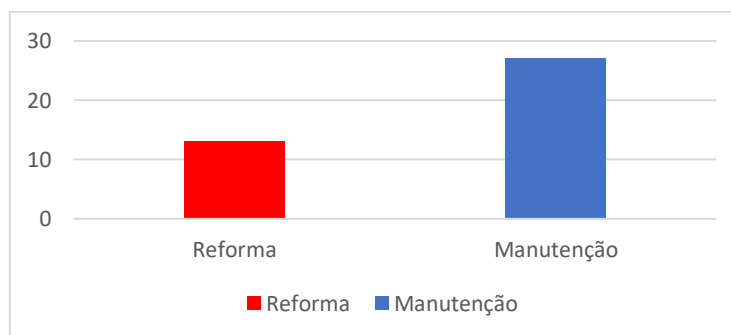


Figura 1: Confirmação do dano moral e afastamento da condenação

Fonte: elaborado pelo autor.

2.4 REDUÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL

Em seis casos, o valor do dano moral foi reduzido. Em um caso o valor da condenação ficou em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e nos outros cinco casos o valor estabelecido foi R\$ 3.000,00 (três mil reais), com base em parâmetros como a gravidade do dano, a extensão das cobranças indevidas e o impacto gerado nas vítimas. Julgadores utilizaram princípios como proporcionalidade e razoabilidade para ajustar os valores fixados na sentença de primeira instância, de modo a não criar um efeito desproporcional em relação ao prejuízo efetivamente sofrido.

Sob a perspectiva da análise econômica do direito, a redução do valor do dano moral pode ser interpretada como uma tentativa de equilibrar as necessidades de justiça para o consumidor com a minimização dos custos sociais do processo. O valor da indenização foi ajustado para evitar que a punição seja excessivamente onerosa para a parte ré, enquanto ainda proporciona algum nível de dissuasão contra comportamentos ilícitos. Essa abordagem busca uma maior eficiência, ajustando a punição ao real impacto da infração e aos custos totais que a sociedade deveria suportar.

Em termos de incentivos econômicos, o comportamento judicial, ao reduzir a penalização, pode incentivar as empresas a adotar uma postura menos cautelosa na cobrança de serviços, não evitando práticas que possam resultar em litígios dispendiosos. A abordagem da eficiência é, portanto, visível na escolha de valores proporcionais ao dano, buscando evitar o enriquecimento ilícito do consumidor ao mesmo tempo em que se dissuade a prática de abusos no mercado.

2.5 MANUTENÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL

Em dezenove julgados, o valor da indenização fixado pelo juízo de origem em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) foi mantido, refletindo uma decisão judicial mais firme em relação à conduta da empresa ré. A manutenção do valor da indenização em comparação com a sentença de primeira instância, geralmente, se baseou na constatação de que a violação aos direitos do consumidor justificava uma reparação que fosse suficiente para desincentivar a empresa a continuar com práticas prejudiciais.

Sob a ótica econômica, essa decisão pode ser entendida como uma tentativa de promover a eficiência social por meio da punição mais severa, que, embora gere custos para a empresa, busca aumentar a conformidade com as normas de proteção ao consumidor. Além disso, ao manter o valor da indenização, a decisão judicial também busca sinalizar para o mercado que práticas de cobrança indevida não serão toleradas, fortalecendo a confiança nas instituições jurídicas e, consequentemente, promovendo um ambiente de negócios mais ético e eficiente.

A sinalização dada pelo Poder Judiciário em grau recursal consiste em confirmar a decisão singular, sem acolher a pretensão recursal da Sociedade Anônima de afastamento do ato ilícito ou mesmo do pedido de redução da verba indenizatória.

Assim, as decisões judiciais de segundo grau que negam provimento a recursos de empresas condenadas por danos morais, com base no Código de Defesa do Consumidor (CDC), geram impactos econômicos relevantes. Essa influência pode ser analisada sob diferentes perspectivas, incluindo os custos diretos para as empresas, os efeitos na previsibilidade jurídica e a repercussão no mercado e no comportamento empresarial.

Quando um tribunal de segunda instância mantém uma condenação por dano moral contra uma empresa, esta deve arcar com o pagamento da indenização, além de eventuais honorários advocatícios e custos processuais. Em empresas de grande porte, com volume expressivo de demandas consumeristas, essas despesas podem representar um impacto significativo no fluxo de caixa e nos resultados financeiros.

Além disso, a manutenção dessas condenações pode estimular o ajuizamento de novas ações por consumidores lesados, elevando os passivos judiciais das empresas. Isso pode gerar a necessidade de provisionamento contábil para lidar com futuros processos, afetando a liquidez e a atratividade da empresa perante investidores.

Decisões de segundo grau que reforçam a responsabilização das empresas por danos morais consolidam uma jurisprudência mais rígida na proteção do consumidor. Esse fator afeta a previsibilidade jurídica das empresas, que passam a ter menos margem para questionamentos recursais e precisam reformular suas estratégias de defesa.

Diante desse cenário, muitas empresas revisam suas políticas internas, adotando mecanismos de *compliance* para evitar práticas que possam resultar em condenações.

Isso pode gerar custos adicionais com auditorias internas, treinamentos e revisão de contratos e práticas comerciais.

Além dos impactos financeiros diretos, a negativa de provimento a recursos em casos de dano moral pode afetar a reputação da empresa no mercado. Empresas reincidentes em violações do CDC podem perder credibilidade junto aos consumidores, resultando em queda nas vendas e redução da fidelização dos clientes.

Ademais, investidores e instituições financeiras podem considerar o alto volume de condenações como um risco adicional, encarecendo o custo de captação de recursos e reduzindo a competitividade da empresa no mercado.

A recorrente manutenção de condenações por dano moral tende a estimular mudanças estruturais no comportamento empresarial. Empresas podem ser incentivadas a investir em um melhor atendimento ao consumidor, na qualidade dos produtos e serviços e na adoção de boas práticas comerciais para evitar litígios.

No setor econômico como um todo, a rigidez do Judiciário na defesa do consumidor pode elevar o padrão de concorrência, beneficiando empresas que operam dentro das diretrizes legais e punindo economicamente aquelas que insistem em práticas abusivas. Isso pode gerar um efeito de autorregulação do mercado, promovendo um ambiente de negócios mais equilibrado e ético.

2.6 MAJORAÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL

Em dois casos houve a majoração do valor do dano moral, sendo que em um o valor foi para R\$ 7.000,00 (sete mil reais) e em outro o valor alcançado foi de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Estas se deram como resultado da gravidade do dano causado, das condições específicas do caso, bem como foi considerado o perfil econômico das partes. A majoração, nesse contexto, busca um efeito de maior dissuasão, principalmente em casos em que a empresa demonstrou negligência ou má-fé nas suas práticas. A análise econômica do direito sugere que, ao elevar o valor da indenização, o juiz busca aumentar os custos da empresa de forma a promover comportamentos mais responsáveis e evitar que a infração se repita.

Essa abordagem está alinhada com a teoria da “punição ótima”, que propõe que a pena seja ajustada para que atinja um equilíbrio entre a dissuasão do comportamento ilícito e a eficiência econômica. O aumento do valor da indenização, além de ser uma resposta proporcional ao dano, visa promover uma alocação mais eficiente de recursos ao desincentivar práticas prejudiciais e dissuadir futuras infrações.

Graficamente representados, pode-se ver que a manutenção da condenação deu azo a três grandes desfechos aos consumidores (redução, manutenção e majoração).

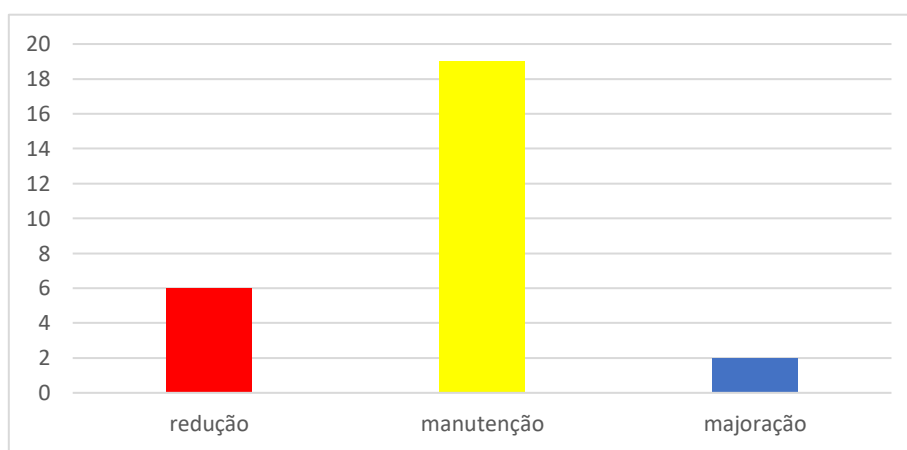


Figura 2: Resultados de condenações

Fonte: elaborado pelo autor.

2.7 ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO ADOTADA PARA REDUZIR, MANTER E MAJORAR AS INDENIZAÇÕES

A indenização por dano moral é uma questão amplamente discutida no âmbito do Direito Civil e do Direito do Consumidor, exigindo do Poder Judiciário uma análise cuidadosa dos elementos do caso concreto. Pertinente, neste momento, examinar algumas das decisões judiciais pesquisadas identificando os fundamentos adotados pelos julgadores e sua coerência com a doutrina e jurisprudência. Importante, nesta parte do trabalho, apresentar de forma mais específica como se deram a fixação do dano moral.

2.7.1 Redução

Nos casos em que o valor da indenização por dano moral foi reduzido verifica-se que os julgadores adotaram como critérios a proporcionalidade e a razoabilidade, consideraram as circunstâncias do caso concreto, como a extensão do dano, o baixo valor indevidamente cobrado e a ausência de negativação. Consideraram parâmetros jurisprudenciais da Corte e a situação econômico-financeira tanto do ofensor quanto do ofendido.

É o que se pode aferir da fundamentação adotada no julgamento do recurso de apelação cível n. 0215742-22.2015.8.09.0134, o qual reduziu o valor da indenização para o menor patamar dentre os casos pesquisados. Em recurso apresentado pela Sociedade Anônima demandada, o voto do desembargador relator pondera:

Relativamente à fixação do *quantum* indenizatório, é importante destacar que não se pode perder de vista que a reparação dos danos morais funciona como meio reparador e desestimulador. Reparador porque compensa a dor intimamente sofrida, nem sempre relacionada à perda patrimonial, e desestimulador à medida que não fomenta a reiteração de condutas lesivas aos direitos de outrem.

Deve-se, ainda, considerar a finalidade compensatória da indenização para aquele que sofreu o dano e sua finalidade punitiva, preventiva ou pedagógica para aquele que o praticou.

Há, contudo, um limite logicamente estabelecido pelas regras jurídicas: não pode servir como fonte de enriquecimento sem causa para quem o recebe ou de empobrecimento desarrazoado para quem paga.

Noutro vértice, a súmula 32 desta Corte Estadual estipula *que* “a verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação.”

Traçadas tais balizas, em análise ao caderno processual e as particularidades do caso, a situação econômico-financeira do ofensor e da ofendida, bem como a orientação jurisprudencial firmada em casos análogos, entende-se que o montante condenatório deve ser reduzido para o valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), a fim de adequar-se à razoabilidade e proporcionalidade.

Observa-se que o julgador toma por base os critérios mais recorrentes na jurisprudência.

2.7.2 Manutenção

Como visto em tópico anterior, a maioria dos julgadores mantiveram o valor da indenização por dano moral no montante fixado na sentença.¹⁶

A análise do entendimento sufragado pode ser feita mediante a apresentação dos trechos dos acórdãos lavrados no julgamento dos recursos de apelação n. 0089145-08.2015.8.09.0134 e n. 0204971-82.2015.8.09.0134, por bem representarem o pensamento dos outros julgadores que não alteraram o valor da condenação.

O primeiro pontua:

3.4.1 A indenização por danos morais visa estabelecer um reparo aos transtornos psíquicos, emocionais, cujo valor deve ser estipulado levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, para se evitar que a quantia a ser paga configure enriquecimento indevido ou penalidade de insignificante dimensão.

3.4.2 Considera-se, assim, que a estipulação de valor indenizatório deve possuir caracteres compensatórios, punitivos e pedagógicos, sempre atento a diretrizes seguras de proporcionalidade e de razoabilidade.

3.4.4 Acerca da necessidade de observância de tais parâmetros, de outro modo não dispõe a jurisprudência desta Corte e do C. STJ:

“(...) Danos morais. Valor indenizatório. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Na condenação ao pagamento de reparação de danos morais, deve-se considerar a repercussão econômica do dano, a capacidade financeira do lesado e do agente, o grau de dolo ou culpa deste último e, por fim, a dor experimentada pela vítima, conforme o caso (...)”. (TJGO. 2ª Câmara Cível. AC nº 0261929-40.2013.8.09.0011. Rel. Des. Carlos Alberto França. DJ de 15/08/2018).

3.5 A matéria encontra-se, aliás, solidificada no âmbito da jurisprudência desta Corte por meio da Súmula 32, *litteris*: “A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação”.

¹⁶ Importante informar que os recursos analisados foram, em sua maioria, interpostos pela Concessionária de Telefonia, que buscava a exclusão do dano moral ou, alternativamente, a redução do montante arbitrado pelo juízo de origem. Essa circunstância é relevante e deve ser considerada para a compreensão do desfecho dos julgamentos, notadamente em razão do princípio da non reformatio in pejus.

3.5.1 Ora, estipular valor indenizatório baixo é negar reparação e fixá-lo em valor estratosférico, é dar margem ao locupletamento indevido.

3.5.2 Em detida análise da fundamentação da sentença recorrida, verifico que a ilustre Magistrada arbitrou o valor indenizatório em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, em consonância com os caracteres compensatórios e pedagógicos da medida, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que levam em conta a gravidade do fato e das condições pessoais dos envolvidos, com o intuito de se evitar que a quantia a ser paga configure um enriquecimento indevido ou uma penalidade de insignificante dimensão.

O segundo prescreve:

Prosseguindo, quanto à alegação da ré/apelante de necessidade de redução do valor da condenação, entendo novamente que razão não lhe assiste.

Isso porque, a indenização deve levar em conta as condições pessoais dos envolvidos para se evitar que a quantia a ser paga configure enriquecimento indevido ou penalidade de insignificante dimensão, observando-se, assim, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação de seu valor.

(...)

No contexto dos autos, considerando a condição financeira do autor/apelado, as consequências da prestação inadequada dos serviços de telefonia e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, reputo adequado o valor dos danos morais fixados na origem (R\$ 5.000,00), montante esse suficiente para impor à ré/apelante punição capaz de dissuadi-la de conduta semelhante sem, contudo, propiciar enriquecimento indevido ao autor/apelado.

Há aqui também a utilização dos critérios tradicionais para a fixação da verba indenizatória.

2.7.3 Majoração

É relevante destacar que, em dois julgados, houve aumento da indenização por dano moral. Em um dos casos, o valor foi elevado para R\$ 7.000,00 (sete mil reais), enquanto, no outro, a quantia fixada em sentença foi duplicada, resultando em uma indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao consumidor.

No primeiro caso (apelação n. 0097832-71), o julgador observou a extensão do dano, a gravidade da violação, a repercussão do fato na esfera pessoal do ofendido, as condições socioeconômicas do ofensor, além dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Também foram considerados o valor das cobranças efetuadas pela parte demandada, a ausência de negativação e a jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça.

O valor da verba indenizatória deve ser fixado considerando a extensão do dano ou gravidade da violação, a repercussão na esfera pessoal do ofendido, e as condições sócio-econômicas do ofensor, além de atentar para os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

(...)

Sob esse prisma, considerando as circunstâncias do caso concreto, como a extensão do dano, a baixa monta dos valores cobrados indevidamente, a ausência de negativação do nome da Autora/Apelante, bem como os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência desta Corte, a indenização por dano moral deve ser fixada no montante de R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

No segundo caso (apelação cível n. 0106061-83), verifica-se que a fixação da indenização por dano moral considerou as finalidades da condenação, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a extensão do dano, as condições econômicas das partes e o tempo de tramitação da demanda. Por pertinente, vale transcrever um trecho do acórdão.

Com relação ao *quantum* a ser arbitrado a título de indenização por danos morais, cumpre esclarecer que a reparação do dano moral tem função diversa daquela referente aos danos patrimoniais, não podendo ser aplicados critérios iguais para sua quantificação.

Ainda, é válido ressaltar que o dano moral, na moderna doutrina, é indenizável com tríplice finalidade: satisfativa para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade.

Destarte, deve-se levar em consideração o atendimento destes três fatores, de sorte que não basta compensar a vítima pelo dano sofrido, pois é mister sancionar o lesante a fim de que a reparação ao dano moral funcione de forma a prevenir que o infrator não reitere sua conduta ilícita e, igualmente, sirva de exemplo para a sociedade, configurando-se numa prevenção geral.

O arbitramento do montante da condenação, ainda, deve ser realizado com estrita observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade,

devendo o julgador considerar as peculiaridades do caso concreto, levando em conta a extensão do dano, assim como a situação financeira das partes.

Nessa esteira, e já passado quase sete anos de trâmite judicial da presente demanda, entendo que no presente caso é razoável e proporcional arbitrar a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), no intuito de que se possa resguardar a compensação à parte lesada, bem como sejam observados os nortes principiológicos didático-pedagógico das indenizações por danos morais. Ademais, não vejo necessidade de ponderações significativas a respeito da gravidade do fato, da culpabilidade do causador do dano, ou sobre a existência de culpa concorrente da vítima, pois as circunstâncias fáticas retratadas nos autos relevam que se trata de fato corriqueiro semelhantes aos muitos já analisados nos julgamentos por este Tribunal de Justiça.

Por fim, a quantia não se mostra vultuosa à empresa telefônica, haja vista sua estrutura financeira. No mesmo sentido, a respeito da vedação de enriquecimento sem causa que vigora em nosso ordenamento jurídico, vale considerar em primeiro lugar, que o montante da condenação não é suficiente para gerar riqueza alguma, e, em segundo, diante da lesão a interesse jurídico legítimo do consumidor a indenização pelo dano moral é causa justa e legal.

As abordagens adotadas nesses casos apresentam algumas diferenças em relação àqueles em que o valor do dano moral foi reduzido ou mantido. O ponto comum entre os dois julgados é a consideração da condição econômica do ofensor, ou seja, a análise da capacidade de pagamento de quem cometeu o ato lesivo.

A menção ao “efeito dissuasório” e à necessidade de conferir “exemplaridade para a sociedade” na fundamentação do segundo recurso ilustra claramente o que a doutrina e a jurisprudência denominam de função pedagógica da indenização.

2.7.4 Considerações finais

Pode-se salientar da leitura das fundamentações transcritas que há um certo padrão adotado. A redução e a manutenção se valeram dos critérios comumente adotados na jurisprudência e elencados pela doutrina. São os discriminados pelo item 1.4.1 deste trabalho.

Nos casos em que houve majoração, os julgadores consideraram a gravidade da violação e sua repercussão na vida do ofendido. Elementos como a capacidade financeira do ofensor e o caráter pedagógico da condenação também foram

determinantes para o aumento do valor fixado. Essas decisões demonstram a preocupação do Judiciário em garantir que a indenização cumpra sua função reparatória e dissuasória, evitando que práticas lesivas se tornem recorrentes.

Dessa forma, o estudo dos julgados permite compreender os critérios utilizados pelos tribunais para a fixação das indenizações por dano moral. Vale destacar que nenhum dos julgadores faz referência expressa ao método bifásico já adotado pelo Superior Tribunal de Justiça nem se preocupa, ao menos de forma expressa, em fazer uma análise econômica do direito.

2.8 DECISÕES CONFLITANTES E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Um dos desafios enfrentados pelo sistema jurídico, como evidenciado pelos julgados analisados, é a divergência de decisões sobre casos similares, fenômeno conhecido como “jurisprudência lotérica”. A falta de uniformidade nas decisões pode afetar negativamente a segurança jurídica, já que a imprevisibilidade das sentenças gera custos adicionais para as partes, que não conseguem prever os resultados de seus litígios. Sobre a segurança Ávila (2011, p. 204) ensina que:

A segurança jurídica no sentido de princípio objetivo, envolve as exigências de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito em geral. Nessa acepção, pode-se entender que uma norma não muito clara, um ordenamento jurídico não muito estável ou não totalmente previsível constitui violação ao princípio da segurança jurídica.

Do ponto de vista da análise econômica do direito, a segurança jurídica tem um valor significativo, pois decisões previsíveis reduzem a incerteza no mercado e proporcionam aos indivíduos um grau maior de confiança em suas decisões. A imprevisibilidade dos julgados gera custos sociais adicionais, como o aumento do risco para as empresas, que podem tomar decisões mais conservadoras (aumentando o custo de transações) ou menos transparentes para evitar litígios. A segurança jurídica, ao proporcionar previsibilidade, contribui para a eficiência econômica do sistema, pois permite que as partes planejem suas ações e investimentos com maior confiança nas regras do jogo.

Além disso, a uniformidade nas decisões também tem um efeito positivo na alocação de recursos, pois evita que os indivíduos tenham que gastar recursos excessivos para interpretar a lei e antever os resultados das disputas judiciais. Embora o método bifásico do STJ tenha o potencial de reduzir as disparidades na fixação de indenizações, não há indícios de que o TJ-GO o aplique de forma recorrente. A adoção mais ampla desse método poderia contribuir para um ambiente econômico mais eficiente e justo, trazendo maior previsibilidade às decisões judiciais.

CAPÍTULO 3 – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 DIREITO E ECONOMIA

O direito e a economia procuram retratar diversos fatos sociais em comum com base em vocabulários característicos próprios e questionamentos distintos. Isso porque seria de se conjecturar que suas perspectivas lograssem ser úteis para uma percepção mais ampla de um determinado tipo de problema legal.

Grau (2020) destaca que o Direito e a Economia estão intrinsecamente ligados, pois o Direito não apenas regula a atividade econômica, mas também é influenciado pelas dinâmicas econômicas. Para ele, a Constituição Econômica é “a interseção entre normas jurídicas e os fatos econômicos, estabelecendo diretrizes para a intervenção estatal no mercado” (Grau, 2020, p. 67).

Bastos (2004) defende que a Constituição impõe limites e direções ao funcionamento da economia, evitando abusos do poder econômico e garantindo uma atuação equilibrada do Estado. Ele ressalta que “a liberdade de mercado não pode ser absoluta, devendo ser regulada conforme os princípios constitucionais da ordem econômica” (Bastos, 2004, p. 72).

Oliveira Júnior (2011, p. 7) afirma que a “análise econômica do direito é um movimento doutrinário nascido nos Estados Unidos que se constitui a maior novidade do Direito, desde o advento da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Espalhou-se por todo o mundo e possui aplicações em diversos campos do Direito. É necessário desmistificá-lo por não ser uma decorrência do neoliberalismo e da globalização, não possuir a solução para todos os problemas do Direito e ter a possibilidade de ser aplicado em constituições que consagraram os direitos fundamentais.

A análise econômica do direito é definida como “a aplicação da teoria e de métodos econométricos no exame da formação, estrutura, processos e impacto do direito e das instituições jurídicas” (Battesini, 2011, p. 25).

É um método que busca avaliar se a função de determinada regra acarretará nos efeitos que dela se esperam, mediante técnicas econômicas neoclássicas. Logo, procura auxiliar na tomada de decisões jurídicas ao considerar a teoria dos preços, os

custos e benefícios e outros parâmetros de eficiência social e econômica. Trata-se de uma ferramenta que auxilia na compreensão dos institutos de direito privado consoante a análise econômica das decisões judiciais.

Alguns temas jazem bem adjuntos da preocupação econômica, como o direito regulatório concorrencial ou comercial, bem como a análise econômica da responsabilidade civil, dos contratos, do direito processual ou do direito de família, por exemplo. De fato, tratando-se da análise econômica da responsabilidade civil, a principal novidade que a AED proporciona é a perspectiva da prevenção como emprego substancial da responsabilidade civil, tratando a indenização como “última ratio” em termos de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

A aferição da responsabilidade civil estimula a adoção de ações, seja por parte da vítima ou do agente. Isso porque um montante que exorbite o valor do dano se prestará a uma diligência punitiva ou preventiva, quanto à repetição do ato lesivo.

Conclui-se que a análise econômica age de forma a alterar o foco da reparação do dano para a prevenção dos efeitos lesivos. Essa análise não só atribui uma especificidade diversa do sistema tradicional, como também procura outros procedimentos de imputação da responsabilidade civil e de estimação da indenização.

3.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Tecidas considerações acerca do dano moral e algumas de suas vicissitudes importa trazer alguns pontos importantes acerca da Análise Econômica do Direito (AED).

Inicialmente, traz-se à baila que a Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* é uma forma de interpretação e resolução de problemas jurídicos, utilizando-se da teoria econômica, costumeiramente da microeconomia e da econometria.

Historicamente, traça-se o percurso dessa maneira de assimilação do Direito sob o olhar do econômico da seguinte forma: apesar da compreensão do Direito por meio da Economia encontrar precedentes nos escritos de Beccaria (1767) sobre direito penal, e especialmente em Bentham (1789) acerca das sanções legais desencorajarem más condutas, curiosamente, somente nas décadas de 1960 e 1970 surgiram os estudos de

Coase (1960), Becker (1968), Calabresi (1970) e Posner (1972), os quais consolidariam o movimento da Análise Econômica do Direito (Parreira; Benacchio, 2012, p. 178).

Seguindo ainda a linha temporal de nascimento e desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, percebe-se que o movimento teórico não é homogêneo, mas reúne diversas vertentes. Além da tradicional Escola de Chicago da *Law and Economics*, há, ainda, por exemplo, a *Public Choice Theory*, *Institucional Law and Economics* e a *New Institucional Economics*. De qualquer forma, “a Escola de Chicago é a mais importante vertente do pensamento da Análise Econômica do Direito, forte no pensamento de Ronald Coase e de Richard Posner” (Parreira; Benacchio, 2012, p. 178).

A mola propulsora inicial e pujante da AED foi o artigo de Coase (1960, p. 19):

The Problem of the social cost, publicado no *The Journal of Law and Economics*, n. 3, da Universidade de Chicago, em 1960, permitiu a George Stigler desenvolver o “Teorema de Coase”. O teorema iguala os custos sociais e privados, quando existe uma situação de custos de transação zero, a alocação de um bem que foi negociado pelas partes sempre será eficiente. Os custos de transação zero devem ser sempre uma situação de informação completa e acessível. Um exemplo comumente utilizado pelo próprio Coase é o da fábrica que gera poluição por uma de suas chaminés causando transtornos para o condomínio vizinho. Defende que a fábrica não deve ser analisada sob uma perspectiva de externalidades negativas, pois se os custos de mudança geográfica do condomínio forem menores que os custos de diminuição da poluição, a externalidade negativa será do condomínio e a fábrica deverá pagar para que se mudem.

Em continuação à exposição das linhagens teóricas em destaque na procedência da AED, tem-se que:

A origem da discussão contemporânea de Direito e Economia encontra-se nos trabalhos pioneiros de Ronald Coase, Guido Calabresi e Trimarcchi, que apontaram novos aspectos e questões para o tratamento da relação entre Direito e Economia, e, mais recentemente, na Teoria das Organizações. O primeiro ganhador do Nobel de Economia demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. Coase explicou que a inserção dos custos de transação na Economia e na Teoria das Organizações implica a importância do Direito na determinação de resultados econômicos.

Segundo o Teorema de Coase, em um mundo hipotético sem custos de transação (pressuposto da Economia Neoclássica), os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente. Nesse mundo, as instituições não exercem influência no desempenho econômico. Ocorre que, como asseverou Coase, esse é o mundo da *blackboard economics*. Ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que, no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam

significativamente o comportamento dos agentes econômicos (Sztajn; Zylbersztajn, 2005, p. 19).

De acordo com os ensinamentos de Sztajn e Zylbersztajn (2005), depreende-se que fator primordial são os pressupostos para os custos de transação na determinação e na própria ordem basilar da origem da AED. Eles significam os gastos com planejamento, elaboração, negociação em transações de manutenção do funcionamento de um negócio ou oriundos da captação de recursos. Representam os dispêndios que não dizem respeito diretamente aos custos de produção. Portanto, representam os gastos ligados à manutenção de contratos, que garantirão seu cumprimento. De modo geral, são exemplificados como as despesas com elaboração e negociação dos contratos; mensuração e fiscalização de direitos de propriedade; monitoramento do desempenho; organização de atividades etc.

Das assertivas acima depreende-se que o expoente da Análise Econômica do Direito e primeiro ganhador do Nobel de Economia, Ronald Coase (1960), critica a análise econômica ortodoxa (baseada em pressupostos neoclássicos), no ponto em que essa base teórica tem como premissa os custos de transição zerados, caracterizando-a, inclusive, como o “mundo da *blackboard economics*”, concluindo contrariamente à corrente teórica quando assevera que as instituições legais impactam significativamente os agentes econômicos. Apesar disso, utiliza-se da proposição refutada (a de que os custos de transação são iguais a zero) para concluir contra a abordagem das externalidades negativas geradas pelas fábricas poluidoras, em seu próprio exemplo.

Essas visões contraditórias se devem, possivelmente, à complexidade das questões envolvidas na discussão. Sobreleve-se, inclusive, a conclusão de Coase (1960) segundo a qual as instituições legais impactam significativamente os agentes econômicos corrobora fortemente os ideais negatórios da AED. Tais ideais¹⁷

¹⁷ Os ideais negatórios da AED contestam sua primazia como método de interpretação do Direito, questionando a centralidade da eficiência econômica como valor jurídico absoluto. Críticos como Guido Calabresi argumentam que a análise econômica do Direito não pode ignorar os custos sociais das decisões jurídicas, defendendo que a justiça distributiva deve ser considerada na formulação das normas: “a escolha entre eficiência e distribuição justa dos custos sociais deve ser feita conscientemente, pois as regras jurídicas podem influenciar diretamente essa alocação” (Calabresi, 1970, p. 69). Além disso, autores do movimento Critical Legal Studies (CLS), como Duncan Kennedy, denunciam que a AED frequentemente legitima desigualdades sociais ao priorizar a lógica de mercado sobre direitos fundamentais: “a análise econômica do direito assume um caráter político ao naturalizar desigualdades sociais, mascarando escolhas distributivas sob a aparência de neutralidade econômica” (Kennedy, 1997, p. 134). Nesse

circunscrevem-se na Análise Jurídica da Economia que, ao invés que interpretar o Direito com base na Economia, inverte a ordem, pugna pela humanização da Economia, pontuando a importância dos princípios jurídicos influenciarem as questões econômicas.

Para caracterização da metodologia em apreço, é importante salientar a tríade das premissas fundamentais a ela subjacentes: individualismo metodológico, maximização das escolhas racionais e eficiência baseada no critério econômico.

3.3 APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A AED não é, em absoluto, a matematização do direito, como alguns querem antever. Não se trata da priorização da maximização das riquezas simplesmente. Para Ribeiro e Gico Júnior (2013, p. 43), a análise econômica do direito não é um fim em si mesma, mas trata-se da:

[...] aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. [...], a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.

O que na realidade os adeptos da escola da Economia do Direito têm tentado é criar um sistema de “paridade de armas”, pois nas relações de consumo, o fornecedor analisa meticulosamente quais os custos que poderão ser dispendidos na precaução a fim de se evitar um eventual produto ou serviço defeituoso, de tal sorte que gere o máximo de lucratividade em seus negócios. Ou seja, o fornecedor trabalha diuturnamente com os conceitos da relação custo/benefício, que gera uma maximização dos seus lucros.

Agora que abordamos a aplicação teórica da Análise Econômica do Direito (AED), podemos observar como esse modelo se aplica de maneira pragmática e eficaz,

contexto, a Análise Jurídica da Economia (AJE) surge como uma alternativa à AED, defendendo que o Direito deve moldar a Economia a partir de princípios jurídicos e sociais, e não o contrário. Para Dworkin (1986, p. 228), a justiça não pode ser reduzida a um cálculo econômico, pois o Direito é fundamentado em princípios morais e interpretativos: “o Direito não pode ser concebido apenas como um sistema de regras voltado para a eficiência, mas sim como um campo normativo que incorpora princípios de justiça e equidade”. Assim, a crítica à AED não nega sua utilidade como ferramenta analítica, mas enfatiza a necessidade de uma abordagem mais humanizada e equitativa na formulação e aplicação das normas jurídicas.

especialmente nas relações de consumo, onde as implicações econômicas desempenham um papel central na resolução de disputas e na maximização do bem-estar social.

No direito positivado, apenas o Código Penal (art. 59) traz expressamente a finalidade da sanção a ser imputada ao agente causador de um delito. É bem verdade que o sistema penal por sua própria natureza é tarifário. O legislador, ao estabelecer o intervalo de 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão para o crime de homicídio simples, deixou muitíssimo claro que o juiz, ao estabelecer a sanção, não poderá desviar-se desse intervalo.

No âmbito do direito civil, especialmente nos danos de natureza patrimonial, o CCB/2002 estabeleceu em seu artigo 944 que “a indenização se mede pela extensão do dano”. Essa indenização, porém, é de natureza ressarcitória, pois que não se aplica ao dano moral que não é indene. Ao dano moral, aplica-se a compensação pecuniária, considerando que a dor ou o sofrimento são imensuráveis economicamente. Entretanto, a todas as formas de sanções não se pode perder de vista sua finalidade: “o necessário e suficiente para reprovação e prevenção” (Brasil, 2002).

Assim, tem-se que em termos de responsabilidade civil, especialmente nos danos morais, deverá se levar em conta uma sanção capaz de produzir um desestímulo ao fornecedor, de sorte que sua equação econômica (custo/benefício) seja deficitária a ponto de que o custo com a precaução impeça a remessa de um produto defeituoso ou viciado e não possa maximizar seus lucros.

Uma solução para esses problemas poderia ser encontrada em reformas legislativas, como o Projeto de Lei 6.960/2002, que visava tornar as indenizações por danos morais mais dissuasivas e educativas. Caso aprovado, o projeto teria modificado o Código Civil, sugerindo que as indenizações para danos morais fossem não apenas compensatórias, mas também dissuasivas, fazendo com que o fornecedor de serviços e produtos realmente repensasse suas práticas para evitar danos. Reformas desse tipo podem garantir que o sistema jurídico seja mais eficiente e equilibrado, estimulando tanto a prevenção quanto a reparação adequada.

Quando as indenizações são inadequadas ou insuficientes, isso pode resultar em uma sociedade onde os consumidores se sentem desprotegidos, afetando

negativamente a confiança no sistema jurídico. Portanto, a AED busca não apenas a maximização de lucros, mas também o bem-estar social ao garantir que as empresas sejam desestimuladas de adotar práticas que prejudiquem os consumidores.

Segundo Posner (2011), todo indivíduo, exceto aqueles que não dispõem de algum entendimento da vida, são maximizadores racionais de suas respectivas satisfações. Assim, entre as mais diversas formas e maneiras que se apresenta à vida, o indivíduo faz uma eleição daquela que maior satisfação lhe traz. Isso ocorre, recorrentemente, o dia todo com todas as pessoas, de regra. E assim, conclui o autor que “a análise econômica do direito entende que a conduta legal ou ilegal de um indivíduo é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não”.

Para Cooter e Ulen (2010, p. 22), “o modelo econômico do direito de responsabilidade civil baseia-se nos mais simples elementos: no custo do dano e no custo de se evitar o dano”. Em nosso atual sistema jurídico, notadamente, concernente à responsabilidade civil em decorrência de danos morais, nota-se claramente que o fornecedor tem feito sistematicamente seus cálculos, fazendo opção entre os custos que gastaria com a precaução e aqueles decorrentes de prováveis indenizações.

3.4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Calabresi (1961, p. 551), professor da Universidade de Yale, foi quem inicialmente abordou a Análise Econômica do Direito em responsabilidade civil extracontratual no artigo denominado “Some thoughts on risk distribution and the law of torts”.

Sabe-se que os custos decorrentes da responsabilidade civil podem ser oriundos de acidentes ou da prevenção adotada de modo a se evitar os acidentes. Mostra-se economicamente inviável e pouco eficiente pretender evitar totalmente os sinistros, pois gera alto custo e tal possibilidade é apenas teórica, o que faz com que a análise econômica do direito vise proporcionar incentivos em prol da precaução de acidentes.

A responsabilidade civil possui dois atributos essenciais, sendo um de prevenção, de modo a incentivar as pessoas a não atuarem em atividades que possibilitem a

ocorrência de danos, e outro de caráter ressarcitório, o qual garante aos indivíduos prejudicados por essas condutas a reparação das eventuais perdas e danos sofridos.

Em relação à responsabilidade objetiva, esta se dá em desfavor do agente causador do dano, desconsiderando-se qual a conduta proporcionada. Nesse caso, visa-se atribuir ao causador do dano a internalização dos prejuízos (custos) ocorridos em razão do sinistro (Sacramone; Dezem, 2015).

No tocante à responsabilidade por culpa, visa-se impor ao indivíduo incentivos para que se previna anteriormente ao cometimento de algum ilícito civil, pois saberá que, em acontecendo o sinistro, será responsabilizado mediante constatação acerca de sua negligência, imprudência ou imperícia (Brasil, 2002).

Diante desse contexto é pertinente fazer alusão ao chamado “dano eficiente”, que em simplórias palavras é o “dano que compensa ser sofrido”. Fiúza (2004, p. 692) ressalta:

Fala-se, por fim, em dano eficiente e dano ineficiente. Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um recall, para concertar o defeito de todos os carros vendidos que forem apresentados, estaremos diante do dano eficiente.

O contexto social brasileiro não nos impinge demasiado esforço crer que as sociedades empresariais de telefonia e aéreas, dentre outras, preferem assumir o risco econômico de suportar eventuais custos de processos indenizatórios do que investir na prevenção do dano. Opta-se pelo “dano eficiente”.

Em diversos setores, como telecomunicações e aviação, as empresas realizam uma análise de custos entre os investimentos necessários para prevenir danos (como a prevenção de fraudes ou a melhoria na gestão de bagagens) e os custos das indenizações decorrentes de ações judiciais. Esse raciocínio econômico, baseado na teoria do 'dano eficiente', leva essas empresas a decidirem que é mais vantajoso não investir na prevenção e, ao invés disso, pagar pelas indenizações, o que pode comprometer a confiança do consumidor e enfraquecer a eficácia do sistema de justiça”.

Assim como outros vários, tais fornecedores de produtos e serviços conseguem estipular, provisionar e prever qual o dano eventualmente a ser ocorrido em suas relações consumeristas, sabendo, inclusive, qual o patamar das eventuais condenações judiciais, que, em muitos casos, infelizmente, não consideram o caráter pedagógico e desestimulante da indenização a ser aplicada, caso a caso.

Sabem tais fornecedores de produtos e/ou serviços existir uma espécie de “tabela” de valores de condenação, perceptível no dia a dia forense e da advocacia militante, ou seja, o custo desses milhares de processos que tratam da mesma hipótese e assunto.

Assim, torna-se um “incentivo” para que tais empresas não custeiem os gastos necessários à prevenção do dano (prevenir os extravios de bagagem aérea, evitar contratações de serviços telefônicos fraudulentos que ensejem negativações indevidas etc.), preferindo, por outro lado, serem declaradas judicialmente e civilmente responsáveis em cada um desses pequenos e rotineiros processos.

3.5 RELEVÂNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL

Alvarez (2006, p. 55) declara que “a novidade da análise econômica do direito, na avaliação de Posner, está na sua aplicação às normas reguladoras da conduta, quer esta seja pertinente a mercados explícitos, quer não integre mercados”, em que se pode incluir a responsabilidade civil. Essa teoria teve início nos trabalhos elaborados por Coase (1960), Calabresi (1970) e pelo próprio Posner (2014), e caracteriza-se, em síntese:

(...) pela aplicação da teoria econômica na explicação do direito, especificamente pela aplicação das teorias e instrumentos teóricos da teoria microeconômica neoclássica, em geral, e de um de seus ramos desenvolvidos neste século, a Economia do bem-estar, em particular, na explicação e avaliação das instituições e realidades jurídicas (Alvarez, 2006, p. 55).

Especificamente em matéria de responsabilidade civil, a análise econômica do direito pode apresentar-se muito útil nas escolhas tomadas pelo empresário, sobretudo em relação às cautelas para evitar ilícitos civis, situação que ganha contornos se pensarmos que hoje a responsabilidade objetiva é praticamente uma constante nas

relações entre fornecedores (normalmente empresários) e consumidores, diante do microssistema consumerista.

A noção de prevenção não pode ser vista apenas sob o enfoque do empresário, mas também da vítima. Como destaca Posner (2011, p. 220), uma solução eficiente para ambos os envolvidos passam pelo incentivo de que tanto um como outro tome precauções para que os danos civis não ocorram.

Transportada essa ideia para o direito brasileiro, seria o mesmo que dizer que as regras que reconhecem a culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil deveriam ser revistas a ponto de que não sejam reconhecidas como causa de exclusão apenas a culpa exclusiva da vítima, mas toda a conduta que contribuir, a partir de parâmetros determinantes, para o evento danoso.

Não se está, com isso, tentando refutar toda a construção que culminou no reconhecimento da responsabilidade objetiva, porém, da forma como posto e utilizado na atualidade, os custos são repassados ao consumidor de forma geral, o que importa dizer que a vítima paga por sua falta de precaução assim como pela negligência do fornecedor de serviços.

Ainda com a ideia de Posner (2011, p. 222), não se pode esquecer que, sob o aspecto econômico, a consideração da falta de precaução de ambas as partes agrega um custo de administração mais elevado, assim como o custo de litígios nos quais será necessário esse tipo de discussão é mais elevado, circunstância que demanda uma cuidadosa análise de custo, para saber se, na prática, realmente é mais benéfica. Outro aspecto relevante da análise econômica do direito é a noção das consequências das decisões judiciais sob o prisma econômico.

Parece clara a noção de que o movimento dos tribunais tem reflexos evidentes nos cálculos dos custos de transação do empresário. É o que acontece, por exemplo, com o valor das indenizações por danos morais decorrentes de atos ilícitos. A posição dos tribunais em matérias recorrentes é conhecida do empresário e integra o valor dos produtos postos à disposição do consumidor. É ingênuo pensar que a absorção dessa

externalidade é assumida pelo empresário sem o repasse ao preço final dos bens a serem adquiridos muitas vezes pela própria vítima. Como destaca Coase (1960, p. 19):

Os tribunais influenciam diretamente a atividade econômica e, por isso, é desejável que os tribunais entendam consequências econômicas de suas decisões e, na medida do possível, evitem criar incertezas sobre a própria situação jurídica, levando em conta essas implicações econômicas ao tomar suas decisões. Mesmo quando é possível alterar a delimitação legal de direitos por meio de operações de mercado, é obviamente desejável reduzir a necessidade de tais transações e, assim, reduzir o emprego de recursos na execução dos mesmos.

Portanto, repensar a questão sob esse enfoque é urgente e altamente produtivo na busca da melhor acomodação dos riscos. É possível extrair uma visão diferente da responsabilidade civil a partir da análise econômica do Direito, sem que, com isso, se afastem as demais abordagens. Nesse aspecto, é importante esclarecer que a análise econômica do direito não constitui teoria que apresenta respostas exatas ao sistema jurídico. Fernandez (2012, p. 157) destaca:

Concepções deste tipo fundam-se numa incompreensão das próprias premissas do pensamento econômico. Em Economia, examina-se o comportamento humano diante de dada estrutura de incentivos, ou, exposto de outro modo, analisam-se escolhas e suas consequências.

A análise econômica do Direito tem um papel fundamental na responsabilidade civil, especialmente ao considerar os interesses, tanto do empresário quanto do consumidor. Essa abordagem busca promover eficiência e justiça nas relações jurídicas, utilizando conceitos econômicos para avaliar o impacto das normas e decisões judiciais sobre a sociedade.

Para o empresário, a AED destaca a importância da previsibilidade jurídica e da eficiência econômica. A responsabilidade civil, quando bem estruturada, incentiva o empresário a: minimizar riscos - ao internalizar o custo potencial de danos, empresas são motivadas a adotar medidas preventivas e de segurança; gerenciar custos de produção - a responsabilização equilibrada evita a transferência excessiva de custos ao consumidor ou à sociedade; e segurança jurídica: - regras claras reduzem litígios e permitem melhor planejamento financeiro e estratégico.

Para o consumidor, a AED assegura que a responsabilidade civil funcione como um mecanismo de proteção e compensação justa ao: garantir reparação de danos - em caso de falhas nos produtos ou serviços, o consumidor tem direito a uma compensação adequada; incentivar produtos mais seguros - a responsabilização por danos força o mercado a melhorar padrões de qualidade e segurança; e redução de assimetrias informacionais - a AED incentiva a transparência nas relações de consumo, reduzindo práticas abusivas.

Assim, a análise econômica do Direito equilibra os interesses de empresários e consumidores, promovendo eficiência, segurança e justiça. Ela orienta a criação de normas que minimizem os custos sociais dos acidentes e incentivem a prevenção, sem onerar excessivamente os agentes econômicos.

3.6 CONEXÃO ENTRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A TEORIA DO DANO MORAL

A teoria do dano moral, tradicionalmente abordada sob uma ótica subjetiva, tem sido alvo de controvérsias sobre como mensurar de forma justa o sofrimento e a dor causados por atos ilícitos. No entanto, quando se aplica a Análise Econômica do Direito (AED) a esse contexto, é possível ampliar a compreensão sobre as implicações sociais e econômicas do dano moral, além de proporcionar um maior equilíbrio entre a reparação do dano e a prevenção de futuras lesões. A AED oferece um instrumental que permite avaliar o impacto econômico das decisões jurídicas, o que é especialmente relevante em um campo onde a quantificação dos danos não é facilmente mensurável.

3.6.1 A ineficiência da falta de previsibilidade nos danos morais

A indenização por danos morais tem sido uma das áreas mais difíceis de se regulamentar, especialmente no que tange à previsibilidade dos valores estabelecidos pelos tribunais. Frequentemente, os valores das indenizações são atribuídos de forma subjetiva, com base em uma análise empírica das circunstâncias do caso concreto. Esse procedimento, embora busque garantir uma reparação justa ao indivíduo prejudicado,

pode gerar uma série de ineficiências econômicas. A principal delas é a falta de previsibilidade para os agentes econômicos (empresas e fornecedores) que, muitas vezes, não sabem com clareza quais serão os custos decorrentes da violação de direitos que envolvem danos morais.

A AED sugere que, ao tornar o valor das indenizações mais previsível, as empresas seriam incentivadas a internalizar o custo do risco de danos morais, o que, em última análise, os levaria a adotar medidas preventivas. Dessa forma, as decisões judiciais poderiam criar um ambiente mais equilibrado, onde tanto o consumidor quanto o fornecedor estariam cientes das consequências jurídicas de seus comportamentos, o que estimularia a prevenção de danos, sem criar um sistema onde as indenizações sejam arbitrárias e desproporcionais.

3.6.2 O dano moral como incentivo à precaução

Em termos econômicos, a precaução pode ser entendida como a adoção de medidas para evitar ou minimizar os riscos de danos futuros. Na perspectiva da Análise Econômica do Direito, um sistema de responsabilidade civil deve funcionar como um incentivo para que as partes envolvidas (seja o fornecedor ou o consumidor) tomem precauções a fim de evitar a ocorrência de danos. No caso do dano moral, a aplicação da AED sugere que as empresas, ao internalizarem o custo potencial das indenizações por danos morais, seriam mais propensas a adotar práticas que previnam a violação dos direitos dos consumidores.

Por exemplo, no caso de empresas que prestam serviços telefônicos ou de aviação, as falhas no serviço – como a negatificação indevida do nome de consumidores ou o extravio de bagagens – frequentemente geram danos morais, cujos valores de indenização podem ser elevados e imprevisíveis. A AED permite analisar esses custos de forma mais clara, sugerindo que, se as empresas soubessem que o custo de indenizações seria significativo, elas poderiam adotar medidas mais eficazes para evitar tais danos, como a melhoria da qualidade dos serviços ou a implementação de políticas de prevenção mais rigorosas.

3.6.3 O modelo de “dano eficiente” aplicado ao dano moral

O conceito de dano eficiente surge quando, em uma análise de custo-benefício, a empresa conclui que seria mais vantajoso pagar as indenizações decorrentes de danos morais do que investir em medidas preventivas para evitar esses danos. Esse fenômeno ocorre com frequência quando o custo da precaução é elevado e o valor das indenizações é relativamente baixo. Em um mercado onde as decisões são tomadas com base na racionalidade econômica, as empresas podem optar por não investir em precauções adequadas, simplesmente calculando que os custos de indenização são mais baixos do que os custos de evitar o dano.

A AED oferece uma explicação para esse comportamento, pois, ao observar o mercado e o impacto das decisões judiciais, é possível ver que as empresas podem, de fato, estar “incentivadas” a seguir esse caminho. No entanto, a AED também aponta que, ao tornar os valores de indenização mais substanciais e previsíveis, seria possível reverter essa lógica. Quando as empresas percebem que o custo de indenização pode ser significativo, elas têm um maior incentivo para adotar medidas preventivas, o que reduziria o risco de danos morais e, conseqüentemente, o número de ações judiciais.

3.6.4 A utilidade do modelo econômico para a definição de indenizações por dano moral

Uma das questões centrais no campo do dano moral é a quantificação do valor da indenização, uma vez que os danos não são de natureza patrimonial e, portanto, não podem ser calculados com base em um valor monetário objetivo. A Análise Econômica do Direito pode ajudar a superar essa dificuldade ao fornecer um modelo que leve em consideração o impacto econômico do dano, os custos sociais e a eficácia das sanções. Ao aplicar esse modelo, é possível estabelecer parâmetros que não só sejam justos, mas também eficientes, ou seja, que promovam tanto a reparação adequada do lesado quanto a prevenção de futuras infrações.

Um dos princípios importantes aqui é o de maximizar o bem-estar social, algo que a AED enfatiza. Isso significa que, ao definir os valores de indenização, é importante considerar não apenas o sofrimento da vítima, mas também os efeitos econômicos sobre

o fornecedor e o impacto potencial dessas decisões sobre o mercado. A AED pode ajudar a calibrar esses valores de forma a garantir que as empresas sejam responsabilizadas por suas ações, mas também incentivadas a adotar práticas que beneficiem tanto os consumidores quanto a sociedade como um todo.

3.6.5 A relação entre as decisões judiciais e os custos de transação das empresas

As decisões judiciais relacionadas ao dano moral têm um reflexo direto no mercado e nas práticas empresariais. Quando os tribunais adotam decisões que resultam em grandes indenizações, as empresas, em geral, acabam repassando esses custos aos consumidores, elevando o preço final dos bens e serviços. Esse repasse de custos pode resultar em uma externalidade negativa para o mercado, pois os consumidores acabam pagando pelos erros das empresas. A AED oferece uma perspectiva importante aqui, sugerindo que, ao aumentar a previsibilidade das decisões judiciais, as empresas poderiam ajustar suas estratégias para internalizar o custo de prevenção ao invés de transferir esses custos para o consumidor.

Além disso, a AED destaca que as empresas, ao perceberem que os tribunais adotam uma posição estável e coerente em relação ao valor das indenizações, poderão se ajustar de forma mais eficiente. Isso, por sua vez, cria um ambiente mais seguro para o consumidor e para o mercado ao reduzir a incerteza jurídica e incentivar as empresas a tomarem as precauções necessárias para evitar danos morais.

Assim, a aplicação da Análise Econômica do Direito à teoria do dano moral oferece uma nova perspectiva para a resolução de conflitos, onde se busca não apenas reparar o dano, mas também incentivar práticas preventivas que beneficiem a sociedade como um todo. Ao integrar os princípios econômicos com a teoria jurídica é possível criar um sistema mais eficiente e justo, no qual as decisões judiciais não apenas busquem a compensação do indivíduo, mas também promovam a prevenção e a redução dos custos sociais dos danos. A AED, portanto, fornece ferramentas valiosas para melhorar a eficácia do sistema jurídico ao equilibrar os interesses do consumidor e do fornecedor sem prejudicar a justiça distributiva e o bem-estar social.

CAPÍTULO 4 – INFLUÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS

4.1 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, prevê que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. A regra veio a ser positivada no Código de Processo Civil de 2015 como norma fundamental do direito processual brasileiro.

Conforme Neves (2016, p. 25), essa exigência constitucional e legal de fundamentação das decisões se traduz na obrigatoriedade de o julgador exteriorizar “as razões de seu decidir, com a demonstração concreta do raciocínio fático e jurídico que desenvolveu para chegar às conclusões contidas na decisão”. As razões para exigência da fundamentação (ou motivação) de todas as decisões judiciais tem não só um caráter interno ao processo – permitindo o conhecimento, pelas partes, das razões que levaram ao acolhimento ou rejeição de seu pedido –, mas também um fundamento político externo. Nas palavras de Neves (2016, p. 25):

Sob o ponto de vista político, a motivação se presta a demonstrar a correção, imparcialidade e lisura do julgador ao proferir a decisão judicial, funcionando o princípio como forma de legitimar politicamente a decisão judicial. Permite um controle da atividade do juiz não só do ponto de vista jurídico, feito pelas partes no processo, mas de uma forma muito mais ampla, uma vez que permite o controle da decisão por toda a coletividade.

A fim de que se atenda satisfatoriamente à expectativa de motivação das decisões judiciais, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2018, p. 367) defendem que a decisão deve ser organizada de modo a conformá-la às exigências de racionalidade e controlabilidade. Para tanto, os mencionados processualistas propõem a seguinte sequência de raciocínio jurídico na elaboração de uma decisão judicial:

Analizadas as questões de fato e estabelecidas as premissas acerca do que ficou, ou não, demonstrado, cumpre ao magistrado apontar (a) qual a norma jurídica geral aplicável àquela situação fática, (b) quais os efeitos que dessa incidência podem ser extraídos. É também aqui que deve o juiz (c) analisar e resolver, eventualmente, a questão da compatibilidade constitucional da norma jurídica e ainda (d) analisar e resolver eventual conflito normativo verificado (Didier Júnior; Braga; Oliveira (2018, p. 307-371).

A referida metodologia tem sido cada vez mais utilizada na prolação de decisões judiciais, notadamente com o advento da Constituição Federal de 1988 – promulgada num cenário de pós-positivismo jurídico ou, como tem sido tratado este paradigma no âmbito do direito constitucional, num cenário de neo-constitucionalismo ¹⁸ –, que reforçou o caráter democrático do Estado de Direito, exigindo-se que as decisões judiciais estejam em conformidade com as regras e princípios extraídos do texto constitucional.

Por sua vez, para autores que estudam a AED, não tem sido suficiente que as decisões judiciais se pautem apenas em questões jurídicas ou jusfilosóficas. Nesse sentido:

Na busca por critérios operacionalizáveis de justiça e de como tomar uma decisão jurídica racional, tornou-se comum na comunidade jurídica moderna a busca de apoio teórico em filósofos que vêm tentando criar critérios ideais de se chegar a proposições normativas racionais e justas, com a postura “minimax” por detrás do véu da ignorância de John Rawls, a situação de discurso ideal de Jürgen Habermas, os mandados de otimização de Robert Alexy ou o juiz hercúleo de Dworkin e sua decisão “correta”. Não obstante, a prática hoje demonstra apenas que a vontade consubstanciada na lei positivada foi completamente relativizada, sem que emergisse um critério minimamente universal que a substituísse na criação, interpretação e aplicação do direito.

Apesar da clara preocupação com valores, o neoconstitucionalismo não se preocupa suficientemente com as reais consequências de determinada lei ou decisão judicial. (...)

Ainda que tenha havido algum sucesso em reaproximar o direito da moral e da ética, para que tenhamos uma compreensão plena do fenômeno jurídico e para que os supostos critérios de justiça sejam operacionalizáveis, é necessário que antes sejamos capazes de responder à simples pergunta: a norma X é capaz de alcançar o resultado social desejado Y dentro de nosso arcabouço institucional? (...)

É nesse contexto que começa a ser discutida e considerada no Brasil a Análise Econômica do Direito, cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas (Timm, 2018, p. 9-11).

¹⁸ Consoante lições de Souza Neto e Sarmiento (2016, p. 201-202): “o pós-positivismo se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo. Ele, porém, não recorre a valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para busca da Justiça, mas sim a uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não se esgota na lógica formal. (...) O campo do pós-positivismo jurídico não é apenas o Direito Constitucional. Não obstante, na seara constitucional, o pós-positivismo encontrou solo mais fértil para florescimento, tendo em vista as características das constituições contemporâneas, pródigas na consagração de princípios abstratos dotados de forte conteúdo moral. (...) O pós-positivismo se liga diretamente ao ambicioso modelo constitucional que tem se difundido nas últimas décadas, que vem sendo designado por diversos autores como neoconstitucionalismo”.

Dessa forma, impõe-se analisar se há espaço para a inserção da AED em decisões judiciais.

4.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM DECISÃO JUDICIAL

A sofisticação de teorias e métodos de decisões não tem sido suficiente para reduzir o nível de incertezas na solução de casos levados à análise do Poder Judiciário. Critica-se, inclusive, que a extensa gama de critérios levaria a uma maior discricionariedade. Assim defendeu Leal (2016, p. 219):

Maiores esforços de determinação não necessariamente levam a maior limitação da discricionariedade. Ao contrário, como afirmado, podem apenas tornar o processo decisório mais incerto. Tome-se, como exemplo, a pluralidade de métodos disponíveis para orientar a interpretação constitucional no país e a dificuldade cada vez maior de antecipação de resultados e dos caminhos da fundamentação de decisões no Supremo Tribunal Federal. A tentativa de “controlar” a interpretação constitucional por meio de métodos e teorias decisórias que apelam para elementos contrafactuais ou prescrições vagas, em vez de aumentar a previsibilidade dos resultados, permite, na verdade, que fundamentos teóricos muito diferentes possam ser livremente selecionados para justificar qualquer decisão.

Sobre a falta de previsibilidade, Posner (1993)¹⁹ assume uma falha na AED, quando, com base nas leis estadunidenses, questiona a possibilidade de explicar o comportamento dos juízes, em termos econômicos, quando a própria confiança em seu julgamento parte da separação de suas ações de incentivos externos.

O questionamento é válido quando se pensa numa possível tentativa de indução a decisões judiciais em um ou outro sentido. No entanto, o próprio autor demonstra ser, em regra, economicamente proveitosa a consideração dos precedentes já estabelecidos, seja para os próprios magistrados, que dedicariam menos tempo e esforço na fundamentação de cada decisão,²⁰ seja para o jurisdicionado, que gozaria de maior previsibilidade nas sentenças.

¹⁹ “At the heart of economic analysis of law is a mystery that is also an embarrassment: how to explain judicial behavior in economic terms, when almost the whole thrust of the rules governing the compensation and other terms and conditions of judicial employment is to divorce judicial action from incentives” (Posner, 1993, p. 2).

²⁰ “Yet if judges considered every case afresh they would have to work much harder in each case, and they would also lose the protection from criticism, from ‘hassle’, that comes from being able to blame an

Nas situações em que não há um precedente firmado, ou mesmo nas causas em que se visa a formar um precedente, a discussão é acirrada. Ainda que a legislação, bastante ampla no caso específico do Brasil, traga parâmetros para a solução da tomada de decisão judicial, restam as zonas grises, as quais ainda são solucionadas pelo uso da diversa gama de teorias e métodos já mencionados.

É interessante a análise de Posner (1993, p. 40) quanto à atuação de juízes em casos inéditos, ponderando a influência de valores pessoais na decisão, ainda que inconscientemente: “when a really new case arises, the rules of the judicial game require the judge to act the part of a legislator and therefore vote his values, although the rules do not require and may even forbid him to acknowledge that this is what he is doing”. Nessa senda, propõe-se que os magistrados se utilizem de institutos derivados da AED na resolução da lide.

A proposta vai ao encontro da Lei nº 13.655/18, que trouxe novos artigos à Lei de LINDB. O instituto positivou a necessidade de que se considerem as consequências práticas da decisão tomada com base em valores jurídicos abstratos, determinando que a necessidade e adequação sejam motivadas.²¹

Nesse sentido, Timm (2018, p. 93) alerta fazendo referência às lições do ganhador do prêmio Nobel de Economia, Ronald Coase, que: “(...) decisões judiciais geram ‘efeitos de segunda ordem’ para além da solução ao caso concreto (incentivam comportamentos, portanto)”, concluindo que “é por isso que filósofos do Direito pragmáticos defendem que juízes devem ponderar as consequências da aplicação da lei. Não devem ter apenas uma preocupação formal ou lógica com a integridade do sistema normativo”. É fato que os economistas assumem que os atores econômicos maximizam algum tipo de utilidade com base nas escolhas racionais. A escolha da melhor alternativa seria uma forma de maximização. Mas o que se busca maximizar ao exigirmos que sejam consideradas as consequências práticas das decisões?

unpopular decision on someone else (that is, on earlier judges). “ere might also be more litigated cases because of greater legal uncertainty” (Posner, 1993, p. 2).

²¹ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018). Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

O não estabelecimento de um parâmetro diz respeito à imprevisibilidade e abertura para a discricionariedade na atuação jurisdicional. Observa-se a tendência dos estudiosos em indicarem os parâmetros da maximização de riquezas sociais, eficiência de Pareto e à maximização da justiça. Passemos a traçar breves comentários sobre os parâmetros.

A maximização de riquezas, na definição de Dworkin (1980, p. 191),²² é atingida quando bens e outros recursos estão nas mãos daqueles que mais o valorizam, e alguém valoriza mais um bem apenas quando estiver, ao mesmo tempo, disposto e apto a pagar mais para obtê-lo. Para Posner (1980),²³ a maximização da riqueza social leva à felicidade, à liberdade, à autoexpressão, entre outros direitos.

Deve-se diferenciar utilidade de riqueza. A utilidade independe da aptidão de pagamento pelo bem. Posner (1980)²⁴ pondera os riscos de erro e incerteza e, sem negar que a maximização de riquezas é correlacionada à maximização de utilidade, conclui que o que deve ser perseguido pelos operadores do direito é a maximização de riquezas.

Na Economia, utiliza-se largamente o conceito de eficiência de Pareto, que leva em consideração a satisfação obtida de preferências individuais. Fala-se que uma situação é eficiente quando é impossível alterá-la sem que, para melhorar a situação de um agente, deva-se prejudicar a situação de outra pessoa. Nas palavras de Cooter e Ulen (2016, p. 14):

e other kind of efficiency, called Pareto efficiency after its inventor or sometimes referred to as allocative efficiency, concerns the satisfaction of individual preferences. A particular situation is said to be Pareto or allocatively efficient if it is impossible to change it so as to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (again, in his own estimation).

²² Is Wealth a value? "Wealth maximization, as defined, is achieved when goods and other resources are in the hands of those who value them most, and someone values a good more only if he is both willing and able to pay more in Money (or in the equivalent of Money) to have it" (Dworkin, 1980, p. 191).

²³ "But perhaps I have misled Dworkin and others by being insufficiently explicit about what I think wealth is conducive to. It is conducive to happiness, freedom, self-expression, and other uncontroversial goods (uncontroversial if not pursued with total disregard for competing goods)" (Posner, 1980, p. 244).

²⁴ "Wealth maximization is, to be sure, imperfectly correlated with utility maximization; but the costs – in uncertainty, in protracted litigation, and in error – of using utility as a legal standard support the argument for using wealth as a proxy for utility" (Posner, 1980, p. 249).

Há críticas de Cooter e Ulen (2016)²⁵ e de Dworkin (1980)²⁶ à adoção da eficiência de Pareto no âmbito jurídico, o que parece coerente em lides tradicionais, apesar de visualizarmos possibilidade de benefícios à sociedade pela sua utilização em causas mais complexas, como as derivadas de ações civis públicas.

Analisando o tema, Dworkin (1980)²⁷ propõe a distinção entre a AED de uma análise da lei feita por economistas. Segundo o autor, esta última seria a aplicação a contextos legais da noção de eficiência dos economistas, que seria a eficiência de Pareto e não a maximização de riquezas.

Por fim, sem querer entrar na custosa definição de justiça, há que se observar que a AED tem como um de seus focos a eficiência. Recorre-se outra vez às palavras de Gico Jr. (*apud*. Timm, 2018, p. 27-28):

Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.

Nesse sentido, a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta – e (b) é impossível qualquer

²⁵ “An important normative standard in economics is Pareto efficiency. An improvement by this standard makes someone better off without making anyone worse off. When an appeals court adopts a new precedent, one party to the dispute wins and the other loses. A change in which there are some losers is not an improvement by the Pareto standard” (2016, p. 417).

²⁶ “Suppose no court has decided, for example, whether a candy manufacturer is liable to a doctor if the manufacturer’s machine makes it more difficult to practice medicine in an adjacent building. “e doctor does not have a recognized legal right to damages or an injunction, but neither does the manufacturer have a recognized right to run his machine without paying such damages. “e doctor sues the candymaker, and the court must decide which of these two rights to recognize. Neither decision will be Pareto-superior to the situation before the decision, for either decision will improve the position of one party at the expense of the other. Both decisions will reach a Pareto-efficient result, for no further change in the legal position would benefit one without hurting the other. So the requirement, that the court should decide in favor of a Pareto-superior rule, if one is available, would be useless in such a case” (Dworkin, 1980, p. 193).

²⁷ “(...) !e economic analysis of law, which makes the concept of wealth maximization central, must therefore be distinguished from the economists’ analysis of law, that is, from the application to legal contexts of the economists’ notion of efficiency, which is Pareto efficiency. When an economist asks whether a rule of law is efficient, he usually means to ask whether the situation produced by the rule is Pareto-efficient, no whether it is wealth maximizing” (1980, p. 194).

exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia auxilia a descobrir o que realmente obteremos com determinada política pública (prognose) e do que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade).

Destarte, a abordagem econômica pode ser utilizada para aferir se as consequências de uma decisão serão ou não eficazes, podendo auxiliar na correção da decisão judicial.

A AED já chegou a ser utilizada em julgamento no âmbito do STJ. Trata-se do acórdão lavrado no Recurso Especial nº 1.163.283/RS, pela Quarta Turma, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, cuja ementa se colaciona a seguir:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.

2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito.

3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004.

6. Recurso especial provido (RIO GRANDE DO SUL, 2004).

Por meio de referida ação, buscava a parte autora a revisão de cláusulas de um contrato de mútuo habitacional. A discussão que chegou ao STJ dizia respeito à aplicação ou não do disposto no art. 50 da Lei nº 10.931/04²⁸ a todos os contratos de financiamento imobiliário, incluindo aqueles celebrados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

O voto do Ministro relator fez referência à exposição de motivos da Lei nº 10.391/04, na qual consta que a economia brasileira, à época da elaboração do projeto de lei, apresentava crescimento abaixo de seu potencial, inclusive no mercado imobiliário. Com base nisso, o mote da nova lei seria introduzir institutos no ordenamento jurídico brasileiro que promovessem o impulso econômico, por meio de maior segurança e credibilidade aos adquirentes de imóveis e respectivos financiadores.

Na sequência, após discorrer sobre o campo fértil para o uso da AED nos contratos de financiamento imobiliário, por se tratarem de negócios jurídicos eminentemente patrimoniais, o Ministro relator conclui que:

(...) a Lei n. 10.931/2004, com fundamento no incentivo à economia, se mostrou apta a alcançar esse desiderato. Os institutos nela previstos, e aqui nos interessam as regras processuais dispostas na lei, especificamente as que se encontram no art. 50, apresentam, certamente, potencial para colaboração do desenvolvimento econômico e social almejados.

(...)

As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, tanto porque somente o ponto conflitante será discutido, tanto porque a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes (STJ, REsp nº 1.163.283/RS, p. 12-13).

Destarte, verifica-se que a Corte Superior se valeu de relevante argumento econômico para a solução da lide. Isso porque, ao considerar que a exigência de especificação, na petição inicial, das obrigações contratuais que pretende o autor ver controvertidas em juízo, bem como a quantificação do valor incontroverso e respectiva manutenção do pagamento ao agente financiador, representa maior segurança e

²⁸ Lei nº 10.931/04. “Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia. § 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados”.

previsibilidade nos contratos imobiliários e, como consequência, atingiria os fins de crescimento econômico perseguidos pelo legislador com mais eficiência e sua aplicação deveria ser mantida a todos os contratos imobiliários.

Todavia, o acórdão não se pautou apenas nos argumentos econômicos. O Ministro relator também recorreu aos postulados de Teoria do Direito sobre conflito de normas (ao concluir que a Lei nº 10.931/04 não revogou as disposições da lei que trata do Sistema Financeiro de Habitação, que continua regendo os contratos celebrados em seu âmbito, mas não deixa de orientar tais contratos como uma norma geral), bem como regras e princípios próprios do direito processual civil – notadamente a efetividade, celeridade e boa-fé – para aplicação do disposto no art. 50 da Lei nº 10.931/04 aos contratos imobiliários celebrados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

Portanto, verifica-se que há espaço para a AED na fundamentação de decisões judiciais. É certo que a utilização de fundamentos unicamente econômicos na decisão judicial, inclusive rejeitando a aplicação de uma norma jurídica ao caso concreto, suscitará controvérsias sobre sua validade. Porém, a utilização em conjunto com a observância da boa técnica na elaboração da decisão judicial – em que se pretende encontrar sempre a norma jurídica aplicável à situação fática – muito pode acrescentar à efetividade da decisão judicial, como no caso julgado pelo STJ e descrito acima.

4.3 APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM DECISÕES RECENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em pesquisa de jurisprudência realizada no sítio do Superior Tribunal de Justiça, com dados publicados no período de 01 de outubro de 2020 a 31 de outubro de 2023, relacionado à adoção da análise econômica do Direito, constatou-se que, nos casos julgados em 2020, em nenhum foi aplicado a AED, pois somente citam a existência do estudo e não buscam aplicá-la ao caso concreto.

Em 2022, pelo REsp 1850512, a AED não foi aplicada ao caso concreto por entenderem que obscurecia o entendimento e não clareava. Foi utilizado em busca de firmar entendimento acerca de honorários advocatícios e entenderam pela não aplicabilidade e estabeleceram o tema repetitivo 1076, o qual foi aplicado às decisões

REsp 1877883, REsp 1906618, REsp 1906623, as quais, por mais que no encopo digam não a aplicação da AED, tiveram efetiva aplicação, pois seguiram o entendimento firmado gerando economia processual.

O mesmo foi observado em decisões de 2021 pelo REsp 1807180, que firmou o tema repetitivo 1026, aplicado nas decisões subsequentes REsp 1807923, REsp 1809010, REsp 1812449, e REsp 1814310, em que firmaram o entendimento de economia processual em procedimentos menos burocráticos e dispendiosos contra bancos através de sistemas como o SERASAJUD, a fim de manter a qualidade e precisão das informações prestadas.

Ainda em 2021, o REsp 1888049 firmou o tema repetitivo 1094, aplicado nas decisões subsequentes REsp 1898186 e REsp 1903883, em que firmaram o entendimento acerca de concurso público por meio de que, para o cargo, seria pedido título de Ensino Médio profissionalizante ou completo com curso, mas deveria ser retido o diploma de nível superior na mesma área profissional para que pudesse ser aprovado. Por fim, em 2023, pelo REsp 1644077, o tema é citado por cima e nem é analisado ou não a aplicabilidade da AED.

Os resultados obtidos com na pesquisa são que a AED está ganhando forma e crescimento nas decisões do STJ, mas vem sendo aplicada de forma diversa do original. A AED busca maximizar os resultados através da utilidade das decisões de cada sujeito, podendo, a partir disso, prever qual será o comportamento das pessoas para chegar a uma eficiência processual (Dias, 2018, p. 56).

Dessa maneira, com a interconexão entre as decisões judiciais através da AED, o Direito e a Economia criam uma conexão entre si, buscando afastar as consequências decorrentes da ineficiência das decisões judiciais derivadas da imprevisibilidade existente atualmente.

5 CONCLUSÕES

A pesquisa buscou analisar a evolução, a aplicação jurisprudencial e os impactos econômicos da responsabilidade civil por dano moral no Brasil, com foco nos julgados do Tribunal de Justiça de Goiás em 2023, especialmente em ações contra a empresa OI S.A., que envolveram cobranças indevidas e levaram a decisões judiciais com critérios variados de indenização.

Ao longo do estudo foram abordados os fundamentos históricos e doutrinários do dano moral, bem como os critérios utilizados pelos tribunais para sua quantificação. Além disso, a pesquisa adotou uma perspectiva interdisciplinar ao integrar a Análise Econômica do Direito (AED) para avaliar a eficiência do atual modelo de reparação no país.

Os resultados da investigação revelaram que, apesar do avanço normativo e doutrinário, a fixação do dano moral no Brasil ainda apresenta desafios significativos, especialmente quanto à uniformidade das decisões judiciais. Como destacado, os quarenta recursos analisados apresentaram desfechos distintos, sendo que, a priori, treze julgadores afastaram a existência de dano moral. Nos outros vinte e sete julgados, o valor da indenização por dano moral fixada no juízo de origem foi mantido em dezenove casos, reduzido em seis e aumentado em dois.

Percebe-se que casos análogos tiveram seis desfechos. Treze pessoas não serão indenizadas, uma receberá o montante de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), uma receberá R\$ 10.000,00 (dez mil reais), uma R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), cinco R\$ 3.000,00 (três mil reais) e dezenove R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A pesquisa empírica sobre os julgados do TJ-GO evidenciou uma ausência de critérios consistentes na quantificação das indenizações, resultando no fenômeno da jurisprudência lotérica, no qual casos semelhantes recebem tratamentos distintos. Em algumas situações, o dano moral foi afastado sob o argumento de que a cobrança indevida configurava mero aborrecimento, enquanto, em outros casos, foram concedidas indenizações que variaram entre R\$ 2.500,00 e R\$ 10.000,00, sem um padrão claramente definido.

Essa disparidade compromete a segurança jurídica, um princípio essencial para garantir previsibilidade nas decisões judiciais e evitar que a proteção aos direitos da personalidade seja aplicada de forma arbitrária. A falta de uniformidade pode gerar um efeito perverso no sistema, seja incentivando o aumento da litigiosidade, seja permitindo que empresas adotem estratégias econômicas baseadas no cálculo de indenizações como um custo operacional previsível. Esse comportamento é identificado pela AED como “dano eficiente”, quando empresas preferem suportar passivos judiciais em vez de investir em práticas que evitem a violação dos direitos dos consumidores.

Dessa forma, o estudo conclui que a responsabilização por dano moral no Brasil ainda carece de critérios objetivos e bem estabelecidos, especialmente quanto ao arbitramento do quantum indenizatório. O método bifásico adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) representa um avanço ao buscar equilíbrio entre casos semelhantes e suas particularidades, mas sua aplicação ainda não é amplamente consolidada nos tribunais estaduais, o que reforça a necessidade de diretrizes mais claras e uniformes.

Com base nas análises realizadas, propõe-se a adoção de medidas que possam mitigar as inconsistências na fixação do dano moral, garantindo maior previsibilidade e justiça nas decisões judiciais. Dentre essas medidas, destacam-se: adoção mais ampla do método bifásico na quantificação do dano moral, padronizando a definição de um valor-base para casos semelhantes e ajustando-o conforme as circunstâncias específicas; maior consolidação de jurisprudência vinculante nos tribunais superiores, evitando decisões contraditórias sobre situações análogas; critérios mais objetivos para a distinção entre mero aborrecimento e dano moral, garantindo que a reparação seja concedida apenas em casos que efetivamente comprometam a dignidade da vítima; incentivo à resolução extrajudicial de conflitos, reduzindo a sobrecarga do Judiciário e promovendo uma solução mais ágil e eficaz para as partes envolvidas; e integração da Análise Econômica do Direito no estudo da responsabilidade civil, permitindo que os tribunais considerem não apenas a reparação individual, mas também os efeitos sistêmicos das decisões sobre o comportamento do mercado.

Por fim, a pesquisa reforça a necessidade de um equilíbrio entre a função compensatória e pedagógica da indenização por dano moral. A responsabilidade civil deve ser um instrumento eficaz de proteção aos direitos da personalidade, sem estimular

litígios desnecessários ou permitir que empresas abusem do sistema ao tratar as indenizações como meros custos de operação. A uniformização da jurisprudência e a aplicação de critérios econômicos adequados podem contribuir significativamente para um sistema mais justo, eficiente e previsível, promovendo segurança jurídica tanto para os cidadãos quanto para o mercado.

REFERÊNCIAS

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e distorções. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em: https://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf. Acesso em: 13 jan. 2025.
- ARONNE, Ricardo. **Direito civil-constitucional e teoria do caos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 204.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual** – Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 72.
- BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia**: novos horizontes da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: Editora LTR, 2011. p. 25.
- BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22 out. 2024.
- BRASIL. Lei nº 10.931/04. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acesso em: 12 jan. 2025.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.899.304**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 15 set. 2022. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/11092022-In-re-ipsa-os-entendimentos-mais-recentes-do-STJ-sobre-a-configuracao-do-dano-presumido.aspx?utm_source. Acesso em: 13 jan. 2025.
- CALABRESI, Guido. **The Costs of Accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970. p. 26.
- CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. **Yale Law Journal**, v. 7, n. 4, p. 499-553, 1961.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 101.

COASE, Ronald H. **The problem of social cost.** *The Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, p. 19, out. 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/lawecon/coaseinmemoriam/problemofsocialcost>. Acesso em: 10 jan. 2025.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia.** 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics.** 6. ed. Berkeley: Law Books, 2016, p. 14.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da Responsabilidade Civil:** introdução e teoria geral. Portugal: Almedina, 2009. p. 85.

DIAS, Feliciano Alcides. **Análise econômica da arbitragem: a desmonopolização da jurisdição e a solução de conflitos nas relações contratuais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 56.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 367.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value? *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 191, mar. 1980. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724129>. Acesso em: 20 jan. 2025.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire.** Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 228.

FATTORI, Sara Corrêa. **A responsabilidade pela reparação do dano no direito romano.** Disponível em: [http: https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev9.htm](http://https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev9.htm). Acesso em: 5 jan. 2025.

FERNANDEZ, Leandro. **Metodologia da pesquisa e a análise econômica do direito: fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica.** *Ciência Jurídica ad litteras et verba*, ano XXVI, v. 164, p. 145-176, mar./abr. 2012. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2659>. Acesso em: 20 mar. 2024.

FIÚZA, César. **Direito Civil:** Curso Completo. 8. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004. p. 692.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019. p. 29.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva 1995. p. 27.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GORÉ, Yves. **Le Droit des Obligations et le Code Civil Français**. Paris: Dalloz, 1880.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 67.

KENNEDY, Duncan. **A Critique of Adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1997. p. 134

LEAL, Fernando. **Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação**. Revista de investigações constitucionais, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 219, set./dez. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/hv3LLzZz4f8xLTq4fQ7vMPq/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 20 out. 2024.

MALAURIE, Philippe. **Droit des obligations**. Paris: Montchrestien, 2006. p. 82.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil: volume único**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 25.

OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **A análise econômica do direito e o uso da curva de Laffer na efetivação do direito fundamental à vedação do confisco tributário**. 2011. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, Ceará, 2011. p. 07. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12603/1/2011_dis_rfoliveirajunior.pdf. Acesso em: 19 jan. 2025.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. **Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

POSNER, Richard A. **What do judges and justices maximize? (the same thing everybody else does)**. Supreme Court Economic Review, v. 3, p. 2, 1993.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9. ed. Holanda: Wolters Kluwer, 2014. p. 13.

RIBEIRO, Ferreira Gustavo; GICO JÚNIOR, Ivo T. **O jurista que calculava**. Curitiba: CRV, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Recurso Especial nº 1.163.283/RS. Recurso especial. Processual civil. Contratos de financiamento imobiliário. Sistema financeiro de habitação. Lei n. 10.931/2004. Inovação. Requisitos para petição inicial. Aplicação a todos os contratos de financiamento. 2004. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902066576&dt_publicacao=04/05/2015. Acesso em: 18 jan. 2025.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. **A responsabilidade civil sob o aspecto econômico. Responsabilidade Civil**. Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc13.pdf?d=636680468024086265&utm_source. Acesso em: 13 de jan. 2025.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 212.

SARMENTO, George. **Danos morais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SERPA LOPES, Miguel M. **Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações - responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 160.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Imprensa: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Adrieno Reginaldo. **O dano moral in re ipsa nas relações de consumo: os critérios de quantificação do dano e a efetividade da proteção do consumidor**. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 9, n. 4, p. 31-79, 2023. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2023/4/2023_04_0031_0079.pdf?utm_source%20POSNER,%20Richard%20A.%20Economic%20analysis%20of%20law.%208th%20ed.%20New%20York:%20Aspen%20Publishers,%202011.%20p.%20220.%20ource. Acesso em: 13 jan. 2025.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 713.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 201-202

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. RT, 2019. p. 170.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 51.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. 6. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 19.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 9-11.

TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 9.