

Análise econômica do Direito e a quantificação da indenização do dano moral: caráter pedagógico ou incentivo ao dano?

Carlos Eduardo Silva e SOUZA*

Iane Lara De Assis TIMOTEO**

Saul Duarte TIBALDI***

RESUMO: O presente artigo buscou analisar as atuais quantificações das indenizações por dano moral, utilizando como método a Análise Econômica do Direito (AED), a fim de verificar se as consequências das decisões judiciais, no que diz respeito às quantificações das indenizações, estão se alinhando ao caráter pedagógico da reparação, no sentido de se evitar os danos, já que os custos significativos podem fazer com que o possível ofensor se dedique às medidas preventivas, ou se estão, em verdade, servindo como incentivo à concretização do dano ou de menoscabo à sua ocorrência, ante as baixas indenizações. Para tanto, adentrou-se na contextualização e limitações da AED e na própria aplicabilidade da Análise Econômica do Direito na responsabilidade civil, tratando dos atributos e objetivos da responsabilidade civil e os impactos da decisão atinente à responsabilidade civil sobre a frequência do acidente e o custo da prevenção. Em momento posterior, abordou-se o contexto do dano moral e os critérios para sua quantificação, concretizando os estudos com a pesquisa de julgados que possibilitou aferir a média das indenizações. O trabalho serviu-se da metodologia de abordagem qualitativa, a qual se guiou no método indutivo e se serviu das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Análise econômica do Direito; quantificação das indenizações por dano moral; caráter pedagógico; incentivo ao dano.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Análise Econômica do Direito: contexto, limitações e seu consequencialismo; – 2.1. Conceitos econômicos e sua aplicabilidade ao direito; – 3. Aplicabilidade da Análise Econômica do Direito na responsabilidade civil; – 3.1. Atributos e objetivo da responsabilidade civil em cotejo com os custos, dano eficiente e incentivos oriundos da sua aplicação; – 3.2. Impacto da decisão judicial atinente a responsabilidade civil sobre a frequência do acidente, o custo da prevenção e a internalização das externalidades; – 4. Análise Econômica do Direito e a quantificação da indenização por dano moral; – 4.1. Contextualização do dano moral e o critério bifásico de sua aplicação; – 4.2. Uma análise da média de valores de indenização por dano moral oriundo do evento morte e a tarifação às avessas pela sistemática de precedentes; – 5. As funções da indenização na responsabilidade civil “do futuro”; – 6. Conclusão; – Referências bibliográficas.

TITLE: *Economic Analysis of Law and the Quantification of Compensation for Moral Damage: Pedagogical Character or Incentive to Damage?*

ABSTRACT: *This article sought to analyze the current quantification of compensation for moral damage, using the Economic Analysis of Law (EAL) as a method, in order*

* Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT - Universidade Federal de Mato Grosso. Professor Adjunto dos Cursos de Graduação em Direito e de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso.

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Especialista em Direito Tributário pela EBRADI. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal, ambas pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito ao Trabalho Contemporâneo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Professora Voluntária da Universidade Federal de Mato Grosso. Advogada.

*** Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/RS. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Foi Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (2013/2021). Líder do Grupo de Pesquisa Direito do Trabalho Contemporâneo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Titular da Cadeira nº 7 da Academia Mato-Grossense de Direito.

to verify whether the consequences of judicial decisions, with regard to the quantification of compensation, are in line with the pedagogical nature of reparation, in the sense of avoiding damage, since the significant costs can make the possible offender dedicate himself to preventive measures, or whether they are actually serving as an incentive to the realization of the damage or to discourage its occurrence, given the low compensation. To this end, the context and limitations of EDA and the very applicability of the economic analysis of law in civil liability were addressed, dealing with the attributes and objectives of civil liability and the impacts of the decision regarding civil liability on the frequency of accidents and the cost of prevention. Subsequently, the context of moral damage and the criteria for quantifying it were addressed, and the studies were concluded with a survey of judgments that made it possible to gauge the average compensation. The work used a qualitative approach, which was guided by the inductive method and made use of documentary and bibliographical research techniques.

KEYWORDS: *Economic Analysis of Law; quantification of compensation for moral damage; pedagogical character; incentive to damage.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Economic Analysis of Law: context, limitations and its consequentialism; – 2.1. Economic concepts and their applicability to law; – 3. Applicability of Economic Analysis of Law in civil liability; – 3.1. Attributes and objective of civil liability in comparison with costs, efficient damage and incentives arising from its application; – 3.2. Impact of the judicial decision regarding civil liability on the frequency of accidents, the cost of prevention and the internalization of externalities; – 4. Economic Analysis of Law and the quantification of compensation for moral damages; – 4.1. Contextualization of moral damages and the two-phase criterion of its application; – 4.2. An analysis of the average values of compensation for moral damages arising from the death event and the reverse pricing by the systematic precedents; – 5. The functions of compensation in the civil liability “of the future”; – 6. Conclusion; – Bibliographical references.*

1. Introdução

O problema que se objetiva responder neste trabalho é se, de acordo com a Análise Econômica do Direito, o caráter pedagógico da indenização do dano moral está sendo alcançado, tendo como base a atual quantificação das indenizações.

Para alcançar a resposta ao problema proposto, adotou-se como método a Análise Econômica do Direito, em sua vertente positiva, pois se buscará analisar as consequências das decisões judiciais que tratam das indenizações por dano moral com base na interpretação do direito positivo vigente. Além disso, adotou-se como critério ético-normativo o consequentialismo da teoria da maximização da riqueza, uma vez que, por meio de tal critério, é possível avaliar a consequência da decisão de forma que os direitos individuais sejam avaliados em conjunto com o valor social.

O caminho a ser percorrido permeará a explicação do porquê essa regra existe¹ e estabelecer os efeitos da decisão, o que, no recorte pesquisado, buscará compreender se a decisão que condena o ofensor à indenização por danos morais de certa quantia cumpre

¹ No caso tratado são os dispositivos da responsabilidade civil e de indenização pelo dano moral, o que será possível pela própria pesquisa bibliográfica produzida em relação a questão.

o caráter pedagógico ou não.

Para dar concretude à pesquisa também foi proposta a análise de 4 julgados, metodologicamente escolhidos, com condenações em indenização por dano moral decorrente de morte, obtendo como resultado a existência de um padrão de valores e falta de critérios e fundamentação eficientes.

O trabalho ora apresentado se serviu da metodologia de abordagem qualitativa, tendo se guiado pelo método indutivo e se servido das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

A pesquisa encontra-se estruturada em quatro grandes seções: (i) uma destinada a apreciar a Análise Econômica do Direito, delineando o seu contexto, as limitações, bem como o seu consequencialismo; (ii) a segunda voltada para apreciar as possíveis intersecções existentes entre a Análise Econômica do Direito e o campo da responsabilidade civil, sobretudo como forma de superação de problemas relacionados aos custos de prevenção e, em especial, a indesejável figura do “dano eficiente”; (iii) a terceira seção foca-se na apreciação problemática da quantificação da indenização do dano moral sob a ótica da Análise Econômica do Direito, quando se realiza estudo metodológico de decisões judiciais que permitem notar a força de precedentes na temática eleita; e, por fim, (iv) a análise das esperadas funções (reparatória, punitiva e pedagógica) da indenização na responsabilidade civil do futuro.

Com suporte nessa estrutura, é que se pretende, em sede das conclusões, apresentar respostada qualificada para o problema proposto.

2. Análise econômica do Direito: contexto, limitações e seu consequencialismo

Inicialmente, mostra-se necessário contextualizar sobre o que, de fato, se trata a Análise Econômica do Direito - AED.

A AED é oriunda de um movimento que ganhou força nas décadas de 60/70, especialmente no berço da Universidade de Chicago.²

² Não só os principais expoentes estavam ligados a Universidade Chicago, como foi ela quem criou, em 1972, o “Journal of Law and Economics”, jornal este em atividade até os dias atuais, disponível em: journals.uchicago.edu/.

A origem do movimento é atribuída a Ronald Coase,³ tendo a sua obra evidenciado a possibilidade de correlação entre o direito e a economia com os custos e os seus efeitos. Para alguns, o seu artigo trouxe, em verdade, uma releitura da teoria conhecida como “mão invisível” de Adam Smith. Em que pese as discussões, fato é que este autor influenciou enormemente não só a Ronald Coase, que, em decorrência de sua obra, recebeu o Prêmio Nobel da Economia em 1991, como a própria Análise Econômica do Direito.⁴

Não obstante, foi com Richard Posner, especialmente com a publicação da obra: *Economic analysis of law*,⁵ que o movimento ganhou força e se desenvolveu, tendo inclusive nesse momento conceituado a *law and economics*.⁶ Destaca-se que, por ser Juiz da Corte de Apelação Norte-Americana, Posner conseguiu não só aplicar a AED em decisões judiciais, como disseminar a ideia entre os operadores do direito.⁷

De forma objetiva, a Análise Econômica do Direito é um método por meio da qual a formação, estruturação e efeitos comportamentais são investigados no momento da aplicação de institutos jurídicos, tendo como base as teorias econômicas, seja por meio de normas legisladas, seja por meio de decisões judiciais.⁸

Para Richard Posner, a Análise Econômica do Direito nada mais seria que a “aplicação das teorias e métodos empíricos da economia ao sistema jurídico, em todos os campos do direito comum”.⁹

A AED busca compreender e analisar como a norma criada influenciará as partes futuras e se o comportamento previsto é o desejado,¹⁰ ou seja, traz em si o consequencialismo, no sentido de ser necessário levar em conta as possíveis consequências dos atos decisórios.

³ Com um artigo denominado artigo “The Problem of the Social Cost”.

⁴ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do Direito e sua relação com o direito civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 57. Belo Horizonte: jul.-dez./2010, p. 92 e 93.

⁵ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 3. ed. New York, NY: Aspen Publishers, 1986.

⁶ Traduzida como Análise Econômica do Direito.

⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

⁸ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do Direito e sua relação com o direito civil brasileiro, cit., p. 86 e 89.

⁹ Tradução livre de: “is the application of the theories and empirical methods of economics to the legal system across the board” (POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 3. ed. New York, NY: Aspen Publishers, 1986 p. 19).

¹⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6 ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008, p. 5-6.

Antes de adentrar propriamente nas questões alusivas à Análise Econômica do Direito, importa destacar algumas limitações do método proposto. Veja que a Análise Econômica do Direito não é prescritiva, ou seja, a AED não apresenta uma fórmula que possa ser normatizada, mas sim busca compreender as consequências da norma e fomentar, se for o caso, prescrição normativa para mudança social ou reforma jurídica.

Importa observar que, além dos estudiosos da AED já ressaltados, outros podem ser destacados, como Henry Manne,¹¹ Aaron Director,¹² Guido Calabresi, entre outros importantes nomes. Todavia, observa-se que, embora cada um deles tenha sido vinculado a uma determinada vertente, também chamada de Escola, há um consenso dos autores no pertencimento destes à Análise Econômica do Direito, isto porque todos partem das mesmas bases conceituais, como: maximização dos interesses, equilíbrio e eficiência.¹³

Dentre as principais Escolas da AED está a de Yale ou New Haven, conhecida como vertente normativa, que ganhou destaque com Guido Calabresi. Nesta Escola, a ênfase estaria nas questões distributivas e análise de políticas públicas. A análise normativa consistiria, basicamente, na ponderação das alternativas previamente estipuladas, visando embasar a escolha de uma política pública ou a aprovação de uma lei, com base em objetivos previamente definidos.¹⁴ De outro lado, a Escola Institucionalista estaria voltada para análise das regras gerais de interação social, capaz de reduzir incerteza, como por exemplo: igrejas, partidos políticos.

Não obstante, em consonância com a delimitação metodológica estabelecida, este artigo dedicar-se-á às análises da Escola Positiva, também conhecida por Escola de Chicago, pois se buscará analisar as consequências das decisões judiciais que tratam das indenizações por dano moral com base na interpretação do direito positivo vigente.

A Escola Positiva teve como seu principal nome Richard Posner. Em suma, a linha trazida pela vertente positiva se preocupa em investigar quais as consequências de um determinado arcabouço jurídico. Importa consignar que, embora Richard Posner esteja, ainda hoje associado à Escola de Chicago, este sempre deixou bastante claro o seu

¹¹ Fundou o “Economics Institutes for Law Professors”, em 1971.

¹² Aaron era responsável pelo Departamento de Economia da Universidade de Chicago e foi um dos principais incentivadores para a criação do “*Journal of Law and Economics*”.

¹³ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do Direito e sua relação com o direito civil brasileiro, cit., p. 87.

¹⁴ BRUSCO, Ana Beatriz. *Análise econômica da quantificação dos danos morais: estudo da indenização por recusa em fornecer medicamento nos contratos de assistência à saúde*. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 55.

distanciamento do utilitarismo e institucionalismo, isto porque, para o autor, ambos se afastam da moral.

Para o utilitarismo, a utilidade da norma só estaria atendida se conduzisse à felicidade, sendo a felicidade coletiva o somatório da felicidade individual. Nessa toada, acabava por se afastar da ética e moral, pois para o utilitarismo se, por exemplo, alguém matasse seu avô velho e infeliz, poderia ser considerado um homem bom, já que além de fazer a vontade do seu avô, deu aos filhos a alegria da herança, aumentando a felicidade geral,¹⁵ assim como o comércio de rins, que geraria felicidade para quem paga, uma vez que receberia um órgão vital que o possibilitaria manter-se vivo, e para quem recebe o valor monetário também geraria felicidade, pois apesar de estar sem um rim permaneceria com outro e ainda teria um ganho econômico.¹⁶

De outro lado, o institucionalismo seria o excesso de preciosismo que levaria a problemas morais tanto como o utilitarismo, os quais, em certo ponto, até mesmo se confundiriam. Segundo Posner:

Diriam então que a tortura é errada mesmo que se possa mostrar (como acreditava Bentham) que praticá-la, no final das contas, maximizaria a felicidade. Admitiriam, porém, que, caso a salvação da humanidade dependesse da tortura de uma pessoa, não seria errado fazê-lo.¹⁷

Assim, o objetivo da escola de *Law & Economics*, para Richard Posner, é a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.

Exatamente por esse motivo é que se adotará como critério ético-normativo, para as análises aqui propostas, o consequencialismo da Teoria da Maximização da Riqueza de Richard Posner, a fim de que seja possível visualizar a consequência da norma ou decisão, e comparar o resultado com o fim proposto pela própria norma, analisando sua eficiência com base em um equilíbrio entre proteção dos direitos individuais e o valor social agregado, possibilitando uma avaliação consequencialista do efeito da norma.¹⁸

¹⁵ POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 68-69.

¹⁶ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. *Análise econômica do Direito e sua relação com o direito civil brasileiro*, cit., p. 89.

¹⁷ POSNER, Richard. *A economia da justiça*, cit., p. 71.

¹⁸ POSNER, Richard. *A economia da justiça*, cit., p. 64-72.

De todo o exposto, é possível concluir que a Análise Econômica do Direito estuda, primordialmente, as consequências das normas jurídicas e das decisões judiciais, seja para investigar a melhor forma de interpretar o direito posto, seja para propor alterações legislativas com mais afinco ou para auxiliar a formulação de políticas públicas.

2.1. Conceitos econômicos e sua aplicabilidade ao Direito

Nessa interdisciplinaridade proposta entre economia e direito, alguns conceitos econômicos bastante utilizados, bem como sua aplicabilidade ao direito devem ser explicitadas. Destaca-se que o foco da AED é a eficiência, ou seja, a busca pela maximização na geração e distribuição dos recursos em uma sociedade.¹⁹ A eficiência pode ser analisada por dois principais parâmetros, dentre os quais se destaca o Ótimo de Pareto e Kaldor – Hicks.²⁰

Pelo parâmetro de Pareto, haveria eficiência sempre que houvesse uma transação, negociação ou troca entre partes, que o resultado gerasse a melhora de um lado sem a piora da situação da outra parte. O Ótimo de Pareto representa o momento em que as transações seriam maximamente eficientes, ou seja, até que se obtivesse o ponto em que não fosse mais possível realizar qualquer transação sem que não gerasse prejuízo a algum dos indivíduos.²¹

Já o parâmetro de Kaldor – Hicks²² mensura a eficiência pela relação: máximo de bem-estar para o maior número possível de indivíduos, ao ponto que os ganhos gerais compensem as possíveis perdas sofridas individualmente por alguns.²³

Não obstante, pelo fato de o parâmetro de Pareto se adequar às transações puramente voluntárias acaba por limitar o conceito de eficiência, demonstrando baixa aplicação prática, visto que as transações têm efeitos sobre terceiros em sua grande maioria.²⁴ Situação que se corrige com o segundo parâmetro trabalhado, qual seja, Kaldor – Hicks.

¹⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 24-25.

²⁰ SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: STAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (Org.). *Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76.

²¹ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. *Análise econômica do Direito e sua relação com o direito civil brasileiro*, cit., p. 107-108.

²² Nicholas Kaldor e John Hicks.

²³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 86.

²⁴ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, cit., p. 12.

Importa, ainda, para os fins pretendidos para o presente trabalho, compreender que as externalidades podem ser compreendidas como o efeito que a atitude de um agente externo pode ocasionar no bem-estar de outro, sem que este outro esteja envolvido com a atividade desenvolvida. Nesse sentido, algumas decisões judiciais podem ser tomadas de forma eficiente para alguma das partes envolvidas, porém, esta mesma decisão pode não ter sido eficiente do ponto de vista coletivo. Se a consequência for adversa, denomina-se externalidade negativa, ao passo que, se o impacto for benéfico, tem-se a externalidade positiva. Observa-se que, em geral, quando há as externalidades negativas, o Estado surge para buscar equilibrar a situação.²⁵

Outro conceito bastante utilizado na AED é a denominada Teoria dos Jogos. A Teoria dos Jogos é, em verdade, um instrumento que auxilia a compreensão do comportamento dos agentes. A norma passa a ser vista apenas como subsídio para que se trace o comportamento do indivíduo, pois este, ao saber as regras do jogo, decide qual a forma mais interessante de atuar, cumprindo ou não a lei. Disto, conclui-se que a lei induz os comportamentos.²⁶

A contribuição da Teoria dos Jogos para o estudo do Direito, portanto, consiste na busca pela compressão das motivações estratégicas que inspiram os autores das normas e a sua aceitabilidade pelos seus receptores, ou seja, a consequência da norma jurídica no comportamento das pessoas. Do ponto de vista do indivíduo, trata-se de uma análise de previsibilidade das ações a serem assumidas em prol dos seus interesses e bem-estar.

Bem compreendidas as noções essenciais sobre a Análise Econômica do Direito e as suas possíveis contribuições, é imprescindível se apreciar a sua aplicabilidade no que se refere à responsabilidade civil, o que se reserva para a próxima seção deste trabalho.

3. Aplicabilidade da análise econômica do Direito na responsabilidade civil

3.1. Atributos e objetivo da responsabilidade civil em cotejo com os custos, dano eficiente e incentivos oriundos da sua aplicação

A responsabilidade civil tem como objetivo precípua “restaurar o equilíbrio moral e

²⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do Direito e sua relação com o direito civil brasileiro, cit., p. 111-112.

²⁶ POSNER, Richard A. El análisis económico del derecho en el *Common Law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. *Revista de Economía*, 2005, p. 11.

patrimonial provocado pelo autor do dano²⁷ e surge quando uma das partes não cumpre a obrigação que lhe cabia, ou seja, a responsabilização civil pode ser vista como uma consequência patrimonial do descumprimento do devedor.²⁸

São considerados atributos da responsabilidade civil, a prevenção, ao desestimular a atuação danosa e o caráter ressarcitório, ao garantir a reparação às vítimas pelos danos sofridos.²⁹ Atualmente, a função de desestímulo pode encontrar significativa barreira no quadro normativo posto, já que o Código Civil, em seu artigo 944, estabelece que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, de tal sorte que aquela não poderia ir além da própria função reparatória.

Cumpra observar também que, na responsabilidade civil, há a presença dos incentivos para o não cometimento de ilícitos civil, pois o agente terá pleno conhecimento de que se causar dano será responsabilizado.³⁰

Veja que a ideia de custos está afeita à responsabilidade civil, seja atinente aos custos oriundos de acidentes, seja os custos para se evitar o acidente, ou seja, a prevenção adotada de modo a se evitar ou minorar as intercorrências danosas. Essa perspectiva faz contribuir também para uma gestão cíclica dos mecanismos para otimização da prevenção, de forma a se inventar e reinventar métodos mais eficientes para se evitar a ocorrência do dano, que pode ter consequências irreversíveis.

Da análise dos artigos 186 e 927 do Código Civil, vislumbra-se que, embora a ideia de compensação seja trazida literalmente como uma forma de se evitar a tutela privada, é preciso ter critérios eficientes e parâmetros claros para isso,³¹ pois a consequência de uma aplicação ineficiente da lei pode acabar deturpando seu objetivo.

Não se discute a inviabilidade econômica e a baixa eficiência em buscar evitar integralmente os acidentes, pois, além do custo alto, a probabilidade de isso ocorrer é apenas teórica. O que se argumenta é a compreensão da prevenção como um instrumento de redução de sinistros.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 19.

²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 19-21.

²⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. *Análise econômica do Direito e sua relação com o direito civil brasileiro*, cit., p. 127-128.

³⁰ *Ibidem*, p. 128.

³¹ BRUSCO, Ana Beatriz. *Análise econômica da quantificação dos danos morais*, cit., p. 57.

Não obstante, para que a prevenção seja eficiente, o valor comumente empregado como caráter ressarcitório deverá ser observado, pois afetará diretamente o quanto uma pessoa (natural ou jurídica) está disposta a pagar em custos de prevenção para otimizar ou adequar a sua conduta. Assim, o que se busca pela Análise Econômica do Direito na responsabilidade civil é avaliar os incentivos em prol da prevenção de acidentes, tendo em mente a máxima de que “prevenir é melhor que remediar”, sem perder de vista que a irreversibilidade dos efeitos danosos comumente mostra a sua força.

Neste aspecto, surge o chamado “dano eficiente”, que deve ser compreendido como aquele dano que compensa ser sofrido, pois, em alguns casos, torna-se mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Tais situações podem ser vistas em casos de *recall*, quando as fábricas avaliam que é menos oneroso responder por eventuais ações em caso de acidentes, tendo como base a média das condenações, do que gastar com o chamamento de todos os veículos que se enquadrem nas situações de perigo detectada. Similar situação ocorre com as cobranças abusivas pelos bancos e pelas empresas de telefonia.³²

Assim, algumas indenizações baixas oriundas do caráter ressarcitório da responsabilização civil acabam se afastando da ideia de compensação e proteção à vítima e se tornando incentivos ao dano, tendo em vista que, em termos de custos e expectativas para algumas empresas, por exemplo, pode ser melhor ser declarado responsável pelo dever de indenizar do que prevenir possíveis danos. Cria-se, assim, espaço para a ideia de lesar é lucrativo, pois, além dessa perspectiva, tem-se que os custos (inclusive com perdas judiciais) geralmente estão compreendidas no preço do produto ou serviço.

3.2. Impacto da decisão judicial atinente a responsabilidade civil sobre a frequência do acidente, o custo das prevenções e a internalização das externalidades

Como se viu, o *quantum* da indenização pode influenciar na concretização da prevenção. Considerando que o valor da indenização é estipulado em uma decisão judicial, tem-se como boa medida a análise de decisões judiciais. Nesse contexto, a AED buscará compreender qual o impacto da decisão sobre a frequência do acidente e o custo da prevenção.

³² PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do Direito e sua relação com o direito civil brasileiro, cit., p. 128.

Richard Posner, para fazer tal análise, utiliza-se da Fórmula de Learned Hand. Por esta fórmula, só se adota o intento preventivo se o custo for inferior ao dano. Vejamos a explicação de Posner:

(...) suponhamos que o perigo é a perda, não dos lagartos, mas do dedo mindinho num acidente de automóvel, e a forma mais barata de evitar o acidente é que outro condutor - um completo estranho - conduza mais devagar. Suponhamos que o custo esperado do acidente é de \$10, como anteriormente (.001 X \$10.000) e o custo para o outro condutor de conduzir mais devagar (e assim demorar mais tempo a chegar ao seu destino) é de \$8. A eficiência exige que o condutor conduza mais devagar. Mas como os custos de transação com potenciais vítimas como o utilizador são proibitivos, ele não o fará a não ser que o sistema legal intervenha, por exemplo, responsabilizando-o por danos (= \$ 10.000) caso ocorra um acidente. Nesse caso, ele tem um custo esperado de julgamento legal de \$10, o que o levará a investir \$8 numa precaução que fará com que o seu custo esperado de julgamento seja zero, evitando o acidente. A precaução dar-lhe-á um ganho líquido de \$2; é um bom investimento. O exemplo que demos seria tratado pela lei da negligência, como resumido na fórmula de negligência do juiz Learned Hand. Definindo P e L como fizemos, e denotando por B o custo da precaução, Hand escreveu que um potencial lesionador é negligente se, mas só se, $B < PL$, que é o que o nosso exemplo implicou que seria a fórmula ótima para evitar acidentes.³³

Disto é possível verificar que, utilizando como base a Fórmula Hand, o sistema de responsabilidade civil deve ser pensado para que somente se adotem medidas de prevenção cujos custos sejam inferiores ao dano esperado. Essa fórmula permite, ainda, o estabelecimento de critério de avaliação da conduta das partes, por meio da gradação dos diferentes níveis de culpa, por exemplo, se “x” adotou uma maior prevenção para evitar acidentes do que “y”, embora o acidente seja o mesmo, cada um dos agentes deve ser responsabilizado de forma diferente, pois se assim não for, haverá outro desestímulo.³⁴

Denota-se que quando o valor da indenização vem de encontro com a lógica da responsabilização civil, de que os custos dos danos sejam internalizados por quem os causou com o dever de ressarcir na medida do dano, ao invés de proteger o bem jurídico, acaba por estimular sua ofensa com a distorção de incentivos aos agentes.³⁵

Para que se possa compreender o quão prejudicial pode ser a fixação de valores indenizatórios

³³ POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, cit., p. 148. Tradução nossa.

³⁴ BRUSCO, Ana Beatriz. *Análise econômica da quantificação dos danos morais*, cit., p. 63.

³⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*, cit., p. 190.

inadequados, cita-se um famoso caso: *The General Motors Malibu Fuel Tank Case*.³⁶

Como se vê, a responsabilidade civil pode ter uma importante contribuição para o desempenho ótimo da prevenção, pela imposição do dever de indenizar em patamares adequados, inclusive na perspectiva econômica, de forma a se desestimular a adoção ou a continuidade de condutas lesivas.

Neste ponto, pode surgir um questionamento: será que indenizações altas não irão gerar um efeito de incentivo ao dano pela vítima?

Primeiro, importa esclarecer que, quando se trata de indenizações por danos, os parâmetros estão legalmente determinados no artigo 944 do Código Civil, ao se prescrever que a sua quantificação deve estar vinculada à extensão do dano e, em assim sendo, não há que se falar em modificação da situação econômica da vítima. Ademais, as indenizações por responsabilidade civil nem sempre possibilitam a reversão ao estado anterior, especialmente quando se trata de danos pessoais graves e em não sendo reversíveis,³⁷ de tal sorte que essa ideia de “incentivo ao dano” pela vítima cai por terra.

Destaca-se, todavia, que, nos casos em que a conduta da vítima influencia o resultado, esta deve ser ponderada na análise da fixação responsabilização, situação prevista no próprio artigo 945 CC, que versa sobre a possibilidade de compensação e análise da culpa recíproca (entre a conduta da pessoa lesada com a do causador do dano).

4. A análise econômica do Direito e a quantificação da indenização por dano moral

4.1. Contextualização do dano moral e o critério bifásico de sua aplicação

Para a apreciação do problema proposto para o presente trabalho, entende-se relevante a superação da seguinte inquietação: como a análise econômica pode ser aplicada na

³⁶ Patricia Anderson, seus quatro filhos e um amigo da família estavam indo para casa, depois de saírem da igreja, na noite de Natal de 1993. Ao pararem no sinal vermelho, um motorista embriagado atingiu a parte de trás do veículo. O veículo pegou fogo. As pessoas dentro do automóvel Malibu sofreram queimaduras severas e uma das crianças teve seu rosto desfigurado e perdeu sua mão direita. O incêndio aconteceu em razão de um defeito no veículo. Os engenheiros automobilísticos tinham ciência desse defeito e da forma de corrigi-lo. Ainda assim, a GM escondeu do público, dos reguladores e das Cortes de Justiça esses fatos por 27 anos. Foi revelado no processo um memorando interno (o famoso Ivey Memo) que trazia o cálculo do custo estimado de consertar todos os veículos em comparação com as condenações judiciais por danos deles decorrentes. Constatou-se que era mais barato pagar as indenizações do que fazer o recall e consertar o defeito. Por conta disso, foi fixada indenização de US\$ 4,9 bilhões, de forma que fosse mais caro pagar a indenização do que permitir novas demandas judiciais. Disponível em: [nytimes.com/1999/07/10/us/4.9-billion-jury-verdict-in-gm-fuel-tank-case.html](https://www.nytimes.com/1999/07/10/us/4.9-billion-jury-verdict-in-gm-fuel-tank-case.html).

³⁷ O que não se confunde com compensação, pois mesmo que uma situação não possa ser revertida, deverá ser ressarcida/compensada.

quantificação da indenização no caso do dano moral?³⁸

Para responder a essa pergunta, primeiro importa destacar que o dano moral representa a violação ao bem jurídico extrapatrimonial (direto ou indiretamente) contido nos direitos da personalidade (vida, integridade, liberdade, honra, decoro, intimidade, imagem) ou nos atributos da pessoa (nome, capacidade, estado de família). É uma violação do dever geral de não lesar.³⁹

O Código Civil não só reconhece a existência do dano moral, como prevê a obrigação da vítima em ser indenizada pelo ofensor. Assim, enquanto o artigo 186 do Código Civil assevera à existência do dano moral, os artigos 927 e 944, ambos do Código Civil, garantem, respectivamente, a obrigação de o responsável pelo dano reparar à vítima, bem como a obrigação da indenização ser medida pela extensão do dano.⁴⁰ Assim, se todo dano é indenizável e a reparação deve se medir pela extensão da lesão, é fato que o dano moral foi objeto de tutela jurídica.

Em que pese os limites bem definidos para a indenização no artigo 944 do Código Civil (de que essa deve ser medida pela extensão do dano), é usualmente proposto que a imposição da responsabilidade civil deve atender à finalidade compensatória, punitiva e preventiva. Sua finalidade essencial, isto é, a compensatória, objetiva a busca pela atenuação ao dano da vítima em virtude de uma privação ou violação de seus direitos da personalidade. Neste ponto, importa destacar que por ser o dano moral relativo a uma violação de um direito, comumente não monetizado, em algumas situações poderá ser extremamente difícil, ou até impossível, a restituição à vítima ao seu estado anterior à lesão, mas haverá sempre uma compensação.⁴¹

De outro lado, a finalidade punitiva busca sancionar quem causou a lesão, ou seja, a punição tende a ser maior quanto menor for o nível de diligência adotada pelo agente. Tal graduação funciona como uma espécie de prêmio ao agente que se esforçou para não causar o dano ou punição para quem se comportou de forma adversa. A desatenção à mensuração do grau de diligência adotada, significa a violação ao princípio da isonomia, isto porque, ao condenar o agente que tentou evitar o dano com prevenção insuficiente e

³⁸ O presente trabalho adotará a expressão consagrada pela legislação, isto é, “dano moral”, conquanto não se ignore as críticas a ela atribuídas e as possíveis preferências denominativas, como o caso de “dano extrapatrimonial” ou “dano não material”, em razão dos limites bem definidos para o problema ora investigado, além de não se prestigiar o preciosismo linguístico.

³⁹ BRUSCO, Ana Beatriz. *Análise econômica da quantificação dos danos morais*, cit., p. 21-22.

⁴⁰ Proporção entre gravidade da culpa e o dano e eventual existência de culpa da vítima.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 405-407.

o agente que sequer buscou a proteção do bem jurídico em patamares idênticos de indenização, a máxima do referido princípio de tratar os desiguais na medida da sua desigualdade estaria sendo crassamente violada.

Importa ainda tratar da finalidade preventiva. Esta prevê que o *quantum* reparatório da indenização pelo dano moral deve estar vinculado a um desestímulo e até mesmo a uma certa intimidação que vai além do ofensor e busca atingir a coletividade, a fim de que, presenciando o ocorrido, deixe de se ter atitudes semelhantes. É o que comumente se chama de caráter pedagógico.⁴²

A dissuasão típica da finalidade preventiva está ligada ao desestímulo do acidente em si e não do ingresso de ações, como pensado por alguns julgadores que buscam evitar indenizações altas com o simples intento de combater a temerária expressão “máquina de indenizações”, quando se tem, na verdade, a “indústria dos danos”, já que lesar pode ser compreendido como lucrativo. Assim, considerando que o próprio Direito Civil se compatibiliza com as diretrizes constitucionais, diminuir o montante indenizatório para desestimular novas demandas judiciais por quem, de fato, teve a sua personalidade afetada vai de encontro à tutela constitucional da dignidade humana. Ademais, a leitura da compensação deve ser feita em benefício da vítima e nunca para desestimular o ingresso em juízo.⁴³

Do exposto pode ainda surgir uma nova indagação: essas finalidades da responsabilidade civil são hoje observadas pelos julgadores? Como se chega ao valor das indenizações por dano moral?

Responder a essa inquietação com a máxima de que os juízes se basearão na razoabilidade e proporcionalidade é o mesmo que nada responder. Pois bem, o Superior Tribunal de Justiça, buscando direcionar a efetivação dessa “razoabilidade e proporcionalidade” na quantificação da indenização, propõe o critério bifásico⁴⁴ para o desempenho dessa tarefa.

Trata-se de uma espécie de método, composto por duas etapas, para se chegar na quantificação da indenização dos danos morais. Em um primeiro momento, verifica-se a importância do interesse jurídico violado, utilizando como parâmetro a média de

⁴² BRUSCO, Ana Beatriz. *Análise econômica da quantificação dos danos morais*, cit., p. 24-26.

⁴³ *Ibidem*, p. 24-28.

⁴⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em Teses - Edição N. 125*. Responsabilidade Civil – Dano Moral. Brasília, 17 mai. 2019. Disponível em: stj.jus.br/.

condenações anteriores em situações análogas (o que acaba por implicar numa espécie de “tarifação às avessas”, já que os precedentes cumpririam esse papel). Na segunda fase, passa-se à análise das especificidades do caso concreto, incluindo nível de “culpa do ofensor” e a existência ou não de culpa concorrente (tornando tormentosa a tarefa, sobretudo, quando se pensa na hipótese de responsabilidade civil objetiva).

É comum encontrar, nessa segunda fase do método bifásico, a proposição da análise da condição socioeconômica da vítima, que, nas decisões judiciais, estão comumente ligadas à vedação ao enriquecimento ilícito.⁴⁵ Há uma grande controvérsia envolvendo a questão, pois, se de um lado, aventa-se a busca pela proteção do princípio da isonomia, em que a dignidade humana não deve ser valorada segundo o potencial econômico da vítima, de outro, há o limite da vedação do enriquecimento sem causa, que, inclusive, conta com um capítulo específico no Código Civil.⁴⁶

É oportuno destacar que a ideia de se apreciar a condição socioeconômica da vítima pode ser tempestuosa e absolutamente questionável por revelar aspecto discriminatório, ao considerar que uma vítima menos favorecida economicamente não possa receber uma indenização alta, tal como uma vítima mais favorecida economicamente. Mais tormentoso ainda é a compreensão desse critério quando se deve ter em mente que a bússola orientativa na fixação da indenização deve, em verdade, ser o princípio da reparação integral e, na sua compreensão, parece que não deve haver espaço para análise da condição econômica da vítima.

Ainda que se possa permitir como válida essa premissa, importa destacar, ainda, que as indenizações por dano moral somente ocorrem quando resta constada uma violação a um direito da personalidade da vítima, ou seja, há uma causa legalmente amparada para percepção dos valores. Outrossim, para que uma indenização traga uma modificação da condição socioeconômica da vítima esta necessitaria ser de porte considerável, muito acima dos montantes usualmente praticados nos tribunais brasileiros.⁴⁷

Ademais, parece bastante difícil vislumbrar que a indenização por danos morais atinente a morte de um ente querido, por exemplo, possa representar um enriquecimento ilícito da vítima, ainda que em montante elevado. Com isso, certo está que combater o enriquecimento ilícito da vítima exige muito mais uma análise do interesse jurídico

⁴⁵ Tal situação poderá ser mais bem visualizada nas análises dos julgados que, mais a frente, serão detalhados.

⁴⁶ BRUSCO, Ana Beatriz. *Análise econômica da quantificação dos danos morais*, cit., p. 31.

⁴⁷ O que será mais bem demonstrado, também, com a análise dos julgados.

lesado, sendo desnecessária a aferição do contexto socioeconômico do ofendido que acaba por fomentar uma violação da isonomia com a fixação de patamares mais baixos de indenização para vítimas mais pobres.⁴⁸

É de se anotar que, nessa interface, em 2018, foi incluída a redação do art. 20 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB, que surgiu com o objetivo de promover a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais. Nessa senda, busca-se aliar aspectos práticos à fundamentação dos julgadores ao determinar que as decisões, tanto judiciais quanto administrativas, devem considerar as consequências práticas para a atribuição dos valores indenizatórios, cuja adequação e necessidade devem ser aferidas pela motivação.

4.2. Uma análise da média de valores de indenização por dano moral oriundo do evento morte e a tarifação às avessas pela sistemática de precedentes

Para tornar o estudo palpável, realizou-se uma análise da média de valores de indenização por dano moral oriundo de morte. Para isso foram utilizados julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso,⁴⁹ tendo sido adotados como pressupostos para seleção dos resultados, a inserção de palavras chaves; a eleição do tipo de processo como cível e do colegiado como Tribunal de Justiça, além da busca por julgados mais recentes, sempre após a verificação de conformidade dos termos pesquisados com o voto e a exclusão dos julgados repetidos.

Em um primeiro momento, delimitou-se que a pesquisa seria voltada para a seleção de julgados relacionados à indenização por dano moral nos casos de morte, por ser a situação, em tese, mais gravosa. Assim, a fim de buscar uma média dos valores das indenizações, realizou-se uma primeira busca, no dia 26.05.2023, no site do TJ/MT, com as palavras chaves: “responsabilidade civil”, “dano moral”, “morte”. A busca jurisprudencial foi confirmada no dia 30.05.2023.

Do resultado alcançado, foram analisadas as seis primeiras decisões constantes na página do site do TJ/MT em busca do maior número de julgados similares, utilizando os pressupostos já mencionados. Verificou-se que, dentre os assuntos mais recorrentes,

⁴⁸ BRUSCO, Ana Beatriz. *Análise econômica da quantificação dos danos morais*, cit., p. 32.

⁴⁹ Delimitação geográfica adotada visto a proximidade tanto da Pós-Graduação nível mestrado da UFMT, como da autora.

quais sejam: acidentes de trânsito, questões de saúde e morte de detentos, este último foi o com o maior número de decisões, seis decisões, sendo os demais respectivamente com cinco decisões e quatro decisões.

Com base nesse resultado, limitou-se a segunda etapa das buscas às seguintes palavras chaves: “Responsabilidade Civil”, “Dano Moral”, “Morte”, “Detento”, as quais foram realizadas nas mesmas datas já citadas anteriormente. Elegeu-se, como critério aleatório, a análise dos resultados constantes nas duas primeiras páginas do site do TJ/MT. Na primeira página, excluindo as improcedentes e as duplicadas, restaram dois julgados: 1036347-45.2019.8.11.0041 e 1006708-50.2017.8.11.0041. Já na segunda página, excluindo-se as improcedentes e as duplicadas, restaram, também, dois julgados: 1000947-29.2020.8.11.0107 e 1011603-20.2018.8.11.0041, tendo sido com base nesse resultado realizado uma média.

Destaca-se que, quanto ao primeiro processo analisado (de nº 1036347-45.2019.8.11.004), verificou-se a aplicação do dano moral de 40 mil reais em decorrência do agravamento da situação de saúde do detento que teria culminado com a sua morte. Salienta-se que, embora tenha havido menção na fundamentação do julgado às peculiaridades do caso e ao caráter pedagógico, esta parece ter sido mais teórica, tendo o valor da indenização seguido os parâmetros de valores atribuídas em julgados do Tribunal de Justiça. Ademais, houve a expressa menção à condição econômica da vítima.⁵⁰

No segundo processo (de nº 1006708-50.2017.8.11.0041), houve a aplicação do dano moral de 50 mil reais em decorrência de assassinato de detento dentro do presídio. A sentença condenou o Estado e os seus termos foram mantidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. A fundamentação da sentença, embora mencione as circunstâncias do caso concreto, a finalidade da reparação e a proporcionalidade, não os aplica na prática, ademais cita a “condição socioeconômica da vítima”. Já na fundamentação do Tribunal de Justiça para manter o valor da condenação em 1º grau, destaca, novamente, que essa é a média de valores adotado pelo TJ/MT.⁵¹

Já no terceiro processo (de nº 1000947-29.2020.8.11.0107) houve a manutenção pelo TJ/MT da condenação ao pagamento, pelo Estado, de uma indenização por dano moral

⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. Primeira Câmara de Direito Público e Coletivo. *Processo nº 1036347-45.2019.8.11.0041*. Relator: Edson Dias Reis. Cuiabá, 14 abr. 2023.

⁵¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. Primeira Câmara de Direito Público e Coletivo. *Processo nº 1006708-50.2017.8.11.0041*. Relator: Edson Dias Reis. Cuiabá, 14 mar. 2023.

no valor de 100 mil reais em decorrência de assassinato dentro do presídio. Destaca-se que, em que pese a fundamentação cite a condição socioeconômica da vítima, parece de fato ter considerado as peculiaridades do caso, considerando a tenra idade da autora e os problemas oriundos da morte de seu genitor; o grau de culpa do Estado ante a violência da morte do detento, bem como o elevado número de agressões sofridas. Ademais, a decisão parece ter se distanciado dos parâmetros de valores adotados pelo e. Tribunal.⁵²

Por fim, quanto ao quarto processo analisado (de nº 1011603-20.2018.8.11.0041), houve a manutenção pelo Tribunal de Justiça da condenação à indenização ao dano moral de 30 mil reais, em decorrência da morte do detento por ingestão de drogas e briga com outros detentos no interior do presídio.⁵³ Para melhor compreender os fatos, analisou-se, também, o Acórdão oriundo do julgamento da Apelação do aludido processo, constatando que o julgado se limitou a manter o *quantum* de indenização com a exclusiva fundamentação que este era adequado, proporcional e conforme a jurisprudência.⁵⁴

⁵² “A Parte autora A. D. S. K, representada por sua genitora Jéssica Teodoro da Silva, busca, com a ação a responsabilização do Estado de Mato Grosso, Recorrente, pela morte de seu genitor, ocorrida em 17/12/2018, dentro de estabelecimento prisional estadual no qual estava custodiado [...] Ao decidir o feito, o Juízo a quo condenou o ente estatal a pagar indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) [...]”

A prova revela que Pablo Henrique Seibert Klesklailo, pai da Parte Autora, Recorrido, faleceu em 17/12/2018 no interior do estabelecimento prisional estatal “Ferrugem” – Penitenciária Dr. Osvaldo Florentino Leite Ferreira, situado em Sinop, apontado como causas da morte “choque hipovolêmico, ferida perfuro lanhoso miocárdio, ferida perfuro lanhoso e ferimento por arma branca”, conforme consignado na certidão de óbito (id. 128939922) [...] o preso foi encontrado em óbito durante o procedimento de “tranca” da Cela 03 do Raio Laranja, onde se encontravam segregados 38 (trinta e oito) detentos. Por sua vez, o laudo pericial 500.2.06.2019.000463-01, emitido pela POLITEC, concluiu pela ocorrência de homicídio na área comum da cela (id. 128939934). *No que concerne ao dano moral, não há que se afirmar ausência ou minimizar a dor, saudade, a revolta ou o sofrimento experimentado pela Autora, ainda de tenra idade, especialmente em razão das circunstâncias em que perdeu o seu familiar, sendo intuitivo o reconhecimento do abalo moral.*

A perda de um ente querido, no caso, o pai, é fato que, por si só, ocasiona severo abalo de ordem moral, já que a morte é o dano maior que se pode considerar. Com relação ao quantum indenizatório, no ordenamento nacional, não há critérios objetivos para a quantificação do dano moral, até porque esta espécie de dano, por atingir a esfera psíquica do indivíduo e estar intimamente ligada à sua moral, não permite que se criem parâmetros concretos para a análise de sua extensão. No entanto, preceitua a doutrina e a jurisprudência, que o dano moral deve ser arbitrado de acordo com a possibilidade econômica do ofensor, as necessidades do ofendido, a potencialidade do dano e o grau de culpa, ou dolo, envolvido no ato lesivo, ou seja, a indenização deve pautar-se por critérios que não impliquem enriquecimento do lesado, nem ser tão ínfimo que se torne irrisório para o ofensor. Mas, também, que não penalize o ofensor além da sua atitude reprovável, isto é, há de se razoável. Para atender aos preceitos da responsabilização, com razoabilidade, entendo que a sentença bem mensurou a condenação pelos danos morais ao fixar em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Frise-se que a estipulação deve balizar-se entre a justa composição e a vedação do enriquecimento ilícito, considerado o critério da proporcionalidade, bem como as peculiaridades do caso. Assim, nesse ponto, razão não assiste ao Apelante. [...]” (grifo nosso) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. Primeira Câmara de Direito Público e Coletivo. Processo nº 1000947-29.2020.8.11.0107. Relator: Márcio Vidal. Cuiabá, 21 nov. 2022).

⁵³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. Primeira Câmara de Direito Público e Coletivo. Processo nº 1011603-20.2018.8.11.0041. Relator: Márcio Vidal. Cuiabá, 03 dez. 2022.

⁵⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. Primeira Câmara de Direito Público e Coletivo. Processo nº 1011603-20.2018.8.11.0041. Relator: Márcio Vidal. Cuiabá, 18 abr. 2022.

Como inicialmente salientado, o objetivo da análise deste trabalho está nos valores de indenização a título de dano moral em virtude da morte de detentos dentro do estabelecimento prisional, sem que, nesse momento, seja analisado a forma de responsabilização. Dito isso, pode-se notar que, realizando a média dos valores de indenizações por dano moral decorrente de morte nos processos salientados, obteve-se uma média de 55 mil.⁵⁵

Conclui-se, ainda, que a ausência de fundamentação efetiva e a tendência em seguir uma média de valores vai ao encontro de uma tarifação às avessas em decorrência da sistemática e da força dos precedentes, inclusive pela lógica e técnica impostas pelo Código de Processo Civil em vigor.⁵⁶

Observa-se que, de todo modo, os valores a título de indenização por dano moral sempre estiveram mais ligados ao evento danoso do que as especificidades do caso e as suas consequências práticas, utilizando-se da argumentação apenas como retórica jurídica.

Ana Beatriz Brusco realizou uma análise de 50 julgados do STJ sobre quantificação do dano moral por consequências da recusa de medicamentos. A metodologia utilizada pela autora foi a realização de pesquisa de jurisprudência do STJ utilizando os termos “dano moral”, “recusa”, “medicamento”, que resultou em 90 retornos, tendo sido analisados os 50 julgados mais recentes.⁵⁷

Após as análises de todos os julgados, a autora pontou as seguintes conclusões, quais sejam: que o STJ não utiliza o método bifásico concebido pela própria Corte para quantificar os danos morais, sendo que, em apenas 2 julgados, foram analisadas as particularidades do caso concreto, previsto na 2ª etapa do método bifásico; como consequência da conclusão anterior, verificou-se que, em geral, não se analisa o padrão de comportamento das partes, inviabilizando a aferição do grau de culpa; o padrão da fundamentação na quantificação pelo STJ é de não ser a indenização irrisória e nem de extrapolarem os limites da razoabilidade e da proporcionalidade; o STJ raramente revisa os valores impostos pelas instâncias inferiores; não há avaliação das consequências práticas da decisão tomada, não havendo nenhuma menção ao art. 20 da LINDB; a média de indenização por dano moral é de cerca de 10 mil reais, sendo este valor o mais

⁵⁵ $40+50+100+30=220$ que dividido por 4, obtém-se a média de 55.

⁵⁶ Destaca-se que a tabela a seguir demonstrada foi retirada da obra *Análise econômica da quantificação dos danos morais*: estudo da indenização por recusa em fornecer medicamento nos contratos de assistência à saúde, de BRUSCO, Ana Beatriz. *Análise econômica da quantificação dos danos morais*, cit., p. 38.

⁵⁷ BRUSCO, Ana Beatriz. *Análise econômica da quantificação dos danos morais*, cit., p. 100.

recorrente, a menor condenação encontrada teria sido de 5 mil reais e a maior de 30 mil reais e que, diante de todas as ilações apresentadas, seria mais vantajoso para as prestadoras de assistência à saúde não fornecerem medicamentos de elevado valor, frequentemente usados no tratamento de câncer.⁵⁸

O que se pode verificar da análise econômica da quantificação da indenização por dano moral é que a indenização em pecúnia deve servir para corrigir os efeitos externos do evento danoso, com retorno ao estado anterior ou aumento de utilidade ou proveito à vítima.

O objetivo da Análise Econômica do Direito é de maximizar a utilidade total da sociedade, ou seja, o resultado da comparação entre os custos da atividade e seus benefícios deve ser positivo em prol da coletividade; todavia, a compensação da vítima apenas será eficiente se a indenização trouxer maior utilidade⁵⁹ do que a redução da utilidade sofrida pela coletivização com o aumento do custo da atividade.⁶⁰

Dessa forma, a compensação dada à vítima não precisa ser exata para induzir o aumento da prevenção tomada pelo potencial causador do dano, pois, desde que os custos da prevenção sejam mais baixos do que os custos de um nível menor de prevenção somados à indenização fixada, haverá incentivo para que o agente aumente seu nível de cuidado.⁶¹

5. As funções da indenização na responsabilidade civil do “futuro”

Os limites impostos para fixação do quantum indenizatório, como já se observou no presente trabalho, encontram-se delineados pelo Código Civil, no artigo 944, já que, segundo a citada norma, a indenização deve ser medida pela extensão do dano.

Na atualidade, portanto, tem-se que justificar a admissibilidade das funções “punitiva” e “preventiva/pedagógica” da responsabilidade civil pode-se mostrar como tarefa absolutamente impiedosa, já que implicaria num esforço argumentativo além dos limites legalmente impostos.

Nessa perspectiva, a contribuição da Análise Econômica do Direito pode ser limitada (e,

⁵⁸ BRUSCO, Ana Beatriz. *Análise econômica da quantificação dos danos morais*, cit., p. 100-111.

⁵⁹ Especialmente com o binômio compensação efetiva e aumento da prevenção.

⁶⁰ LINDNERBERGH, Siewert D.; KIPPERS LUIS, Peter P. M. van. Non pecuniary losses. In: FAURE, Michael (Ed.). *Tort law and economics*. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 224.

⁶¹ VISSCHER, Louis T. Tort damages. In: FAURE, Michael (Ed.). *Tort law and economics*. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009, p. 115.

de certa forma, desanimadora) na constatação de que a responsabilidade civil hoje pode ter o seu papel reservado unicamente para a função meramente reparadora (por aplicação da boa técnica e com os parâmetros do artigo 944 do Código Civil), ainda que nessa perspectiva possa vir a atender o princípio da reparação integral.

Poderia a responsabilidade civil do “futuro” reservar um espaço mais interessante para todas as funções dela esperadas? Essa pergunta é absolutamente relevante, sobretudo quando se nota que se encontra em discussão, no âmbito do Senado Federal,⁶² a possibilidade de revisão e atualização do Código Civil.

Seria possível se ter, diante das questões preocupantes lançadas para o tema, que as proposições legislativas sugeridas pela Comissão de Juristas responsável pela atualização e revisão do Código Civil apresentassem contribuição efetiva e significativa para o problema proposto? É o que se procurará compreender nas próximas linhas do presente trabalho.

O “amanhã” parece ser um pouco mais animador para o que se espera da responsabilidade civil, isso porque vários seriam os avanços nas funções que se espera desse importante instituto.

Deve-se citar inicialmente que, na proposição de um novo artigo 927-A, ter-se a expressa previsão de que “todo aquele que crie a situação de risco” deve se obrigar a “tomar as providências” para evitar os danos.⁶³

Essa previsão auxilia a revelar a importância da prevenção de danos, não somente na perspectiva *ex ante*, mas na direção *ex post*, o que é absolutamente necessária quando se tem em mente que o “risco zero” ou “dano zero” são utópicos numa sociedade sabidamente catastrófica.

Uma das propostas da Subcomissão de Responsabilidade Civil, aparentemente não encampada pela Relatoria-Geral do que se pode apreciar dos documentos disponibilizados no site do Senado Federal, também seria muito bem-vinda, pois tratava de criar um artigo (o de nº 926-A) para prever expressamente que a responsabilidade civil deveria atender as funções preventiva, punitiva e reparatória.⁶⁴

⁶² SENADO FEDERAL. *Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*. Disponível em: legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Idem*.

Além disso, merece nota também a proposição da citada Subcomissão de tratar expressamente da tutela preventiva do ilícito (na criação do art. 926-D), com o fito explicitamente previsto para “inibir a prática, a reiteração, a continuação ou agravamento de uma ação ou omissão contrária ao direito, independentemente da ocorrência do dano, ou da existência da culpa ou dolo”. Como se vê, haveria de se ter uma consagração do *neminem laedere*, de forma a se prestigiar medidas preventivas para que o dano não se concretize ou que se perpetue.⁶⁵

Garantir-se-ia de forma expressa também, no sugerido art. 926-E da Subcomissão, que as medidas de proteção para salvaguardar interesses e direitos fossem adotadas pelas vítimas na simples iminência de concretização de riscos danosos.⁶⁶

Espera-se que o tema possa merecer a atenção e a dedicação do Congresso Nacional, de tal sorte que a alteração legislativa possa cumprir o papel inicialmente a ele proposto (de conformação e adequação à jurisprudência das Cortes Superiores), mas também possa avançar para a superação de questões tormentosas, que possam assegurar a boa técnica jurídica, mas também a efetivação de caminhos mais seguros, justos e afinados com a pacificação social pretendida pelo Direito.

6. Conclusão

Para que fosse possível responder à pergunta proposta foi preciso percorrer um caminho que unisse a análise econômica, a responsabilidade civil, o dano moral e as decisões judiciais.

Dessa forma, buscou-se aplicar a Análise Econômica do Direito, a partir da Escola Positiva e o critério Ético Normativo da Teoria da Maximização da Riqueza, na responsabilização civil, em especial na quantificação das indenizações por dano moral, isto porque o objetivo da AED estaria exatamente na análise das consequências das decisões, a fim de verificar se estariam gerando prevenção, evitando danos, ou incentivos ao dano, já que indenizações baixas oriundas do caráter ressarcitório, em termos de custos e expectativas para algumas pessoas (sobretudo, empresas), fazem com que a responsabilização seja preferível à adotar a prevenção para se evitar acidentes e danos.

Assim para compreender qual o impacto da decisão sobre a frequência do acidente e o custo da prevenção, utilizou-se a análise feita por Richard Posner, usando a Fórmula de

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Idem.

Learned Hand, da qual conclui-se que só se adota a prevenção se o custo da responsabilização esperada pelo dano for maior do que o custo para a adoção de medidas de prevenção, bem como se o nível de culpa, em uma eventual responsabilização, seja considerada aos que adotaram parte da prevenção devida.

Dessa forma, se o valor da indenização vai de encontro com a lógica da responsabilização civil e de suas finalidades, não só compensatória como preventiva ou pedagógica, ao invés de proteger o bem jurídico acaba por estimular sua ofensa com a distorção de incentivos aos agentes.

Superadas as conclusões até o momento expostas, objetivando responder à pergunta proposta, iniciou-se um aprofundamento nas questões relativas ao dano moral e os critérios de quantificação de indenização.

O dano moral, considerado como a violação ao bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade ou nos atributos da pessoa é amparado pela legislação que determina a reparação na extensão do dano, mas não possui critérios objetivos para a quantificação da indenização oriunda, ficando a cargo da razoabilidade e proporcionalidade do julgador o preenchimento da finalidade compensatória, punitiva e pedagógica do dano moral.

Tentando orientar a forma da quantificação das indenizações, o Superior Tribunal de Justiça propõe o critério bifásico na aplicação da indenização por dano moral que basicamente consiste, em um primeiro momento, verificar a importância do interesse jurídico violado, utilizando como parâmetro a média de condenações anteriores em situações análogas. Em uma segunda fase, passa-se à análise das especificidades do caso concreto, pouco aplicado na prática.

A fim de averiguar a média dos valores de indenizações e os critérios para a aplicação do *quantum* foi realizado uma análise dos valores de indenização por dano moral oriundo de morte de detentos, utilizando julgados, escolhidos do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, conforme a metodologia já explicitada.

Em suma, foram analisados 4 julgados, obtendo-se como média dos valores de indenizações por dano moral decorrente de morte nos processos salientados um importe de 55 mil reais.

Outrossim, somente no processo n. 1011603-20.2018.8.11.0041 não houve menção a condição socioeconômica da vítima, tendo todos os outros utilizando tal argumento na fundamentação e somente o processo n. 1000947-29.2020.8.11.0107, observou-se o critério bifásico do STJ, ao se atentar, de fato, as particularidades do caso, e ao próprio art. 20 da LINDB, pois embora não tenha sido citado expressamente pode se considerar que, ao menos de forma superficial, levou em consideração as consequências da decisão, ainda que somente em relação à vítima.

Além disso, cumpre destacar que, com exceção do último processo, todos os julgados utilizaram farta jurisprudência do TJ/MT, demonstrando um padrão de valores de indenização por dano moral em decorrência de morte dentro do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, o qual varia entre 30 mil a 40 mil reais.

Pela análise apresentada, o caráter pedagógico do dano moral não está sendo efetivado nas decisões judiciais, já que as indenizações são baixas e aparentam ser padronizadas, sem motivação suficiente e sem análise de consequências práticas, fazendo com que os custos de prevenção sejam maiores do que do dano causado.

Outrossim, é ainda possível concluir que o TJ/MT não utiliza o método bifásico concebido pelo STJ para quantificar os danos morais, sendo que apenas em 1 julgado foi analisado as particularidades do caso concreto, previsto na 2ª etapa do método bifásico. Como consequência da conclusão anterior, verificou-se, ainda, que o Tribunal do Estado de Mato Grosso, em geral, não analisa o padrão de comportamento das partes (inviabilizando a aferição do grau de culpa, quando aplicável), bem como não se verificou no TJ/MT a revisão dos valores impostos pelas instâncias inferiores. Ademais, na maioria das decisões, não há avaliação das consequências práticas das decisões tomada pelo Corte citada, não havendo nenhuma menção ao art. 20 da LINDB.

Conclui-se, com base no recorte trazido por este artigo, que se os custos do acidente são menores do que os custos de se evitar uma lesão, por uma escolha racional, dificilmente se buscará impedir o acidente, sendo preferível pagar uma indenização ao lesado do que adotar prevenção com custos mais altos do que a média dos valores da indenização por dano moral.

Importa destacar, que a própria AED pode auxiliar na busca por parâmetros a serem utilizados na apuração do dano moral e mesmo no fundamento do pleito indenizatório. É o que se espera, sobretudo quando se tem em mente que os efeitos danosos podem ser

irreversíveis, comprometendo-se muito além de direitos e interesses, mas também a própria situação existencial (de uma pessoa), como acontece nos eventos de morte.

O futuro que se começa desenhar para a responsabilidade civil, sobretudo quando se tem em mente os trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela atualização e revisão do Código Civil, os quais se encontram em andamento no Senado Federal, mostram que o Congresso Nacional terá excelentes oportunidades para adequar e solucionar problemas antigos, além de garantir cenários mais positivos para que a responsabilidade civil cumpra o seu papel, garantindo a efetiva e integral proteção para quem ela foi concebida: a vítima.

Referências bibliográficas

AVRAHAM, Ronen. Estimating Pain-and-Suffering Damages. In: PARISI, Francesco. *The Oxford Handbook of Law and Economics*. Vol. 2: Private and Commercial law. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017.

BRUSCO, Ana Beatriz. *Análise econômica da quantificação dos danos morais: estudo da indenização por recusa em fornecer medicamento nos contratos de assistência à saúde*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6. ed. Boston: Pearson/Addison Wesley, 2008.

FIGUEIRÓ, Leonardo Leandro. *Análise econômica do Direito e proteção do direito fundamental à saúde do trabalhador*. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2022.

FRIEDMAN, David. *El orden del derecho: la relación entre la economía y el derecho y su importancia*. Madrid: Innisfree, 2016.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. A análise econômica do Direito: conceitos introdutórios. *Processo civil e análise econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 4: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LINDNBERGH, Siewert D.; KIPPERS LUIS, Peter P. M. van. Non pecuniary loses. In: FAURE, Michael (Ed.). *Tort law and economics*. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economics*, [s. l.], 2004.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Análise econômica do Direito e sua relação com o direito civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 57. Belo Horizonte: jul.-dez./2010.

PINHEIRO, Armando Castelar; SANTOS, Alan Busnardo dos. *Temas em direito e economia do trabalho*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021.

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 3. ed. New York, NY: Aspen Publishers, 1986.

POSNER, Richard. El Análisis Económico del Derecho en el *Common Law*, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo. *Revista de Economía*, 2005.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva. *Danos catastróficos: da gestão de riscos e perigos à reparação*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, 2014.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: STAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (Org.). *Direito e Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, vol. 1, n. 6, 2012.

VISSCHER, Louis T. Tort damages. In: FAURE, Michael (Ed.). *Tort law and economics*. 2. ed. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2009.

Como citar:

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; TIMOTEO, Iane Lara De Assis; TIBALDI, Saul Duarte. Análise econômica do Direito e a quantificação da indenização do dano moral: caráter pedagógico ou incentivo ao dano?. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 14, n. 1, 2025. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

16.4.2024