

A responsabilidade civil sob o aspecto econômico

*Marcelo Barbosa Sacramone*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*Renata Mota Maciel Madeira Dezem*²

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Análise econômica do direito e sua relevância em matéria de responsabilidade civil. 2. A responsabilidade civil como custo de transação. 3. Responsabilidade objetiva e seu impacto nos preços. 4. Responsabilidade social das sociedades empresárias. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

O presente estudo tem o objetivo de analisar a responsabilidade civil sob um prisma muitas vezes deixado de lado, sobretudo à luz do direito do consumidor, que é a visão da empresa e os aspectos econômicos em matéria de responsabilidade civil.

Não se trata de estabelecer uma dicotomia pró-empresa ou pró-consumidor, mas de verificar, a partir de critérios econômicos, as consequências do sistema jurídico vigente, assim como das decisões judiciais para a empresa e a forma como são repassados os custos decorrentes dessas decisões.

Muito se fala, mesmo sem base empírica, que o custo da responsabilidade civil é repassado ao consumidor, e que tais custos já são calculados, desde o início, como externalidades pela empresa, o que não pode, sumariamente, ser considerado ilegítimo.

¹ Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Empresarial, Econômico e Negocial da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Autor de obras e artigos jurídicos.

² Doutoranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Empresarial da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Autora de obras e artigos jurídicos.

A preocupação com esse contexto econômico deveria pairar sob todos os envolvidos no processo de responsabilização civil do fornecedor de produtos e serviços.

Há muito tempo que o número de processos envolvendo relações de consumo cresce exponencialmente, os quais, talvez boa parte, envolvem a responsabilidade civil decorrente da prática de ato ilícito, com o reconhecimento da responsabilidade objetiva. Alguns chegam a sustentar que condenações em valores elevados, sobretudo quando se fala em danos morais, seriam uma possível solução para coibir a avalanche de processos, medida de certo modo simplista, se considerado o contexto econômico no qual inserida.

As válvulas de escape para o repasse de custos certamente existem e continuarão a existir e, em muitos casos, comportam-se de acordo com as consequências decorrentes da regulação e dos comandos judiciais comuns.

O mesmo acontece nas demais operações empresariais, entre empresários e não apenas com consumidores. De qualquer modo, optaremos por abordar o segundo caso.

Por esse quadro é que serão revisitadas as teorias relacionadas à análise econômica do direito e sua relevância em matéria de responsabilidade civil, assim como os impactos na empresa, reconhecida a responsabilidade civil como custo de transação.

Do mesmo modo, não se pode olvidar que a responsabilidade objetiva tem impactos sob o aspecto das externalidades, com o repasse dos custos ao consumidor e mesmo com impacto nos preços.

Finalmente, serão abordadas a responsabilidade social e sua concretização a partir da responsabilidade civil, como meio de resolver os custos sociais integrantes da cadeia de produção e circulação de bens e serviços.

1. Análise econômica do direito e sua relevância em matéria de responsabilidade civil

Como destaca Alejandro Bugallo Alvarez, “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”³, em que podemos incluir o instituto da responsabilidade civil.

Essa teoria teve início nos trabalhos elaborados por Ronald Coase, Guido Calabresi e pelo próprio Richard Posner, 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 jurídicas⁴.

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 microsistema consumerista.

A noção de prevenção não pode ser vista apenas sob o enfoque do empresário, mas também da vítima. Como destaca Posner, uma solução eficiente para ambos os envolvidos passa pelo incentivo de que tanto um como outro tome precauções para que os danos civis não ocorram⁵.

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 devessem 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.

³ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e distmistificações*. p. 55. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/287/260>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

⁴ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Op. cit., p. 52.

⁵ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 220.

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 Posner⁶, 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 este 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 para o estudo proposto é a noção das consequências das decisões judiciais sob o prisma econômico.

Parece-nos 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. Seria 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 Coase⁷:

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.

⁶ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 222.

⁷ COASE, R. H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, p. 19, Oct. 1960.

Portanto, repensar a questão sob esse enfoque é urgente e altamente produtiva na busca da melhor acomodação dos riscos.

Se as questões apontadas acima (sem a intenção de esgotar o tema) podem servir de alicerce para a análise econômica do direito nos mais diversos aspectos do sistema jurídico, interessa-nos, de forma mais acurada, o texto de Guido Calabresi, “Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts”⁸, no qual o autor analisa a distribuição de riscos e de perdas relacionadas aos ilícitos civis.

Para o autor, o mais desejável sistema de distribuição de perdas, sob uma rigorosa teoria de alocação de recursos, é aquele no qual os preços dos bens reflitam com precisão o seu custo total para a sociedade, o que exige que o custo dos danos devam ser suportados pela atividade que lhes causou, como um verdadeiro custo real dessa atividade, o que não poderia ser confundido como outros sistemas de alocação de perdas sob o título geral “distribuição de risco”⁹.

Portanto, a partir do reconhecimento de que toda escolha implica um risco, parece inevitável percorrer a noção de que o risco da atividade empresarial em dada medida passa pelas opções no exercício da atividade de produção e circulação de bens ou serviços.

Se partirmos dos três pilares da Economia, sustentados por Posner, quais sejam: a relação inversa entre o preço e a demanda – Lei da Demanda; o custo de oportunidade; e a otimização dos recursos, como forma de compreender as opções racionais relacionadas aos interesses envolvidos, talvez seja mais fácil visualizar a responsabilidade civil a partir de uma análise econômica.

Nesse aspecto, ganha relevo a noção de custo de oportunidade, pois, para o economista, “o custo é o de oportunidade, ou seja, o benefício sacrificado ao se empregar um recurso de tal forma que impeça seu uso por alguém mais”¹⁰.

Como se vê, é possível extrair uma visão diferente da responsabilidade civil a partir da análise econômica do direito, sem que com isto

⁸ CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, Mar. 1961. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers>. Acesso em: 15 jul. 2015.

⁹ CALABRESI, Guido. Op. cit., p. 505.

¹⁰ CAMARGO, Caio Pacca Ferraz de. Análise econômica do direito e o contrato. In: BENACCHIO, Marcelo; SOARES, Ronnie Herbert Barros (Coord.). *Temas atuais sobre a teoria geral dos contratos*. São Paulo: CVR, 2014. p. 242-289, p. 261.

se afastem as demais abordagens. Por tudo isso é que a proposta deste breve estudo é trazer um novo enfoque à responsabilidade civil no contexto da empresa, o que nem sempre é feito. Sem a pretensão de encontrar verdades absolutas, a abordagem aqui pretendida tem por objetivo trazer novos elementos que permitam compreender o todo – ou seja, a visão da vítima e do responsável pelo dano.

Nesse aspecto, é preciso esclarecer que a análise econômica do direito não constitui teoria que apresenta respostas exatas ao sistema jurídico. Como destaca Leandro Fernandez:

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 consequências¹¹.

Esse o alicerce para a análise dos demais pontos aos quais no propomos neste estudo e que deve passar pela responsabilidade civil reconhecida como custo de transação.

2. A responsabilidade civil como custo de transação

Ao contrário do que acontece nas relações contratuais ou envolvendo direito de propriedade, na responsabilidade civil os custos de transação nem sempre podem ser assimilados naturalmente pelos envolvidos.

Como destacam Cooter e Ulen, para alguns tipos de danos os custos de negociação são tão elevados que as partes não podem cooperar entre si. É o que acontece na responsabilidade civil, em que o causador dos danos não tem como celebrar um contrato com todas as potenciais vítimas de acidentes ou danos¹².

¹¹ 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, mar./abr. 2012, p. 145-176, p. 157.

¹² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 370.

Nesse aspecto, a responsabilidade civil tem o escopo de internalizar aqueles custos que, via de regra, a empresa tenta justamente impor a terceiros, valendo lembrar a ideia de externalidade.

Como destaca Rachel Sztajn:

Externalidade, termo largamente empregado pelos economistas, ligado a benefícios ou custos nascidos e presos ao exercício de atividade que não são suportados pelo exercente, por quem lhes dá causa, mas recaem sobre terceiros externos à sua origem, pessoa, grupos de pessoas ou a sociedade. Externalidades são comuns na vida de relação e, muitas vezes, são desejadas e fomentadas¹³.

Como destacam Cooter e Ulen, o propósito econômico da responsabilidade civil é o de induzir os causadores do dano a internalizar os custos, a partir da indenização às vítimas e, diante deste quadro, serão incentivados a investir em segurança a um nível eficiente. Em suma, a essência econômica da responsabilidade civil é utilizar a responsabilidade para internalizar as externalidades criadas pelos custos de transação elevados¹⁴.

Os custos de transação envolvidos na responsabilidade civil são relativamente elevados¹⁵, situação que impõe uma espécie de cálculo à empresa, em relação aos possíveis custos decorrentes de seus atos.

Para analisar a responsabilidade civil a partir de uma teoria econômica, é preciso interpretar economicamente os conceitos de dano, conduta e nexa causal, o que nem sempre se faz e, por certo, gera distorções no tratamento dado aos ilícitos civis.

A responsabilidade civil, portanto, pode ser considerada custo de transação, entendido como:

¹³ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito: estudo em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317.

¹⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 371.

¹⁵ La responsabilidad de los ilícitos culposos es sólo uno de varios instrumentos disponibles para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados. Otros instrumentos son los estatutos penales, las regulaciones de seguridad y los incentivos fiscales. Cada uno de éstos tiene sus ventajas y desventajas (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 371).

[...] aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação¹⁶.

Nesse aspecto, a responsabilização objetiva decorrente do fornecimento de bens ou serviços ao consumidor constitui custo de transação, que é calculado para se optar por resolver a questão sem resistir à pretensão do consumidor, ou aguardar o acionamento judicial, hipótese que também está inserida na estratégia do agente econômico, como custo de transação.

Por outro lado, o contrato pode servir como gerenciador dos riscos, sobretudo quando versar sobre cláusula de não indenizar ou mesmo de limitação do valor da indenização nos casos de danos decorrentes do cumprimento do contrato ou por uso do produto¹⁷, hipóteses que podem, muitas vezes, incidir em contratos de consumo.

Por isso é que muitas decisões judiciais acabam provocando alterações na própria alocação de recursos, passando a integrar o processo produtivo, com a sua transferência à sociedade¹⁸, em um verdadeiro repasse dos prejuízos decorrentes de decisões judiciais.

Em síntese, o sistema jurídico de responsabilidade civil internaliza as externalidades criadas por custos de transação elevados¹⁹, ao passo que a aplicação deste sistema pelo Poder Judiciário acaba criando mais um custo de transação, o que não constitui um problema em si, mas um dado que não pode ser relevado no momento da tomada de decisão e mesmo na noção de política judiciária, a qual, embora não expressa, integra o processo judicial.

¹⁶ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito*: estudo em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 320.

¹⁷ FERNANDES, Wanderley. Contrato de adesão e a racionalização dos processos de produção e contratação. In: *CONTRATOS de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88. (Série GVlaw).

¹⁸ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito*: estudo em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 322.

¹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 415.

3. Responsabilidade objetiva e seu impacto nos preços

A justificativa filosófica do direito é a busca do bem comum. Como o direito e sua aplicação deveriam promover uma justiça social, com a igualdade de todos perante a lei, nos termos do art. 5º, da lei de introdução às normas do direito brasileiro, eventuais danos sofridos por apenas alguns indivíduos deveriam ser reparados.

A imputação da responsabilidade ao causador do referido dano em razão de seu comportamento negligente, imprudente ou sem perícia ocorre desde a Lei Aquiliana²⁰. Referida imputação, baseada na culpa do agente causador, pressupõe um ideal equilíbrio entre as partes e, no âmbito da análise econômica, como veremos, exige a possibilidade de um comportamento bilateral, tanto do agente causador quanto da vítima, para prevenir a ocorrência dos danos.

Ao final do século XIX, entretanto, as codificações consideraram insuficientes a regra de responsabilização baseada na negligência do agente causador. Numa perspectiva jusfilosófica, com a industrialização e a massificação das relações sociais, o aumento da quantidade de acidentes e a dificuldade de prova de culpa dos agentes causadores tornava a responsabilidade subjetiva insuficiente à garantia da justiça social, vista como uma justiça distributiva, em que os danos causados a apenas alguns exigiam a reparação das vítimas para torná-las novamente nas mesmas condições dos demais²¹.

Essa constatação implicou um rompimento do direito com os pressupostos do ideal equilíbrio entre as partes e de sua igualdade formal. O Estado passa a interferir para limitar o poder de uma das partes e garantir, no âmbito contratual e extracontratual, a igualdade substancial entre os agentes e melhores condições para o exercício de sua autonomia de vontade. Uma dessas formas de intervenção para a garantia do bem comum é a imputação de responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente da demonstração da culpa, ao causador do dano.

Preconizou o Estado, nesse particular, que as partes não estão, diante de um dano causado, no mesmo patamar para prevenir o dano ou para obterem soluções para se ressarcir dos prejuízos sofridos.

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, n. 93, p. 40, 1991.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. . 143-145.

No âmbito da análise econômica do direito, essa transformação da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva pode ser explicada através da criação de incentivos pela norma legal para garantir a maior eficiência entre os agentes econômicos e a redução dos danos a terceiros em situações em que os agentes não estão em igualdade de condições.

Se ambos os agentes estiverem em igual possibilidade de tomar medidas preventivas para evitar os danos causados, a imputação de responsabilidade civil subjetiva, segundo um parâmetro de diligência, poderá reduzir a quantidade de danos gerados.

Isso porque o causador do dano tomará todas as precauções até o parâmetro esperado de diligência para que não tenha que arcar com eventuais prejuízos causados pelos seus atos. Por seu turno, a vítima, na ausência de ato negligente do causador do dano, será obrigada a se ressarcir integralmente pelos prejuízos gerados. Desse modo, diante dessa situação de não ressarcimento pelo causador dos prejuízos, tomará a vítima a maior quantidade de medidas preventivas, até o ponto em que seu custo for maior do que a redução dos danos decorrentes do ato, para evitar sofrer prejuízos com a conduta da parte contrária²².

Na hipótese de as condutas que possam minimizar os danos causados somente puderem ser realizadas por uma das partes, a norma legal não incentivará a sua redução mediante a imposição do dever de ressarcir baseado em uma violação do dever de diligência do agente. Não se alcançará um ponto ótimo de prevenção pela imposição de diligência.

Para Cooter e Ulen, a prevenção de danos será ótima quando o agente econômico verificar que os custos do aumento da prevenção serão maiores do que a diminuição dos valores referentes aos danos causados por uma determinada atividade ou produto²³.

Se os custos e os benefícios desses comportamentos recaírem sobre o mesmo agente econômico, este terá incentivos para maximizar sua utilidade e, portanto, buscará o ponto ótimo de prevenção. Dessa forma, se for responsável pelos danos e com o seu comportamento puder preveni-los, tomará todas as medidas necessárias para prevenir

²² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 394.

²³ Op. cit., p. 387.

os custos do dano, até o ponto em que as medidas preventivas sejam mais custosas do que o benefício com a redução do dano a ser obtido.

Se os custos de prevenção não recaírem integralmente sobre o mesmo agente que sofrerá todos os custos do dano, entretanto, não se alcançará uma prevenção efetiva de danos. Casos os custos não recaiam sobre o mesmo sujeito que receberá os benefícios de sua conduta, este não terá incentivos para prevenir prejuízos, haja vista que procurará maximizar seus lucros.

Veja-se, por exemplo, uma situação de ausência de responsabilidade do causador do dano. Na ausência de qualquer redução do benefício gerado com o ato, o causador do dano não tem qualquer interesse em arcar com custos para reduzir os danos causados além do ponto em que ele não sofrerá qualquer responsabilização. Caso as medidas de prevenção possam apenas ser tomadas pela vítima, esta não as realizará se o causador for responsável integralmente pelos danos que esta sofreu, mas o fará na maior medida se não houver qualquer responsabilização do causador e a própria vítima tiver que arcar também com todos os danos que sofreu²⁴.

Diante de uma vulnerabilidade informacional, técnica ou econômica de um grupo de agentes econômicos²⁵, de atividades arriscadas aos direitos de terceiro²⁶, ou de danos a um direito coletivo ou transindividual²⁷, por exemplo, verificou-se a impossibilidade efetiva de as vítimas alterarem seu comportamento para prevenir os danos sofridos.

O consumidor não buscará maiores informações sobre o produto, porque referida informação é custosa demais para ser obtida e os danos eventualmente causados com a aquisição do produto serão, em regra, menores do que os danos sofridos. Do mesmo modo, o dano ao meio ambiente, embora possa ser grande em face de toda a coletividade, é de pequena monta em face de um indivíduo determinado, o que o

²⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 387-390.

²⁵ O art. 12, do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que os fabricantes, produtores, construtores e importadores respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes dos produtos.

²⁶ O art. 927, do Código Civil, em seu parágrafo único estabelece que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁷ O art. 14, parágrafo primeiro da Lei 6.938/81 determinou que os poluidores, independentemente da existência da culpa, deveriam indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente a terceiros afetados por sua atividade.

desincentiva a tomar quaisquer medidas custosas de prevenção para evitá-lo.

Em atividades arriscadas, por seu turno, os acidentes ou o dano causado a terceiros não serão reduzidos em razão de um comportamento diligente do agente que o causou. A atividade, por si só, independentemente do grau de perícia, diligência ou prudência do agente, submete terceiros ao risco de sofrerem dano em razão de seu exercício, o qual dificilmente podem evitar.

Nessas atividades, para que o agente tome as medidas necessárias para evitar o dano, deverá responder integralmente pelos prejuízos causados, independentemente da demonstração de sua culpa.

O causador do dano deverá responder integralmente pelos prejuízos causados, ainda que não possa reduzir a quantidade de acidentes pelo emprego de maior diligência na sua atividade. Isso porque, ao contrário da imputação aos demais agentes, o aumento dos custos repercutirá na quantidade de atividade.

Ainda que não possa reduzir, como nas atividades arriscadas, a probabilidade de serem causados danos em virtude de um incremento no seu dever de diligência, os acidentes poderão ser reduzidos pelo decréscimo da quantidade de atividade produzida até o ponto em que o custo de sua redução compense o crescimento dos valores pelo não ressarcimento de maiores prejuízos causados.

Nessas situações em que a prevenção pode exigir medidas apenas de uma das partes, uma responsabilidade com base no padrão de culpa é ineficiente, assim como a ausência total de responsabilidade. Na ausência de responsabilidade, o causador não responderá pelos prejuízos causados, apenas a vítima. Isso significa que, se essa não tem condição de tomar medidas preventivas ou é custoso demais para que o faça, o causador também não o fará. Esse, diante da ausência de responsabilidade, não terá incentivos econômicos para arcar com esses custos, haja vista que não terá prejuízos caso não o faça.

A responsabilidade subjetiva, nessas situações, por outro lado, também é ineficiente. O causador do dano apenas tomará medidas até o ponto em que forem suficientes para alcançar o padrão de diligência para evitar qualquer reparação do dano. Alcançado referido padrão, o risco residual do dano causado permanecerá com a vítima, que não poderia realizar comportamentos preventivos para obstar o surgimento de prejuízos.

Outrossim, diante de situações em que o próprio causador pouco conseguiria prevenir, uma responsabilidade subjetiva seria ineficiente porque os custos de seu comportamento permaneceriam totalmente com a vítima, embora todos os benefícios fossem internalizados por ele. Apenas com a atribuição de uma responsabilidade objetiva poder-se-á alcançar o ponto ótimo de prevenção, pois, ainda que não possa o agente controlar o dever de diligência, haverá o controle da quantidade de atividade.

A responsabilidade objetiva, nesse ponto, provoca a mais eficiente alocação de recursos. Como as pessoas procuram satisfazer suas necessidades com o que lhes é mais conveniente, a função do preço seria permitir que estas comparassem os custos de produção das coisas que pretendem. Dessa forma, ainda que não exista culpa no prejuízo causado, o dano é um real custo daquela atividade e deve refletir-se no preço de aquisição de determinado produto, de modo a influenciar na preferência dos adquirentes²⁸.

A imposição de responsabilidade ao fabricante obrigará que este aumente os custos de seu produto. Com o aumento do preço, parte dos consumidores substituirá referido produto por outro de outro fabricante ou mesmo por outro produto não idêntico, mas similar. Nesses termos, como haverá menor aquisição de produtos em razão do maior valor, será reduzida a produção dos referidos bens, o que provocará a diminuição da quantidade de danos a terceiros²⁹.

Nem sequer a assimetria informacional impedirá a ótima alocação desses recursos. Pela imposição da responsabilidade objetiva ao fornecedor, o que repercutirá no preço dos produtos, o consumidor poderá optar por adquirir o produto com o menor risco de defeitos ainda que inconscientemente. Embora o consumidor possa não ter sido informado sobre os processos produtivos do fabricante ou sobre os danos causados a terceiros pelo produto disponibilizado, como o preço reflete o custo relativo à maior quantidade de defeitos provocados, o consumidor optará pelo bem mais barato em igualdade de condições, o que o afastará dos produtos que possam produzir maiores prejuízos a ele³⁰.

²⁸ CALABRESI, Guido. *Op. cit.*, p. 502-505.

²⁹ POSNER, Richard A. *Op. cit.*, p. 232.

³⁰ *Op. cit.*, p. 232.

4. Responsabilização social das sociedades empresárias

Como já vimos, na responsabilidade civil procura-se internalizar externalidades criadas em razão de altos custos de transação. Como os prejuízos resultantes da atividade do agente são imputados a um terceiro, o qual poderá não receber, em igual medida, o benefício dessa atividade, a maior eficiência do processo produtivo seria alcançada pela concentração na mesma pessoa dos custos e dos benefícios envolvidos. As normas legais de responsabilização do agente causador do dano, nesses termos, internalizam esses prejuízos causados a terceiros como despesas ao agente produtor da atividade.

Responsabilização outra é a que se pretende imputar às sociedades empresárias pelo lucro obtido. A responsabilização social das companhias procura sujeitar as sociedades empresárias à obrigação de reparar danos sociais não diretamente relacionados à atividade produzida.

A responsabilização social da empresa surge a partir da demanda por uma postura mais ativa da companhia – sobrelevada a instituição dominante – com relação aos problemas sociais relacionados, ainda que não diretamente, ao seu processo de produção e interferência social³¹.

Sua discussão remonta à controvérsia sobre a função social³² da propriedade, que, já desde o início do século XX, com a pioneira positivação da Constituição de Weimar, vem ocupando os juristas³³. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o instituto no art. 170,

³¹ Num novo contexto político-econômico instaurado a partir do século passado, os problemas econômicos supranacionais, ligados ao fluxo de divisas e à concentração de investimentos, vão assumindo caráter primordial frente aos problemas pátrios. A limitação da autonomia decisória do Estado frente à emergência da empresa como novo centro de poder provoca o deslocamento do poder decisório para estes novos agentes (IANNI, O. Teorias da globalização. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 59). Em contraposição ao referido poder alcançado, pretende-se atribuir a esses agentes econômicos também a obrigação de implementar o bem-estar da coletividade.

³² Na língua latina, o substantivo *functio* é derivado do verbo *deponere* fungor, cujo significado é o de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou de uma tarefa. Função “significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo”. Por outro lado, o adjetivo social restringe esse fim a um interesse coletivo e não a qualquer interesse de julgamento do proprietário (COMPARATO, F. K. Estado, empresa e função social. Revista dos Tribunais, ano 85, v. 732, p. 40, 1996). A função social da propriedade emerge, assim, como “o dever do proprietário de exercer o seu direito de propriedade de modo a satisfazer determinados interesses da sociedade” (SZTERLING, F. A função social da empresa no direito societário. p. 45. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo).

³³ Em seu artigo art. 153, determinava a Constituição que “a propriedade obriga. Seu uso deve igualmente ser um serviço ao bem comum”.

III, assim como a legislação infraconstitucional, tanto o Código Civil de 2002, no art. 421, quanto principalmente a Lei de Sociedades por ações, que determinou que, em seus arts. 116, 117 e 154, a companhia tem deveres e responsabilidades para com os que nela trabalham e a comunidade em que atua.

Em virtude desses princípios institucionais insertos na Lei 6.404/76, autores como Comparato³⁴, Leão³⁵, Valladão³⁶ e Lamy Filho³⁷ sustentam que, para a caracterização do interesse coletivo da companhia, que deve orientar toda a sua atuação, ou interesse social, deveriam ser considerados, além dos interesses dos sócios, também os interesses dos trabalhadores, de seus dependentes, e da coletividade de pessoas afetadas pelas atividades da companhia como um todo.

Do ponto de vista econômico, entretanto, a imposição dessa obrigação legal à companhia não poderia ser eficaz, sob pena de a própria companhia se extinguir.

A promoção de interesses outros que não o interesse exclusivo da companhia de maximizar seu lucro acarreta custos à companhia. Referidos custos com a promoção de interesses de terceiros, entretanto, não poderão ser transferidos livremente aos consumidores.

O implemento de interesses desses terceiros, a princípio, poderá não reverter em vantagem alguma à companhia, seja através da redução de outras despesas ou encargos, seja através de um aumento de benefícios. Ainda que a norma, nesse caso, seja imposta indistintamente a todas às companhias, que ainda deverão permanecer sob fiscalização para satisfazer tal encargo, – de modo a evitar comportamento oportunista de uma em relação às outras –, estas, à míngua de qualquer especificação do montante a ser gasto com a satisfação desses interesses, realizarão apenas o mínimo possível para que não sofram consequências negativas de seu comportamento.

³⁴ COMPARATO, F. K. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 300-301.

³⁵ LEÃO, L. G. P. B. *Comentários à Lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 248.

³⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesse nas assembleias de S. A.* São Paulo: Malheiros, 1993. p. 55-56.

³⁷ Para o autor, a reforma do Decreto-Lei nº 2.627/40 deveria adotar uma posição conciliatória entre uma solução plublicista e uma solução privatista do instituto (LAMY FILHO, A. A reforma da Lei de Sociedades Anônimas (Seminário). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 7, p. 140, 1972).

Num mercado competitivo, entretanto, em que os comportamentos oportunistas dos agentes econômicos para se desincumbirem da obrigação legal não forem eficientemente reprimidos, as companhias não poderão transferir esse custo adicional ao preço do produto. Como os consumidores não serão beneficiados, como adquirentes do produto por si só, das referidas práticas empresariais – pelo contrário, eles serão beneficiados da mesma forma se adquirirem produtos mais baratos dos concorrentes do referido empresário que não tenham incorrido em custos para satisfazer sua responsabilização social –, haverá redução da aquisição dos produtos do empresário responsável e, consequentemente, da quantidade de sua atividade produtiva³⁸.

A companhia terá incentivos para efetivar a responsabilização social apenas se os interesses extrassociais a serem preservados coincidirem com o interesse comum da sociedade na maximização de seus lucros.

A companhia, por exemplo, poderia efetivar *voluntariamente* sua função social, ao atender aos desígnios da comunidade com a adoção de uma política ambiental de reflorestamento, de diminuição da emissão de poluentes atmosféricos ou ainda ao considerar os interesses dos funcionários, com a melhoria das condições de trabalho ou a construção de creches para seus dependentes. Os custos desse comportamento, todavia, apenas seriam arcados pela companhia se gerassem aumento de seus resultados econômico-financeiros.

Numa comunidade em que os consumidores preferem a aquisição de produtos ou serviços de companhias comprometidas com a solução de problemas do meio em que atua, conforme tendência crescente mundial, a responsabilidade ambiental da companhia poderia ensejar aumento das vendas ou a avaliação positiva do mercado, refletindo na cotação das ações da sociedade na bolsa de valores³⁹.

³⁸ POSNER, Richard A. Op. cit., p. 573. A inclusão no preço do bem de um custo não relacionado à sua atividade resultaria numa constatação falsa do custo da produção da coisa pelos consumidores, o que levaria a sua menor produção. Nesse sentido, “placing a cost not related to the scope of an enterprise on that enterprise results in an overstatement of the costs of those goods, and leads to their underproduction” (CALABRESI, Guido. Op. cit., p. 514).

³⁹ SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 114, p. 34-38, 1999.

Sob essa perspectiva é que se deve compreender a introdução do parágrafo único do artigo 140 da Lei das Sociedades Anônimas pela Lei 10.303/01, conforme dispõe: “o estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem”.

Ao acionista cabe, através de alteração estatutária, permitir que interesses dos trabalhadores sejam considerados na execução da atividade corporativa. O envolvimento dos empregados com as metas do empregador poderia implicar acréscimo da produtividade, melhoria da qualidade dos produtos, maior assiduidade e redução das demandas trabalhistas em virtude da maior satisfação com a companhia, gerando, conseqüentemente, maiores lucros e dividendos.

Conclusão

A análise econômica da responsabilidade civil é importante instrumento para auxiliar a ciência jurídica a implementar a justiça distributiva e a igualdade substancial entre as diversas pessoas da sociedade. Pela concepção dos elevados custos de transação, a análise econômica propicia à norma jurídica a produção de incentivos adequados a uma melhor alocação de recursos entre os agentes no mercado.

No campo da responsabilidade civil, sua incidência permite aos juristas e aplicadores identificarem situações em que é necessária a diferenciação entre padrões de responsabilização do agente causador do dano. Conforme a possibilidade de realização de medidas preventivas pela vítima e/ou causador, a imposição legal de uma especial responsabilização pela norma poderá motivar a realização de comportamentos de modo a ser obtido o ponto ótimo de precaução.

O desconhecimento da análise econômica como instrumento auxiliar de compreensão à ciência jurídica, por outro lado, poderá permitir que a norma jurídica se torne geradora de ineficiência econômica e, eventualmente, provoque o agravamento do prejuízo que tentava proteger ou o próprio comprometimento da atividade desenvolvida pelo agente econômico, em detrimento de uma melhor alocação dos recursos e do bem-estar da coletividade.

Bibliografia

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e distmistificações*. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/287/260>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, March 1961, p. 499-553. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers>. Acesso em: 15 jul. 2015.

CAMARGO, Caio Pacca Ferraz de. Análise econômica do direito e o contrato. In: BENACCHIO, Marcelo; SOARES, Ronnie Herbert Barros (Coord.). *Temas atuais sobre a teoria geral dos contratos*. São Paulo: CVR, 2014. p. 242-289.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COASE, R. H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, Oct. 1960.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 732, 1996.

_____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1998.

FERNANDES, Wanderley. Contrato de adesão e a racionalização dos processos de produção e contratação. In: *Contratos de consumo e atividade econômica*. Série GVlaw. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

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.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesse nas assembleias de S. A*. São Paulo: Malheiros, 1993.

LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da Lei de Sociedades Anônimas (Seminário). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 7, 1972.

LEÃES, L. G. Paes de Barros. *Comentários à Lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, n. 93, 1991.

IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

SCAFF, Fernando Campos. A responsabilidade do empresário pelo fato do produto e do serviço do Código Civil ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. In: DOCTRINAS essenciais – responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. III, 2010.

SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 114, 1999.

_____. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito: estudo em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Incerteza legal e custos de transação: casuística jurisprudencial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 155/156, São Paulo, p. 40-65, 2010.

WALDMAN, Ricardo Libel. Teoria do risco e filosofia do direito: uma análise jusfilosófica do parágrafo único do art. 927 do Novo Código Civil. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 56, 2005.