

AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR A PARTIR DA PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE FUNCTIONS OF PAIN-AND-SUFFERING DAMAGES IN CONSUMER PROTECTION LAW FROM A LAW AND ECONOMICS PERSPECTIVE

Rafael Figueiredo Fulgêncio¹
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A tutela constitucional da dignidade humana e a consolidação do dano moral na cultura jurídica nacional; 2 Conceito de dano moral; 3 A reparação integral do dano moral no direito do consumidor brasileiro; 4 A perspectiva da AED sobre a responsabilidade civil; 5 A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil sob a ótica da AED; 6 A função compensatória e distributiva da responsabilidade civil

¹ Advogado da União lotado no Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União. E-mail: rafael.fulgencio@agu.gov.br. Endereço: Ed. Sede I - Setor de Autarquias Sul - Quadra 3 - Lote 5/6, Ed. Multi Brasil Corporate - Brasília-DF - CEP 70.070-030 - Tel.: (61) 2026-8572. Mestre em Direito pelo UNICEUB/DF.

sob a ótica AED; 7 A inconsistência dos impactos do dano moral nas necessidades financeiras da vítima com a racionalidade da contratação de seguro; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata das funções compensatória e punitivo-preventiva da responsabilidade civil por dano moral, em especial, no direito do consumidor, utilizando-se da aproximação, realizada pela AED, do sistema de responsabilidade civil com a teoria do seguro. Aponta-se a capacidade do sistema de responsabilidade civil de incentivar o fornecedor a majorar seus investimentos em segurança, resultando na redução do impacto das lesões aos direitos do consumidor. Ressalta-se, ainda, com base na distinção entre acidentes *wealth impacting* e *wealth neutral*, a incompatibilidade da indenização pecuniária com a natureza dos interesses violados no dano moral. Conclui-se no sentido da necessidade de pensar a responsabilidade civil por dano moral a partir da lógica da prevenção, privilegiando-se a regulação do mercado como critério para o cálculo das indenizações respectivas.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito. Direito do Consumidor. Responsabilidade civil. Dano Moral.

ABSTRACT: This paper discusses pain-and-suffering damages in consumer protection law from a Law and Economics perspective, giving special attention to the use of tort law for avoiding accidents involving noneconomic harms.

KEYWORDS: Law and Economics. Consumer Protection Law. Tort Law. Pain-and-Suffering Damages.

INTRODUÇÃO

Superando a perspectiva estritamente liberal que marcou o direito estruturado no Código Civil de 1916, a CRFB/88 conferiu prioridade aos valores não patrimoniais atinentes à dignidade humana, elegendo o livre desenvolvimento da personalidade um dos objetivos primordiais de nossa ordem jurídica. A plena realização do projeto constitucional vigente está atrelada à fruição *in natura* dos direitos da personalidade, sendo incompatível com a estrutura da CRFB/88 a lógica da substituição do efetivo exercício de tais direitos por um suposto equivalente em dinheiro.

Apesar da explícita preocupação com a proteção do consumidor, erigida como direito fundamental pelo legislador constituinte, o mercado de consumo nacional tem se caracterizado pelo sistemático desrespeito aos direitos da população. Diante dos abusos praticados em larga escala pelos grandes fornecedores, o consumidor, muitas vezes, tem no recurso ao Judiciário o único caminho para obter algum tipo de reparação pelos prejuízos sofridos.

Encarada do ponto de vista de sua tradicional função compensatória, a indenização por dano moral não se afina com perfeição à promoção dos direitos da personalidade, sendo incapaz de conceder à vítima algo que se assemelhe à fruição do direito violado. Nada obstante, desde que enfatizada sua função punitivo-preventiva, é possível que o sistema de responsabilidade civil por dano moral contribua para a efetivação dos referidos direitos na forma prevista na Constituição.

O presente artigo trata das funções compensatória e punitivo-preventiva da responsabilidade civil por dano moral, em especial, no direito do consumidor, utilizando-se da aproximação, realizada pela Análise Econômica do Direito (AED), do sistema de responsabilidade civil com a teoria do seguro. A teoria econômica, no mesmo passo em que aponta a capacidade do sistema de responsabilidade civil de incentivar o fornecedor a majorar o nível de cautela adotado em sua atuação no mercado, reduzindo o número e o impacto das lesões aos direitos do consumidor, demonstra, através da distinção entre acidentes *wealth impacting* e *wealth neutral*, a incompatibilidade da indenização pecuniária com a natureza dos interesses violados no dano moral.

Propõe-se, a título de conclusão, que a responsabilidade civil por dano moral no direito do consumidor brasileiro seja pensada a partir da

perspectiva da prevenção de acidentes, privilegiando-se como critério para o cálculo das indenizações da espécie a necessidade de regulação do mercado.

1 A TUTELA CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA E A CONSOLIDAÇÃO DO DANO MORAL NA CULTURA JURÍDICA NACIONAL

A prioridade conferida à dignidade humana pelo projeto constitucional brasileiro se vê enunciada logo no dispositivo inicial da CRFB/88, que a erige como um dos fundamentos da República². Gustavo Tepedino alude a uma *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana* como valor máximo de nosso ordenamento jurídico, que se baseia na superação da lógica individualista e patrimonialista que orientou as relações privadas no regime civilista revogado em prol de um sistema comprometido com o livre desenvolvimento da personalidade e o respeito aos valores da existência humana.³

O princípio da dignidade humana é responsável por conferir ao sistema jurídico vigente a unidade perdida com o movimento de descodificação e consolidação dos microssistemas normativos. O direito privado, portanto, deve ser relido e repotencializado a partir dos valores não patrimoniais inscritos na CRFB/88, privilegiando-se a pessoa humana, os direitos sociais e a justiça distributiva como norte da atividade econômica.⁴

A defesa do consumidor, em última instância, é uma das perspectivas da tutela mais ampla da dignidade humana. Conforme caracterizado por Cláudia Lima Marques, o CDC é lei de função social, voltada para a realização de direitos fundamentais econômicos e sociais, declarada de ordem pública e limitadora da autonomia privada⁵. Tem como vocação a proteção da dignidade do consumidor, aí incluídos os aspectos não patrimoniais previstos em seu art. 4º, atinentes à saúde,

2 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;”

3 TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 50-53.

4 *Ibidem*, p. 22.

5 MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, v.3, p.155, jul. 1992, s.p. Disponível em: <revistadoSTribunais.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2013.

segurança e melhoria da qualidade de vida da parte vulnerável no mercado de consumo.

Como dimensão essencial da dignidade humana, os direitos da personalidade encontram tutela privilegiada na CRFB/88, que, em seu art. 5º, incisos V e X⁶, prevê a indenização do dano moral. A jurisprudência pátria que, historicamente, repudiou o instituto⁷, encontra-se hoje ultrapassada, estando definitivamente consolidada em nossos tribunais a cultura da reparação integral dos danos extrapatrimoniais.

Héctor Valverde Santana ressalta que a ampla aceitação da possibilidade de compensação do dano moral demonstra o atual estágio de desenvolvimento do direito brasileiro, caracterizado pelo abandono do antigo sistema de responsabilidade civil voltado para a proteção do patrimônio em benefício de um sistema mais preocupado com a tutela dos valores fundamentais da dignidade, privilegiando as dimensões social, física e psíquica do ser humano.⁸

A plena realização da CRFB/88 depende, porém, do efetivo exercício dos direitos da personalidade, tendo em vista, inclusive, a essencialidade dos mesmos para a fruição de quaisquer outros direitos pelo indivíduo.⁹ Cabe, portanto, ao poder público, prevenir, por todos os meios adequados, a ocorrência de lesões aos direitos da personalidade, sendo absolutamente insuficientes as políticas de realização de tais direitos baseadas exclusivamente na concessão de indenizações substitutivas.

6 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[..]

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

[..]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

7 Exemplar, nesse sentido, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, até o final da década de 1980, de que incabível a cumulação da reparação do dano moral com a do dano material. Cf. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção Constitucional do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 138.

8 SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 135-136.

9 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262.

2 CONCEITO DE DANO MORAL

O dano moral pode ser conceituado como a lesão a interesse não suscetível de valoração econômica, não correspondente a uma redução do patrimônio da vítima. Trata-se de conceito negativo, que identifica o dano moral por exclusão. Sérgio Severo afirma que tal definição está de acordo com a tendência contemporânea da disciplina jurídica de utilizar *conceitos indeterminados* e *cláusulas abertas*, capazes de propiciar a busca da justiça no caso concreto, tendência esta que se observa de maneira particular no que diz respeito à disciplina da responsabilidade civil, por meio da qual se tem buscado a efetiva reparação dos danos sofridos pelas vítimas.¹⁰

O conceito positivo de dano moral, por sua vez, define-o através de seus elementos essenciais, caracterizando-o como a lesão aos vários aspectos da dignidade humana ou, ainda, como a privação do exercício dos direitos da personalidade. Apesar do mérito de estabelecer a natureza do dano moral, a definição positiva tem como inconveniente restringir-lhe o alcance, gerando dúvidas sobre a reparabilidade de determinados danos extrapatrimoniais, como, por exemplo, as lesões sofridas por pessoas jurídicas ou, ainda, as lesões a direitos ou interesses difusos e coletivos. Sobre o tema, Sergio Severo adverte que, por mais amplo que seja o sentido que se confira aos direitos da personalidade, os danos extrapatrimoniais não se resumem às lesões aos mesmos.¹¹

Para os fins do presente trabalho, interessa uma definição positiva de dano moral, a exemplo da defendida por Héctor Valverde Santana, que afirma que as modernas concepções doutrinárias definem o instituto através de bens como “vida, integridade física e intelectual, paz, tranquilidade espiritual, liberdade individual, honra, reputação, pudor, segurança, amor próprio estético, afeições legítimas, decoro, crença, proteção contra atos que provoquem dor, tristeza, humilhação, vexame”.¹² No mesmo sentido, tratando especificamente do direito do consumidor, Paulo de Tarso Sanseverino delimita os danos morais como “os prejuízos extrapatrimoniais ensejados pelo fato do consumo, em particular quando atingem bens jurídicos relacionados à esfera íntima e aos direitos de personalidade”.¹³

10 SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 42.

11 *Ibidem*, p. 41.

12 SANTANA, op. cit., p. 149-150.

13 SANSEVERINO, op. cit., p. 235.

O dano moral se caracteriza, portanto, como modificação negativa no estado psíquico da vítima, sem conotação econômica direta. Trata-se de prejuízo ao patrimônio abstrato do indivíduo, cuja indenização respectiva, por definição, é incapaz de restituir a vítima ao estado anímico precedente, prestando-se apenas a proporcionar uma compensação pelo direito da personalidade violado. Nessa linha de pensamento, Héctor Valverde Santana assevera que “verificada qualquer violação dos direitos da personalidade do consumidor, nenhuma ação humana poderá ser realizada para o fim de restabelecer a vítima à situação anterior”.¹⁴

Joseph King Jr., ressaltando a incomensurabilidade qualitativa dos danos morais, afirma que, historicamente, o instituto foi utilizado na *Common Law* como forma de eliminar o ímpeto de vingança da vítima, tendo como função precípua a manutenção da paz social.¹⁵ Para o autor, as indenizações por dano extrapatrimonial não apresentam qualquer finalidade econômica, sendo incapazes de mudar o passado ou o futuro.¹⁶ Robert Abel, por sua vez, afirma que a indenização pecuniária por dano moral “desumaniza a resposta para o infortúnio, substituindo a compaixão por dinheiro, despertando inveja ao invés de simpatia, tratando vivência e amor como *commodities*”.¹⁷

A impossibilidade de reparação das lesões aos direitos da personalidade inviabiliza, portanto, a transposição da lógica da reparação pelo equivalente para a seara dos danos imateriais. Se a indenização dos danos materiais, ao menos em tese, é capaz de conferir ao indivíduo lesado a mesma utilidade que possuía no estado anterior à lesão, o mesmo não ocorre na hipótese de dano moral, quando a compensação possível guarda pouca ou nenhuma relação com a realidade dos interesses violados.

14 SANTANA, op. cit, p. 201.

15 KING JR., Joseph H. Pain and Suffering, Noneconomic Damages, and the Goals of Tort Law. *SMU Law Review*, v. 57, p.163-210, 2004. p. 181. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/smulr57&div=14&id=&page=>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

16 O autor defende que o sistema de responsabilidade civil dos Estados Unidos deixe de contemplar os danos extrapatrimoniais.

17 Tradução nossa. ABEL, Richard L. A critique of torts. *UCLA Law Review*, v.37, p. 785-831, 1990. p. 823. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/p?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=37+UCLA+L.+Rev.+785&srctype=smi&srcid=3B15&key=67fedb627d06a3332ac52baa5d6c4723>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

3 A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

A responsabilidade civil no direito do consumidor brasileiro é orientada pelo princípio da reparação integral, previsto no art. 6º, inciso VI, do CDC entre os *direitos básicos do consumidor*¹⁸. Trata-se de norma de ordem pública, inderrogável, portanto, pela vontade das partes.

Pelo princípio da reparação integral, a totalidade dos prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo é passível de ressarcimento, devendo ser os consumidores vitimados restituídos à situação anterior à lesão. A reparação dos danos deve ser a mais abrangente possível, incluindo qualquer espécie de prejuízo sofrido pelo consumidor.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino inclui entre os prejuízos passíveis de indenização, além dos danos morais, os danos meramente materiais (prejuízos de natureza econômica) e os danos pessoais (atentados contra a vida e a integridade física).¹⁹ Quanto aos dois últimos, ressalta que a quantificação dos danos materiais é relativamente mais fácil, enquanto o exato dimensionamento da repercussão patrimonial dos danos pessoais apresenta um grau maior de dificuldade.²⁰

No que diz respeito ao dano moral, a ausência de conteúdo econômico da lesão, que, como visto, consiste numa modificação negativa no estado emocional da vítima, faz com que a quantificação da reparação integral seja tarefa de especial complexidade, exigindo considerável esforço argumentativo por parte do juiz ao fundamentar sua decisão. Sendo impossível restituir o consumidor vítima de dano moral ao estado que precedia a lesão, não se pode pensar na utilização de um critério de equivalência. Nesse quadro, o princípio da reparação integral é objeto de aplicação mitigada, exercendo o papel de regulador da razoabilidade da compensação pelos danos morais, de forma a garantir que o valor da indenização seja compatível com a gravidade da violação dos direitos da personalidade no caso concreto²¹.

18 "Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;"

19 SANSEVERINO, op. cit., p. 235.

20 Ibid., p. 233.

21 Ibid., p. 269.

A importância da função punitivo-preventiva da responsabilidade civil por dano moral ressurte com clareza da literatura sobre a quantificação das indenizações respectivas, tendendo a doutrina a recomendar a utilização de critérios próprios do cálculo das penas, em especial, o grau de culpa e a condição econômica do ofensor. Nesse sentido, Adolfo Mamoru Nishiyama defende que a quantificação do dano moral deve observar critérios como “condições sociais e econômicas das partes, grau de culpa do réu, gravidade da ofensa, sofrimento dos autores e desestímulo à reincidência”.²²

Reconhecendo a tendência doutrinária e jurisprudencial de vislumbrar “uma função preponderantemente preventiva e, até mesmo, sancionatória na indenização pelo dano moral”²³, Paulo de Tarso Sanseverino afirma que o arbitramento das indenizações da espécie deve levar em conta a natureza do bem jurídico lesado (vida, integridade física, liberdade, honra, imagem) para, em segundo momento, “considerar as circunstâncias do fato, como a sua gravidade, a intensidade da culpa, a eventual participação culposa da vítima, a condição econômica das partes envolvidas”.²⁴

Sérgio Severo alude à necessidade de incorporação à indenização do dano moral do “elemento penal, como forma de exercer a função preventiva”, devendo ser este “*plus*” objeto de avaliação em concreto, observando-se “o grau de culpa do ofensor, o grau de culpa do ofendido e as circunstâncias pessoais e econômicas de ambos”, além da personalidade do ofensor e a “necessidade de coibir tal tipo de conduta”.²⁵

É importante notar que a ênfase no uso punitivo e preventivo da responsabilidade civil em matéria de dano moral vem sendo recomendada pela doutrina consumerista pátria apesar do veto presidencial aos dispositivos constantes do projeto de CDC aprovado no Congresso Nacional que previam o instituto da *multa civil*.²⁶

22 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção Constitucional do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 139.

23 SANSEVERINO, op. cit., p. 232-233.

24 SANSEVERINO, op. cit., p. 252.

25 SEVERO, op. cit., p. 213.

26 *Assim dispunham os dispositivos vetados:*

“Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.”

4 A PERSPECTIVA DA AED SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Toda e qualquer atividade humana envolve algum nível de risco, notadamente na atual sociedade de consumo, em que o crescente desenvolvimento tecnológico cria a cada dia novas situações de perigo para a vida humana. Em seu trabalho seminal sobre o tema da responsabilidade civil, Calabresi sublinha a necessidade de se abandonar o mito de que nossa sociedade está comprometida a preservar a vida a qualquer custo²⁷, lembrando-nos que os indivíduos são expostos ao risco não apenas em função de grandes princípios morais, mas também por razões de mera conveniência.²⁸

A lógica econômica enxerga os acidentes em termos estatísticos, determinando a inclusão de seus custos nos preços dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor. A precaução contra acidentes é também contabilizada como custo da atividade empresarial e, igualmente, repassada ao consumidor por meio do preço.

Na perspectiva da AED, a responsabilidade civil tem como função reduzir os custos relacionados a acidentes.²⁹ Objetiva-se a estruturação

“Art. 45 - As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo.”

“Art. 52 - [...]”

§ 3º - O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo.”

O veto baseou-se no fato de que a reparação do dano sofrido pelo consumidor já estava regulada de “modo cabal” em outras normas do CDC, bem como que a “destinação e finalidade” da multa civil, “sempre de valor expressivo”, não estavam definidas.

27 A ideia de que a vida deve ser preservada a qualquer custo está na base da jurisprudência que reconhece ao direito à saúde a extensão que hoje lhe é dada pelos tribunais pátrios. Aplica-se algo como o que Dworkin denomina de princípio do resgate, segundo o qual “devemos gastar tudo o que pudermos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida”. Cf. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e prática da igualdade*. São Paulo, Martins Fontes, 2005. p. 434-435.

28 O autor relata que, antes mesmo da construção do túnel sob o Mont Blanc, já se sabia que a obra causaria a morte, em média, de um operário por quilômetro de túnel construído. Nada obstante, a construção foi realizada em razão da importância do túnel para o comércio da região e da redução do tempo de viagem entre Roma e Paris. Calabresi se refere, ainda, às decisões que tomamos diariamente de utilizar meios de transportes mais rápidos e menos seguros ou, ainda, de utilizar equipamentos de segurança apenas relativamente seguros, tendo em vista o preço muito elevado da adoção de níveis máximos de segurança. Acrescento aos exemplos a atividade dos denominados motoboy, que causa a morte de milhares de pessoas nas metrópoles brasileiras sem contrapartida de grande valor axiológico. Cf. CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970, p. 17-18.

29 *Ibid.*, p. 26.

de um sistema que minimize a soma dos prejuízos causados por acidentes com os custos da prevenção de acidentes. Tal objetivo é alcançado através da utilização conjunta de duas estratégias distintas: a prevenção de acidentes e a distribuição dos prejuízos decorrentes de acidentes.

Cooter e Ulen delimitam a fronteira entre o direito contratual e a responsabilidade civil a partir dos custos de transação³⁰. A responsabilidade civil substitui o contrato nas situações em que os custos de transação impedem que as partes regulem suas próprias relações, impossibilitando-as de alocar entre si os prejuízos decorrentes de suas relações econômicas e sociais.

Os acidentes de trânsito são bom exemplo de custos de transação que inviabilizam a cooperação. Seria absurdo pensar na possibilidade de que cada motorista e cada pedestre, ao sair de casa, a cada dia, contratasse com todos os demais as cláusulas de responsabilização aplicáveis a um possível acidente. É necessário, portanto, que a lei cuide da alocação dos prejuízos entre as partes envolvidas nos referidos acidentes, economizando os custos de transação que, do contrário, decorreriam das infinitas negociações necessárias.

Nas relações de consumo, a massificação da produção e da contratação é o principal fator impeditivo da cooperação entre as partes. Em regra, somente os contratos de adesão podem conferir a dinâmica necessária ao fornecimento de bens e serviços no mercado de consumo, reduzindo os custos de negociação a um patamar razoável. A exigência de que, a cada fornecimento, sejam ajustadas as regras específicas de responsabilidade civil aplicáveis a eventuais acidentes causados pelos produtos ou serviços negociados poderia resultar, inclusive, na inviabilização da atividade econômica, onerando tanto o fornecedor quanto o consumidor com custos de transação muitas vezes superiores aos valores do próprio objeto contratado.

A assimetria de informações também é fator que dificulta a negociação no mercado de consumo. Os fornecedores, na maior parte dos casos, se recusam a tornar públicos os dados que possuem sobre a segurança dos produtos e serviços que comercializam, impondo aos consumidores esforço desproporcional para obter as informações necessárias à contratação.

30 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre:Bookman, 2010. p. 322.

A intervenção promovida pelo direito do consumidor é, de tal forma, uma necessidade que decorre da própria lógica de funcionamento das relações de consumo, prestando-se a, além de garantir aos consumidores um mínimo de autonomia diante das imposições do mercado, lubrificar os contatos entre fornecedores e consumidores através da redução dos custos de transação.

5 A FUNÇÃO PUNITIVO-PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA DA AED

A lógica da função punitivo-preventiva da responsabilidade civil baseia-se na internalização dos custos dos acidentes pelos agentes capazes de evitá-los. No caso das relações de consumo, a lei transfere para o fornecedor os prejuízos sofridos pelo consumidor, transformando as lesões causadas pelos defeitos dos produtos e serviços em custos da atividade econômica subjacente, de forma a incentivar as empresas a investir em segurança.

Num sistema que não responsabiliza os fornecedores pelos danos causados pelos acidentes de consumo, o comportamento que se espera dos mesmos é o de não adotar o nível de precaução adequado, restando ao consumidor optar pela contratação de seguro privado ou correr o risco de incorrer nos prejuízos respectivos. De fato, na vigência de uma regra de ausência de responsabilidade, os benefícios decorrentes do investimento em segurança são integralmente absorvidos pelo consumidor, não havendo incentivos para que os fornecedores se preocupem em realizá-los.

A regra da responsabilidade objetiva, por outro lado, faz com que o fornecedor indenize o consumidor pelos prejuízos causados por seus produtos ou serviços defeituosos, internalizando os custos respectivos. Diante de tal quadro, o fornecedor racional elevará seus investimentos em precaução, beneficiando-se da economia decorrente da redução do número e da gravidade dos acidentes e, em consequência, do menor valor gasto em indenizações.

Em outras palavras, ao alocar nos fornecedores os custos dos acidentes dos produtos e serviços que oferecem ao mercado, o sistema de responsabilidade civil faz com que modifiquem sua conduta, levando-os a precificar o valor das futuras indenizações e a optar por reduzir seus custos através da adoção da precaução no nível eficiente. Esse nível de precaução eficiente é aquele em que são reduzidos ao mínimo os *custos sociais*, os quais resultam da soma dos custos dos danos com o custo da precaução.³¹

31 COOTER; ULEN, op. cit., p. 332-333.

A atuação das empresas no mercado de consumo envolverá, portanto, em qualquer hipótese, certo nível de risco, variando a precaução adotada de acordo com o valor esperado das indenizações³² e o custo da prevenção. Em outros termos, os fornecedores tornarão seus produtos e serviços seguros até o ponto em que o custo do investimento adicional em segurança se iguale ao custo das indenizações por acidente.³³

Fica claro, portanto, que, assim como o direito penal e os regulamentos administrativos, a responsabilidade civil pode ser utilizada como instrumento de política pública voltado para a proteção de bens jurídicos de reconhecida relevância. No que diz respeito às relações de consumo, a ameaça de condenação civil faz com que os fornecedores procurem reduzir a ocorrência e a gravidade das lesões aos consumidores, podendo apresentar, inclusive, efeito dissuasivo mais poderoso do que o obtido através da legislação criminal³⁴.

A elevação dos custos de uma atividade econômica pela responsabilidade civil pode chegar ao ponto de inviabilizá-la do ponto de vista econômico, funcionando, na prática, como verdadeira proibição. Nesse sentido, Edmund W. Kitch ressalta que o progressivo alargamento da responsabilidade civil das indústrias farmacêuticas nos Estados Unidos fez com que as empresas optassem, até mesmo, pela retirada de determinados produtos do mercado, como no caso das vacinas contra sarampo, caxumba, raiva e poliomielite (Sabin e Salk), que, no ano de 1985, apenas uma empresa permanecia produzindo naquele país.³⁵

32 O valor esperado das indenizações corresponde à multiplicação da probabilidade de condenação por fato do produto pelo valor médio da indenização correspondente.

33 Se o nível de precaução adotado é menor do que o eficiente, o custo social marginal da precaução é menor do que seu benefício social marginal, sendo vantajoso o aumento do investimento em precaução. Se o nível de precaução adotado é maior do que o eficiente, o custo social marginal da precaução excede seu benefício social marginal, sendo vantajosa a redução do investimento em precaução. Cf. COOTER; ULEN, op. cit., p. 322-333.

34 É interessante observar que a responsabilidade civil tem ganhado importância, também, como mecanismo de proteção de interesses jurídicos anteriormente tutelados pelo Direito Penal, que, segundo as atuais diretrizes fornecidas pelo princípio da intervenção mínima, deixou de se preocupar com condutas consideradas de menor potencial ofensivo. Determinadas violações a direitos da personalidade, como, por exemplo, nos crimes de calúnia, injúria e difamação ou, ainda, de lesões corporais leves, encontram, muitas vezes, sanções mais adequadas em ações civis de indenização por dano moral do que em ações de natureza criminal.

35 KITCH, Edmund W. Vaccines and Product Liability: A Case of Contagious Litigation. Regulation: AEI *Journal on Government and Society*, maio/jun. 1985. p.17. Disponível em: <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1985/5/v9n3-3.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

No Brasil, as inúmeras dificuldades enfrentadas pelos órgãos de defesa do consumidor, que, muitas vezes, não conseguem evitar os danos em massa impostos pelos grandes fornecedores à população, faz com que a função punitivo-preventiva da responsabilidade civil tenha redobrada importância. Ante a ausência de outros mecanismos eficazes no combate às violações perpetradas contra os consumidores, é preciso que as ações civis de indenização sejam utilizadas como instrumento de correção do mercado, assegurando a vigência da legislação consumerista e a superação definitiva da cultura do dano eficiente na economia nacional.

O sistema da CRFB/88, centrado na valorização da dignidade humana, não se compatibiliza com a substituição do efetivo exercício dos direitos da personalidade por um suposto equivalente em dinheiro, razão pela qual a responsabilidade civil por dano moral deve visar, primordialmente, a garantia do efetivo exercício dos referidos direitos, prevalecendo, no caso, sua função punitivo-preventiva em detrimento da possibilidade de compensação, *a posteriori*, da violação perpetrada.

O cálculo da indenização do dano moral, portanto, deve ter em vista a necessidade de modificação da conduta do ofensor, especialmente no que diz respeito às relações de consumo, que se caracterizam pela atuação padronizada e em larga escala dos fornecedores. Além da gravidade da lesão e da natureza do bem atingido, o valor da indenização deve levar em conta fatores como a potência econômica e o grau de culpa do ofensor, de modo a neutralizar os benefícios econômicos advindos da conduta lesiva e a desestimular a reincidência.

6 A FUNÇÃO COMPENSATÓRIA E DISTRIBUTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA AED

Acidentes podem gerar situações dramáticas na vida das pessoas, sendo as perdas deles decorrentes capazes de colocar famílias inteiras em condições de vulnerabilidade. Nesse sentido, não é difícil imaginar um incêndio que destrói o negócio (ou a residência) de uma família ou um acidente de trabalho que retira a capacidade laborativa da vítima.

A responsabilidade civil, em sua função compensatória, atua de maneira análoga ao mecanismo do seguro. Tende, de tal forma, a distribuir os prejuízos dos acidentes entre toda uma classe de pessoas, alinhando-se, conforme aponta Cláudia Lima Marques, à aspiração, própria do Estado Providência, de socialização das perdas, voltada a evitar seja a vítima sobrecarregada com todas as consequências de seu

infortúnio.³⁶ Vocaciona-se, ainda, a distribuir os prejuízos dos acidentes no tempo, diluindo as perdas do indivíduo vitimado em seus rendimentos passados, presentes e futuros.

A distribuição dos prejuízos entre as pessoas baseia-se no pressuposto de que um grupo maior de indivíduos pode absorver as consequências de um acidente com muito mais facilidade do que uma única pessoa. Nesse caso, a transferência das perdas da vítima para o grupo se dá através do pagamento do prêmio do seguro, que incide sobre todos os integrantes do grupo.

A distribuição dos prejuízos no tempo, por sua vez, encontra fundamento no pressuposto de que uma pessoa pode, sem grande impacto em seu orçamento, pagar o prêmio de um seguro durante toda a sua vida, mas não é capaz de dispor desta mesma quantidade de dinheiro num único momento, quando ocorre o acidente.

No direito do consumidor, a responsabilidade civil transfere as perdas sofridas por um consumidor determinado para toda uma coletividade de consumidores, que arca com o valor referente ao prêmio do seguro incluído no preço dos produtos ou serviços respectivos. Para a correta compreensão da referida função compensatória e distributiva da responsabilidade civil, é necessário, inicialmente, desconstruir a ideia, muito cara a uma atitude paternalista que com frequência se faz presente na hermenêutica jurídica pátria, de que o direito do consumidor consegue transferir para os fornecedores os custos referentes aos acidentes de consumo.

Em um mercado baseado na livre concorrência, o custo esperado das indenizações devidas pelos fornecedores é transferido para os consumidores através do preço do produto ou serviço. A valia do mecanismo da responsabilidade civil, com efeito, não se encontra na redistribuição dos prejuízos do consumidor vitimado para a empresa, mas na redistribuição dos prejuízos do consumidor vitimado para todo o universo de consumidores. Nesse sentido, Joseph King Jr.³⁷ argumenta que:

36 MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, v.3, p.155, jul. 1992. Disponível em: <revistadoistribunais.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2013. s.p.

37 Tradução nossa. KING JR., op. cit., p. 182.

Ao exigir que as empresas e os agentes segurados paguem pelas perdas que suas atividades e produtos causam, e que reflitam tais custos nos preços cobrados, as perdas são distribuídas para uma classe mais ampla de participantes do mercado além das vítimas imediatas. A distribuição das perdas é pensada para reduzir o impacto de lesões em vítimas individuais evitando sua concentração em poucas vítimas, refletindo também noções da utilidade marginal decrescente do dinheiro. Este objetivo é alcançado pela distribuição das perdas que, de outra forma, seriam suportadas pela vítima, por meio dos custos dos bens e serviços gerados pelas atividades causadoras da lesão.

Sobre o tema, Alan Schwartz afirma que um dos elementos do preço dos produtos e serviços oferecidos ao mercado é o prêmio pago pelo fornecedor à seguradora, sendo natural que o contrato ótimo reflita a quantidade de cobertura oferecida aos consumidores.³⁸ Richard Crasweel, no mesmo sentido, apresenta modelo teórico que demonstra que os fornecedores conseguem repassar aos consumidores os custos da prevenção adicional que a legislação os obriga a fornecer na mesma proporção do benefício adicional que esta mesma prevenção confere ao consumidor.^{39 40}

O mecanismo adotado pela responsabilidade civil no direito do consumidor é denominado por Calabresi de *enterprise liability*, consistindo em alocar as perdas decorrentes dos acidentes de consumo

38 SCHWARTZ, Alan. Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis. *The Yale Law Journal*. New Haven, v. 97, n. 3, p. 353-419, fev. 1988. p. 362. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1124>. Acesso em: 13 jun. 2013.

39 CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships. *Stanford Law Review*. Stanford, v. 43, n. 2, p. 361-398, jan. 1991. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228927>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

40 A descon sideração da realidade econômica descrita, que se encontra no fundo da orientação paternalista acima referida, acaba, não raro, prejudicando o próprio consumidor. De fato, uma vez que os custos impostos aos fornecedores são repassados ao consumidor por meio do mecanismo de preço, as decisões ineficientes transferirão custos desnecessários a este. Exemplo recente em nossa jurisprudência encontra-se na posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1133410/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 07/04/2010) a favor da proibição da prática de preço diferenciado no caso de pagamento por meio de cartão de crédito. Tal posicionamento parece ignorar o fato de que, impedindo o comerciante de discriminar suas operações de acordo com os custos respectivos, acaba por obrigá-lo a diluir os custos das operações efetuadas via cartão de crédito no preço de todas as suas transações, em prejuízo dos consumidores que não se utilizam de tal meio de pagamento. Tem-se, portanto, que, na prática, os custos decorrentes dos pagamentos efetuados por cartão de crédito não são suportados pelos consumidores que deles se utilizam, sendo repartidos entre a totalidade dos consumidores.

nas empresas, aproveitando-se de sua capacidade de repassar os custos respectivos por meio do mecanismo de preço.⁴¹ Joseph King Jr. afirma que a responsabilidade civil busca alocar as perdas naqueles que representam adequados pontos de distribuição das mesmas, sinalizando aos fornecedores que a compensação dos danos é um custo da atividade que deve ser incorporado aos preços.⁴²

Fica claro, portanto, que a legislação de defesa do consumidor tem dois caminhos a seguir: pode alocar nos consumidores os custos dos acidentes de consumo, facultando-lhes a contratação de seguro privado, ou pode alocar nos fornecedores os custos dos referidos acidentes, fazendo aumentar os preços dos produtos e serviços em função dos custos da cobertura contra danos que os acompanha.

O CDC, ao adotar o princípio da reparação integral, opta por este segundo caminho, incluindo em todo produto ou serviço comercializado no Brasil um seguro com cobertura integral contra danos de qualquer natureza. Trata-se, como visto, de norma de ordem pública, estando vedada, portanto, mesmo com a anuência do consumidor, a redução da cobertura prevista na legislação.

Significa dizer que qualquer transação realizada no mercado de consumo brasileiro é acompanhada de um seguro compulsório, que garante ao consumidor ampla e irrestrita indenização dos danos que venha a sofrer em razão de eventual acidente de consumo, mas que, ao mesmo tempo, eleva o preço dos produtos e serviços na mesma proporção da cobertura oferecida.

Calabresi afirma que a imposição desse tipo de seguro forçado advém da crença de que as pessoas, decidindo por si próprias, tendem a não contratar seguro no nível ideal. Tal fato decorre de razões que vão desde a deficiência informacional até as dificuldades psicológicas de avaliar corretamente o risco e pensar a longo prazo e, ainda, a propensão a acreditar que a coletividade lhes socorrerá em caso de necessidade.⁴³ As empresas, por outro lado, além da capacidade de avaliar o risco com mais

41 CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970. p. 50-55.

42 KING JR., op. cit., p. 186.

43 CALABRESI, op. cit., p. 56-60.

precisão, teriam condições de contratar seguro a um custo mais baixo do que os consumidores.⁴⁴

7 A INCONSISTÊNCIA DOS IMPACTOS DO DANO MORAL NAS NECESSIDADES FINANCEIRAS DA VÍTIMA COM A RACIONALIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SEGURO

Cooter distingue os acidentes em *wealth impacting* e *wealth neutral*.⁴⁵ Acidentes *wealth impacting* são aqueles que aumentam as necessidades financeiras da vítima, fazendo com que a utilidade marginal do dinheiro no estado pós-acidente seja mais elevada do que a utilidade marginal do dinheiro no estado pré-acidente. Tal fenômeno pode resultar de duas razões: ter o acidente o efeito de tornar mais caro para a vítima o acesso às atividades e aos bens da vida, elevando suas necessidades de consumo, ou, ainda, de reduzir seu patrimônio ou sua capacidade de ganhar dinheiro.⁴⁶

A primeira hipótese pode ser exemplificada por um acidente que reduz a capacidade física da vítima, obrigando-a a adquirir um veículo adaptado ou a contratar os serviços de um cuidador. Em tal caso, a vítima no estado pós-acidente somente alcança o nível de satisfação que alcançaria no estado pré-acidente após gastar o dinheiro necessário à compra do veículo ou após o pagamento do salário do profissional contratado.

A segunda hipótese decorre do postulado de que, em regra, a utilidade marginal do dinheiro é decrescente, ou seja, quanto menos dinheiro possui o indivíduo, maior é a utilidade que lhe traduz uma unidade monetária adicional.⁴⁷ A redução do patrimônio decorrente de um acidente, portanto, tem como efeito aumentar a utilidade do dinheiro para a vítima.⁴⁸

44 CALABRESI, op. cit., p. 56-60.

45 COOTER, Robert. Towards a Market in Unmatured Tort Claims. *Virginia Law Review*. Charlottesville, v. 75, n. 2, p. 383-411, abr. 1989. p. 389. Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_cooter/21>. Acesso em: 13 jun. 2013.

46 Ibid., p. 388-389.

47 O acréscimo de R\$ 1.000,00 (mil reais) adiciona mais utilidade a um indivíduo que possui um patrimônio de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) do que a outro que possui um patrimônio de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Cf. COOTER; ULEN, op. cit., p.66-67.

48 Calabresi alerta para o fato de que a utilidade marginal decrescente da riqueza é uma generalização empírica que não pode se provar universalmente verdadeira. O autor faz alusão a estudos que indicam que a redução do status social decorrente de uma redução relativamente pequena do patrimônio pode ser tão significante como uma redução muito maior que não cause mudança significativa de status social. Cf. CALABRESI, op. cit., p. 39-40.

A utilidade marginal decrescente do dinheiro decorre do fato de que os primeiros valores que recebemos são utilizados, normalmente, no atendimento de nossas necessidades mais básicas, possuindo, portanto, elevada utilidade marginal. Atendidas essas necessidades básicas, os valores subsequentes possuem menor utilidade marginal, sendo utilizados para o consumo de artigos menos vitais e até mesmo supérfluos⁴⁹.

Vários exemplos a respeito da utilidade marginal decrescente do dinheiro podem ser retirados de nosso cotidiano. Um homem rico, por exemplo, não comprometerá seu tempo livre com um trabalho extra, enquanto um assalariado provavelmente verá com bons olhos a possibilidade de ter um segundo emprego. Na mesma linha, um pai de família racional somente se preocupará com a aquisição de carros esportivos ou obras de arte após ter garantido o sustento de seus filhos.

Os acidentes *wealth neutral*, por sua vez, são aqueles que reduzem o bem estar da vítima sem afetar suas necessidades financeiras. Reduzem, portanto, a utilidade sem afetar a utilidade marginal do dinheiro.⁵⁰ A título de exemplo, pode-se imaginar um acidente que resulte na destruição de um álbum de retratos de família, cuja perda gera inegável abalo emocional, mas não aumenta a necessidade de dinheiro da família.

A racionalidade da contratação de seguro repousa sobre a caracterização dos acidentes como *wealth impacting* ou *wealth neutral*. Como visto, o seguro transfere dinheiro de uma vítima eventual antes do acidente para uma vítima atual após o acidente.⁵¹ No seguro ideal, a utilidade marginal do dinheiro é a mesma quando o indivíduo escapa do acidente ou quando sofre o acidente e recebe a compensação.⁵² Nessa linha de pensamento, Alan Schwartz afirma que os consumidores equalizam “a utilidade marginal esperada adquirindo seguro”, transferindo dinheiro de um estado em que tenha menor utilidade marginal para um estado em que tenha maior utilidade marginal.⁵³

Faz todo sentido, portanto, que as pessoas contratem seguro contra acidentes *wealth impacting*. Cooter ressalta que a realidade prática encontra-se plenamente de acordo com o modelo teórico apresentado, tendo em

49 SCHMIDTZ, David. *Os elementos da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 211.

50 COOTER, op. cit., p. 389.

51 *Ibid.*, p. 391.

52 COOTER, op. cit., p. 394.

53 SCHWARTZ, op. cit., p. 362-363.

vista o desenvolvido alcançado pelo mercado de seguros contra perdas patrimoniais e incêndio em residências, por exemplo.⁵⁴ Alan Schwartz, por sua vez, alude à larga utilização do seguro médico e contra invalidez, ambos voltados, também, para a cobertura de acidentes *wealth impacting*.⁵⁵ É ilustrativo, ainda, o fato de ser muito comum a contratação de seguro de vida para as pessoas responsáveis pelo sustento da família, tendo em vista o considerável incremento na utilidade marginal do dinheiro que se observa em relação aos familiares sobreviventes, para os quais a indenização do seguro é necessária a sua própria subsistência na ausência do provedor.

No que diz respeito aos acidentes *wealth neutral*, a teoria do seguro não recomenda a contratação da cobertura. Tal conclusão decorre do postulado de que não se justifica o ônus financeiro necessário à transferência de dinheiro entre dois momentos em que a sua utilidade marginal é idêntica.

O acidente que causa dano moral é *wealth neutral*, uma vez que, apesar do desconforto, muitas vezes gravíssimo, que gera, não tem o efeito de aumentar as necessidades de consumo da vítima, mantendo inalterada, para esta, a utilidade marginal do dinheiro.⁵⁶ Trata-se, aqui, do dano moral puro, uma vez que as consequências econômicas do dano moral, como, por exemplo, a incapacidade laborativa temporária da vítima, caracterizam-se como *wealth impacting*.

Socorrendo-se, novamente, do argumento empírico, Cooter⁵⁷, na mesma linha de George L. Priest⁵⁸, afirma que a inexistência da cultura de contratação de seguro de vida para os filhos menores é exemplar da inutilidade da contratação de seguro contra danos morais. Por mais dramática que possa ser a morte de uma criança, este fato, por si só, não aumenta a utilidade marginal do dinheiro para a família vitimada, não se justificando, portanto, o comprometimento de parte da renda familiar com a finalidade de garantir o recebimento de uma quantia em dinheiro no caso de ocorrência da fatalidade.

54 COOTER, op. cit., p. 389.

55 SCHWARTZ, op. cit., p. 353-419.

56 Ellen Smith Pryor afirma que a caracterização do dano moral como *wealth neutral* é uma generalização que nem sempre se mostra verdadeira. Cf. PRYOR, Ellen Smith. The Tort Law Debate, Efficiency, and the Kingdom of the Ill: A Critique of the Insurance Theory of Compensation. *Virginia Law Review*, v. 79, n. 1, p. 91-152, feb. 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1073408>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

57 COOTER, op. cit., p. 393.

58 PRIEST, George L. The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law. *The Yale Law Journal*. New Haven, v. 96, p. 1521-1590, jan. 1987. p. 1546. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/578>. Acesso em: 13 jun. 2013.

Alan Schwartz, por sua vez, ressalta que o gasto de dinheiro não é uma resposta típica das pessoas que sofrem danos morais⁵⁹, de forma que se pode afirmar que não é porque são indiferentes à perda do filho que os pais deixam de comprar o seguro de vida respectivo, mas apenas porque o consumo que a indenização poderá lhes proporcionar não é um bom remédio para o sofrimento. Em outras palavras, a complexidade da experiência humana não pode ser reduzida a uma relação entre dor e prazer: nenhuma satisfação que o dinheiro possa comprar substituirá a ausência de um filho.

Sobre o tema, Joseph King Jr. assevera que, por mais que possa ser gratificante ou apazível para quem a recebe e, talvez, até confira uma sensação de justiça, a indenização por dano moral nunca anulará a dor.⁶⁰ Ellen Smith Pryor, a seu turno, sublinha a literatura que, indo ainda mais além, aponta para a possibilidade de redução do prazer extraído do consumo pelo indivíduo em razão da dor moral: no caso, por exemplo, de um acidente que impõe à vítima um quadro de depressão, a utilidade marginal do dinheiro após a ocorrência do acidente não só não aumenta como diminui, sendo, portanto, absolutamente indesejável a transferência de dinheiro para este estado pós-acidente.⁶¹

O consumidor racional, portanto, segundo o modelo teórico apresentado, deve optar pela contratação de seguro apenas contra danos pecuniários (*wealth impacting*, em regra), o que, na prática, parece já ocorrer quando lhe é dada a oportunidade de decidir. Diante de tal quadro, considerando-se apenas a função compensatória da responsabilidade civil, a regra padrão do direito do consumidor deve alocar no fornecedor os danos pecuniários decorrentes dos acidentes de consumo, incentivando-os a incluir no preço de seus produtos e serviços os custos da cobertura de referidos danos, e alocar no consumidor os danos morais, que, conforme a predição teórica, preferiria, em regra, não investir na contratação de seguro contra os danos da espécie.

Extrai-se, portanto, da aproximação do sistema de responsabilidade civil com a teoria do seguro, bem como da caracterização do dano moral como dano *wealth neutral*, que a teoria econômica corrobora a incompatibilidade da indenização pecuniária com a natureza dos interesses violados nos danos extrapatrimoniais, apontando, mais uma vez, no sentido de se privilegiar a função punitivo-preventiva da responsabilidade civil por dano moral.

59 SCHWARTZ, op.cit., p. 353-419.

60 KING JR., op. cit., p. 174.

61 PRYOR, op. cit., p. 102.

A ênfase de nossa legislação do consumidor, como visto, é no princípio da reparação integral, aplicável tanto ao dano material, quanto ao dano moral. Mais acertada, porém, teria sido a opção de privilegiar a responsabilidade civil por dano moral como instrumento de correção do mercado, destacando-se como critério de fixação das indenizações da espécie a necessidade de impedir a repetição do comportamento lesivo por parte do fornecedor, conferindo maior eficácia à vontade constitucional no mercado de consumo.

8 CONCLUSÃO

Os valores não patrimoniais atinentes à existência humana digna constituem o núcleo de irradiação axiológica do sistema jurídico brasileiro. A sistemática substituição do exercício dos direitos da personalidade pelo seu (não) equivalente em dinheiro é realidade que não encontra respaldo na CRFB/88, cujo objetivo precípua é o de garantir a efetiva fruição dos referidos direitos, tantas vezes negada no cotidiano do mercado de consumo nacional.

A indenização do dano moral é incapaz de restituir ao estado precedente à lesão os consumidores vitimados em seus interesses extrapatrimoniais. A compensação pecuniária é uma resposta que, de certa forma, desumaniza o dano moral, guardando pouca ou nenhuma correlação com os bens e interesses lesados: o dinheiro não repara a perda sofrida nem anula a dor vivenciada.

A aproximação da responsabilidade civil com a teoria do seguro e a caracterização dos danos extrapatrimoniais como *wealth neutral* corroboram a incompatibilidade da indenização pecuniária com a natureza do dano moral, sugerindo, inclusive, a teoria econômica, a modificação da regra padrão que determina a reparação dos danos da espécie.

A responsabilidade civil por dano moral no direito do consumidor brasileiro deve ser pensada, portanto, como instrumento de política pública voltado para a prevenção das lesões aos direitos da personalidade, valendo-se o poder público da capacidade do instrumento de fazer com que os agentes econômicos internalizem os custos dos acidentes que seus produtos e serviços impõem ao consumidor e optem por elevar até o nível eficiente os investimentos realizados em precaução.

Em outras palavras, deve ser enfatizada a função punitivo-preventiva da responsabilidade civil por dano moral em detrimento de sua função compensatória, impondo-se a fixação das indenizações da espécie em valor que, além de atentar para a gravidade da lesão e a natureza do bem jurídico atingido, leve em consideração a necessidade de evitar a repetição da conduta

gravosa, ponderando fatores como as condições econômicas do ofensor e seu grau de culpa.

A não utilização da responsabilidade civil como instrumento de regulação do mercado é circunstância que interessa exclusivamente aos grandes conglomerados econômicos, principais beneficiários de um ambiente de tolerância em relação às violações ao direito do consumidor. Outro caminho não há, portanto, além da defesa peremptória da utilização da função punitivo-preventiva do sistema de responsabilidade civil por dano moral, fortalecendo, assim, a posição do consumidor e contribuindo para a erradicação da cultura do dano eficiente no mercado de consumo nacional.

REFERÊNCIAS

ABEL, Richard L. A critique of torts. *UCLA Law Review*, v.37, p. 785-831, 1990. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/p?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=37+UCLA+L.+Rev.+785&srctype=smi&srcid=3B15&key=67fedb627d06a3332ac52baa5d6c4723>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.

COOTER, Robert. Towards a Market in Unmatured Tort Claims. *Virginia Law Review*. Charlottesville, v. 75, n. 2, p. 383-411, abr. 1989. Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_cooter/21>. Acesso em: 13 jun. 2013.

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

CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships. *Stanford Law Review*. Stanford, v. 43, n. 2, jan. 1991. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1228927>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e prática da igualdade*. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

KING JR., Joseph H. Pain and Suffering, Noneconomic Damages, and the Goals of Tort Law. *SMU Law Review*, v. 57, 2004. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/smulr57&div=14&id=&page=>>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

KITCH, Edmund W. Vaccines and Product Liability: A Case of Contagious Litigation. *Regulation: AEI Journal on Government and Society*, maio/jun. 1985. Disponível em: <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1985/5/v9n3-3.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor - Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, v.3, jul. 1992. Disponível em: <revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2013.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção Constitucional do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PRIEST, George L. The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law. *The Yale Law Journal*. New Haven, v. 96, jan. 1987. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/578>. Acesso em: 13 jun. 2013.

PRYOR, Ellen Smith. The Tort Law Debate, Efficiency, and the Kingdom of the Ill: A Critique of the Insurance Theory of Compensation. *Virginia Law Review*, v. 79, n. 1, fev. 1993. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1073408>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHWARTZ, Alan. Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis. *The Yale Law Journal*. New Haven, v. 97, n. 3, fev. 1988. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1124>. Acesso em: 13 jun. 2013.

SCHMIDTZ, David. *Os elementos da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.