

A TUTELA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Carlos Antonio Matos da Silva



Direito Econômico vs. Análise Econômica do Direito (AED)

Direito Econômico: sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, por meio da regulação da atividade econômica, visando a definir a efetivação da política econômica estatal (ex: intervenção no domínio econômico, direito da concorrência).

Direito Econômico vs. Análise Econômica do Direito (AED)

Análise Econômica do Direito: por meio da aplicação da teoria econômica, busca-se analisar a eficiência das normas que regulam o uso de recursos escassos e as suas consequências sobre toda a sociedade.

Teoria dos fatos jurídicos

Fato jurídico: O fato passa a ser jurídico quando sobre ele há a incidência de uma norma jurídica, ou seja, o fato jurídico é o fato que foi juridicizado. Não se pode olvidar que a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático, além de fazer surgir o fato jurídico, torna-a obrigatória e impositiva.

Fato jurídico em sentido estrito: é o acontecimento da natureza com repercussão jurídica.

Teoria dos fatos jurídicos

Ato jurídico em sentido estrito: ato jurídico não negocial decorrente de uma conduta humana voluntária, livre e consciente, dirigida a um resultado juridicamente lícito e possível. Importante pontuar que, por se tratar de ato não negocial, o seu conteúdo eficaz decorre da lei (*ex lege*), e não da vontade humana, sendo, em vista disso, sem importância a aceitação da outra parte.

Teoria dos fatos jurídicos

O artigo 185 do Código Civil dispõe que “aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”, que trata especificamente dos negócios jurídicos. Infere-se que esse disposto adota a teoria dualista , classificando o ato jurídico lícito em duas espécies: ato jurídico não negocial e negócio jurídico

Teoria dos fatos jurídicos

Ato-fato jurídico: é o fato jurídico decorrente de uma conduta humana capaz de produzir determinado efeito *ex lege*, de modo independente da vontade do agente. Logo, diante da irrelevância da vontade, o ato-fato jurídico não exige a capacidade de exercício ou negocial do agente, haja vista que o ato humano é tratado como fato, e não propriamente como ato.

Teoria dos fatos jurídicos

Pode-se categorizar como ato-fato jurídico o ato indenizável por força da teoria do risco (Código Civil, art. 927, parágrafo único). Trata-se de hipótese de responsabilidade civil por ato lícito, uma vez que não é fundada na culpa do agente, mas, sim, no risco que o desenvolvimento de sua atividade lícita implicar para os direitos de outrem. Por esse motivo, nos termos do enunciado 479 de súmula do Superior Tribunal de Justiça, as “instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

Teoria dos fatos jurídicos

Negócio jurídico: consiste, verdadeiramente, no exercício da *autonomia privada*, pois se trata de fato jurídico que decorre de uma composição de interesses convergentes, cujos efeitos são desejados pelas partes (*ex voluntate*). Com efeito, as partes podem escolher o ato jurídico lícito a ser praticado, bem como o seu conteúdo eficaz, que resulta da incidência de uma norma que aceita a intervenção da vontade humana.

Teoria dos fatos jurídicos

Com a objetivação do conteúdo dos negócios jurídicos, faz-se necessário analisar a vontade real, a vontade declarada e o contexto negocial (p. ex., a desigualdade material entre os contratantes).

Teoria dos fatos jurídicos

A *autonomia da vontade*, que em sua formulação clássica simbolizava o voluntarismo jurídico, por muito tempo, possibilitou ao particular autorregular seus próprios interesses, estabelecendo regras para si próprio e para os outros.

Teoria dos fatos jurídicos

Com o capitalismo mercantilista (final do século XIX e no século XX), os contratos passaram a ser celebrados em massa, pois já não havia mais espaço para negociações e discussões sobre suas cláusulas. Assim, irrompeu um ambiente propício para algum tipo de injustiça, notadamente porque a ***autonomia da vontade*** transformou-se em liberdade, para os fortes, de impor sua vontade para os fracos. Corolário dessa massificação contratual foi a mudança gradual dos fundamentos de sua vinculatividade.

Teoria dos fatos jurídicos

Os negócios jurídicos (sobretudo os contratos) não podiam mais se centrar exclusivamente na autonomia da vontade como produtora de efeitos, mormente porque este princípio defendia o respeito absoluto à liberdade das convenções. Desse modo, a ***autonomia da vontade***, símbolo do individualismo, foi substituída pela ***autonomia privada***, símbolo da socialidade e eticidade. A ***autonomia privada***, efetivamente, limita a ***autonomia da vontade*** por meio da incidência da boa-fé objetiva, solidariedade social e equilíbrio material entre as prestações, bem como da vedação ao abuso de direito.

Teoria dos fatos jurídicos

Ato ilícito: é aquele que, contrário a um dever preexistente, implica na violação do ordenamento jurídico. Logo, essa conduta humana voluntária, por ser contrária ao direito, não pode ser considerada ato jurídico. Todavia, por se tratar de um acontecimento no mundo fenomênico que viola o ordenamento jurídico, o ato ilícito será tido como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que os seus efeitos são disciplinados pelo direito.

Teoria dos fatos jurídicos

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Teoria dos fatos jurídicos

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Teoria dos fatos jurídicos

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Teoria dos fatos jurídicos

Há atos lícitos que resultam no dever de indenizar e atos ilícitos que não originam o dever de ressarcir ou reparar. Todavia, para estes atos ilícitos pode haver a previsão de sanções autorizantes, caducificantes ou invalidantes.

Teoria dos fatos jurídicos

No ilícito autorizante, o ordenamento jurídico faculta ao ofendido ou terceiro a prática ou a abstenção de determinado ato, como efeito do ato ilícito.

Assim, p. ex., o Código Civil (arts. 557 e 558) faculta ao doador revogar a doação como resultado da prática de ato ilícito pelo donatário.

Teoria dos fatos jurídicos

No ilícito invalidante, há a ausência de requisito ou a presença de defeito que compromete a validade do ato, que engloba tanto a nulidade quanto a anulabilidade.

Assim, por exemplo, o Código Civil (arts. 158 e 159 c.c. 171, II) possibilita a anulação de negócio jurídico por vício resultante de fraude contra credores.

Teoria dos fatos jurídicos

No ilícito caducificante, o ordenamento jurídico impõe a perda de um direito como consequência direta e imediata da prática de ato ilícito. À guisa de exemplo, pode-se citar a aplicação da pena de sonegados, prevista no artigo 1.992 do Código Civil. Assim, aquele que oculta bens do inventário que estejam em seu poder comete ato ilícito, cuja pena é a perda do direito que sobre eles lhe cabia.

Dano moral

O dano moral é uma categoria em constante evolução, apoiada nas contribuições doutrinárias e jurisprudenciais, que se caracteriza pela ofensa a direitos da personalidade, isto é, uma lesão a interesse existencial concretamente merecedor de tutela. De fato, sempre que a conduta, comissiva ou omissiva, ofender injustamente um valor fundamental protegido pela Carta Magna, restará caracterizado o dano moral.

Dano moral

A caracterização do dano moral prescinde da demonstração objetiva de sentimentos humanos desagradáveis, uma vez que, por decorrerem da experiência subjetiva da vítima, a sua comprovação é materialmente impossível. Não se pode olvidar que a dor, sofrimento ou abalo psicológico não traduz o dano moral, haja vista que são apenas reflexos de uma lesão a direito existencial. Logo, demonstrado que o ato ilícito ofendeu a dignidade da pessoa humana, o dano será presumido ou *in re*

Dano moral

Obtempera-se, entretanto, que a necessidade de prova do dano moral deve ser analisada casuisticamente, de acordo com as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece. Nesse sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do mérito do Recurso Especial nº 1.584.465 – MG, alterou o entendimento até então adotado, passando a não mais considerar dano moral *in re ipsa* o atraso no voo operado por companhia aérea.

Tutela dos direitos da personalidade

A escolha da técnica que assegure a adequada, efetiva e tempestiva proteção dos direitos da personalidade dependerá do momento de sua efetiva implementação, bem como do direito a ser tutelado, o que demanda a esmerada identificação da situação fática, com todas as suas circunstâncias.

Tutela dos direitos da personalidade

O processo civil pode prestar ***tutela satisfativa*** ou ***tutela cautelar aos direitos***.

Há ***tutela satisfativa*** quando a tutela jurisdicional destina-se a realizar concretamente o direito da parte. Essa tutela satisfativa serve para prestar tutela contra o ilícito – visando a inibir a sua prática, reiteração ou continuação (***tutela inibitória***) ou visando à remoção de sua causa ou de seus efeitos (***tutela de remoção do ilícito***) – ou tutela contra o dano – visando à sua reparação (***tutela reparatória***) ou ao ressarcimento pela sua ocorrência (***tutela ressarcitória***).

Tutela dos direitos da personalidade

O próprio direito material delimita se a ***tutela inibitória, de remoção de ilícito, reparatória, ressarcitória ou compensatória*** será a mais adequada para a efetiva e tempestiva proteção dos direitos. Ademais, a depender da situação fática e de suas circunstâncias, diferentes técnicas podem ser utilizadas simultaneamente para se alcançar a efetiva proteção ao direito.

Tutela dos direitos da personalidade

Há **tutela cautelar** quando a tutela jurisdicional destina-se simplesmente a assegurar a satisfação eventual e futura do direito da parte. Isso porque a **tutela cautelar** apenas assegura para o caso de, ocorrendo o fato danoso, ser possível eventual e futuramente a realização do direito – a tutela cautelar, nada obstante possa ser concedida anteriormente ao dano, tem a sua atuabilidade condicionada à sua ocorrência.

Tutela dos direitos da personalidade

Visando a garantir a segurança social, previne-se o dano injusto por meio da identificação de riscos graves e adoção de medidas inibitórias e de remoção do ilícito. Ocorrido o dano injusto, buscar-se-á restabelecer o equilíbrio rompido, seja mediante a restauração *in specie*, seja pelo ressarcimento em pecúnia (na hipótese de dano a bem patrimonial), seja por intermédio da compensação (no caso de ofensa a bem jurídico da personalidade).

Tutela dos direitos da personalidade

De fato, a tutela adequada e efetiva dependerá do **momento de implementação**, dos **custos endógenos do direito**, bem como dos **custos de transação exógenos ao direito**.

Tutela dos direitos da personalidade

Os **custos endógenos do direito** são aqueles relativos às crises jurídicas de certeza ou crises de situação jurídica. Crise jurídica de certeza é aquela relacionada à existência, ou não, de determinada relação jurídica. A crise de situação jurídica, por sua vez, liga-se à possibilidade de a parte criar, modificar ou extinguir um estado, alterando a situação preexistente.

Tutela dos direitos da personalidade

A condição de baixos custos de transação propicia e, mais do que isto, estimula a negociação interna entre as partes e o encontro de uma solução eficiente, sem a participação do Direito e do Estado.

Portanto, quando o judiciário retira, através de uma decisão judicial, os custos endógenos do direito, os entraves à cooperação desaparecem e as partes podem chegar ao resultado mais eficiente.

Tutela dos direitos da personalidade

Os custos de transação exógenos ao sistema jurídico, podem ser categorizados em **custos de busca, negociação e execução**. Os **custos de busca** estão relacionados à individuação do direito ou do titular do direito. Os **custos de negociação** referem-se àqueles incorridos para a solução do litígio. Assim, dependem da quantidade de partes envolvidas e da disposição delas para o restabelecimento da comunicação, visando a alcançar uma solução que gere benefícios mútuos. Os **custos de execução** são aqueles incorridos para a realização da atividade satisfativa.

Tutela dos direitos da personalidade

Quando os custos de transação são baixos, a tutela preventiva mostra-se a mais adequada e efetiva, pois, em tese, não há obstáculos à cooperação entre as partes.

Quando os custos de transação são altos, impedindo a negociação entre as partes, a tutela repressiva mostra-se a mais eficiente, pois não deixa a vítima do dano em pior situação, ao mesmo tempo em que permite uma estabilização da situação do infrator.

Tutela dos direitos da personalidade

Tutela inibitória:

- possui natureza preventiva e destina-se a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ato contrário ao direito;
- prescinde da análise da culpabilidade do ofensor, bem como da demonstração do perigo de dano (excepcionalmente, o perigo de dano será objeto de prova quando for coetâneo ao ato contrário ao direito);

Tutela dos direitos da personalidade

Tutela inibitória:

- está relacionada à efetividade dos direitos;
- a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos extrapatrimoniais dar-se por meio da tutela inibitória, mormente porque não há como restituir o ofendido ao seu *status quo ante*.

Tutela dos direitos da personalidade

Tutela inibitória:

Para a efetividade da tutela, o nosso ordenamento jurídico dotou o juiz de poderes gerais para inibir a prática do ato contrário ao direito. Assim, CPC e o CDC preveem a atipicidade das formas executivas para assegurar a efetivação da tutela do direito ou para a obtenção de resultado prático equivalente (essas medidas de apoio irão variar de acordo com as especificidades do caso concreto).

Tutela dos direitos da personalidade

Tutela de remoção do ilícito ou reintegratória:

- volta-se contra a ação com eficácia ilícita continuada, ou seja, destina-se a impedir a continuação dos efeitos ilícitos do ato contrário ao direito que já fora consumado;
- possui natureza repressiva em relação ao ato contrário ao direito e preventiva quanto ao dano;

Tutela dos direitos da personalidade

Tutela de remoção do ilícito ou reintegratória:

- prescinde da análise da culpabilidade do ofensor, bem como da demonstração de dano;
- caso a ação contrária ao direito tenha resultado em dano, a remoção do ilícito não se mostrará adequada à efetiva tutela do direito da personalidade.

Responsabilidade civil

A responsabilidade civil reflete aquilo que a sociedade entende por dano injusto passível de reparação. De fato, há uma constante reavaliação, mormente porque vivemos em uma sociedade de riscos.

Mesmo no caso de dano decorrente de ofensa a direito da personalidade, mostra-se cabível a tutela ressarcitória *in natura* cumulada com a compensação em pecúnia.

Responsabilidade civil

A responsabilidade civil, sob a Análise Econômica do Direito, oferece soluções para as externalidades negativas, pois estabelece critérios para a seleção das situações nas quais a ocorrência dos danos deve ser indenizada.

As externalidades constituem o resultado positivo ou negativo da conduta de um agente sobre terceiro, não integrando o valor ou o custo privado da ação do agente.

Responsabilidade civil

Nas externalidades negativas, a responsabilidade civil possibilita que o agente internalize o custo decorrente de sua conduta, a fim de não deixar a vítima do dano em pior situação.

Responsabilidade civil

Na Análise Econômica do Direito, o pronunciamento do juiz *Learned Hand* no caso *United States v. Carroll Towing Co. (1947)* foi considerado como o primeiro uso do custo-benefício para a caracterização de condutas culposas.

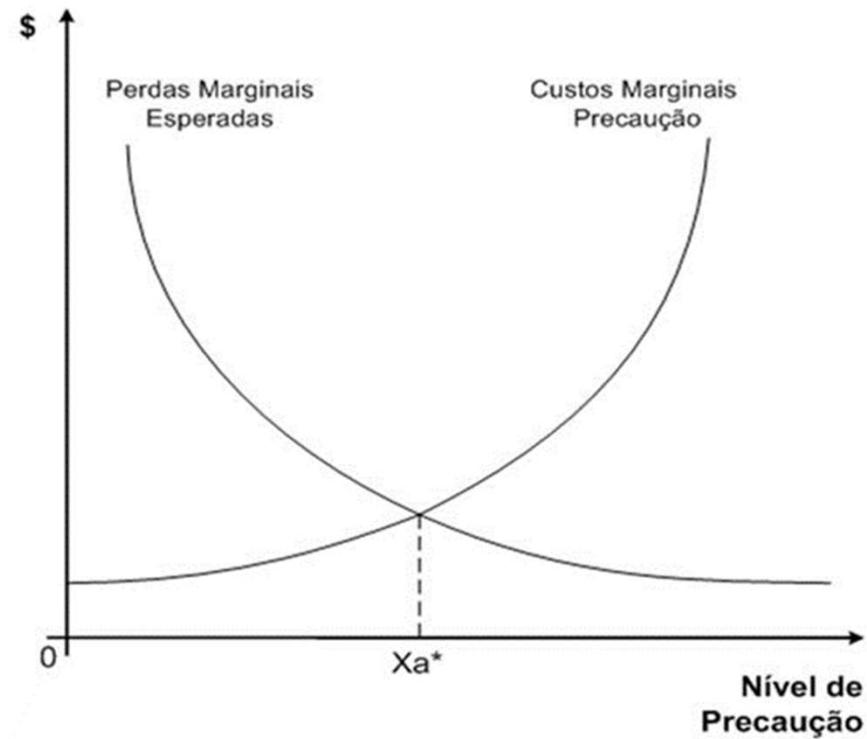
A determinação da negligência e da diligência da parte estará baseada na análise do custo-benefício de sua conduta.

Responsabilidade civil

Assim, a parte será considerada negligente se os custos marginais de precaução forem menores que as perdas marginais esperadas.

Essa interpretação marginal, proposta por Richard A. Posner, decorre da evolução da Fórmula de Hand em relação à jurisprudência norte-americana. Para este autor, as variáveis marginais adequam-se às informações acessíveis aos juízes durante a análise do caso concreto.

Responsabilidade civil



Responsabilidade civil

Assim, à medida que se exerce maior precaução, as Perdas Marginais Esperadas (PE) diminuem e os Custos Marginais de Precaução (C) aumentam. O nível ótimo de precaução é atingido no ponto X_a , em que essas curvas se encontram. Logo, qualquer nível de precaução inferior a X_a resultará em uma conduta culposa.

A fórmula de Hand leva em consideração apenas a conduta do ofensor, a despeito de o nível ótimo de precaução depender do nível de precaução da vítima.

Responsabilidade civil

Allan M. Feldman e Jeonghyun Kim , por meio da aplicação da fórmula de Hand, sugerem três situações distintas para a identificação da culpa:

- a) aplicação independente;
- b) aplicação condicional, dependente do comportamento real da outra parte;
- c) aplicação condicional, dependente do comportamento eficiente da outra parte.

Responsabilidade civil

Na aplicação independente, a prevenção é perfeita.

Assim, a medida de precaução adotada por quaisquer das partes será suficiente para evitar o dano.

Ademais, a definição da culpa do ofensor independe da conduta da vítima.

Responsabilidade civil

Na aplicação condicional, dependente do comportamento real da outra parte, há a interdependência das condutas do ofensor e da vítima. Nesse caso, **se o autor e a vítima não agirem, ambos serão considerados negligentes**. Ademais, **se apenas a vítima adotar medidas de precaução, a caracterização da culpa do ofensor dependerá de os seus custos reais de precaução serem inferiores à probabilidade de perda da vítima**, então reduzida pelas medidas por ela tomadas.

Responsabilidade civil

Dados:

Perda esperada: **\$1.000**;

Custo das medidas de precaução adotadas pelo ofensor: **\$60**;

Probabilidade de perda em razão das medidas de precaução adotadas pelo ofensor: 0,0%
(\$1.000 x 0,0% = **\$0**);

Custo das medidas de precaução adotadas pela vítima: **\$30**;

Probabilidade de perda em razão das medidas de precaução adotadas pela vítima: 5,0%
(\$1.000 x 5,0% = **\$50**);

Conclusão:

Caso o ofensor não adote as medidas de precaução, ele não será considerado negligente, uma vez que o custo em que incorreria (**\$60**) seria maior que a probabilidade de perda da vítima decorrente das medidas de precaução por esta tomadas (**\$50**).

Responsabilidade civil

Na aplicação condicional, dependente do comportamento eficiente da outra parte, há, igualmente, a interdependência das condutas do ofensor e da vítima. Nesse caso, entretanto, a probabilidade de perda e as medidas eficientes de precaução são definidas pelo poder judiciário. Assim, a caracterização da culpa do ofensor não dependerá dos seus custos reais de precaução, mas, sim, da eficiência das medidas adotadas.

Responsabilidade civil

Dados:

Perda esperada: **\$1.000**;

Custo das medidas de precaução adotadas pelo ofensor: **\$60**;

Probabilidade de perda em razão das medidas de precaução adotadas pelo ofensor: 0,0%
(\$1.000 x 0,0% = **\$0**);

Custo das medidas de precaução adotadas pela vítima: **\$30**;

Probabilidade de perda em razão das medidas de precaução adotadas pela vítima: 5,0%
(\$1.000 x 5,0% = **\$50**);

Conclusão:

Caso o ofensor adote as medidas de precaução, não haveria motivo para a vítima agir, pois a probabilidade de perda seria igual a **\$0**.

Na hipótese de a vítima adotar as medidas de precaução e o ofensor não as tomar, este seria considerado negligente, ante a probabilidade de perda de **\$50**.

Responsabilidade civil

Quantificação do dano moral:

O Superior Tribunal de Justiça, visando a evitar indenizações exorbitantes ou irrisórias, está adotando o critério bifásico para realizar o arbitramento equitativo, na conformidade das circunstâncias do caso (Recurso Especial nº 1.152.541 – RS).

Responsabilidade civil

Quantificação do dano moral:

Na primeira fase, arbitra-se um valor básico de indenização com fundamento em precedentes. Assim, haverá a valoração do direito da personalidade lesado (vida, liberdade, integridade física e psíquica), de acordo com a *ratio decidendi* de casos similares.

Responsabilidade civil

Quantificação do dano moral:

Na segunda fase, o valor básico poderá ser majorado ou reduzido, segundo as circunstâncias do evento danoso. Desse modo, pondera-se a dimensão do dano moral, a intensidade do sofrimento causado à vítima, a culpabilidade do ofensor, eventual culpa concorrente da vítima, a condição econômica do ofensor, bem como a posição política, social e econômica da vítima.

Responsabilidade civil

Quantificação do dano moral:

O critério bifásico, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, tenta correlacionar riqueza e utilidade . A riqueza é analisada na primeira fase, no momento que o valor básico é fixado, uma vez que é considerado o valor monetário atribuído a casos similares. A utilidade é analisada na segunda fase, haja vista que se busca considerar as consequências na subjetividade da vítima e estabelecer uma medida de satisfação pessoal.

Referências

BATTESINI, Eugênio. Direito e Economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2017. E-book.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. Manual de Direito Civil. Salvador: Juspodivm, 2017.

FELDMAN, Allan M.; KIM, Jeonghyun. The hand rule and United States v. Carroll Towing Co. reconsidered. Working Paper, n. 2002-27, Brown University, Department of Economics, Providence, RI, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 25 fev. 2021.

Referências

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 12. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. I. 30 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil. v. II. 29 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. Curso de Análise Econômica do Direito. São Paulo: Atlas, 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11 ed. Rio de Janeiro: Método, 2021. E-book.

TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia no Brasil. 4 ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

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