

**A INDENIZAÇÃO PUNITIVA SOB A ÓTICA DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO: ANÁLISE DO CASO AMIL**

**THE PUNITIVE DAMAGES FROM THE PERSPECTIVE OF
ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: ANALYSIS OF AMIL CASE**

DANIEL HAMILTON FERNANDES DE LIMA

Mestrando em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Servidor do Poder Judiciário do Estado do Ceará, Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Privado Contemporâneo da Universidade de Fortaleza (Unifor). E-mail: daniel_lima88@hotmail.com

RAFAEL HAMILTON FERNANDES DE LIMA

Especialista em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau -FURB, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de Santa Catarina- CESUSC. E-mail: rafaelhamilton@gmail.com

ANTONIO JORGE PEREIRA JUNIOR

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo do São Francisco – Universidade de São Paulo – USP, Professor do Programa de Doutorado/Mestrado em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: antoniojorge@unifor.br

RESUMO

Apesar de muitos questionamentos, parcela da doutrina e jurisprudência pátria defendem a aplicação da indenização punitiva. Desta forma, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, o objetivo do presente trabalho é analisar a aplicação do citado instituto, tomando como paradigma o caso Amil. O enfoque metodológico é caracterizado como bibliográfico, qualitativo, descritivo, argumentativo e exploratório. Como resultado do estudo realizado, denota-se a incompatibilidade da indenização punitiva com o sistema pátrio, tendo em vista a vedação ao enriquecimento sem causa, a ausência de lastro legislativo, ampliação das incertezas mercadológicas, o aumento dos custos de transação e comprometimento da eficiência.

PALAVRAS-CHAVES: Indenização punitiva; Escola de Chicago; Caso Amil; Incompatibilidade jurídico-econômica.

ABSTRACT

although many questions, part of the doctrine and jurisprudence homeland defend the application of punitive damages. thus, from the perspective of economic analysis of law, the aim of this study is to analyze the application of that institute, taking as paradigm amil case. the methodological approach is characterized as literature, qualitative, descriptive, argumentative and exploratory. as a result of the study, the incompatibility of punitive damages to the parental system is denoted with a view to sealing to unjust enrichment, the absence of legislative backing, expansion of marketing uncertainties, increased transaction costs and impairment of efficiency.

KEYWORDS: Punitive damages; Chicago School; Amil Case; Legal-economic mismatch.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a aplicabilidade da indenização punitiva, vislumbrada sob a ótica da análise econômica do Direito, utilizando como base central de ilustração, nessa perspectiva, o caso emblemático da Amil, cujas nuances demonstram importantes caracteres a serem observados e constatados.

Para desenvolver o tema acima exposto, evidencia-se como fundamental no primeiro momento, a compreensão acerca da Análise Econômica do Direito, também chamada de “Law and Economics” ou Escola de Chicago, como corrente teórica de abordagem e de importantes expoentes intelectuais como Richard Posner, Ronald Coase, entre outros, sendo resultante do diálogo interdisciplinar, envolvendo a ciência jurídica e a ciência econômica, que trouxe um novo olhar para a reflexão, concatenação e desenvolvimento ideológico acerca dos diferentes institutos do Direito como um todo, inclusive a indenização punitiva. Além disso, merece destaque também a importância e realce das atividades empresariais nesse universo contencioso conjugado. Após, delineiam-se os caracteres essenciais, sejam fáticos ou jurídicos, que gravitam em torno da teoria do “punitive damages” ou da indenização punitiva, denotando o modelo conceitual tal como concebido, a finalidade perseguida, os resultados obtidos e as respectivas controvérsias, destacando, sobretudo, o contexto jurídico norte-americano e brasileiro. Por conseguinte, afere-se a órbita da Economia da Saúde e os efeitos da indenização punitiva por meio do caso Amil, no qual o Tribunal de Justiça de São Paulo estabeleceu a título de indenização punitiva, o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em face do citado plano de saúde, cujas nuances serão devidamente abordadas, levando a necessidade de tal questão ser discutida mediante os aspectos jurídico-econômicos, para avaliar e balizar o grau de atecnia ou correção da medida indenizatória implementada.

Em sequência, restará vislumbrado o grau de complexidade teórica relativa à efetivação da indenização punitiva no sistema pátrio, com destaque para o cenário dos Planos de Saúde, se abrindo a oportunidade para uma discussão mais aprofundada acerca da sua compatibilidade e efetividade no sistema jurídico pátrio e levando-se em conta os critérios jurídico-econômicos pertinentes para o devido

balanceamento, trazendo uma nova roupagem na abordagem deste instituto no cotidiano forense, conforme pormenorizado a seguir.

1. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO PERSPECTIVA DE ABORDAGEM E AS ATIVIDADES EMPRESARIAIS

A interdisciplinaridade das searas jurídica e econômica apresenta evolução histórica, em face de um momento inicial caracterizado pela ausência de uma observação conjunta de tais matérias e, posteriormente, pela visualização de fatores comuns, os quais ensejaram o surgimento de uma nova perspectiva, qual seja: a análise econômica do Direito.

O estudo de Direito e Economia advém de manifestações intelectuais denominadas economia política e realismo jurídico. A economia política encontra respaldo nas idéias formuladas por Adam Smith, o qual destacou a relevância da Ciência Jurídica para o funcionamento dos mercados. Já o chamado realismo jurídico, nasce nas instituições educacionais norte-americanas, tendo como enfoque a análise das leis conforme elas se apresentam na realidade, não estando restrito ao mero conhecimento teórico de códigos e livros. A partir do realismo jurídico, deu-se a tradição de aplicar as ciências sociais ao Direito, de forma a buscar compreensão em relação às motivações dos diversos entes e indivíduos albergados na prestação jurisdicional, bem como dos fatores que de fato condicionam a formulação e aplicação do Direito (PINHEIRO E SADDI, 2004, p. 19) .A evolução histórica e a relevância desse estudo são descritas pela professora Rachel Sztajn (2005, Apresentação, V, grifo original):

O estudo das relações entre Direito, Economia e Organizações é novo no Brasil, diferentemente do que ocorre em outros países. É uma área do conhecimento em contínua evolução, demonstrando ser um enfoque importante para explicar a evolução de uma dada sociedade, fomentar o desenvolvimento econômico e social, melhorar o ambiente de negócios; procurando, em suma, trabalhar de modo equilibrado os aspectos de equidade social e da eficiência econômica.

No mais, importante ainda salientar o posicionamento doutrinário de Richard A.

Posner (1981.p.77): “O propósito de se criar um campo próprio e denominá-lo Direito e Economia [...] é o de identificar a área da pesquisa em economia em que o conhecimento dos aspectos doutrinários e institucionais do Direito são relevantes”. A partir de tais considerações, nota-se que a inobservância de preceitos econômicos e jurídicos intimamente relacionados deu-se pela individualização dos objetos de estudo de ambas as disciplinas, tendo em vista que a Economia consistiria apenas na análise da produção, distribuição e consumo de bens ou serviços, enquanto que o Direito estaria restrito ao estabelecimento de regras de conduta. Entretanto, constatou-se que tais objetos de estudo não apresentam caráter isolado, uma vez que as normas positivadas têm o condão de fomentar ou desestimular determinados comportamentos, isto é, são capazes de delinear modos de agir e, por conseguinte, a atuação dos agentes privados estaria interligada ao ordenamento jurídico, daí os próprios resultados de suas atividades (objetos de estudo da Economia) serem influenciados pela legislação.

Ocorre que, esta nova abordagem introduziu o uso de conceitos econômicos para explicar os efeitos de normas legais, a fim de determinar quais normas são economicamente eficientes e para prever quais normas o serão. Nesse diapasão, destaca-se a contribuição teórica de Ronald Coase, pela qual as leis atuam sobre a atividade econômica, através da política econômica, tendo quatro atribuições especiais, quais sejam: resguardam os direitos de propriedade privados, formulam regras para a negociação e alienação destes direitos, definem as regras de ingresso e saída dos mercados, promovendo a competição e regulam a estrutura industrial e conduta das empresas; fato que evidencia a visão supramencionada a respeito da interdependência existente entre os campos do conhecimento jurídico e econômico. Assim, procedeu-se ao estudo do aparato normativo integrado a critérios econômicos, a fim de otimizar a análise dos institutos jurídicos, contribuindo para o aprofundamento de questionamentos levantados, bem como possibilitando o aperfeiçoamento da legislação e sua aplicação no meio social. Nesse sentido é o entendimento de Zylbersztajn e Stajn (2005, p.4):

Assim, a análise conjunta do Direito, da Economia e das Organizações tem relevância por possibilitar entendimento mais profundo da complexidade da realidade, permitindo o emprego de aparato metodológico profícuo para a discussão crítica de temas de interesse social. A importância do campo de

conhecimento pode ser encontrada na análise de temas da realidade brasileira a partir de ferramental interdisciplinar, de modo a conjugar conhecimentos científicos obtidos por esses ramos do saber.

Ademais, a constatação de que a análise conjunta do ordenamento jurídico para com as demais searas do conhecimento encontra respaldo na repercussão socioeconômica que os ditames legais possuem. Nessa mesma linha de pensamento manifestam-se Pinheiro e Saddi (2005, p.5):

De acordo com Wald, precisamos de uma economia de mercado inspirada com Direito, e um Direito que considere as regras do mercado, na exata medida em que, se houver um mercado sem Direito, teremos uma selva selvagem. Se, ao contrário, tivermos um Direito sem o funcionamento do mercado, haverá a paralisação do país, e não haverá desenvolvimento.

Com efeito, nota-se a relevância do estudo dos institutos jurídicos mediante parâmetros econômicos com vistas a otimizar a apreciação de temáticas cotidianas nas relações privadas. Neste viés, vale ressaltar que esta abordagem possui pontos importantes a serem compreendidos, especialmente no tocante aos incentivos formulados pelas normas positivadas e a Escola *Law and Economics*, tendo em vista que tais quesitos evidenciam a pertinência das temáticas que envolvem o Direito e a Economia.

Revela-se aqui a necessidade de diferenciação entre o conceito do estudo conjugado de Direito e Economia e a Análise Econômica do Direito. O estudo conjugado de Direito e Economia já foi destacado inclusive por economistas clássicos, com finalidade de aplicar as teorias e métodos econômicos na análise de instituições centrais do sistema jurídico. Constitui-se assim como gênero através do qual houve o desencadeamento de diversas espécies de movimentos acadêmicos com peculiaridades próprias, com destaque para a Análise Econômica do Direito ou Escola de Chicago como palco seminal. (COOTER; ULLEN, 2010, p.18) Desta forma, critica-se aqui a sinonímia atécnica para tratamento do Direito e Economia tal como Análise Econômica do Direito. Deste modo, mediante a análise dos incentivos proporcionados pela legislação e o estudo da Escola *Law and Economics* será possível delinear a evolução histórica dos pensamentos doutrinários e a demonstração prática acerca da ligação existente entre o Direito e a Economia. A análise econômica do Direito

apresenta-se como o estudo dos aspectos legais sob uma perspectiva capaz de evidenciar o sentido e o alcance das normas na conjuntura social, com vistas à identificação de seus efeitos e sua otimização. Nesse contexto, o aprofundamento dessa abordagem deu-se mediante o desenlace de questionamentos, avaliações e estudos que, em conjunto, constituíram a denominada Escola *Law and Economics*. Esta encontra-se embasada na propagação de fundamentos teóricos concernentes à aplicação da Ciência Jurídica em um panorama integrado aos demais campos do conhecimento, isto é, a visão de um aparato normativo coadunado ao dinamismo social e científico que o rodeia, tendo-se como destaque princípios econômicos a exemplo da racionalidade e da eficiência alocativa. Nesse sentido é o ensinamento de Mercurio e Medema (2006, p.1):

A teoria de Law & Economics pode ser definida como a aplicação da teoria econômica - princípios econômicos e conceitos básicos da estabilidade econômica – que tem como objetivo explicar a conduta humana e como a legislação estimula ou não tais comportamentos na formação, estruturação e no processamento das relações sociais. Cuida ainda de entender qual é o impacto econômico no Direito e nas instituições legais e o impacto do Direito na Economia.

Assim, a linha de pensamento de *Law and Economics* busca demonstrar a complexidade da temática que envolve o Direito e a Economia, salientando que os objetos de estudo dessas Ciências apresentam fatores comuns quando visualizados entre as relações privadas, ou seja, os contatos sociais e seus resultados albergam questões de produção, transformação e consumo de bens ou serviços, sendo tanto estes como também as negociações disciplinados por um ordenamento jurídico capaz de estabelecer ditames que influam em toda a cadeia produtiva, quer seja ampliando ou não a liberdade dos agentes privados. Quanto ao ponto de vista histórico, o movimento de *Law and Economics* é oriundo das escolas norte-americanas; contudo, faz-se necessário ressaltar que essa Escola apresenta diversas correntes de interpretação dada a multiplicidade de teóricos que a integram, tais como: Adam Smith, Jeremy Betham, Pigou, Hayek, Leoni, Posner, Coase, entre outros. Assim, a respeito dessa pluralidade de interpretações, manifestam-se Pinheiro e Saddi (2004, p.17):

Assim, há a Escola de Chicago, a Escola da Public Choice, os Institucionalistas e os Neo-Institucionalistas, o Movimento dos Estudos Críticos, apenas para citar alguns. São perspectivas que competem entre si na abordagem e na interpretação da formulação dos preceitos e de sua inter-relação com o processo legal e econômico. Por exemplo, para a Escola de Chicago, o agente econômico está sempre maximizando a sua satisfação num processo racional, enquanto na Escola da Public Choice, o objeto é sempre maximizar a sua reputação – há inúmeros pontos de correlação, mas um só instrumental (econômico) utilizado.

Dessa forma, os preceitos teóricos de *Law and Economics* delinearam aspectos inovadores para o estudo da Ciência Jurídica, visto que anteriormente ao seu advento o Direito estava erigido sob um panorama de mero solucionador de conflitos individuais e de interpretação de leis e, nessa conjuntura, os pensamentos doutrinários de *Law and Economics* possibilitaram a visualização da amplitude de aplicação das normas jurídicas e seus efeitos no meio social. Ademais, outro aspecto que incrementou essa abordagem inserida pela Escola refere-se ao crescente dinamismo das relações humanas, as quais para serem amparadas necessitam de um corpo legal apto a disciplinar todas as diversas relações, a fim de que se processem com segurança e harmonia, pontos inerentes ao desenvolvimento socioeconômico. Assim, as relações sociais tornaram-se mais complexas, ensejando o aperfeiçoamento normativo, bem como de sua aplicabilidade, isto é, o Direito deve estar adequado à realidade social que o circunda, daí para a promoção dessa otimização não pode estar restrito a si, mas possuir um caráter integrado aos demais ramos do conhecimento. Neste viés, destaca-se a lição de Pinheiro e Saddi (2004, p.20):

A habilidade do jurista de resolver os problemas dos agentes econômicos passou a depender de novas ferramentas para interpretar normas, fatos e documentos legais; conseqüentemente a noção da autonomia do Direito decaiu especialmente pela necessidade de se socorrer do conhecimento em outras áreas, em especial, a Economia. O Direito não pode mais ser considerado por si só, como o gerador de resultados que constituem uma verdade objetiva; antes *Law & Economics* questionou (e venceu) ao menos o consenso universal de que só o Direito se vale de meios para atingir a dadas soluções legais: este consenso desapareceu por completo.

Deste modo, a Escola *Law and Economics* introduziu no seio acadêmico, social e econômico pensamentos acerca da ligação entre o Direito e a Economia, demonstrando que tais Ciências não podem ser vistas de forma isolada, mas sim estudadas em conjunto, pois somente assim será possível uma avaliação dos efeitos da aplicação das normas jurídicas e, se estas guardam consonância com as relações que regulamentam. Portanto, torna-se evidente a relevância do movimento de *Law and Economics* para que a Ciência Jurídica passasse a ter um estudo otimizado ao levar em consideração aspectos econômicos tais como a eficiência e a utilidade, isto é, essa Escola representa o aperfeiçoamento do conhecimento jurídico e sua aplicação no âmbito social, haja vista ter sido responsável pela integração da seara jurídica aos demais ramos do conhecimento. Por fim, vale salientar que o estudo de *Law and Economics* ratifica a pertinência existente entre as searas jurídica e econômica, remetendo ainda à questão da Ciência Jurídica como fonte de incentivos, abordagem esta imprescindível para a compreensão de como o Direito atua no desenvolvimento socioeconômico.

A Ciência Jurídica caracteriza-se por estabelecer regras que são fontes de incentivos para as condutas sociais, haja vista apresentarem em seu conteúdo, estímulos a modos de agir desejáveis (aqueles que resultem em benefícios para a coletividade) e, simultaneamente, cominarem sanções ou até não legitimar ações que venham prejudicar a paz social, prevenindo e solucionando conflitos de interesse, bem como sendo um alicerce para o desenvolvimento. Neste viés, as normas apresentam determinações comissivas ou omissivas quanto às circunstâncias que envolvem as relações humanas, a fim de que o exercício de direitos individuais não se sobreponha às questões coletivas nem ultrapasse o seu limite, fato que acarretaria o desrespeito a outros direitos. Ao definir preceitos a serem seguidos, o Direito apresenta a capacidade de promover incentivos no meio social, influenciando o modo de agir das pessoas, quer seja de forma positiva ou negativa, isto é, fomentando ou desestimulando determinados comportamentos. Daí explicitar a idéia de que um conjunto normativo deve ser pautado por solidez e estar adequado à realidade social, a fim de que ele não sirva de mecanismo propulsor de atuações humanas inconsistentes, mas sim motivador do progresso nem enseje instabilidade no meio social.

No mais, sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito, os mandamentos legais podem corroborar para o desenvolvimento econômico como também ser um obstáculo ao mesmo, tendo em vista que se as normas não estiverem adequadas à complexidade social que abrangem, elas não estarão aptas a amparar as relações cotidianas nem mesmo estimular tomada de decisões que visem desenvolver a atividade empresarial (aproveitamento de recursos, modos de organização, atenuação dos riscos, entre outros), gerando um panorama de instabilidade frente à ausência de um corpo legal regulamentador. Nesse contexto é a lição de Zylbersztajn e Sztajn (2005, p.3):

O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional.

Ademais, diante dessas condições os agentes econômicos não terão meios hábeis a efetivar seus interesses, permanecendo inertes em face da ausência de soluções legais que venham a estruturar, proteger e legitimar suas relações, bem como facilitá-las ou até incrementá-las. O produto dessa inércia poderá se traduzir em estagnação e desequilíbrio socioeconômico. Nesse sentido é o pensamento de Pinheiro e Saddi (2005, p. 89):

As regras legais moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influem nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc. Elas podem, dessa forma, ser avaliadas com base na eficiência econômica gerada por sua aplicação, podendo ser submetidas a prescrições normativas que tenham como intuito promover a eficiência do sistema econômico e social. A primeira premissa tem como pressuposto que os agentes econômicos são maximizadores racionais de utilidade – ou seja, suas escolhas sempre se basearão na adequação dos meios disponíveis para gerar os fins que mais interessam.

Em contraponto, caso as regras positivadas estejam atualizadas e adequadas ao meio social serão capazes de fornecer mecanismos de organização viáveis aos agentes privados, as relações humanas estarão sendo legitimadas, capaz de constituir um cenário de estabilidade indispensável no estímulo à produção e

circulação de riquezas. Essas constatações podem ser visualizadas no papel do Direito em garantir o cumprimento de contratos, proteger o direito de propriedade, buscar a estabilidade das instituições, consagrar a livre iniciativa e ordem econômica, isto é, denota-se a relevância de um ordenamento jurídico que traga, em seu âmago, normas que propiciem condições favoráveis ao progresso, sendo dotado ainda de eficiência e utilidade em sua aplicação. Nessa ordem de idéias manifestam-se Pinheiro e Saddi (2005, p. 13):

A importância para a economia de um sistema judiciário que proteja contratos e garanta os direitos de propriedade, com base em um sistema de normas coerentes, também pode ser aferida tanto por argumentos lógicos como pela larga evidência empírica hoje acumulada sobre essa relação.

Deste modo, os institutos jurídicos eficientes (regramentos positivados que atenuam os riscos inerentes à atividade empresarial e corroboram para o aproveitamento otimizado de recursos) constituem pilares no fomento às atividades produtivas, ao financiamento da atuação estatal, à resolução de conflitos de forma pacífica, à democracia, à livre iniciativa, à inovação, à redução da corrupção e da burocracia, do desperdício e da pobreza, ou seja, integram as bases para o desenvolvimento. A constituição de um aparato normativo coadunado às circunstâncias sociais consiste no aperfeiçoamento contínuo de seus institutos jurídicos, bem como em sua aplicação no atendimento às demandas sociais, tendo em vista que as relações humanas estão dotadas de uma complexidade crescente e o ordenamento jurídico não pode permanecer inerte a esse processo de inovações, a fim de que seja um instrumento motivador de comportamentos desejáveis e não objeto de apoio à estagnação e às atuações humanas desqualificadas. Logo, demonstra-se a pertinência da Ciência Jurídica como fonte de incentivos, haja vista estimular determinados comportamentos e ter a capacidade de estabelecer condições favoráveis ao desenvolvimento mediante a otimização das atividades desempenhadas na cadeia produtiva e, assim, auferir maiores benefícios na seara socioeconômica. A perspectiva de abordagem ora proposta permanece em contínuo crescimento na contemporaneidade, a qual também encontra respaldo nos ditames constitucionais.

A Constituição Federal representa o corpo normativo responsável pela estruturação do Estado, visto que confere legitimação governamental, distribui competências, expõe princípios norteadores da atividade legiferante infraconstitucional e dos gestores em geral, isto é, contempla um rol de matérias a serem observadas para fins de desenvolvimento nacional. Já o Estado constituído tem o objetivo de normatizar e regular as atividades econômicas através de fiscalização, incentivo e planejamento, com leis específicas que direcionam o sistema econômico nacional. Neste viés, impende ressaltar que a Carta Magna estabelece regras superiores em relação às demais normas, as quais devem guardar vínculo harmônico para com os preceitos constitucionais, daí poder-se afirmar que mediante um aparato constitucional dinâmico e propulsor do desenvolvimento, as demais normas devem ser formuladas no mesmo sentido. A Constituição Federal de 1988 destaca aspectos inerentes ao desenvolvimento econômico, tendo em vista que o legislador constituinte visualizou a relevância de tal seara para a dinamização social, bem como para a inserção do Brasil no processo de globalização, conforme salienta Napoleão Miranda (2004, p. 89):

Esse intercâmbio universal, [...] é facilitado por tipos diferentes de infraestrutura – física (como os transportes ou o sistema bancário), normativa (como as regras do comércio), e simbólica (a exemplo do inglês, usado como língua franca) – que criam as precondições para formas regularizadas e relativamente duradouras da interligação global.

Esse destaque é observado mediante a consagração como fundamento da República Federativa do Brasil dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os quais se baseiam na autonomia dada aos agentes privados para o exercício e a organização das atividades produtivas, bem como no fomento de ações geradoras de riquezas e empregos, a fim de que, uma vez formuladas, tragam benefícios para o progresso do país. Nesse sentido, aponta-se o resguardo ao gozo dos direitos de propriedade privada, inclusive mencionada por Diogo Neto (1989, p. 28): “A propriedade privada é condição inerente à livre iniciativa e lugar da sua expansão, além de direito individual constitucionalmente assegurado”.

Outros aspectos também expressam o embasamento jurídico dado pela

Constituição ao contexto econômico, quais sejam: a consideração da ordem econômica em seara constitucional, o objetivo de garantir o desenvolvimento nacional, a manifesta proteção ao direito de propriedade, direitos autorais, entre outros. Dessa forma, podem ser mencionados ainda os princípios da ordem econômica disciplinados na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, que assim preconiza:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.o direito assegurado de livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei. (BRASIL, 1988)

Ao abordar o contexto da ordem econômica, a Carta Magna confirma a pertinência da análise econômica do Direito, sobretudo no tocante à conjuntura social. Este fato confere solidez aos preceitos estabelecidos e promove o direcionamento do ordenamento jurídico em sua efetivação. Com efeito, as atividades empresariais devem ser regulamentadas por normas que contemplem os preceitos supramencionados, uma vez que mediante a aplicação dos mesmos atender-se-á à função social requerida, inclusive destacada pelo prof. Miguel Reale Jr (1992, p.14):“A propriedade exerce uma função social, se realiza um fim economicamente útil, produtivo e em benefício do proprietário e de terceiros, mormente os que com o trabalho intervêm no processo de utilização dos meios econômicos”.

A partir deste atendimento, existirão meios hábeis de organização dos particulares, haverá segurança e harmonia nas relações privadas, oferta de maiores incentivos para a produção de riquezas, fatores estes essenciais para o progresso e bem-estar da coletividade. Assim, a Constituição Federal formula preceitos basilares que, se obedecidos, são capazes de estabelecer condições favoráveis à organização das atividades dos agentes privados e, por conseguinte, gerar benefícios sociais. Destarte, torna-se claro o embasamento constitucional para a ordem econômica, tendo em vista que a Constituição Federal direciona a atividade legislativa derivada, a atuação gerencial e o comportamento dos agentes privados mediante

seus princípios, interpretações e regras, com vistas a fomentar ações qualificadas ao desenvolvimento socioeconômico nacional.

Os institutos jurídicos integram regramentos que apresentam repercussão social, tendo em vista que são instrumentos para a legitimação de determinados comportamentos, sendo de suma importância que tais preceitos estejam coadunados a essa conjuntura social que abrangem, a fim de que sejam plenamente aplicáveis às relações existentes. A avaliação dos institutos jurídicos quanto sua aplicabilidade evidencia critérios como a eficiência e a utilidade, os quais consistem na constatação se o aparato normativo confere dinamismo e possibilita o alcance de objetivos e resultados delineados com o menor patamar de recursos possível, bem como se satisfaz os anseios e as necessidades observadas no meio social. Nesse contexto é o pensamento de José Afonso da Silva (1999, p. 651):

Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.

No tocante à Análise Econômica do Direito, os critérios de eficiência e utilidade denotam a avaliação dos institutos jurídicos sob um enfoque de visualização de seus efeitos na cadeia produtiva e na circulação de riquezas, isto é, apreciação das condições estabelecidas pelas normas para organização dos agentes privados, o possível incremento de produção aliado a mecanismos legais que retirem ou atenuem os ônus provenientes da atividade produtiva, o aproveitamento otimizado de recursos, a celeridade para a formalização de parcerias privadas evitando prejuízos, resguardo aos instrumentos contratuais e seu cumprimento, entre outros. Assim, a eficiência e a utilidade representam critérios basilares para análise dos efeitos formulados pelas normas na conjuntura social, visto que, uma vez ausentes, os institutos jurídicos não terão aplicabilidade dada sua inadequação e inaptidão em otimizar as atividades desenvolvidas, resultando em seu desuso. A ideia de eficiência e utilidade dos

institutos jurídicos está relacionada ao pressuposto básico formulado pelo doutrinador Richard Posner, o qual descreve que as pessoas são maximizadoras de seus próprios interesses, em todas suas atividades, as quais desencadeiam um processo de escolhas e decisões. No cotidiano, observa-se em um contexto capitalista que as atuações humanas são caracterizadas numa análise custo-benefício (sacrifício-prêmio), com o escopo de auferir vantagens, isto é, as pessoas realizam uma avaliação de potenciais benefícios e prejuízos para, somente assim, agirem.

A partir dessa premissa, Posner aduz que as regras positivadas incorporam “custos” às condutas socialmente indesejáveis, bem como contempla incentivos aos comportamentos desejáveis, devendo, por isso, haver a análise das conseqüências provenientes da multiplicidade de interpretações possíveis do ordenamento jurídico. Essa avaliação encontra-se respaldada no ensinamento de Posner (1981, p. 486): “O teste fundamental de uma regra derivada da teoria econômica não é a elegância ou a logicidade da derivação, mas o efeito da regra sobre a riqueza social”. A evolução da análise dos critérios de eficiência e utilidade dos institutos jurídicos permite a observância de quais dispositivos legais encontram-se adequados à conjuntura social, bem como possibilita o aperfeiçoamento das normas positivadas, uma vez que esse estudo fomenta o labor legiferante na alteração e atualização de tais ditames legais, havendo a otimização do corpo legal e a obtenção de benefícios no âmbito socioeconômico. Dessa forma, as atividades empresariais devem apresentar consistência no exercício coordenado de medidas com vistas à maximização de lucros mediante a produção e circulação de riquezas, como bens e serviços. Entretanto, o exercício dessas atividades apresenta em sua essência riscos, estes embasados na característica da especulação quantos aos ganhos e perdas, isto é, a incerteza no que tange seu êxito. Ademais, manifestam-se Pinheiro e Saddi (2005, p. 124-125) na elucidação dos conceitos de incerteza e risco:

Risco é álea, ou seja, aquilo que traz, ao mesmo tempo, a chance de prejuízo e a possibilidade de lucro. Há uma diferença fundamental entre ‘risco’ e ‘incerteza’. Ambos [os termos] participam do jogo e denotam o caráter aleatório da vida e, em especial, da economia. Mas incerteza significa apenas que não se têm garantias sobre o que vai ocorrer, enquanto o risco é uma incerteza estatisticamente mensurável. Noção de risco embute, portanto, uma idéia acerca dos estados da natureza que poderão ocorrer no futuro e alguma avaliação, que pode ser mais ou menos robusta, a respeito da probabilidade de que cada um deles venha a se materializar. O próprio

conceito de volatilidade é uma medida de risco.

Neste viés, a incerteza presente no exercício das atividades empresariais remete à idéia de risco, os quais estão interligados aos ditames doutrinários de Ronald Coase (1990), quais sejam: os custos de transação. Os custos de transação correspondem aos ônus e dispêndios efetivados pelos agentes privados na realização de negócios com vistas a conferir solidez nas diversas relações que participam, fato este confirmado por Pinheiro e Saddi (2005, p. 62):

os custos de transação compreendem [...] os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro, a atividade da busca pela informação [...] Segundo, a atividade da negociação [...] Terceiro, a realização e a formalização dos contratos [...] Quarto, o monitoramento dos parceiros contratuais [...] Quinto, a correta aplicação do contrato.

Assim, Coase disserta que frente à atenuação dos custos de transação e a existência de regras definidas, os agentes econômicos poderão negociar de forma a internalizar as externalidades. As externalidades envolvem os fatores que afetam o equilíbrio de um agente econômico causado por outro agente. A partir da internalização (absorção dos custos de transação) destes fatores externos com o menor custo final dar-se-ão soluções otimizadas para o desenvolvimento da atividade empresarial. No entanto, caso estes custos de transação não sejam corretamente avaliados, resultará em um panorama de instabilidade, no qual os agentes privados não terão fundamentos, incentivos e legitimação para suas ações. Nessa ordem de idéias é a lição de Rachel Sztajn (2006, p. 8):

Quando se pensa em risco econômico, cabe ao empresário, o agente que põe a empresa em movimento, avaliar como fazer a organização interna e que relações externas manterá. Contratação de mão-de-obra e/ou serviços; aquisição de matérias primas ou insumos, outros produtos – bens ou utilidades - necessários à produção, local, máquinas e equipamentos, recursos financeiros são alguns dos contratos celebrados para por em marcha a atividade (quando se tratar de indústria) além da distribuição dos produtos. Por isso é que o dimensionamento da atividade, quanto produzir, onde produzir e como produzir são decisões que devem

ser avaliadas da perspectiva de riscos envolvidos sem o que a economicidade da organização estará comprometida e o risco será potencializado. Não se esqueça, demais disso, a concorrência.

As externalidades relacionam-se com o fato da atuação empresarial estar inserida no contexto da livre iniciativa, esta caracterizada pelo cenário de competitividade, no qual se visualiza a necessidade de aperfeiçoamento das atividades desenvolvidas, a fim de que os particulares alcancem os objetivos delineados. Neste viés, a conduta dos agentes privados é no sentido de implantar soluções economicamente mais eficientes, tendo como base fatores como o incremento de novas tecnologias ou a redução de custos. Os avanços tecnológicos corroboram para o progresso das atividades dos agentes econômicos; contudo, a redução de custos pode ensejar a perda de qualidade e a transferência de ônus para os demais agentes privados da cadeia produtiva, daí ser necessária a aplicação do Direito para tutelar os interesses dos particulares como também para combater práticas empresariais lesivas ao interesse coletivo. As circunstâncias fáticas das atividades empresariais demonstram possibilidades de êxito no seu desenvolvimento como também de estagnação, configurando-se os chamados riscos negociais. Assim, os agentes privados atuam conforme a compensação dos ganhos frente aos riscos assumidos, sendo, por isso, estimulados em uma conjuntura que favoreça a redução das possibilidades de insucesso, além do fato de que nesse panorama haverá segurança e harmonia para as relações. O arcabouço legal é o responsável por conferir segurança e harmonia nas relações empresariais, tendo em vista que a partir de um regramento estabelecido torna-se possível o cumprimento das diversas obrigações contratuais entre os particulares, a consolidação das instituições, o estímulo a novas iniciativas produtivas, a pacificação de conflitos, combate às práticas lesivas ao interesse coletivo e, sobretudo, a garantia de um meio socioeconômico estruturado. Nesse sentido é o entendimento da prof^a. Rachel Sztajn (2005, p.103-104):

os economistas e os cientistas das organizações passaram a ver as transações como reguladas não exclusivamente pelo sistema de preços, mas também pelos mecanismos lastreados nos contratos; como a essência econômica do contrato é a de promessa, para que sejam realizados

investimentos e que apareça o pleno potencial das trocas por meio da especialização, necessária a redução dos custos associados a riscos futuros de ruptura de compromissos assumidos.

Assim, o aparato normativo garantidor de harmonia e segurança para as relações privadas irá configurar a estabilidade econômica, caracterizada por um cenário favorável ao desempenho das atividades empresariais mediante a atenuação de riscos. Ademais, vale destacar ainda as responsabilidades pessoais cominadas aos empreendedores pelas normas jurídicas, as quais não devem acentuar os riscos das atividades empresariais nem ser um obstáculo à estabilidade econômica. Caso haja inobservância desses aspectos, as perdas projetadas podem ultrapassar a perda dos investimentos realizados, além de atingir os patrimônios pessoais de sócios e administradores, fatores estes que podem ocasionar uma tendência de repasse desses riscos na elevação dos preços dos produtos e serviços oferecidos no mercado, tendo comprometimento do poder de compra dos indivíduos.

Outrossim, o empreendedor poderá constatar que os riscos não podem ser incorporados ao preço, e decidir por não desenvolver a atividade econômica. Dessa forma, os efeitos prejudicam toda a coletividade, visto que haverá menor produção e circulação de riquezas, poder de compra limitado e oferta de empregos minorada, isto é, a conjuntura socioeconômica será afetada. Deste modo, torna-se necessário que a adoção de medidas judiciais observe o contexto ao qual se insere, a fim de que tais responsabilizações tenham caráter protetivo das relações empresariais ao coibir práticas abusivas e não configure maiores encargos aos agentes econômicos de maneira arbitrária, fator que inviabilizaria a estabilidade econômica. Nessa linha é o posicionamento da doutrinadora Rachel Sztajn (2005, p.1):

Essa nova abordagem sugere que as duas Ciências não têm como ser vistas separadamente: a análise econômica deve levar em consideração o ambiente normativo, para evitar uma apreciação parcial que chegue a conclusões equivocadas, por desconsiderar constrangimentos a que estejam sujeitos os agentes, impostos pelo Direito. Por outro lado, ao estabelecer regras de conduta, o Direito deve levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, bem como os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos.

Com efeito, a aplicação dos institutos jurídicos deve também atentar para as

questões econômicas, a fim de que não gere desequilíbrio social, mas sim tenha efeitos positivos na promoção da estabilidade econômica. Logo, torna-se possível visualizar o papel do Direito no tocante à redução dos riscos inerentes às atividades empresariais, bem como sua função em consolidar fatores que levem ao alcance da estabilidade econômica, conjuntura esta essencial para o desenvolvimento do país. Esclarecido isso, passa-se a compreensão das nuances da indenização punitiva como proposta teórica na Responsabilidade Civil.

2. OS FATORES ESSENCIAIS DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA E A SUA NEBULOSIDADE CONTEUDÍSTICA

A indenização punitiva ou também chamado de “punitive damages” denota um instituto aplicado inicialmente na Inglaterra e com especial destaque nos Estados Unidos, onde encontrou guarida expressiva no âmbito jurisprudencial e doutrinário especializado. Recentemente, a indenização punitiva chegou ao Brasil como proposta teórica no campo da Responsabilidade Civil, para tratamento de conflitos de ordem extrapatrimonial. O instituto em apreço tem como finalidade a majoração econômica do quantum de indenização, atribuindo um pretense efeito punitivo e dissuasório, para que o agente ofensor não produza condutas lesivas assemelhadas, bem como, promova alteridade no ambiente social, no sentido de evitar a repetição ou propagação dessas condutas por outros agentes na sociedade (RESEDÁ, 2009, p. 225) Atinente à nomenclatura do instituto, saliente-se que parcela doutrinária incorre em equívoco ao identificá-lo tal como dano moral punitivo, o que poderia gerar a concepção de uma nova modalidade danosa, quando na verdade, o reconhecimento da feição punitiva está ligada ao arbitramento indenizatório. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER; 2005, p. 20) Além disso, o dano moral constitui espécie danosa independente, na qual há ofensa de bens de caráter imaterial - desprovidos de conteúdo econômico, insusceptíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro, tais como como a integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação, que produz um reflexo subjetivo na vítima, de ordem física ou moral (TELLES, 1991, p. 375)

Além disso, o instituto em estudo apresenta a sua gênese vinculada com a dinamicidade do sistema jurídico, denominado de *common law*, em especial, ao do contexto norte-americano, bastante diferente do sistema existente no Brasil, em que a dinâmica jurídica segue a linearidade do *civil law*. Tal diferenciação vai repercutir, inclusive, na tentativa de diálogo entre os diferentes sistemas e institutos pertinentes na assimilação do *punitive damages*. A diferença entre o *civil law* e *common law* pode ser evidenciada, de maneira mais clara, na contraposição dos caracteres essenciais que revestem tais sistemas. De um lado, o sistema do *common law* apresenta como peças basilares: a casuística, a adoção do precedente e o fortalecimento das decisões com base na experiência, ficando em destaque a figura do julgador como ator do Direito. Por outro lado, há o sistema do *civil law* marcado pela universalização, o comando normativo da lei e a cientificação jurídica. Este contexto de comparação denota a diversidade em torno da sistemática jurídica, na qual houve o nascedouro e desenvolvimento do *punitive damages* e, ainda, para a qual existe a tentativa de importação deste modelo indenizatório. (MORAES, 2010, p. 345). Além de sua gênese, é preciso expor que a aplicação da indenização punitiva é reforçada como corolário das reconhecidas funções da Responsabilidade Civil, em especial a precaucional e punitiva, consoante explica Nelson Rosenvald (2014,p.77):

Especificamente, no setor da responsabilidade civil, há uma pluralidade de funções, sem qualquer prioridade hierárquica de uma sobre outra. (...) a conjunção destas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; 3. Função Precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas.

O cenário jurídico dos Estados Unidos demonstra um campo fértil para entendimento acerca do espectro de aplicabilidade da indenização punitiva, nos quais os casuísmos apresentam destaque como, por exemplo, em BMW X Gore, Ford Pinto, entre outros. No citado cenário, embora haja a possibilidade de revisão judicial, o arbitramento da indenização punitiva pode ser exercido por um júri popular, instituído para exercer tal papel, o que gera efeitos problemáticos para o procedimento adotado, haja vista que se encontrará maculado por questões subjetivas. Tentando sanar tal

problema, vários estados norte-americanos formularam um teto máximo valorativo, no sentido de ilidir ou atenuar tais montantes discrepantes. Entretanto, tal medida vem a promover o engessamento judicial, afastando o julgador da realidade que a circunvizinha a partir da análise de cada feito processual e inapropriado para atender às demandas sociais instaladas. Neste sentido, explicam Luciano Timm e Livia Moraes (2008, p.156):

A nossa crítica dos limites superiores não é feita no intuito de negar que, se as concessões de indenizações punitivas pelos tribunais são consideradas sistematicamente excessivas, estes tetos impostos poderiam reduzir beneficemente os excessos. Mas sim para apontar que na ausência de um viés sistemático, os limites são inapropriados.

Além disso, a Suprema Corte daquele país vem tentando apresentar critérios mais claros e objetivos para o arbitramento da indenização punitiva. Exemplificativamente é possível apontar o grau de repreensão da conduta lesiva, o coeficiente valorativo entre a função compensatória e punitiva, as consequências e resultados advindos do dano efetivado no caso concreto, entre outros. Ressalte-se, ainda, que no universo indenizatório punitivo dos Estados Unidos, diferentemente do Brasil, ocorre a exigência de conteúdo comprobatório atinente aos caracteres subjetivos, tais como o dolo, a culpa grave, fraude, entre outros, na prática de ato ilícito, em face de que a aplicação sem limites da indenização punitiva influencia, negativamente, na organicidade do sistema jurídico e estabelece o surgimento de dúvidas e contradições relevantes. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER; 2005, p. 23) Por mais que haja um esforço conjunto de estabelecer uma organização melhor da aplicação da indenização punitiva permanece sobre esta, uma tripartição de pechas teóricas apontadas pela doutrina que são os seguintes: o caráter imprevisível dos atos decisórios responsáveis pelo arbitramento, indo de encontro a toda ordem legal existente, o poder exacerbado dos julgadores, que implicam subjetivismo crescente por ocasião da decisão prolatada a respeito da matéria em tela e a impropriedade relativa à destinação econômica, que é dada a indenização punitiva, o que pode vir a configurar hipótese de enriquecimento sem causa. (MORAES, 2010, p. 357)

Com relação à indenização punitiva no Brasil, os três problemas ora mencionados apresentam significação relevante e repercutem de forma ascendente.

Primeiramente, o caráter imprevisível das indenizações prolatadas encontra seu nascedouro na falta de previsão legal, que forneça suporte para a aplicação desse tipo indenizatório. Indo mais além, tal complexidade é agravada pela incompatibilidade deste modelo indenizatório ao considerar a dinâmica do sistema jurídico de *civil law*, o que torna o instituto alienígena, pensado para o *common law*, um elemento teórico estranho para o arcabouço normativo pátrio e revestido de incongruências. Esta tendência de incompatibilidade já foi verificada em diversas situações, tais como a extirpação do pretense artigo 16 do projeto do Código de Defesa do Consumidor. Expõe-se ainda que foi arquivado em 2011 no Senado Federal o Projeto de Lei n. 334/2008, que tinha como foco a regulação da indenização por dano moral, inclusive de caráter punitivo, com a indicação de parâmetros e respectivo tabelamento. Em face da falta de previsão legal, as parcelas doutrinárias e jurisprudenciais vêm encampando medidas no sentido de defender arduamente a massificação da indenização punitiva como, por exemplo, os traços teóricos já ventilados em julgados do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Estaduais e entes organizacionais como no enunciado 379/2013 do Conselho da Justiça Federal. Como tentativa de superar a ausência de suporte legal, surgiu a idealização concernente à dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional para aplicação da indenização punitiva (ANDRADE, 2008, p. 9). Em contraponto, aponta-se que a dignidade da pessoa humana é espécie de conceito jurídico que deve ser melhor trabalhado pelo operador do Direito, mediante as nuances de cada caso para formulação do devido juízo e não podendo ser utilizada como “coringa do baralho”, sob pena de desvirtuar a sua importante função (AZEVEDO, 2002, p.116). Embora seja salutar o trabalho conjunto da doutrina e da jurisprudência para ofertar mais clareza ao arbitramento indenizatório punitivo, resta evidenciado a falta de tais critérios e, por conseguinte, apresenta-se a necessidade de trazer uma nova definição para tal tipo indenizatório ou reconhecer a incompatibilidade do mesmo, objetivando a integridade e linearidade da organização jurídica pátria. (BEZERRA; MENEZES; 2010, p. 12)

Secundariamente, observa-se o problema da entrega de poder demasiado aos magistrados (juízes togados, no caso pátrio), que vem a ser um desdobramento da falta de limites legais, anteriormente consubstanciado e, ainda, pela importação

conceitual realizada, haja vista que no *common law*, a figura do julgador é enobrecida pela cultura do precedente, em contraposição a dinâmica do *civil law*, o que acaba por gerar essa problematização para aplicação do instituto. Ilustração disso é o subjetivismo crescente denotado nos atos decisórios correlatos, o que leva a comparação de que o arbitramento da indenização punitiva funcione como uma “loteria forense”, indo de encontro a necessária e inafastável observância dos comandos principiológicos da proporcionalidade e razoabilidade. (MORAES, 2010, p. 378)

E, por fim, verifica-se o problema da destinação econômica da indenização punitiva, que realça ainda mais a ausência de paradigma para superação da nebulosidade contenciosista que envolve o instituto. A este respeito se vislumbra uma primeira corrente teórica defensora de que o quantum indenizatório seja dado para a vítima como resposta pelo exercício de um múnus público, que lhe é inerente (AZEVEDO, 2009, p. 380). Em sentido contrário, verbaliza-se o entendimento de que o montante indenizatório punitivo seja destinado aos fundos coletivos previstos em lei ou instituições de caridade, como consectário da Solidariedade Constitucional (MORAES, 2010, p. 379). Em outro sentido, outra parcela doutrinária defende o compartilhamento entre fundos e vítima, de tal forma que traga maior equilíbrio teórico para a matéria. É importante estabelecer que a destinação do montante indenizatório punitivo para a vítima vai de encontro à normatização pátria, possibilitando o enriquecimento sem causa, vedado expressamente nos artigos 884 a 886 do Código Civil. Da mesma forma, por mais que seja bem-intencionada a destinação para fundos e instituições de caridade, recaem sobre estes a ausência de qualquer elemento objetivo definidor acerca da forma de gasto, o seu funcionamento, entre outros aspectos fundamentais, bem como a motivação da escolha específica da instituição ou fundos, que deflagram a desnaturação principiológica da medida. Especificada a forma de pensar da Análise Econômica do Direito e discutida as nuances da indenização punitiva como proposta teórica, na qual se vislumbra uma nebulosidade contenciosista, é necessário ir mais além e estabelecer o elo entre as duas medidas (Análise econômica do Direito e indenização punitiva), utilizando o estudo do caso Amil como paradigma para a devida reflexão, conforme será feito a seguir.

3. A ECONOMIA DA SAÚDE E OS EFEITOS DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA: ANÁLISE DO CASO AMIL

A Economia da Saúde revela a intersecção de conteúdo entre o campo da Saúde e o olhar econômico, a ser conjugado nesta análise com o Direito, mais especificamente com o instituto civilístico da indenização punitiva. Ora, as transformações sociais influenciam, de forma intensa, os diversos campos científicos, inclusive na seara da Economia da Saúde, que tem por principal objeto os serviços de saúde e a sua configuração no seio social sob a ótica econômica, vislumbrados de forma mais ampla na sistemática nacional e guardam intrínseca relação com o desenvolvimento econômico. Segundo Silva (1999, p.459), “na medida em que o aprimoramento das condições de saúde exerce uma influência importante no desenvolvimento econômico, os serviços de saúde podem produzir também benefícios indiretos para o desenvolvimento.” Desta maneira, tais serviços de saúde estão alinhados ao desenvolvimento econômico e, por conseguinte, ao dinamismo mercadológico, se distribuindo espacialmente mediante a observação do contexto e a instalação da produção de serviços correlatos. Neste cenário, evidencia-se a existência e interesses distintos, o econômico e o político ideológico, que terão reflexos na constatação de desigualdades e diferenciação na prestação e consumo dos serviços. (TEIXEIRA; PAIM, 1994, p. 19) Considerando a ineficiência estatal diante do dualismo exposto e no sentido de trazer mais equidade no cumprimento desta premissa, ou seja, o alinhamento da saúde ao desenvolvimento econômico, observou-se no cenário pátrio a adoção de um sistema supletivo privado, em consonância com o que reza o artigo 199 e seguintes da Constituição Federal. Como ilustração do incentivo dado para a atenção privada no âmbito da saúde, é possível ainda apontar a dedução de despesas médicas no Imposto de Renda (FLEURY; GIOVANELLA, 1996, p. 184). O conjunto de ações que integram a atividade empresarial caracteriza-se por contemplar a produção de bens e serviços favorecendo a circulação de riquezas, embora em condições incertas em razão dos riscos inerentes às práticas dos agentes econômicos. Neste panorama, destaca-se que para a realização de determinados atos ocorre a necessidade de amparo legal para a legitimação das relações, isto é, mecanismos legais que possibilitem a estruturação e

sistematização das práticas empresariais, a fim de que se tenha proteção aos direitos e credibilidade nas instituições (segurança jurídica). É o que verifica-se no bojo constitucional supra descrito. Deste modo, o desenvolvimento da atividade empresarial pressupõe a existência de um arcabouço legal a respaldar o modo pelo qual é realizada, ou seja, normas positivadas que delineiam a forma como a atividade empresarial poderá ser exercida, conferindo, assim, sua estruturação. A obediência aos ditames normativos pelos agentes privados é destacada por Aline Coletto (2007, p.9):

Na organização empresarial, em especial, são vários os momentos em que o profissional irá se deparar com a necessidade de interpretação de uma norma jurídica, elaboração de um contrato, análise de direitos trabalhistas e de situações outras que exigem conhecimento da Ciência Jurídica.

Entendido o caminho para efetivação da participação privada no campo da saúde, como expressão de alinhamento desta ao desenvolvimento econômico, se repassa a exemplificação prática mais clara quanto a este cenário, que envolve as operadoras de Planos de Saúde. As operadoras de planos de saúde cumprem um importante papel, conforme já explicado na dinâmica econômica da Saúde, devendo cumprir uma série de exigências advindas de normatização própria em garantir a eficiência na prestação de serviços como também o alcance prolongado da cobertura auferida ao longo do tempo. Para isso, na sua organização econômica interna, vale-se da chamada provisão ou reserva técnica que corresponde ao montante financeiro, que serve como garantia para a manutenção da cobertura de serviços, representando assim, a peça basilar na consolidação da saúde financeira organizacional perante as intempéries mercadológicas e outros aspectos correlatos. Acerca disso, a Agência Nacional de Saúde Suplementar esclarece: (2015, p.1)

O registro das provisões técnicas no passivo (balanço patrimonial) representa o cálculo dos riscos esperados inerentes às operações de assistência à saúde. E os ativos garantidores são recursos financeiros destinados a cobrir esses riscos, caso eles se traduzam em despesas. Os recursos aplicados nesses ativos devem obedecer a determinados limites percentuais, de aceitação e diversificação, de acordo com a sua natureza e riscos inerentes, além do porte da operadora.

Ainda existe a visão ultrapassada de que uma operadora de plano de saúde constitui balanço e patrimônio ativo perene, o que segue na contramão de exemplos práticos e recentes, como por exemplo, da Unimed Paulistana, que demonstra a complexidade de tal cenário. Tendo por ótica a Análise Econômica do Direito, é possível correlacionar tal contextualização com o instituto da indenização punitiva, utilizando como paradigma o caso Amil. Por ocasião da análise do processo de número 0027158-41.2010.8.26.0564, o qual se denomina, neste trabalho, com a devida vênia, de caso Amil, a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo impôs para a referida operadora uma indenização punitiva no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), em favor do Hospital das Clínicas, por dano social em face da negligência na prestação de serviço de saúde. Além disso, determinou de antemão o bloqueio de ativos, se após o prazo estabelecido no decisório, não houvesse o cumprimento espontâneo da obrigação financeira. Para fins de ilustração, segue trecho do voto vencedor do Relator Teixeira Leite, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Estabeleço, pois, essa indenização em **R\$1.000.000,00 (um milhão de reais)** que serão destinados ao Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Registre-se que a seguradora, em cumprimento dessa parte do julgado que se fará de ofício, terá que comprovar que esse valor será extraído de seu lucro ou de outras receitas, daí não se permitindo qualquer repasse a título de aumento de sinistralidade ou assemelhado. E, nesse tópico, estipula-se o prazo de trinta dias a contar do trânsito em julgado desta decisão, e, se necessário, desde já fica autorizado o bloqueio de ativos. (SÃO PAULO, 2013, p.21)

Com o respeito permanente aos nobres julgadores do caso assinalado, é importante refletir sobre a medida implementada, se esta surtiu o efeito preconizado, qual seja, punir efetivamente a Amil, mediante a Análise Econômica do Direito. Conforme já especificado, não existe lastro legislativo no âmbito pátrio para aplicação da indenização punitiva e tal instituto não se amolda ao sistema jurídico, razão pela qual configura-se figura anômala, uma incompatibilidade jurídica a ser denotada, tanto para a esfera patrimonial como extrapatrimonial. Ora, a partir disso, a adoção da indenização punitiva acarreta diversos efeitos econômicos prejudiciais. Como passo inicial, ocorre o agravamento das incertezas mercadológicas, deixando no caso citado, a Amil sem um paradigma legal a respeito de qual medida esperar ou que venha a ser

implementada, pelo julgador, haja vista que consoante dito falta ao instituto da indenização punitiva o necessário suporte legal, ficando assim, a operadora em um limbo jurídico-econômico. Tal aspecto de incerteza se verifica de maneira mais clara a partir do valor exorbitante arbitrado sem nenhuma consolidação objetiva, comprobatória que venha a justificar tal montante acima posto. Além disso, o julgado determina que tal montante punitivo seja retirado do lucro ou de outras verbas correlatas, não dispondo de que forma ocorrerá tal mensuração, acompanhamento do cumprimento da medida e inclusive determinando o bloqueio de ativos em caso de não cumprimento voluntário por parte da operadora. Considera-se, ainda, que não existe na prática a idealização de valores monetários marcados, ou seja, embora bem-intencionada a exposição do julgado, tal quantificação monetária poderá recair sobre a chamada reserva técnica, já explicada, comprometendo o grau de eficiência da cobertura e serviços prestados pela ré Amil. Como resposta, para garantir a manutenção da cobertura de serviços e a saúde financeira da organização, haverá a necessidade de repasse de tal montante punitivo para os consumidores finais, provocando-se, assim, uma externalidade negativa consistente na ampliação dos custos de transação, tanto para aqueles que já participam da relação jurídica orquestrada, bem como compartilhado para os futuros adquirentes, com o aumento dos preços a serem negociados.

A negação de tal externalidade repassa a possibilidade ainda de falência ou recuperação do ente organizacional, enfraquecido financeiramente, o qual prejudicará seriamente a dinâmica mercadológica e indo de encontro ao Princípio da Preservação da Empresa. Tal necessidade econômica evidencia que a indenização punitiva vai de encontro à normatização constitucional prevista no artigo 170, que tem como uma das bases principiológicas: a defesa do consumidor. Esta questão pode passar despercebida pelo usuário do serviço, como explica Araújo (1977, p. 101) ao dizer que “Falta ao cidadão médio o conhecimento necessário para julgar a necessidade que se tem de um determinado serviço de saúde, mais ainda, de avaliar a quantidade dos serviços de que precisa ou a qualidade e a eficiência ou eficácia dos serviços que recebe.” Outro aspecto a ser destacado diz respeito à destinação econômica do montante indenizatório punitivo. Embora a destinação econômica ora visualizada não importe em enriquecimento sem causa, haja vista que a vítima não a receberá e seja

consectário da Solidariedade Constitucional, o julgado não traz elementos objetivos, que venham a explicar a escolha do destino econômico, a razão pela qual foi escolhido o Hospital das Clínicas e não outro de igual destaque, etc. Além disso, não estabelece nenhuma medida de comprovação a posteriori de que o montante entregue tenha sido utilizado para os devidos fins preconizados ao bem comum. Tal destinação econômica reforça uma dinâmica alheia ao universo econômico-privatista e de justiça comutativa, levando ao magistrado a idealização de reforma social, que encontra crítica na exposição de Luciano Benetti Timm (2008, p.196/197):

“Mais grave que o atomismo é, como constata Armando Castelar Pinheiro, que a grande maioria dos juízes nacionais não se consideram absolutamente neutros, entendida neutralidade como aplicação lógico-formal da lei. Efetivamente, 73,7% dos juízes entrevistados concordam inteiramente ou concordam muito com a opinião de que o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem de ser sensível aos problemas sociais. A par disso, têm-se difundido um pensamento entre os juristas e juízes acerca da necessidade de “politicização do poder judiciário, em função do que caberia aos juízes implementar direitos sociais previstos abstratamente na Constituição Federal em “normas programáticas” (diretamente aplicáveis). Segundo este entendimento, estaria ultrapassada a fase da “fria aplicação da lei” pelo juiz, a quem caberia um papel de transformar a realidade social, aplicando os dispositivos constitucionais independentemente de leis ordinárias reguladoras.,

Assim, a indenização punitiva se torna medida inócua, ou seja, não alcança na prática o efeito de tutela punitiva, conforme denotada em seu nascedouro. Pelo contrário, se torna propulsora de efeitos negativos para a ordem jurídico-econômica realçada, no caso concreto, gerando a ampliação de incertezas mercadológicas, produção de externalidade negativa consistente na ampliação dos custos de transação e do comprometimento da eficiência dos serviços.

CONCLUSÃO

No presente artigo, analisou-se o instituto da indenização punitiva sob a ótica da Análise Econômica do Direito, utilizando como paradigma para a reflexão o caso Amil, o qual trouxe um novo olhar para o entendimento deste instituto e os efeitos econômicos correlacionados. Restou vislumbrado que o instituto da indenização

punitiva se trata da tentativa de importação conceitual advinda do *common law*, em especial, do sistema existente nos Estados Unidos, em que o “*punitive damages*” encontrou grande notoriedade de aplicação, recaindo sobre o mesmo grandes problemas de ordem sistemática, que vem a ser a imprevisibilidade das decisões, a ausência de lastro legislativo e o poderio demasiado concedido aos julgadores, máculas estas que também se refletem no sistema brasileiro, o que vem provocando discussões e questionamentos na doutrina e jurisprudência pertinente. Reconheceu-se ainda que, para os seus defensores, a indenização punitiva corresponde a proposta teórica, funcionalizada como desdobramento de algumas das funções da Responsabilidade Civil, concernentes em especial para punição e precaução de danos. Por este viés, observou-se a flagrante incompatibilidade da indenização punitiva com o sistema pátrio, tanto para a esfera patrimonial como extrapatrimonial. Além disso, a citada medida indenizatória contribui para a geração de efeitos econômicos nada desejáveis, tal qual observado na análise do caso Amil.

Tomando como base o citado caso, houve a constatação de que a indenização punitiva não atinge a finalidade para a qual se destina, a qual vem a ser a verdadeira punição do agente ofensor. Ao contrário disso, este tipo indenizatório produz a ampliação das incertezas mercadológicas, capazes de ensejar um passivo patrimonial considerável, que pode alcançar a reserva técnica e repercutir no comprometimento da eficiência da prestação de serviços na Saúde. Além disso, leva-se a geração de externalidade negativa consistente na ampliação dos custos de transação, devido à necessidade econômica, que implicará no aumento de preços para o consumidor final, seja o participante da relação jurídica já existente com a operadora, sejam os futuros adquirentes dos diferentes planos de saúde, violando assim, a consagração constitucional e principiológica insculpida no artigo 170 da Carta Magna. A negação de tal externalidade encontrará óbice na possibilidade de falência ou recuperação judicial da organização, o que também vai de encontro por conseguinte, ao Princípio da Preservação da Empresa. Aduz-se ainda que o implemento da indenização punitiva sem critérios objetivos reforça a idealização de reforma social, a despeito da dinâmica econômico-privatista e de justiça comutativa.

Logo, conclui-se que mediante a Análise Econômica do Direito e inspirado no caso Amil, devidamente analisado, a indenização punitiva não alcança a finalidade

para a qual foi concebida, constituindo-se em uma espécie alienígena, incompatível com o ordenamento pátrio, tudo isso fundamentado na ausência de apoio legislativo, vedação ao enriquecimento sem causa e efeitos econômicos indesejáveis, tais como as incertezas mercadológicas, comprometimento da eficiência, aumento dos custos de transação e desrespeito ao consumidor final, aspectos estes nocivos para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e de todo o arcabouço normativo existente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização punitiva**. 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/indenizacao_punitiva.pdf>. Acesso em 26 jun. 2016.

ARAUJO, José Duarte de. As peculiaridades do mercado de serviços de saúde. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 97-109, jul./set. 1977.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 97, p. 107-125, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536/70146>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

_____. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: _____. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 377/384.

BEZERRA, Roberta Teles; MENEZES, Joyceane Bezerra de. O perfil funcional do dano moral no direito brasileiro: uma análise crítica à indenização punitiva nos Tribunais Superiores do Brasil. **publicaDireito**. 2010. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b4d3e6d88a4c669>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. Espaço da Operadora. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-da-operadora/264-garantias-financeiras>. Acesso em 21 de outubro de 2016.

BRASIL. **Código Civil**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

COASE, R.H. **The firm, the market and the law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

COLETO, Aline, **Organização empresarial e o Direito**. 2. ed. Curitiba. Ed. LT, 2007.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. Trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa – 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FLEURY, Sonia; GIOVANELLA, Ligia. Universalidade de atenção à saúde: acesso como categoria de análise. In: EINBENSHUTZ, Catalina (Org.). **Política de saúde: o público e o privado**. Rio de Janeiro. Fiocruz, 1996. p. 177-198.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p.15-32. jan./mar. 2005.

MERCURO. Nicholas; MEDEMA. Steven. **Economics and the law**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MIRANDA, Napoleão. Globalização, Soberania Nacional e Direito Internacional. **Revista CEJ**. Brasília, n. 27, p. 86-94, out./dez. 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional.; Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de law and economics**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. **The economics of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a**

pena civil - São Paulo: Atlas, 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 0027158-41.2010.8.26.0564. São Bernardo do Campo – voto nº 18512. Relator: Carlos Teixeira Leite Filho. Julgado em: 18/07/2013. **Diário da Justiça**, São Paulo, 25 jul. 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130719-02.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Marcelo Gurgel Carlos da. Economia da saúde. In: ROUQUAYROL, Maria Zélia; ALMEIDA FILHO, Naomar de (Org.). **Epidemiologia & Saúde**. 5. ed. Rio de Janeiro: MEDSI, 1999. p. 457-472.

TEIXEIRA, Carmen Fontes; PAIM, Jairnilson Silva. Problemas da organização dos serviços de saúde no Brasil, na Bahia e na RMS. In: UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **Saúde coletiva: textos didáticos**. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1994. p. 19-34.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das Obrigações**. 6. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a privatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____; MORAES, Lívia. Danos punitivos (*punitive damages*): uma análise econômica. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, n.1, p. 133-166, jul./dez. 2008.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.