

**A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR INTERMEDIÁRIO PELO
DESCUMPRIMENTO OBRIGACIONAL DO CONSUMIDOR PRESTADOR EM
FACE DO CONSUMIDOR TOMADOR. PERSPECTIVA SOB A ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO**

**THE INTERMEDIARY SUPPLIER'S LIABILITY FOR THE CONSUMER
PROVIDER'S BREACH OF OBLIGATIONS IN RELATION TO THE
CONSUMER TAKER. PERSPECTIVE UNDER THE ECONOMIC ANALYSIS
OF LAW**

Carlos Eduardo D'Elia Salvatori¹

RESUMO: O trabalho tem como objetivo perscrutar a imputação da responsabilidade civil no fornecedor intermediário por descumprimento obrigacional do consumidor prestador em face do consumidor tomador, em contratações por meio de aplicativo. Para tanto, utiliza-se o ferramental da análise econômica do direito, posicionando, primeiramente, sua forma de inserção no sistema da "civil law", com base na teoria de H. Kelsen. Na sequência, reúnem-se substratos a partir dos ensinamentos de R. Coase quanto aos custos de transação e de G. Calabresi a respeito do critério do "*the best briber*", para, enfim, demonstrar que a imputação da responsabilidade somente deve recair no fornecedor intermediário caso esse não cumpra o dever de cooperação que surge quando do descumprimento obrigacional por um dos consumidores.

Palavras-Chave: Responsabilidade. Solidariedade. Econômica. Consumerismo. Aplicativos.

ABSTRACT: The study aims to scam the allocation of civil liability to the intermediary supplier for de consumer-provider's breach of obligation in relation to the consumer-taker in app-based contracts. To achieve this, it employs the tools of economic analysis of law, first positioning its integration into the "civil law" system based on H. Kelsen's theory. Subsequently, it gathers insights from R. Coase regarding transaction costs and from G. Calabresi concerning "the best briber" criterion, to finally demonstrate that the allocation of liability should only fall on the intermediary supplier if it fails to fulfil the cooperation duty that arises when one of the consumers breaches the obligation.

Keywords: Liability. Joint. Economic. Consumerism. Apps.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo analisar a responsabilidade civil dos fornecedores intermediários quando do descumprimento da obrigação

¹ Mestre em Direito Civil pela USP. Doutorando em Direito Civil pela USP. Juiz de direito.

principal por parte do consumidor prestador em face do consumidor tomador, sem que o cenário apresente, portanto, a típica formação de cadeia de fornecedores para fins de aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor. O quadro de exame, portanto, tem como foco base situações que se extraem no seio da denominada “economia compartilhada”.² Pensemos, a título de ilustração, na responsabilidade civil ou não do “Airbnb” (fornecedor intermediário) quando o “anfitrião” (consumidor prestador) cancela a hospedagem pouco antes do início da estadia pelo “hóspede” (consumidor tomador).

A leitura contributiva se pautará especificamente na análise econômica do direito, o que se justifica por se verificar uma tendência doutrinária³ e jurisprudencial⁴ em fixar automaticamente a responsabilidade solidária do fornecedor intermediário, a fim de tutelar imediatamente o lesado, sem se atentar, todavia, às consequências mediatas e o primado de eficiência. Como bem afirmam R. Cooter e T. Ulen, se o economista, não raras vezes, tem a pretensão de explicar tudo – inclusive o Direito – sobre o ponto de vista econômico; o jurista, em geral, é facilmente tendente a relegar os aspectos econômicos, infelizmente, às fímbrias.⁵

O plano do trabalho se dividirá em duas partes: a primeira, intuindo-se resistências, versará sobre o papel da análise econômica do direito no âmbito

² Conforme R. BOTSMAN, a economia compartilhada (“*sharing economy*”) é definida como: “An economic model based on sharing underutilized assets from spaces to skills to stuff for monetary or non-monetary benefits. It is currently largely talked about in relation to P2P marketplaces but equal opportunity lies in the B2C models”. Disponível in <https://www.fastcompany.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt> [20-03-2024].

³ Citem-se C. LIMA MARQUES, *A Nova Noção de Fornecedor no Consumo Compartilhado*, in C. LIMA MARQUES; R. LORENZETTI; D. FARIA DE CARVALHO; B. MIRAGEM, *Contratos de Serviços em Tempos Digitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 379-387 e F. SCHWARTZ, *A Economia Compartilhada e o Novo Conceito de Fornecedor Fiduciário nas Relações de Consumo*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 233-348.

⁴ Vide *TJSP*, 36ª Câmara de Direito Privado, Ap.1005671-20.2019.8.26.0002, Des. Rel. Claudia Menge, j. 07.04.2022 (BRASIL, 2022); *TJSP*, 34ª Câmara de Direito Privado, Ap. 1002296-11.2019.8.26.0196, Des. Rel. Tercio Pires, j. 28.06.2021 (BRASIL, 2021); *TJSP*, 37ª Câmara de Direito Privado, Ap. 1000146-82.2018.8.26.0102, Des. Rel. Sergio Gomes, j. 26.08.2019 (BRASIL, 2019); *TJSP*, Turma Recursal Cível e Criminal, RI 1003865-97.2022.8.26.0016, Juiz Relator Júlio da Silva Branchini, j. 05.09.2023 (BRASIL, 2023a); e *TJSP*, 6ª Turma Recursal Cível e Criminal, RI 1013202-34.2022.8.26.0009, Juíza Relatora Daniella Carla Russo Greco de Lemos, j. 31.05.2023 (BRASIL, 2023b).

⁵ *Law and Economics*, 5ª ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2007, p. 59.

do sistema de direito positivo (“*civil law*”), até em virtude de seu ferramental ser normalmente utilizado na “*common law*”, inclusive por ter sido seu berço. Nesse trilhar, será testada a utilização da análise econômica do direito na teoria de H. Kelsen. Já na segunda parte efetuaremos a análise econômica do direito concretamente na matéria da responsabilidade civil do fornecedor intermediário por descumprimento da obrigação principal de um dos consumidores em face do outro consumidor. Para tanto, haverá a propositura de um diálogo entre Coase e Calabresi, prospectando-se, pela reunião dos substratos obtidos, a resposta à questão.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O SISTEMA DE DIREITO POSITIVO

Quando se propugna o estudo da análise econômica do direito, a primeira indagação que deve ser feita se perfaz em qual medida e como essa pode ser aplicada no campo jurídico: se se caracteriza por ser uma tecnologia que bem auxilia o intérprete da norma, ou se se constitui uma forma distinta de abordagem, tendendo, eventualmente, a um indicativo diverso daquele prescrito na lei.

E. Mackaay e S. Rousseau propagam que a análise econômica do direito tanto moderniza a “*ratio legis*” como igualmente serve de ferramenta preditiva aos efeitos que as alterações legislativas podem causar.⁶ A resposta, portanto, é positiva às duas linhas acima referidas. Tem a análise econômica do direito a aptidão de melhor iluminar a razão da norma, municiando o intérprete com substratos que o permitam, junto com outros, atingir o racional mais adequado – ao menos em termos consequenciais – como também é hábil a sugerir alterações legislativas e antever outras que possam produzir efeitos indesejados.⁷

A análise econômica do direito, malgrado sua origem, pode e deve ser objeto de estudo em países que adotam a “*civil law*”, até como forma de fortalecer o entendimento do Direito. As dificuldades, conforme E. Mackaay e S. Rousseau, são mais por falta de trabalhos voltados aos juristas do que propriamente por incompatibilidade técnica. Reforçam os autores que o estudo

⁶ *Analyse Économique du Droit*, 2008, trad. port. de R. Sztajn, *Análise Econômica do Direito*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 665.

⁷ R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5ª ed. New York: Aspen Law, 1998, p. 18-19.

a partir do direito positivo é possível, contribuindo para uma melhor compreensão lógica do texto.⁸ Principal expoente da análise econômica do direito, R. Posner, por sua vez, em prefácio à edição brasileira da obra “*A Economia da Justiça*”, aduz que, no sistema da “*civil law*”, a formação de advogados e juízes dificulta a inserção da abordagem econômica, sendo que deveria haver esforço para inclusão da análise econômica nas universidades de direito, por se tratar de ferramenta que muito tem a oferecer.⁹

Diante desse contexto, a nosso ver, o principal teste de aplicação efetiva da análise econômica perpassa em verificar a compatibilidade ou, se o caso, a incompatibilidade com a teoria de H. Kelsen, cuja vertente positivista é bastante assente no sistema da “*civil law*”.

E nesse particular ponto, sobressai um outro escrito de R. Posner intitulado de “*Kelsen versus Hayek: pragmatismo, economia e democracia*”, no qual o autor faz ponderações a respeito da obra de ambos, concluindo, a princípio surpreendentemente, que a teoria do primeiro, filósofo do direito, é muito mais aberta à aplicação da análise econômica que a do segundo, economista, o qual preceitua ser tanto melhor que o Direito não se imiscua na Economia.¹⁰

A apreciação de R. Posner sobre H. Kelsen, no sentido de compatibilidade, é tão efusiva que ele declara: “(...) *ninguém chegou tão longe a ponto de integrar as disciplinas, e veremos que o conceito de direito de Kelsen abre muito espaço para que princípios econômicos forneçam informações à adjudicação (...)*”.¹¹ Dedicar-nos-emos, então, a compreender o porquê de R. Posner assim entender, seguido de uma análise crítica.

De início, o autor tacha Kelsen como um “positivista pragmático”, pois este defenderia que a decisão de um juiz é conforme por ser ele um juiz, vale dizer, por ter sido ele o incumbido pelo Estado a efetuar um juízo decisório, e não por emaranhar certo raciocínio hermenêutico tido como o mais adequado.

⁸ *Análise Econômica do Direito*, cit., p. 8 e 674-675.

⁹ *The Economics of Justice*, 1981, trad. port. de A. Mari, *A Economia da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. XVII-XVIII.

¹⁰ *Law, Pragmatism and Democracy*, 2003, trad. port. de T. Carneiro, *Direito, Pragmatismo e Democracia*, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 195-226.

¹¹ *Direito, Pragmatismo e Democracia*, cit., p. 198.

Nesse passo, ao conferir ou, ao menos, reconhecer esse estado de liberdade, poderia o juiz se valer da Economia – e de outras ciências sociais – para calcar suas decisões.¹²

Logo se nota que a percepção de R. Posner ao perscrutar a “*Teoria Pura do Direito*” de H. Kelsen é direcionada a explorar e elevar os traços do aspecto dinâmico da teoria, porém, em nossa crítica, de forma descomedida. Como sabido, H. Kelsen divide a “*Teoria Pura do Direito*” em “teoria estática” e “teoria dinâmica”. A primeira tem como motor a abordagem sistemática do Direito, a partir do delineamento piramidal das normas superiores e inferiores, buscando-se a unidade de sentido hermenêutico; a segunda, por seu turno, volta-se à circunstância de que existe uma norma pressuposta que confere o fundamento de validade, independentemente de conteúdo, a tal ponto que, caso haja uma decisão do órgão jurisdicional legitimamente investido, essa aplicação (adjudicação) do direito é tida como válida, mesmo que seja contrária ao teor da norma.¹³ A “teoria dinâmica”, para R. Posner, aproximar-se-ia do realismo jurídico, tanto que assevera que as principais restrições impostas aos juízes seriam aquelas de cunho material e psicológico, provindas da forma de seleção, treinamento, valores pessoais, imposições práticas e sistemática da carreira; e não da efetiva observância de teorias interpretativas da ciência do Direito, para, ao cabo, sentenciar, “*ipsis litteris*”, que a teoria de Kelsen, é “*realista em vez de edificante*”.¹⁴

Todavia, não nos parece ser esse o sentido e alcance a ser dado à “teoria dinâmica”, tanto que H. Kelsen, em trechos de sua obra, critica a escola do realismo jurídico por conceituar o Direito exclusivamente por meio do “ser”, enquanto “fato psicológico”, acusando A. Ross, um dos principais nomes do realismo escandinavo, de ter tentado em vão acoplar a noção de validade nessa fórmula. Segundo H. Kelsen, apreender a noção de validade (“dever-ser”)

¹² *Direito, Pragmatismo e Democracia*, cit., p. 210.

¹³ *Reine Rechtslehre*, 1960, trad. port. de J. Machado, *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 218-219.

¹⁴ *Direito, Pragmatismo e Democracia*, cit., p. 223-224.

apenas como um dos substratos que influencia a decisão, seria negar o papel do “dever-ser” como elemento do Direito.¹⁵

É verdade que existe a possibilidade de a “norma jurídica individual” criada em sentença transitada em julgado possa ser contrária à predeterminação de conteúdo da “norma jurídica geral”, sendo afirmado por H. Kelsen Que, mesmo assim, não se deve olvidar que também há uma “norma jurídica geral” que confere ao Tribunal o poder de determinar o conteúdo da “norma jurídica individual”, de sorte que, tecnicamente, a referida decisão não pode ser tida como ilegal. A conclusão que estabelece é a de que a predeterminação pela via legislativa é naturalmente limitada, porém não significa, sobremaneira, desconsiderar a criação do Direito pela lei.¹⁶ Com efeito, concordando ou não com H. Kelsen, afigura-se exagero pautar sua “teoria dinâmica” de “realista”, seja porque ele próprio nega esse traço (pelo contrário, critica-o), seja porque a linha de raciocínio aplicada, como visto, caminha para lugar outro. Ademais, H. Kelsen sofre expressa crítica de A. Ross, no sentido de ser inviável advogar a “pureza da ciência” como propagada pelo austríaco, por ser desprovida de qualquer tom valorativo e emocional, mesmo que não se negassem suas virtudes.¹⁷

Destarte, não é adequado pretender inserir a análise econômica do direito por meio do corte da “teoria dinâmica” de H. Kelsen como intentado por R. Posner, notadamente quando essa tem o propósito maior de implantar a noção da “norma fundamental” e de evidenciar que existem normas jurídicas gerais que conferem ao Tribunal o poder de lançar normas jurídicas individuais; e não de fixar que o juiz tem ampla liberdade no ato decisório e, por isso, poder valer-se da análise econômica do direito.

Na realidade, quando se é proposto o exame de compatibilidade com a escola de direito positivo, o teste de congruência ou não deve subjazer à “teoria

¹⁵ *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 283 e 422-423. O posicionamento de H. KELSEN em negar a criação exclusiva do direito aos Tribunais se aplica tanto a “*civil law*” quanto a “*common law*”. Explana o autor que os Tribunais aplicam a “norma jurídica individual” em ambos os casos, ao passo que a “norma jurídica geral”, na primeira hipótese, é criada pela lei, e, na segunda hipótese, pelo costume. Em suma, haveria ato criador pelos Tribunais nos dois sistemas, desde que focalizado o aspecto da “norma jurídica individual”; porém, não exclusivo, visto que ancorado por “norma jurídica geral” decorrente da lei ou do costume, donde se trataria de uma continuação “do processo de criação jurídica”, no âmbito do “dever-ser” e não do “ser”.

¹⁶ *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 297-300.

¹⁷ *On Law and Justice*, trad. port. de E. Bini, Direito e Justiça, 2ª ed. Bauru: Edipro, 2007, p. 388. 391, 393 e 396.

estática” de Kelsen, aplicando-se as regras de hermenêutica conforme o alcance permitido pela norma.

Ainda que o nome “*Teoria Pura do Direito*” possa levar à certa compreensão de afastamento de tudo que não envolva o Direito, H. Kelsen, no último capítulo de sua obra, nominado de “*A Interpretação*”, confere espaço à possibilidade de aplicação de matérias “fora do Direito”, desde que e somente se a moldura normativa assim o autorizar. O autor, imbricado na “teoria estática”, reforça a ideia de relação entre escalão superior e inferior de normas, tendo aquele a aptidão de vincular e regular este. Entretanto, reconhece que o estado de determinação que as normas vão impingindo nunca é completo, sendo inviável exaurir o direcionamento. Essa margem de concretude na apreciação variará, propondo Kelsen a conotação da norma como “quadro ou moldura”. Para ele, a interpretação, em termos de ciência do Direito, encerra-se em delimitar essa moldura, tanto que critica os que pretendem afirmar a existência de uma única solução correta no campo da ciência jurídica. Estabelecida a área dessa moldura, afirma que se ingressa na seara da escolha, ato volitivo, podendo aplicar normas de outras ciências.¹⁸

Nesse quadrante, T. Sampaio Ferraz Jr (2003, p. 39-47), por meio da terminologia de Viehweg, utiliza o nome de “zetética” às ciências que não estão naturalmente contidas na “dogmática”. Conforme explana, “‘zetética’ vem de ‘zetein’, que significa perquirir, ‘dogmática’ vem de ‘dokein’, que significa ensinar, doutrinar”. As ciências zetéticas estudam o Direito sob outros enfoques que não o “dever-ser”, podendo questionar, inclusive, o Direito tal como posto na forma de dogma. O autor menciona que as ciências da Sociologia, Antropologia, Psicologia, História, Filosofia, dentre outras, podem ver no Direito um objeto de estudo, surgindo daí matérias zetéticas, como a sociologia jurídica, antropologia jurídica, psicologia forense, história do direito, filosofia do direito etc.,¹⁹ às quais podemos acrescentar a análise econômica do direito enquanto apreensão do Direito pela Economia. Decerto, ao jurista, são todas ciências auxiliares, tendo

¹⁸ *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 297-300.

¹⁹ *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39-47.

não só a aptidão de criticar a legislação vigente como, também, de servir de anteparo à escolha quando a lei assim o permitir.

Se o elastério da norma ostentar baixa densidade, sem ir de encontro a certas veredas zetéticas, tem-se que a análise econômica do direito pode servir de ferramenta na composição de iluminação da “*ratio legis*” ou, no posicionamento kelseniano, de instrumento de apoio à escolha a ser efetuada. Noutra vértice, quando a densidade e a tessitura normativa não comportarem abstrações fora da ciência do Direito, a análise econômica deverá limitar-se à crítica para fomentar discussões de alteração da lei.

Ao específico propósito deste trabalho, deve ter-se em mente que os critérios de ativação da responsabilidade do fornecedor perante o descumprimento obrigacional cometido por um dos consumidores, não estão diretamente disciplinadas pela norma. Diante desse quadro, é possível, consoante o espaço conferido pela dogmática, a abordagem zetética, dentre a qual se inclui a análise econômica do direito, para fins de bem auxiliar o processo interpretativo ou, como prefere H. Kelsen, de aplicação. Segundo ele, a “norma jurídica geral” constitui uma “moldura” – por vezes, mais ampla; por vezes, mais circumspecta –, competindo ao juiz proferir a decisão (“norma jurídica individual”) dentro de seus contornos.²⁰ Repise-se que, quanto maior a área da moldura, maior será a possibilidade de aplicação prática da análise econômica do direito.

Caso futuramente se venha cunhar norma direta a respeito do ponto e que seja refratária às conclusões eventualmente tecidas pela análise econômica do direito, essa, a despeito de ver a função de ferramenta interpretativo ser obstada, poderá servir de apoio crítico para fundamentar proposta de alteração legislativa.

Realizadas as ponderações, avança-se no estudo concreto da análise econômica do direito.

2 R. COASE E OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO. SUA INTERSECÇÃO COM O DEVER JURÍDICO DE COOPERAÇÃO

Para que a tese da imputação da responsabilidade ao fornecedor intermediário por descumprimento da obrigação principal de um consumidor

²⁰ *Teoria Pura do Direito*, cit., p. 272.

perante o outro consumidor seja testada nos meandros da análise econômica do direito, dever-se-á trilhar um caminho cuidadoso, apropriando-se, passo a passo, do racional de alguns autores, para que, ao final, seja possível efetivar uma resposta à nossa questão.

O primeiro e principal conceito chave a ser trazido diz respeito ao que se denomina de “custos de transação”. Com E. Mackaay e S. Rousseau, evidencia-se que, no mundo real, existem vários obstáculos que impedem a realização de um acordo benéfico que potencialize o primado da eficiência, dentre os quais, citem-se, o oportunismo, a falta de canais adequados de comunicação, ou, até mesmo, o despender de tempo e de energia. Decerto, caso se tenha intuito de aplicação prática, não há como criar modelos teóricos que obliterem as “barreiras geradoras de atrito”, denominadas de “custos de transação”. Percebe-se, portanto, que, analogamente, os “custos de transação” assemelham-se ao modelo de fricção da física.²¹

Deve ser ressaltado que o exame portal da escola da “*law and economics*” deu-se, em 1960, com R. Coase, cuja tese central gravita justamente na noção dos “custos de transação”, porém, de modo virtual, isto é, em um ambiente em que se simula sua total ausência. O autor tece conjecturas de como seria o comportamento racional dos agentes se acaso não houvesse essas barreiras geradoras de atrito.

Nesse mister, o trabalho de Coase revelou que a inexistência de custos de transação – o que o próprio manifesta ser impossível – faria com que a alocação da responsabilidade civil, ao menos em termos de eficiência de produção, fosse solenemente irrelevante, pois, uma vez estabelecida de quem é a responsabilidade, os agentes envolvidos negociariam para alcançar o ponto ótimo. O autor exemplifica trazendo caso reais dos danos sofridos pelo agricultor em razão do imóvel lindeiro possuir criação de gado²², e, após, com os casos reais dos danos sofridos pelo médico em razão da instalação de uma máquina fabril barulhenta no imóvel vizinho;²³ dos danos sofridos pelo vizinho em razão da liberação de sulfato de amônia em procedimento de tecelagem, que

²¹ *Análise Econômica do Direito*, cit., p. 671-672.

²² *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 97-114.

²³ Com citação do caso *Sturges v. Bridgman* (1879). Cf. *The Firm, the Market and the Law*, cit., p. 105-107.

transformava a cor de tapetes;²⁴ dos danos sofridos pelo vizinho em razão da construção de uma parede no imóvel contíguo, que barrou a saída da fumaça da chaminé;²⁵ e dos danos sofridos por um bar que tinha uma adega de cerveja no porão e cuja ventilação se dava por meio do poço do imóvel contíguo, quadro que foi prejudicado a partir do momento que o vizinho modificou a estrutura do poço.²⁶ Em todas essas hipóteses, a lógica trazida por Coase é a mesma. A solução se extrairá conforme o benefício experimentado por um seja maior que o prejuízo do outro, pois, assim, variando a atribuição da reponsabilidade, ou um deles cessará as atividades, ou um pagará ao outro para que não aja da forma prejudicial, ou, ainda, o que se beneficia com a situação irá indenizar o que se prejudicou²⁷ – obviamente, também há outras possibilidades como a instalação de mecanismos que anulem ou arrefeçam o dano, como a implementação de cercas no primeiro caso, sendo um custo a entrar na equação. Enfim, sublinhe-se, do estrito ponto de vista da maximização da riqueza, é irrelevante a quem a responsabilidade será imputada, pois as partes negociariam racionalmente, a fim

²⁴ Com citação do caso *Cooke v. Forbes (1867-1868)*. Cf. *The Firm, the Market and the Law*, cit., p. 107-108.

²⁵ Com citação do caso *Bryant v. Lefever (1878-1879)*. Cf. *The Firm, the Market and the Law*, cit., p. 109-111.

²⁶ Com citação do caso *Bass v. Gregory (1890)*. Cf. *The Firm, the Market and the Law*, cit., p. 112-114.

²⁷ Exemplificando, se o lucro com a criação de gado for de R\$ 50.000,00, e o dano infligido ao agricultor for de R\$ 10.000,00, pois, antes, auferia R\$ 30.000,00, passando a extrair R\$ 20.000,00, tem-se que, caso a responsabilidade seja imputada ao criador de gado, ele indenizará o agricultor, tendo um lucro final de R\$ 40.000,00. A produção somada de ambos, portanto, residirá em R\$ 70.000,00 (R\$ 40.000,00 do criador e R\$ 30.000,00 do agricultor). Na hipótese de o criador não ser responsabilizado e o agricultor tiver que suportar o dano, o primeiro lucrará R\$ 50.000,00 e o segundo R\$ 20.000,00, ou seja, o produto final também será de R\$ 70.000,00. Noutro giro, se o criador de gado auferir R\$ 60.000,00, e o dano sofrido pelo agricultor for de R\$ 70.000,00, passando esse a extrair R\$ 10.000,00, quando antes recebia R\$ 80.000,00, o produto final, caso o criador de gado seja responsabilizado, restará em R\$ 80.000,00, pois esse irá parar a produção; todavia, se o agricultor tiver que suportar o prejuízo, é mais racional que ele pague R\$ 60.000,00 ao criador de gado para que esse cesse as atividades, ocasião na qual remanescemos com o produto final de R\$ 80.000,00 (R\$ 60.000,00 de renda ao criador e R\$ 20.000,00 que sobra ao agricultor). Alterando novamente as bases, se o lucro do criador de gado agora for de R\$ 100.000,00 e o prejuízo do agricultor for de R\$ 40.000,00, pois auferia R\$ 30.000,00, passando a operar no negativo (- R\$ 10.000,00), tem-se que, se a responsabilidade for imputada ao criador de gado, ele auferirá ao final R\$ 60.000,00 e o agricultor R\$ 40.000,00, de modo que o produto final de riqueza fora R\$ 100.000,00; por outro lado, na hipótese de ser o agricultor que tenha que suportar o prejuízo, ele cessará as atividades, mantendo-se, destarte, os R\$ 100.000,00 de produção total. Por conseguinte, independentemente de quem for a responsabilidade, tem-se que, na ausência dos custos de transação, o nível de produção sempre será idêntico.

de transigir pela situação ótima de produção.²⁸ Eis o que se denominou (por outros) de o “Teorema de Coase”.

Por essa linha, R. Coase ainda questiona a lógica usualmente aplicada, na qual o causador do dano seria o que alterou a situação por último. Segundo ele, a rigor, todos deram causa de alguma forma ao dano, e, nessa condição, o que deveria ser examinado é qual a situação mais desejada e não quem tem o direito “inicial” de fazer algo.²⁹

Observa-se que a abstração extremada de R. Coase, refletida, inclusive, em uma adoção da teoria da causalidade da “*conditio sine qua non*”, mesmo que não nomeada, até por ser ele economista, afasta-se de qualquer critério de justiça, a não ser que a maximização da riqueza seja, por si só, considerada o único componente valorativo, sendo passível das críticas de R. Dworkin, para quem a análise econômica do direito nesses moldes, aliás mencionando o exato mesmo exemplo do médico e da máquina fabril, é desprovida de argumento moral.³⁰ Consigne-se que a abordagem é a nós peculiar também porque exemplos semelhantes trabalhados por Coase normalmente servem, na tradição da “*civil law*”, para construir a doutrina do abuso de direito.³¹ No caso do autor, diversamente, as ilustrações são realizadas para que, ao final, conclua-se que a atribuição inicial da reponsabilidade é despicienda.

Independentemente disso, mesmo focalizando a maximização da produção como critério central, a alocação da responsabilidade não é de somenos importância; pelo contrário, é fundamental, pois, no mundo real, os custos de transação naturalmente existentes impedem a realização do acordo economicamente mais racional. A escolha de imputação da responsabilidade repercutirá, sim, no resultado de maximização da produção.³² De fato, se os custos de transação forem de monta superior aos ganhos que seriam obtidos em uma composição, o nível ótimo não ocorrerá, sendo possível tecer a seguinte

²⁸ E. MACKAAY e S. ROUSSEAU, *Análise Econômica do Direito*, cit., p. 215.

²⁹ *The Firm, the Market and the Law*, cit., p. 112-114.

³⁰ *A Matter of Principle*, 1985, trad. port. de L. Borges, *Uma Questão de Princípio*, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 374-375.

³¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 661-718.

³² R. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, cit., p. 175 e 178.

regra: a minoração dos custos de transação é sempre um alvo a ser perseguido, com fornecimento de incentivos à criação de canais qualitativos de comunicação entre as partes. Se a ausência de custos de transação leva ao ponto ótimo como comprovado por Coase, tem-se que quanto mais baixos forem esses custos, mais próximo se estará do cenário ideal, uma vez que a eliminação total em si se faz impossível.

Por certo, toda vez que a redução dos custos de transação gerar economia superior ao gasto com o necessário a prover essa minoração, os agentes assim o farão.³³ Esse traço revela que a formatação do direito obrigacional tem o condão de desempenhar atuação importante, envolta à finalidade de potencializar a geração de riqueza, quando provê a diminuição do custo.³⁴

Emerge daí uma relação entre dois institutos de carizes distintos, mas que se mostram indissociáveis: os custos de transação (Economia) e o dever de cooperação oriundo do princípio da boa-fé objetiva (Direito). Fomentar e estimular o dever de cooperação, impingindo consequências jurídicas benéficas quando de seu atendimento, naturalmente irá reduzir os custos de transação.

Por isso, insista-se, é salutar a marcação e desenvolvimento do dever de cooperação. Mesmo uma visão estritamente liberal econômica reconhece que não é desmedida a existência de regulação de mercado voltada à redução dos custos de transação, pois, a rigor, isso aumentará o número de negócios.³⁵

Dentre essas conjecturas, é possível afirmar que, se a deflagração da responsabilidade contra o fornecedor intermediário por descumprimento de um dos consumidores em face do outro se der somente a partir do não atendimento do dever de cooperação, enquanto elemento indissociável do suporte fático, haverá, naturalmente, um estímulo efetivo para que ele cumpra o referido dever, pois arcar com os custos de transação (da cooperação) lhe será mais vantajoso, uma vez que, ao final, a equação possivelmente se mostrará positiva do ponto de vista econômico.³⁶ Por outro lado, se a responsabilidade lhe for imputada de

³³ R. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, cit., p. 6-7.

³⁴ E. MACKAAY e S. ROUSSEAU, *Análise Econômica do Direito*, cit., p. 225.

³⁵ R. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, cit., p. 9.

³⁶ Vide R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 4; e G. SCHUNCK, *Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 86.

forma automática, como se tem visto, é provável que os custos de transação (da cooperação) acabem sendo superiores aos benefícios hauridos, inviabilizando um melhor contato entre as partes e causando judicialização que poderia ser evitada.

A concretude do dever de cooperação de que se trata seria a prestação de auxílio por parte do fornecedor intermediário ao consumidor lesado, a partir do momento em que se constata que o consumidor prestador descumpriu a obrigação principal.

A lógica também pode ser exposta por meio da famosa “fórmula de Hand”³⁷. Ainda que essa tenha sido inicialmente pautada em termos de depuração da negligência, a questão afeta à utilidade da conduta é a mesma, tanto que R. Posner a utiliza também para a verificação da responsabilidade objetiva.³⁸ A fórmula representada por “ $B < P.L$ ” significa que o custo da precaução (“*burden*”) deve ser menor que a probabilidade de ocorrência do dano (“*probability*”) vezes o próprio dano (“*loss*”). Se assim o for e a pessoa não tiver se precavido, terá sido negligente; caso contrário, não. Transpondo-se a fórmula para fins de utilidade, o aumento da precaução deve refletir em diminuição da probabilidade de ser responsabilizado;³⁹ caso contrário, não tem o indivíduo estímulo (ao menos enquanto agente econômico) para arcar com o respectivo custo.⁴⁰ Portanto, se a despesa com o necessário para qualitativo desenvolvimento do dever de cooperação, enquanto custo de transação, não refletir em diminuição da probabilidade de se ver responsabilizado, o fornecedor simplesmente não cumprirá o dever. Por sua vez, ao consumidor que descumpriu a obrigação intencionalmente, não se intui qualquer custo com

³⁷ Como explanam R. COOTER e T. ULEN, trata-se da fórmula aplicada pelo juiz Learned Hand no caso *United States v. Carol Towing Co.*, em que a culpa da empresa foi afirmada a partir da constatação de que o valor com a tomada de precaução para que a barcaça e sua carga não se soltassem (“B”), o que se daria com a simples presença de um barqueiro no momento em que outra empresa de reboque fosse realizar o ajustamento da linha de amarração, era menor que o produto entre a probabilidade da ocorrência de dano (“P”) e a estimativa do dano se acaso ocorresse (“L”). Cf. *Law and Economics*, cit., p. 350.

³⁸ *Economic Analysis of Law*, cit., p. 180.

³⁹ R. COOTER e T. ULEN, *Law and Economics*, cit., p. 336.

⁴⁰ D. WITTMAN, *Economic Foundations of Law and Organization*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 133-134.

prevenção, de tal modo que, nos casos em que o “B” é zero, é racional que se deva aumentar a probabilidade de responsabilização.⁴¹

3 G. CALABRESI E A PERQUIRÇÃO EM QUEM IMPUTAR A RESPONSABILIDADE CIVIL (“THE BEST BRIBER”)

Firmado o entendimento de que o ponto ótimo não seria alcançando naturalmente em decorrência da existência dos custos de transação, e, ao mesmo tempo, sedimentado o racional de que se faz necessário erigir ambiente em que esses custos de transação sejam inferiores aos benefícios experimentados pela construção de canal para comunicação, e ainda que algumas ilações já possam ser tecidas, como o foram, faz-se oportuno avançar com mais atenção em um campo no qual a análise econômica do direito dedica bastante tempo e pode ser sintetizado pela seguinte indagação: em quem a responsabilidade civil deve, enfim, recair?

Uma proposta de resposta é extraída dos estudos de G. Calabresi, por meio das inserções das figuras do “*the cheapest cost avoider*” e do “*the best briber*”, na obra “*The Costs of Accidents*”⁴², publicada em 1970.

Em sua pesquisa, o autor detecta que alguns critérios acabam sendo tomados quando da escolha da imputação da responsabilidade, em termos de distribuição de risco, pela ocorrência de acidentes, incidindo a procura, em síntese, precipuamente em três agentes: naquele que tem condições de espalhar/repassar os custos de uma forma mais ampla (“*risk spreading*”), naquele que tem mais condições de pagar (“*deep pocket method*”) e naquele

⁴¹ R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 227.

⁴² É verdade que a obra de G. CALABRESI tem como enfoque o que o sistema da *common law* designa de “*tort law*”, cuja correlação em grande medida se dá com a responsabilidade civil extracontratual, no sistema da “*civil law*”. De todo modo, entendemos que as lições também são aplicáveis, especialmente diante da peculiaridade da coligação contratual em que um poderá responder, em princípio, por ato de outro. Ademais, há aproximação entre os institutos do direito contratual e da responsabilidade civil, tanto que, em alguns exemplos de G. CALABRESI, subjaz um contrato. Outros que salientam essa intersecção são R. COOTER e T. ULEN, ressaltando que uma das diferenças entre “*contracts*” e “*torts*” é a circunstância de que os custos de transação são muito maiores no segundo, haja vista que não haveria prévio contato entre as partes, algo que, no campo consumerista, acaba sendo similar, pois, ainda que haja contrato, subsiste certo distanciamento, o que é potencializado na contratação por aplicativo. Cf. *Law and Economics*, cit., p. 361-363. De fato, não é de se supor que haja o mesmo nível de interlocução entre uma relação paritária e uma relação consumerista a qual é normalmente massificada, de modo que os desdobramentos se aproximam da responsabilidade civil extracontratual.

que dá causa à possibilidade do dano.⁴³ Em sequência, alerta que, por mais que questões morais e até mesmo emocionais também façam parte dessa equação, é oportuno evidenciar a intrínseca relação com os custos. Isso, porque não se pretende evitar os acidentes para o grau zero, pois, caso assim fosse, significaria a frenagem do desenvolvimento da sociedade, proibindo-se uma alta gama de atividades que trazem benefícios no geral. O ponto nodal, consoante G. Calabresi, também é o de que as vantagens auferidas sejam superiores aos custos.⁴⁴

O autor igualmente cita que o atendimento a um postulado de justiça, ao lado da redução de custos, é um dos principais objetivos de qualquer sistema de responsabilidade civil em caso de acidentes. Entretanto, afirma, ao mesmo tempo, que há palpável dificuldade na definição do que vem a ser algo justo; com efeito, mais real a percepção oposta, isto é, a descrição de exemplos de injustiça, ao invés de se delinear a face de justiça. Além disso, adverte que a troca de sistema para remediar situações injustas acaba, por vezes, causando indiretamente outras injustiças que não ocorriam na ordem pretérita, sem terem sido antevistas quando do cambiar.⁴⁵

Assim, em seu trilha, G. Calabresi se atém quase que exclusivamente ao citado objetivo da redução de custos, passando a reparti-lo em três subobjetivos: a redução de acidentes e da contenção da gravidade; a redução dos custos sociais e a redução dos custos administrativos. Nesse contexto, adverte que práticas que levem à redução dos custos relacionados a um dos subobjetivos podem impactar negativamente nos outros, de tal sorte que a busca é direcionada em encontrar a melhor combinação possível.⁴⁶

O segundo subobjetivo é que o desperta maior atenção, fornecendo as noções de “*risk spreading*” e “*deep pocket method*” adrede mencionadas. A abordagem inicial é o de que uma grande perda sofrida por uma só pessoa acarreta maior deslocamento social, o que acaba sendo mais significativo, se

⁴³ *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analsys*. New Haven and London: Yale University Press, p. 21.

⁴⁴ *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analsys*, cit., p. 23.

⁴⁵ *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analsys*, cit., p. 24-25.

⁴⁶ *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analsys*, cit., p. 26-29.

comparada à situação na qual a perda é espalhada para diversas pessoas, que suportariam leves prejuízos.⁴⁷

Para que se pulverize o risco, G. Calabresi sustenta, dentre outras formas, uma em especial. O autor explana que, imputando a responsabilidade à empresa que tem condições de repassar parte das perdas a terceiros, o risco tem a tendência de se diluir, pois pode o fornecedor aumentar o preço do produto ou do serviço aos consumidores, como também pode minorar os fatores de produção, e, conseqüentemente, contratar menos empregados e a salários mais baixos.⁴⁸ Decerto, independentemente de ser positivo ou não, o modelo acarreta um amplo espalhamento. Isso parece óbvio, porém a realidade demonstra que a escolha de imputação da responsabilidade no fornecedor muitas vezes olvida a consequência: ao cabo, esse custo também será imposto indiretamente ao consumidor, que deverá arcar com preços mais elevados, e, eventualmente, dependendo da renda, tirar-lhe-á o acesso ao produto ou serviço.

Todavia, não é tão simples estipular o grau em que uma certa empresa está realmente apta a proceder do modo acima delineado. Questões afetas à condição de mercado competitivo ou monopolista têm o condão de trazer resultados diversos.⁴⁹

Segundo G. Calabresi, já em outro escrito, pensando na imputação da responsabilidade a uma fornecedora de produtos ou serviços, em um mercado competitivo, o espalhamento do risco gera, como visto, um aumento dos preços (e, conseqüentemente, menor produção), assim como uma diminuição nos salários, quadro que pode ser potencializado ou suavizado a depender do ciclo econômico, o qual categoriza por “*decline economy*”, “*stationary economy*” e “*rising economy*”.⁵⁰

De outra parte, no âmbito do mercado monopolista ou oligopolista, é interessante notar que o raciocínio de G. Calabresi é o oposto ao que normalmente uma primeira intuição “não econômica” pode trazer. O autor entende que a imputação de responsabilidade civil à empresa, nessas

⁴⁷ G. CALABRESI, *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analsys*, cit., p. 39-40.

⁴⁸ *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analsys*, cit., p. 50 e 78.

⁴⁹ *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analsys*, cit., p. 53.

⁵⁰ *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *The Yale Law Journal*, v. 70, n.º 4, march/1961, p. 519 e 522.

condições, não elevará o preço. Assim o é porque esse, em um estado de ausência de competição efetiva, já se encontra no patamar mais elevado possível, de modo que um novo aumento acarretará um substancial rebaixamento de vendas, o que não será desejado. Conforme o autor, portanto, os lucros serão minorados. Nesse contexto, o principal problema surgirá em torno dos pequenos produtores – “tolerados” pelo monopolista –, os quais, diferentemente do dominante, não terão condições de suportar o novo custo, aumentando, via oblíqua, o estado de monopólio.⁵¹

Quanto ao “*deep pocket method*”, G. Calabresi reitera o raciocínio de que o deslocamento social é prejudicial, sendo preferível, mesmo que não haja um completo espalhamento do risco, que o dano seja suportado por alguém que tenha condições financeiras. Em seu sentir, há um maior custo social se a vítima não for indenizada.⁵² De fato, quem tem melhores condições tornará o lesado indene, sem que ambos sofram deslocamento: o primeiro pelo pagamento não representar grande abalo, mantendo seu “*status*”, e o segundo por não ficar à míngua caso o ofensor não tenha como compensá-lo, algo que, a rigor, poderia representar uma variação negativa em suas possibilidades.

Colocadas essas premissas bases, o próximo passo é prospectar do extenso trabalho de G. Calabresi qual(ais) seria(m) o(s) melhor(es) critério(s) instrumental(ais) na escolha da imputação da responsabilidade civil que teria(m) o condão de prover a adequada calibragem dos objetivos delineados.

O primeiro é o denominado “*the cheapest cost avoider*”, segundo o qual se opta por aquele que tem condições de evitar o acidente de modo mais barato. Contudo, por vezes, há um problema, ou melhor, um custo administrativo para que se detecte quem é o agente que tem mais condições de evitar o dano, de tal modo que alocar a responsabilidade naquele que tem um custo mais elevado, dependendo da ponderação, pode fazer sentido.⁵³ Diante dessa zona de incerteza, o uso do referido critério, por conseguinte, não se revela o ideal.

Já o segundo é nomeado de “*the best briber*”, e é exatamente neste quadro, a nosso ver, que se desenvolve a tese principal de G. Calabresi. Para

⁵¹ *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, cit., p. 524-525.

⁵² *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analsys*, cit., p. 40-42.

⁵³ *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analsys*, cit., p. 143.

dirimir a problemática mencionada no parágrafo acima, deve imputar-se a responsabilidade civil àquele que tem a aptidão de “entrar em transação” de modo menos custoso.⁵⁴ A tradução literal de “*briber*” seria próxima ao vocábulo “subornador”, com denotação pejorativa;⁵⁵ todavia, não é esse o sentido aqui aplicado: “*the best briber*” é quem revela a melhor capacidade de criar uma estrutura de diálogo e solução de conflitos, isto é, a pessoa que teria o menor custo de transação, diminuindo, assim, os obstáculos naturais de qualquer operação. Além disso, em níveis probabilísticos, não raras vezes também será quem tenha maior capacidade econômica e quem possa espalhar os custos, atendendo às premissas expostas por G. Calabresi.

4 O CRITÉRIO MAIS EFICIENTE DE DEFLAGRAÇÃO DOS MECANISMOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA O FORNECEDOR INTERMEDIÁRIO POR DESCUMPRIMENTO OBRIGACIONAL DO CONSUMIDOR PRESTADOR EM FACE DO CONSUMIDOR TOMADOR

Realizado esse panorama, entendemos que se possui um cabedal de linhas que podem ser conjugadas para abordar o específico ponto de nossa questão, consistente na perquirição de se dever ou não imputar responsabilidade ao fornecedor pelo descumprimento obrigacional de um dos consumidores em face do outro.

Aprendeu-se com o R. Coase a relevância da existência dos custos de transação. Na ausência desses, o resultado mais eficiente seria extraído qualquer que fosse a alocação da responsabilidade civil; no entanto, o mundo real é permeado de fricções que dificultam a negociação, de tal sorte que a escolha do responsável passa a ter papel fundamental. Nesse contexto, deve ter-se em conta que os custos de transação naturalmente também envolvem o necessário para o exercício do dever de cooperação, diante de sua concretude, donde os critérios de ativação da responsabilidade civil necessitam ser cunhados com atenção a esse elemento.

⁵⁴ *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analsys*, cit., p. 254.

⁵⁵ W. LITTLE, H. FOWLER e J. COULSON, *The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, v. I, 3ª ed. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1970, p. 220.

Ainda como traço propedêutico, sabe-se que, se o valor para criação e fortalecimento de estrutura para o exercício do dever de cooperação for menor que o valor das consequências da imputação da responsabilidade que forem por ele evitadas, os fornecedores terão incentivo de assim se posicionar. Decerto, o potencial arcabouço a ser construído para fins de concretizar o dever anexo de cooperação, deverá ser menos custoso que a não contenção e ressarcimento do dano; caso contrário, não haverá estímulo e razão, ao menos do ponto de vista econômico, para que seja implementado, consoante a supramencionada fórmula de Hand.

Pelo enfoque da análise econômica do direito, uma das precípuas finalidades do direito contratual é justamente criar campo para que os agentes atuem de modo cooperativo. Essa marca é ainda mais latente quando se está defronte a uma coligação contratual, em que a participação envolva três ou mais polos, tudo com o objetivo de manter a unidade, exponenciando os benefícios.

Reafirme-se que não basta a simples enunciação de que as partes devam observar o dever de cooperação ou, ainda que o cumpram, experimentem, sem distinção, os mesmos prejuízos pela conduta da outra. É importante ao Direito ir além da enunciação e reforçar o campo para a observação do dever de cooperação, sobretudo pela impessoalidade decorrente da velocidade e praticidade dos contratos formatados por meio de aplicativos, que, a rigor, trata-se de negócio entre ausentes. A grande difusão e habitualidade desse meio nos tempos hodiernos não é diretamente proporcional ao comportamento cooperativo; pelo contrário, a falta de contato presencial estimula cancelamentos sem cerimônia, com sensação de ausência de responsabilidade, o que tão somente tem o condão de gerar desconfiança.

O passo seguinte é compreender que a atribuição da responsabilidade irá determinar, em princípio, quem tomará a iniciativa para resolver ou, ao menos, mitigar o problema quando da ocorrência de dano. Por essa razão, extraiu-se, agora de G. Calabresi, que o critério mais eficiente é alocar a responsabilidade no “*best briber*”, aquele que já tem melhores condições de criar e/ou fortalecer o canal de comunicação para a solução dos impasses. Com efeito, em razão do superior custo que se tem para angariar informações sobre quem seria o “melhor responsável” em concreto, é possível desvendar, com menor custo, quem é o “*best briber*” – e isso por simples aferição de

influência –, chegando-se a resultados próximos. Especialmente para a hipótese discutida neste trabalho, depura-se, sem maiores dificuldades, que o fornecedor intermediário está em posição privilegiada em termos de concerto.

Todavia, imputar a responsabilidade ao fornecedor desacompanhada de filtro, ainda que a título solidário, tem o possível efeito de trazer distorções. E. Mackaay e S. Rousseau, em referência à teoria dos jogos, justamente conclamam que o Direito tem como papel desestimular comportamentos contrários à cooperação e à confiança, desencorajando-os.⁵⁶ Nesse aspecto, atribuir responsabilidade solidária ao fornecedor por descumprimento de um dos contratantes consumidores automaticamente, isto é, sem qualquer antecâmara, além de não ser possível no aspecto dogmático, em virtude da norma tal como posta atualmente, também não é recomendável, pois chancelaria a ideia de irresponsabilidade do consumidor faltoso,⁵⁷ que, por questões atuariais, pode não ser acionado em regresso, além de não estimular o fornecedor intermediário a respeitar o dever, diante da ausência de benefícios como já comprovado.

Por outro lado, ao se fixar como critério de ativação a violação ao dever de cooperação em sentido estrito, e, reiterar-se, somente pelo descumprimento desse dever o fornecedor intermediário será responsabilizado, pela caracterização da falha na prestação do serviço, haverá ganhos em termos de eficiência.

Quando se afasta desse critério e o fornecedor não tiver controle do resultado, como aliás, não o tem na hipótese de descumprimento obrigacional pelo consumidor prestador, não haverá, na sua perspectiva, efetivo incentivo à prevenção ou à criação de estrutura de mitigação dos danos e amoldamento da situação; haverá, como raciocinam E. Mackaay e S. Rousseau, cálculo a respeito de seguro, cujo custo será repassado aos demais consumidores, por meio de aumento do preço⁵⁸ (ao final, consumidores que honram as obrigações é que irão arcar com a conduta do faltoso, o que não se afigura como “justo”). Os

⁵⁶ *Análise Econômica do Direito*, cit., p. 67.

⁵⁷ Quando se mencionou a “Fórmula de Hand”, aduziu-se que a probabilidade de responsabilização do consumidor faltoso deve ser majorada diante da intencionalidade de descumprimento da obrigação e custo zero com prevenção. Assim, ao se extrair a responsabilidade do fornecedor que cumpriu o dever de cooperação, aumenta-se naturalmente a possibilidade de responsabilização do consumidor faltoso.

⁵⁸ *Análise Econômica do Direito*, cit., p. 69, 384, 388 e 417.

autores também afirmam que o “regime obrigatório de garantias” deve ser pautado no sentido de que as economias auferidas no âmbito da proteção ao consumidor, cuja criação de ambiente mais seguro é positiva, uma vez que diminuem o nível de autoproteção contra o oportunismo (o consumidor não precisará gastar tempo analisando a contratação), sejam, ao mesmo tempo, maiores que as perdas por contratos não celebrados em função da implementação deste regime cogente. Por um lado, majora-se o preço e se diminui o risco; por outro, deixa-se de ter um preço menor ao não se elevar o risco. Em termos de maximização da riqueza e justiça, é fulcral que se atinja um ponto de equilíbrio.

Na presença de descumprimento da obrigação principal pelo consumidor prestador em face do consumidor tomador, com intermediação de fornecedor, por que não acoplar a possibilidade de alocação da responsabilidade civil, a título solidário, naquele que tem melhores formas de iniciar a transação (fornecedor), porém, apenas de modo qualificado, isto é, tão somente se por parte dele houver o descumprimento do dever de cooperação, pois, assim, conjugam-se eficiência e ideal de justiça, havendo, ao mesmo tempo, retroalimentação do sistema, porquanto, com a não imputação da responsabilidade ao se cumprir o dever de cooperação, cria-se real incentivo à conduta proativa, podendo observar-se, em última análise, tendência de arrefecimento da extensão dos danos ou mesmo pronta neutralização a depender do caso. Além disso, bem definido o cenário, tecnologia será empregada cada vez mais à salutar diminuição dos custos de transação. Não se visa, com isso, à criação de um modelo geral – o que é impossível pela variação das operações econômicas –, mas amplo o suficiente para ser aplicado à ocorrência de ilícito pelo consumidor em face do outro consumidor nos contratos intermediados por um fornecedor, comumente verificada na seara das contratações por aplicativo.

CONCLUSÃO

Para responder à questão da imputação da responsabilidade civil ao fornecedor intermediário por descumprimento obrigacional pelo consumidor prestador em face do consumidor lesado, no seio das contratações por aplicativo, demonstrou-se que a análise econômica do direito tem muito a

contribuir, trazendo ao operador do direito importantes substratos. A tendência de responsabilização do fornecedor intermediário sem qualquer antessala não se mostra eficiente, prejudicando, em última análise, a própria criação de mecanismos direcionados ao atendimento do dever de cooperação, o que acarreta a simples elevação do preço.

Com base na testagem da teoria kelseniana (afeta ao sistema da “*civil law*”), comprovou-se que a análise econômica do direito tem seu espaço, especialmente quando o elastério da norma assim o permita, servindo de tecnologia que bem auxilia a interpretação ou, na linguagem de H. Kelsen, a aplicação em si da norma individual. Deve ser pontuado, ainda, que as resistências à utilização da análise econômica do direito são mais na forma discursiva pela qual ela é, por vezes, posta e a que ela é voltada. Ressalte-se que R. Dworkin, um de seus reconhecidos críticos, não é totalmente infenso à utilização da análise econômica do direito; reconhece o autor a plausibilidade de essa servir de instrumental para certas categorias, especialmente quando tenha a aptidão comprovada e fundamentada de promover algum valor social. Sua oposição está ligada à vertente exclusiva da maximização da riqueza, enquanto valor apartado, nos moldes empreendidos por R. Posner.⁵⁹

Tendo em mente a forma de inserção da análise econômica do direito no sistema da “*civil law*”, e à guisa de conclusão, tem-se que imputar a responsabilidade naquele que já tem naturalmente maior facilidade para encetar, coordenar e influenciar o contato, como proposto por G. Calabresi, vai ao encontro do caminho deixado por R. Coase, pois significa partir de um menor custo de transação. Porém, no âmbito do descumprimento obrigacional pelo consumidor prestador em face do consumidor lesado, imputar a responsabilidade ao fornecedor intermediário de modo qualificado, isto é, apenas para caso de desvio do dever de cooperação, aparenta-se ainda mais adequado, pois estimulará o comportamento cooperativo em maior grau, já que o fornecedor terá benefícios caso assim atue. Em não havendo, o dever de cooperação se cingirá, infelizmente, em mera enunciação doutrinária. Acredita-se que a solução adotada é eficiente e equânime, indo além da “simples” e pretensamente “protetiva” responsabilização automática.

⁵⁹ *Uma Questão de Princípio*, cit., p. 394 e 396-397.

REFERÊNCIAS

BOTSMAN, Rachel, *The Sharing Economy Lacks A Shared Definition*, 2013 Disponível em <https://www.fastcompany.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 36ª Câmara de Direito Privado, Ap.1005671-20.2019.8.26.0002, Des. Rel. Claudia Menge, j. 07.04.2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 34ª Câmara de Direito Privado, Ap. 1002296-11.2019.8.26.0196, Des. Rel. Tercio Pires, j. 28.06.2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 37ª Câmara de Direito Privado, Ap. 1000146-82.2018.8.26.0102, Des. Rel. Sergio Gomes, j. 26.08.2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Turma Recursal Cível e Criminal, RI 1003865-97.2022.8.26.0016, Juiz Relator Júlio da Silva Branchini, j. 05.09.2023a.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 6ª Turma Recursal Cível e Criminal, RI 1013202-34.2022.8.26.0009, Juíza Relatora Daniella Carla Russo Greco de Lemos, j. 31.05.2023b.

CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in *The Yale Law Journal*, v. 70, n.º 4, march/1961.

_____. *The Costs of Accidents – A Legal and Economic Analsys*. New Haven and London: Yale University Press, 1970.

COASE, Ronald Harry. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas Shahan. *Law and Economics*, 5ª ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2007.

DWORKIN, Ronald Myles, *A Matter of Principle*, 1985, trad. port. de L. Borges, *Uma Questão de Princípio*, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 1960, trad. port. de J. Machado, *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA MARQUES, Claudia. *A Nova Noção de Fornecedor no Consumo Compartilhado*, in LIMA MARQUES, Claudia; LORENZETTI, Ricardo Luis; FARIA DE CARVALHO, Diógenes; MIRAGEM, Bruno, *Contratos de Serviços em Tempos Digitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

LITTLE, William; FOWLER, Henry Watson; COULSON, Jessie. *The Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, v. I, 3ª ed. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1970.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse Économique du Droit*, 2008, trad. port. de R. Sztajn, *Análise Econômica do Direito*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 5ª ed. New York: Aspen Law, 1998.

_____. *Law. Pragmatism and Democracy*, 2003, trad. port. de T. Carneiro, *Direito, Pragmatismo e Democracia*, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *The Economics of Justice*, 1981, trad. port. de A. Mari, *A Economia da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

ROSS, Al. *On Law and Justice*, trad. port. de E. Bini, *Direito e Justiça*, 2ª ed. Bauru: Edipro, 2007.

SAMPAIO FERRAZ JR., Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de Longo Prazo e Dever de Cooperação*. São Paulo: Almedina, 2016.

SCHWARTZ, Fabio. *A Economia Compartilhada e o Novo Conceito de Fornecedor Fiduciário nas Relações de Consumo*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020.

WITTMAN, Donald. *Economic Foundations of Law and Organization*. New York: Cambridge University Press, 2006.