

UC Berkeley

**Latin American and Caribbean Law and Economics Association
(ALACDE) Annual Papers**

Title

A HISTÓRIA DO PENSAMENTO EM DIREITO E ECONOMIA REVISITADA: CONEXÕES COM O ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>

Authors

Battesini, Eugênio
Balbinotto, Giácomo

Publication Date

2010-04-26

Peer reviewed

**A HISTÓRIA DO PENSAMENTO EM DIREITO E ECONOMIA REVISITADA:
CONEXÕES COM O ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL**

“THE HISTORY OF THOUGHT IN LAW AND ECONOMICS REVISITED:
CONNECTIONS WITH BRAZILIAN TORT LAW”

Latin American and Iberian Law and Economics Association (ALACDE)
14^o annual law-and-economics meeting on May 26-27, 2010 – San Salvador,
El Salvador

Eugênio Battesini e Giacomo Balbinotto

Eugênio Battesini

Professor do Curso de Especialização em Direito e Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Procurador Federal atuante na Procuradoria Regional Federal da 4^a Região da Advocacia Geral da União; Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

E-mail: familiabattesini@uol.com.br; eugenio.battesini@agu.gov.br.

Endereço profissional: Av. Carlos Gomes, 1942, 10^o andar, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, CEP 90.480-002, fone (5551) 30.17.63.27.

Endereço residencial: Rua Domingos Martins, 644, ap. 502, Canoas, Rio Grande do Sul, Brasil, CEP 92.310-190, fone (5551) 34.72.78.55.

Giacomo Balbinotto

Professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul junto ao Programa de Pós-Graduação em Economia; Doutor em Economia pela Universidade de São Paulo

E-mail: giacomo.balbinotto@ufrgs.br

Porto Alegre, 15 de janeiro de 2010.

RESUMO

O presente artigo explora a hipótese básica de trabalho de que é a história do pensamento em direito e economia é uma rica fonte de informações, auxiliando na compreensão de fenômenos contemporâneos verificados no âmbito de movimento de direito e economia, em especial no estudo da responsabilidade civil no Brasil. Não obstante a influência de um dos pioneiros da análise integrativa direito-economia, o jurista austríaco Victor Mataja, autor da obra *A Lei de Compensações sob o Ponto de Vista Econômico* (1888), sobre o principal jurista brasileiro em matéria de responsabilidade civil, José de Aguiar Dias, autor da obra clássica *Da Responsabilidade Civil* (1944), a doutrina brasileira contemporânea tem se mostrado refratária à integração do arcabouço teórico desenvolvido no âmbito do movimento de direito e economia à tecnologia jurídica de estudo da responsabilidade civil. Dado tal contexto, o objetivo almejado é investigar a história do pensamento em direito e economia, com vistas ao estabelecimento de conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil. O trabalho acadêmico desenvolvido se concentra na busca por respostas para três questões centrais: 1. O estudo integrativo direito-economia é um fenômeno contemporâneo? 2. Qual foi o papel desempenhado pela responsabilidade civil na formação e no desenvolvimento do movimento de direito e economia? 3. Qual foi a influência do movimento de direito e economia no estudo da responsabilidade civil no Brasil? Na conclusão é realizada a síntese das principais idéias desenvolvidas. São apresentadas respostas às questões centrais propostas. São realizadas ponderações quanto ao futuro do estudo integrativo direito e economia no campo da responsabilidade civil no Brasil. É destacada a necessidade do estabelecimento de um "estilo brasileiro" de pesquisa em direito e economia.

Palavras-chave: Direito e economia. História do pensamento. Responsabilidade civil. Brasil.

ABSTRACT

This article explores the basic assumption that the history of thought in law and economics is a rich source of information, helping to understand contemporary phenomena occurring within the movement of law and economics, in particular, within the study of tort law in Brazil. Despite the influence of one of the pioneers of integrative analysis law-economics, the Austrian lawyer Victor Mataja, author of *The Law of Compensation under the Economic Point of View* (1888), on the main Brazilian lawyer in tort law, José Dias de Aguiar, author of the classic work *The Civil Liability* (1944), Brazilian contemporary doctrine has proven resistant to integration of the law and economics theoretical framework to technology of study of tort law. Given this context, the goal is to investigate the history of thought in law and economics, with a view to establishing connections with the study of tort law in Brazil. The academic work focuses on the search for answers to three central questions: 1. Is the integrative study law-economics a contemporary phenomenon? 2. What was the role played by tort law in the formation and development of the movement of law and economics? 3. What was the influence of the movement of law and economics in the study of tort law in Brazil? The conclusion is made summarizing the ideas developed. Answers are presented to the key issues proposed. Weights are made regarding the future of integrative study law and economics in the field of tort law in Brazil. It highlighted the need for the establishment of a "Brazilian style" of research in law and economics.

Keywords: Law and economics. History of thought. Liability. Brazil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. PRECURSORES; 2. PRIMEIRA ONDA; 3. SEGUNDA ONDA;
CONCLUSÃO; OBRAS CONSULTADAS

INTRODUÇÃO

A hipótese básica de trabalho do presente artigo é de que a história do pensamento em direito e economia é uma rica fonte de informações, auxiliando na compreensão de alguns fenômenos contemporâneos verificados no âmbito de movimento de direito e economia, em especial no estudo da responsabilidade civil no Brasil.

As últimas décadas registraram a formação e o desenvolvimento de uma segunda onda de pesquisa integrativa em direito e economia, o movimento de direito e economia, empreendimento acadêmico de natureza interdisciplinar que alavancou o ensino e a pesquisa nas duas ciências, propiciando o surgimento de vasta literatura, nas mais diversas áreas de pesquisa jurídica e econômica.

A responsabilidade civil, em especial, tem sido objeto de estudo desde a década de 1960, com os trabalhos pioneiros de Ronald Coase, *The Problem of Social Cost* (1960), e de Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961). Apresenta consolidado referencial teórico desde a década de 1980, com os trabalhos sistematizadores de Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law* (1987), e de William Landes e Richard Posner, *Economic Structure of Tort Law* (1987). Dispõe de consistente literatura atual, por exemplo, os trabalhos desenvolvidos por Michael Faure, pesquisador do *European Centre of Tort Law and Insurance* (2002-2005), por Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott, *Economic Analysis of Civil Law* (2004), por Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), por Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (2007) e por Robert Cooter e Thomas Ulen, *Law and Economics* (2008).

Nos últimos anos, o Brasil tem aderido ao programa de pesquisa do movimento de direito e economia, registrando o gradual surgimento de literatura na área, por exemplo, os livros *Direito e Economia, Análise Econômica do Direito e das Organizações* (2005), organizado por Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, e *Direito, Economia e Mercados* (2006), de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi. O tema da responsabilidade civil, contudo, tem sido pouco explorado pela literatura nacional em direito e economia.

Além do que, não obstante a influência de um dos pioneiros da análise integrativa direito-economia, o jurista austríaco Victor Mataja, autor da obra *A Lei de Compensações sob o Ponto de Vista Econômico* (1888), sobre o principal jurista brasileiro em matéria de responsabilidade civil, José de Aguiar Dias, autor da obra clássica *Da Responsabilidade Civil* (1944, atualmente em 11. edição - 2006), a doutrina brasileira contemporânea tem se mostrado refratária à integração do arcabouço teórico desenvolvido no âmbito do movimento de direito e economia à tecnologia jurídica de estudo da responsabilidade civil.

A influência da literatura contemporânea em direito e economia no meio acadêmico brasileiro de responsabilidade civil, contudo, é pouco significativa. Limita-se a referências genéricas ou citações pontuais de autores como Guido Calabresi, Pietro Trimarchi, Richard Posner e Steven Shavell, como o fazem, por exemplo, Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Civil* (2005), e Maria Celina Bodin de Moraes, *Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva* (2006). Além do que, constata-se a existência de trabalhos específicos, na linha da análise econômica do direito, que exploram a temática da responsabilidade civil, tal como *Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil* (1998), de Rachel Sztajn.

O objetivo almejado é investigar a história do pensamento em direito e economia, com vistas ao estabelecimento das conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil. O trabalho acadêmico desenvolvido se concentra na busca por respostas para três questões centrais: 1. O estudo integrativo direito-economia é um fenômeno contemporâneo? 2. Qual foi o papel desempenhado pela responsabilidade civil na formação e no desenvolvimento do movimento de direito e economia? 3. Qual foi a influência do movimento de direito e economia no estudo da responsabilidade civil no Brasil?

Adotando como referência a terminologia proposta por Ejan Mackaay, no texto *History of Law and Economics* (2000), o presente artigo está estruturado em três partes: precursores (período anterior à década de 1830), primeira onda (período de 1830 a 1930) e segunda onda (período posterior à década de 1930). Além do que, são amplamente utilizadas as obras coletivas editadas por Jürgen Backhaus, *The Elgar*

Companion to Law and Economics (2005), e Peter Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (1998), textos de referência que apresentam abrangente estudo das fontes históricas da pesquisa, destacando os autores clássicos e a história intelectual do movimento de direito e economia.

Na conclusão é realizada a síntese das principais idéias desenvolvidas, evidenciando ter se confirmado a hipótese básica de trabalho da tese. São apresentadas respostas às questões centrais propostas. São realizadas ponderações quanto ao futuro do estudo integrativo direito e economia no campo da responsabilidade civil no Brasil, destacando a necessidade do estabelecimento de um “estilo brasileiro” de pesquisa em direito e economia.

1. PRECURSORES

Sugestiva afirmação é feita por Cento Veljanovski¹, que destaca não ser novo “o casamento entre direito e economia”, que a idéia de que direito e economia interagem não é nova, “ela simplesmente foi negligenciada em detrimento das duas disciplinas”.

A interação entre as disciplinas não é nova, sendo que, de acordo com Joseph Schumpeter², a origem comum do direito e da economia³ remonta à idéia de direito natural desenvolvida pela escolástica medieval⁴ e filósofos do direito natural do século

¹ VELJANOVSKI, Cento. *A Economia do Direito e da Lei*, p. 25. Veja-se, também, em formulação de caráter mais genérico: *idem*, *The Economics of Law*, p. 27-30. Afim é a manifestação de Warren Samuels, Allan Schmid e James Shaffer, que destacam que “a questão da relação entre o processo jurídico e econômico (mercados) tem sido preocupação central da filosofia moral, teoria política, economia e direito ao menos desde o tempo de John Locke e Adam Smith”: SAMUELS, Warren J.; SCHMID, Allan; SHAFFER, James D. *An Evolutionary Approach to Law and Economics*, p. 253. Mais incisiva é a manifestação de Charles Rowley, no sentido de que os “autores modernos de direito e economia identificam a gênese do programa de pesquisa no ano de 1960, quando Ronald Coase publicou seu famoso artigo intitulado ‘The Problem of Social Cost’. Sob a perspectiva puramente moderna, sem dúvida eles estão corretos. Contudo, esta perspectiva é míope, pois os grandes filósofos políticos e economistas do iluminismo escocês analisaram a interação entre direito e economia dois séculos antes de Coase”: ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 3.

² SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*, p. 112. No mesmo sentido, veja-se: TAYLOR, O. H. *Economics and the Idea of Natural Laws*, p. 1-39.

³ O argumento de que os fundamentos de direito e economia foram delineados pelos filósofos da Grécia antiga, em especial nos diálogos de Platão (a República, o Político e as Leis), que enfatiza o impacto das leis, do sistema jurídico sobre a sociedade, é desenvolvido por: DRECHSLER, Wolfgang. *Plato (c.427-349 BC)*, p. 635-641.

⁴ Estudo considerando Santo Tomás de Aquino como pioneiro no campo de direito e economia é desenvolvido por Robert McGee, que destaca que na *Summa Theologica* são abordados temas como a

XVII⁵. As ciências sociais, Joseph Schumpeter destaca, se descobriam no ideal de direito natural, de um direito justo por natureza, sempre presente na consciência dos homens e superior ao direito positivo, o qual permitiu o desenvolvimento de formulações analíticas lógicas, aptas a explicar certa sequência de acontecimentos sociais de forma coerente, sem perturbações muito profundas.

O princípio normativo do utilitarismo do século XVIII, o máximo de satisfação para o maior número de pessoas, como medida do que é certo ou errado (Jeremy Bentham – 1776), Joseph Schumpeter consigna⁶, trata-se de forma evoluída de direito natural, constituindo o fundamento do que posteriormente viria a se consolidar como a moderna teoria econômica, com o advento, no último quarto do século XIX/início do século XX, da teoria da utilidade marginal e da síntese neoclássica.

É justamente no utilitarismo do século XVIII que Ejan Mackaay⁷ e Charles Rowley⁸ identificam os precursores do movimento de direito e economia, em especial, David Hume, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham e Adam Smith. Destacando a importância exercida pelo sistema jurídico na conformação da ação humana, David Hume⁹ enfatiza a necessidade de garantir a estabilidade do direito de propriedade e de realizar o *enforcement* das obrigações contratadas com vistas a desencadear processo de cooperação e proporcionar paz e segurança social.

divisão e o valor do trabalho, direitos de propriedade, comércio, preço justo e usura: MCGEE, Robert W. *Thomas Aquinas: A Pioneer in the Field of Law & Economics*, p. 471-483.

⁵ Os principais filósofos do direito natural citados por Joseph Schumpeter são: Hugo Grotius, Thomas Hobbes, John Locke, Samuel Pufendorf e Christian Wolff: SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*, p. 115-118. Estudo considerando John Locke como pioneiro no campo de direito e economia, face ao estabelecimento da conexão entre o processo jurídico, político e econômico, é desenvolvido por: ROWLEY, Charles K. *John Locke (1632-1704)*, p. 594-601. Estudo considerando Christian Wolff como pioneiro no campo de direito e economia, face à ênfase atribuída à análise integrativa dos fenômenos jurídicos e econômicos com vistas à formulação de políticas públicas, é desenvolvido por: DRECHSLER, Wolfgang. *Christian Wolff (1679-1754)*, p. 745-749.

⁶ SCHUMPETER, Joseph A. *Op. cit.*, p. 132-133, 142 e 825.

⁷ MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 67-68.

⁸ ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 3-8

⁹ Estudos considerando David Hume como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *A Treatise of Human Nature* (1739), são realizados por: MCGEE, Robert W. *The Economic Thought of David Hume: A Pioneer in the Field of Law & Economics*, p. 184-204, e; MILGATE, Murray; STIMSON, Shannon. *David Hume (1711-1776)*, p. 250-257.

Valendo-se de abordagem utilitarista no tratamento dos crimes e punições, Cesare Beccaria¹⁰ enfatiza os incentivos gerados, os efeitos dissuasivos proporcionados pelas sanções penais. Atribuindo tratamento científico à noção de utilitarismo, Jeremy Bentham¹¹ propõe a adoção do utilitarismo como princípio normativo com vistas à reconstrução da política e do direito. Associando a manutenção da justiça à idéia de prevenção a violações aos direitos de propriedade, Adam Smith¹² destaca que à medida que as sociedades se tornam mais complexas, mediante ampliação do processo espontâneo de divisão do trabalho, maior será a necessidade de leis e regulamentos, normatização que, contudo, não poderá ser excessiva, sob pena de comprometer a própria dinâmica de funcionamento dos mercados.

De acordo com Ejan Mackaay¹³, considerando a existência de ordem natural mecanicista na qual têm lugar os fenômenos sociais, tais pensadores enfatizam a análise do comportamento humano como resultado de escolhas racionais, de cálculo de custos e benefícios influenciados por políticas públicas e pelo sistema jurídico. Contudo, prossegue Ejan Mackaay, os escritos de tais autores não proporcionam entendimento sistemático do direito através de modelo de escolha racional, ambição que se faz presente no que pode ser denominado de primeira onda de direito e economia.

2. PRIMEIRA ONDA

A primeira onda de direito e economia¹⁴, período compreendido entre 1830 e 1930, identifica-se, basicamente, com a escola histórica alemã e o movimento

¹⁰ Estudo considerando Cesare Beccaria como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *Dei Delitti e delle Pene (Dos Delitos e das Penas - 1763)*, é realizado por: PARISI, Francesco; FREZZA, Giampaolo. *Cesare Beccaria (1738-1794)*, p. 475-488. A influência intelectual de Cesare Beccaria sobre o corrente movimento de direito e economia é destacada por: POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, p. 23.

¹¹ Estudo considerando Jeremy Bentham como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *A Fragment on Government (1776)*, é realizado por: KELLY, Paul. *Jeremy Bentham (1748-1832)*, p. 156-162. A influência intelectual de Jeremy Bentham sobre o corrente movimento de direito e economia é destacada por: POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*, p. 33.

¹² Estudos considerando Adam Smith como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas em *Lectures on Jurisprudence (1762/1763)* e *The Wealth of Nations (1776)*, são realizados por: PEUKERT, Helge. *Adam Smith (1723-90)*, p. 672-682, e; STEIN, Peter. *Adam Smith and the Law*, p. 7-9.

¹³ MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 68-69.

¹⁴ A esse respeito, vejam-se: *Ibidem*, p. 69-71, e; PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists' New Science of Law, 1830-1930*, p. 5-42.

institucionalista norte-americano. Importantes *insights*, contudo, são também encontrados no trabalho individual de juristas e economistas, bem como no âmbito do pensamento marxista, da escola austríaca, do realismo jurídico norte-americano e na própria consolidação do pensamento econômico neoclássico.

Se ao longo do século XVIII direito e economia interagiram e tiveram seu desenvolvimento científico edificado em torno da idéia de ordem natural, da realização de construções teóricas abstratas e racionais universalmente aplicáveis, ao longo do século XIX, em especial na Alemanha, o advento da escola histórica, propugnando a utilização da história como instrumento analítico e elemento de reconstrução teórica, proporcionou mudança no paradigma de pesquisa e na dinâmica de interação entre as duas ciências.

No âmbito da ciência jurídica, autores como Gustav Hugo, Georg Puchta e Friedrich Savigny¹⁵, vislumbram o direito como fenômeno espontâneo da sociedade, dotado de validade relativa e em constante processo de transformação no decurso da história, como instituição, estrutura social ordenadora que evolui ao mesmo passo das transformações sofridas pelos demais fenômenos sociais, dentre os quais os de natureza econômica.

No âmbito da ciência econômica, com influência direta do historicismo jurídico¹⁶, autores como Friedrich List, Wilhem Roscher, Gustav Schmoller, Werner Sombart e Max Weber, trabalhando com o método indutivo e adotando concepção relativista e orgânica da sociedade, propugnam a análise integrativa dos fenômenos econômicos no contexto histórico-social, sublinhando os diversos pontos de contato e liames entre o fator econômico e os demais fatores sociais, principalmente o jurídico. Atribuindo função estratégica ao direito, na promoção do progresso sócio-econômico das nações, Friedrich List¹⁷ propugna a utilização do sistema jurídico como elemento

¹⁵ Estudo considerando Friedrich Savigny como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *System des Heutigen Römischen Rechts* (Sistema de Direito Romano Atual – 1840/1849), é realizado por: STEIN, Peter. *Friedrich Karl von Savigny* (1779-1861), p. 395-396. A esse respeito, veja-se, também: RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. *História del Pensamiento Jurídico*, p. 423-431.

¹⁶ A influência do historicismo jurídico sobre o historicismo econômico é destacada por: PRIBAM, Karl. *A History of Economic Reasoning*, p. 213, e; HUGON, Paul. *História das Doutrinas Econômicas*, p. 377.

¹⁷ Estudo considerando Friedrich List como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *Das Nationale System der Politischen Oekonomie* (Sistema Nacional de

indutor de mudanças no sistema econômico, por exemplo, através da edição de normas de proteção à indústria nascente nacional frente à concorrência externa.

Considerando que a história serve para ilustrar a teoria econômica e centrando esforços na análise histórico-comparativa do desenvolvimento econômico, Wilhem Roscher¹⁸ destaca que é preciso conhecer todos os fenômenos cujo conjunto forma a vida econômica, em especial o sistema jurídico. Propugnando a utilização do método histórico, mediante a observação e descrição dos fatos econômicos no passado e no presente, com vistas ao estabelecimento de base empírica para o desenvolvimento da ciência econômica, Gustav Schmoller¹⁹ concebe a sociedade de forma orgânica, destacando que o sistema jurídico cristaliza arranjos sociais específicos que disciplinam e tendem a dominar o processo econômico no curso da história.

Analisando o desenvolvimento histórico do capitalismo com vistas a identificar o “espírito do sistema”, as forças ativas criadoras impessoais e racionais que determinaram o surgimento do capitalismo moderno, Werner Sombart²⁰ destaca a importância da regulação econômica, do sistema jurídico, como pré-condição básica para o desenvolvimento econômico, atribuindo ênfase ao estudo das formas de organização da atividade empresarial e das formas de realização das transações comerciais. Associando as origens do capitalismo moderno ao processo de racionalização das relações sociais e do conhecimento científico, Max Weber²¹ centra

Economia Política - 1845), é realizado por: DAASTÖL, Arno Mong. *Friedrich List (1789-1846)*, p. 590-606. A esse respeito, veja-se, também: PRIBAM, Karl. *A History of Economic Reasoning*, p. 213-214.

¹⁸ Estudo considerando Wilhelm Roscher como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas no primeiro dos cinco volumes de seu tratado Sistema de Economia, qual seja, *Die Grundlagen der Nationalökonomie* (Fundamentos de Economia Nacional - 1854), é realizado por: STREISSLER, Erich. *Wilhelm Roscher (1817-94)*, p. 642-651. A esse respeito, veja-se, também: OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *História do Pensamento Econômico*, p. 196-197.

¹⁹ Estudo considerando Gustav Schmoller como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *Grundriss der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre* (Esboço Geral de Economia - 1900/1904), é realizado por: PEUKERT, Helge. *Gustav von Schmoller (1838-1917)*, p. 662-671. A esse respeito, veja-se, também, OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *História do Pensamento Econômico*, p. 198-200.

²⁰ Estudo considerando Werner Sombart como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *Der Moderne Kapitalismus* (Capitalismo Moderno - 1916/1927), é realizado por: CHALOUPEK, Günther. *Werner Sombart (1863-1941)*, p. 683-688. A esse respeito, veja-se, também: PRIBAM, Karl. *Op. cit.*, p. 226-227.

²¹ Estudos considerando Max Weber como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas nas obras *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie* (Economia e Sociedade, Fundamentos da Sociologia Compreensiva - 1921) e *Wirtschaftsgeschichte* (História Econômica Geral - 1924), são realizados por: PEUKERT, Helge. *Max Weber (1864-1920)*, p. 733-744, e; POSNER, A. Richard. *Max Weber (1864-1920)*, p. 684-686.

esforços no estudo do “sistema social”, resultado da multifacetária interação entre os fenômenos econômicos, jurídicos, políticos e culturais.

O mérito dos autores da escola histórica é a ênfase atribuída ao caráter dinâmico-evolucionário dos fenômenos sociais, bem como o fato de destacarem a necessidade de conceber o direito e a economia de forma orgânica, considerando o conjunto de fatores socialmente relevantes e sublinhando os pontos de contato entre os fenômenos jurídicos e econômicos e suas implicações para o desenvolvimento da economia.

Além da perspectiva pluralista, com o reconhecimento do entrelaçamento entre os fenômenos jurídicos e econômicos, adotada pela escola histórica, o século XIX também foi palco de abordagens reducionistas, no âmbito do pensamento econômico marxista e na reação crítica formulada pelo jurista Rudolf Stammler. Considerando que o conjunto de relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se erguem a superestrutura jurídica e política, em sua concepção materialista da história, Karl Marx e Friedrich Engels²² apontam para a dependência do ordenamento jurídico ao modo de produção capitalista, concebendo as relações econômicas como determinante último do conjunto de relações sociais.

A concepção unilateral do materialismo histórico e seus reflexos sobre o direito são delineados por Rudolf Stammler²³ que, ao antecipar sua crítica, registra que sob a ótica marxista o direito de um povo, forma que regula sua convivência e cooperação, é um simples instrumento, sendo impossível que apareça senão em relação com a economia, que lhe determina e lhe ordena. Refutando o determinismo econômico marxista, a idéia de contraposição entre fenômenos econômicos, considerados causa, e fenômenos políticos e jurídicos, considerados efeito, Rudolf Stammler²⁴ sustenta que as

²² Estudo considerando Karl Marx e Friedrich Engels como pioneiros no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas nas obras *Zur Kritik der Politischen Oekonomie* (Para a Crítica da Economia Política – 1859) e *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums, und des Staates* (A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado – 1884), bem como traçando paralelo com o *approach* da contemporânea escola de Chicago, é realizado por: PEARSON, Heath. *Karl Marx (1818-83) and Friedrich Engels (1820-95)*, p. 618-626. A esse respeito, veja-se, também, RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. *Historia del Pensamiento Jurídico*, p. 465-478.

²³ STAMMLER, Rudolf. *Economia e Derecho según la Concepción Materialista de la Historia*, p. 23.

²⁴ Estudo considerando Rudolf Stammler como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *Wirtschaft und Recht nach der Materialistissen Geschichtsauffassung* (Economia e Direito segundo a Concepção Materialista da História – 1897), é realizado por: PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists' New Science of Law*,

relações econômicas são sempre ordenadas e reguladas socialmente, que a ordem econômica é derivada do sistema jurídico, só podendo ser concebida em relação à dada estrutura jurídica, bem como específica que a relação entre direito e economia não é de causa-efeito, mas sim de forma-conteúdo, com o direito estabelecendo a forma como se processam as relações econômicas na sociedade, consideradas conteúdo²⁵.

A interação entre juristas e economistas também se processa no âmbito da tradição da escola austríaca, em especial, nas obras de Carl Menger e Victor Mataja. Tendo estabelecido os fundamentos da escola austríaca de economia e da revolução marginalista, Carl Menger²⁶, destaca a existência de processo evolucionário espontâneo e orgânico de interação social que conduz à construção de instituições relevantes como os mercados, a moeda, a linguagem e o direito, bem como enfatiza a influência da conformação dos direitos de propriedade para a edificação de um sistema econômico de mercado. Sob a influência direta de Carl Menger, o jurista austríaco Victor Mataja²⁷ utiliza fundamentos de direito e de economia na análise de temas como a atividade empresarial, com destaque para importância do lucro como fonte de renda, poupança e investimento, e a responsabilidade civil²⁸.

Escrevendo em período no qual o direito privado, concebido, sob forte influência do historicismo jurídico de Friedrich Savigny, como corpo teórico não-instrumental,

1830-1930, p. 146-147. A esse respeito, veja-se, também: RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. *Historia del Pensamiento Jurídico*, p. 479-490.

²⁵ STAMMLER, Rudolf. *Economia e Derecho según la Concepción Materialista de la Historia*, p. 6-19.

²⁶ Estudos considerando Carl Menger como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre* (Princípios de Economia – 1871), são realizados por: WAGNER, Richard E. *Carl Menger (1840-1921)*, p. 627-634, e; VANBERG, Viktor J. *Carl Menger (1840-1921)*, p. 635-641. A esse respeito, veja-se, também: NENTJES, Andries. *Institutions and Market Failure*, p. 6-7.

²⁷ Estudo considerando Victor Mataja como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas nas obras *Der Unternehmergeinn* (O Lucro Empresarial – 1884) e *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie* (A Lei de Compensações sobre o Ponto de Vista Econômico – 1888), é realizado por: ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 173-191. A esse respeito, veja-se, também: PRIBAM, Karl. *A History of Economic Reasoning*, p. 226-227.

²⁸ Conforme Hans-Bernd Schäfer destaca, ao analisar o desenvolvimento da responsabilidade civil enquanto corpo teórico, antes da revolução industrial, a responsabilidade civil constituía campo de estudos de limitada expressão, que tinha o transporte com cavalos como principal causa de acidentes. Com o advento da revolução industrial, o número e a severidade dos acidentes, vinculados ao uso de máquinas, ao transporte ferroviário e ao consumo de produtos perigosos, cresceu drasticamente, proporcionando o desenvolvimento da moderna teoria da responsabilidade civil, em especial da doutrina da negligência e da responsabilidade objetiva pelo risco criado, bem como abrindo fértil campo para a análise da racionalidade econômica da responsabilidade civil, nos moldes do trabalho pioneiro desenvolvido, em 1888, por Victor Mataja: SCHÄFER, Hans-Bernd. *Tort Law: General*, p. 570.

orgânico e sistemático de normas, passa a ser fortemente questionado por autores como Rudolf Von Jhering²⁹ e Otto Von Gierke³⁰, que propugnam o utilitarismo social do direito, a funcionalização dos institutos de direito privado de acordo com objetivos sociais, Victor Mataja utiliza argumentos econômicos para propor a adoção de perspectiva instrumental e justificar maior intervenção legislativa no campo da responsabilidade civil. Na obra *A Lei de Compensações sobre o Ponto de Vista Econômico*³¹, o autor austríaco faz uso da economia para enxergar além da perspectiva jurídica tradicional e explorar a temática das funções e objetivos de um sistema de responsabilidade civil, a prevenção de acidentes e a alocação dos danos não evitáveis de acordo com requerimento de justiça e interesses econômicos.

O ponto de partida da análise desenvolvida por Victor Mataja³² é a crítica à perspectiva jurídica tradicional da responsabilidade subjetiva, edificada em torno da noção moral de falta, de culpa do autor. Destaca que, dado que o autor é excepcionado da reparação dos danos quando sua conduta é não-culposa, não são proporcionados incentivos adequados para a prevenção, situação que conduz a consequências sociais indesejáveis face ao aumento do número e da severidade dos acidentes. Além do que, com a desoneração do autor, são geradas distorções na valoração econômica dos bens, determinando que empreendimentos e atividades sejam estabelecidos e operados de forma ineficiente do ponto de vista da social, tais como, o transporte ferroviário, que perturba os proprietários limítrofes à via férrea em virtude das vibrações ocasionadas pela passagem das locomotivas, e o transporte fluvial, que prejudica o desenvolvimento de atividades como a pesca. Outra limitação da responsabilidade subjetiva diz respeito ao fato de que, em virtude de recaírem diretamente sobre a vítima, não se verifica a dispersão dos danos, medida socialmente desejável que pode ser alcançada, por

²⁹ Estudo considerando Rudolf von Jhering como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *Der Kampf ums Recht* (A Luta pelo Direito – 1872) e *Der Zweck im Recht* (O Fim do Direito – 1877/1883), é realizado por: ELDERS, J. L. M. *Rudolf von Jhering (1818-92) and the Economy of Justice*, p. 568-575. A esse respeito, veja-se também: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 59-63.

³⁰ Estudos considerando Otto von Gierke como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts* (A Função Social do Direito Privado – 1889), são realizados por: BACKHAUS, Jürgen. *Otto von Gierke (1841-1921)*, p. 313-315, e; PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists' New Science of Law, 1830-1930*, p. 29.

³¹ MATAJA, Victor. *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie* (1888).

³² A exposição das idéias de Victor Mataja realizada na presente tese é baseada em: ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 173-191.

exemplo, via mercado, em decorrência da redução da utilidade marginal dos bens comercializados pelos empreendedores que desenvolvem atividades de risco de acidentes.

Evoluindo na análise, Victor Mataja propõe a adoção de regra de responsabilidade objetiva como forma de proporcionar incentivos adequados à prevenção e dispersão dos danos dos acidentes, além da correção de distorções na valoração econômica dos bens. A idéia básica é de que o proprietário do empreendimento deve suportar as perdas com acidentes decorrentes da atividade de risco por ele realizada³³. Admite, contudo, limites à aplicação da responsabilização objetiva, quais sejam: nas hipóteses em que a ocorrência do acidente está fora do controle do autor ou de que os custos das medidas de prevenção sejam muito altos na comparação com o risco de dano; quando a dispersão dos danos via mercado gerar distorções no valor dos bens e na alocação dos recursos econômicos, e; quando a perturbação causada pela atividade for de pequena monta. De acordo com Victor Mataja, em conclusão, à vista do melhor desempenho econômico, a responsabilidade objetiva se evidencia superior à responsabilidade subjetiva, justificando-se sua adoção como política legislativa na conformação de um sistema de responsabilidade civil.

Conforme Izhak Englard³⁴ destaca, as idéias de Victor Mataja evidenciavam-se “originalmente audaciosas” para o seu tempo, em conteúdo e forma. A temática dos fundamentos do sistema de responsabilidade civil e do papel a ser desempenhado pela responsabilidade objetiva era atual no último quarto do século XIX, à vista do crescente processo de industrialização da Europa. Em tal contexto, o conteúdo material da obra de Victor Mataja encontrou ambiente acadêmico favorável, exercendo influência na nascente teoria da responsabilidade objetiva³⁵, em especial sobre autores como o austro-húngaro Géza Marton, o alemão Gustav Rümelin, o italiano Nicola Coviello, além de

³³ José de Aguiar Dias assinala que, já em 1888, o jurista austríaco Victor Mataja sustentava que “as perdas e danos provenientes dos acidentes inevitáveis na exploração de uma empresa devem ser incluídos nas despesas do negócio. Imputar as perdas às vítimas dos acidentes é, sem dúvida, falsear o balanço da empresa”: DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p. 68.

³⁴ ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 183.

³⁵ Veja-se sobre o tema a criteriosa análise realizada por: ENGLARD, Izhak. *Op. cit.*, p. 181-188.

expoentes da doutrina francesa como René Demogue³⁶, Raymond Saleilles, e M. Teisseire.

A influência intelectual de Victor Mataja se fez sentir, também, no pensamento do principal autor brasileiro em responsabilidade civil, José de Aguiar Dias³⁷, que, escrevendo em 1944, em diversas passagens da obra *Da Responsabilidade Civil*, refere expressamente o jurista austríaco. Emblemática é a passagem na qual, ao discorrer sobre a função preventiva da responsabilidade civil, José de Aguiar Dias recorre a Victor Mataja, consignando que:

O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da prevenção, sem excluir, naturalmente, outros princípios, que o complementam. Encontram-se, portanto, em suas raízes, a razão primeira da responsabilidade penal e da responsabilidade civil. Entretanto, as doutrinas vagam em outros terrenos, forjando concepções estreitas que envelhecem prematuramente, surpresas e aniquiladas ante o desenvolvimento da civilização.

Além do que, de forma indireta, a influência de Victor Mataja sobre o pensamento de José de Aguiar Dias³⁸, se faz sentir através da referência a autores como Géza Marton, Gustav Rümelin, René Demogue e M. Teisseire, por exemplo:

Conhecidos os pressupostos da responsabilidade, é oportuno apreciar os seus efeitos, traduzidos nas sanções a que se expõe aquele que incorre em responsabilidade..., desta é inseparável, portanto, a idéia de prevenção, porque representa o esforço do legislador no sentido de evitar, prevenir a infração... Marton estranha que nunca se tenha atribuído a devida importância à idéia de prevenção como principal princípio da responsabilidade civil, censura que é endereçada ao próprio Rümelin, porque,

³⁶ A discussão dos fundamentos da responsabilidade civil em termos econômicos realizada por René Demogue, “*Fault, Risk, and Apportionment of Loss in Responsibility*” (1921), é destacada por William Landes e Richard Posner, que fazem, contudo, inadvertida associação à noção de externalidades negativas desenvolvida pelo economista inglês Arthur Cecil Pigou: LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, p. 5. Em realidade, Izhak Englard destaca que a abordagem desenvolvida por René Demogue, “*Les Notions Fondamentales du Droit Privé*” (1911) e “*Traité des Obligations en Général*” (1923), é diretamente influenciada pela análise econômica da responsabilidade civil desenvolvida pelo jurista Victor Mataja: ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja’s Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 173-174.

³⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, p. 56.

³⁸ DIAS, José de Aguiar, p. 119-121.

apesar de tudo, não fez da prevenção o seu principal capital... Com efeito, não é bem assim. O princípio da prevenção foi muitas vezes assinalado na responsabilidade civil e até, por certos autores, com grande força. O que deixaram de fazer, e Marton realizou, foi destacá-lo como princípio fundamental. Nesse caráter, na verdade, ele não se encontra em nenhum dos autores, que, entretanto, algumas vezes com acentuado vigor, lhe denunciaram a presença na origem da responsabilidade civil. Conforme a este respeito Demogue, ob. cit., n. 317; Dabin, ob. cit., n. 524; Teisseire, ob. cit., p. 312... Gustav Rümelin admite a prevenção, em seu sistema, como o princípio diretor da responsabilidade civil.

Sob outra perspectiva, a ênfase atribuída por Victor Mataja à prevenção e à dispersão dos danos, a realização de análise dos custos privados e sociais dos acidentes, assim como a proposição de objetivação da responsabilidade civil, antecipam os fundamentos da moderna análise econômica do direito, nos moldes desenvolvidos a partir da década de 1960 por Guido Calabresi, no que tange à funcionalização dos institutos de responsabilidade civil, e por Ronald Coase, em relação à correção de externalidades negativas via conformação do sistema jurídico.

Todavia, conforme consigna Izhak Englard³⁹, a inovadora metodologia analítica proposta por Victor Mataja, com a utilização de fundamentos econômicos na análise normativa dos fenômenos jurídicos, encontrava-se adiante de seu tempo, implicando em mudança radical do método jurídico tradicional então vigente na Europa Continental. Em tal contexto, a abordagem metodológica proposta pelo autor austríaco foi criticada pela comunidade jurídica por razões de cunho formal-estrutural, ideológico e funcional, tais como: a desconsideração da base moral da responsabilidade civil; a substituição dos aspectos jurídicos por princípios econômicos, e; a eleição da prevenção e distribuição social dos danos, ao invés da reparação, como objetivos da responsabilidade civil. Os esforços desenvolvidos por Victor Mataja no sentido incorporar fundamentos econômicos na análise de fenômenos jurídicos não lograram êxito. A construção de movimento articulado de direito e economia demandaria mais 70 anos de evolução e diálogo entre as duas ciências.

³⁹ ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 183-184.

A tendência ao estudo interdisciplinar e à utilização de fundamentos econômicos na análise de institutos jurídicos foi além da escola austríaca. Ao final do século XIX e início do século XX, a interface entre as duas ciências também foi explorada pelos economistas italianos Achille Loria e Augusto Graziani. Com o ousado propósito de construir uma teoria econômica do direito, centrada no estudo da estrutura econômica das normas e da natureza econômica do processo de mudança do sistema jurídico, Achille Loria⁴⁰ analisa institutos jurídicos como: a família, considerado mecanismo associativo cujo propósito é tornar as relações de produção mais eficientes; a usucapião, modo de aquisição da propriedade que atua como elemento indutor do uso racional dos recursos de produção, gerando incentivos ao possuidor empreendedor e penalizando o proprietário omissivo, e; as sanções criminais, cuja apropriada conformação deve levar em conta os benefícios sociais, caracterizados pelo efeito dissuasivos, e custos sociais relacionados com a aplicação das penas.

Os fundamentos econômicos do direito são apontados por Augusto Graziani⁴¹, que enfatiza a relação entre o raciocínio econômico e as escolhas jurídicas, sobretudo no processo legislativo, destacando que a origem e evolução de determinadas instituições jurídicas estão ontologicamente relacionadas a razões econômicas, referindo em especial: o Estado, cuja estrutura organizacional e o funcionamento são produto de necessidades econômicas; a propriedade privada, fruto da evolução histórica da concepção coletiva à capitalista, com vistas a garantir a continuidade da produção necessária para suprir as necessidades humanas fundamentais; o matrimônio, cuja evolução histórica da primitiva promiscuidade, ao matriarcado e autoridade patriarcal, possui manifesto embasamento econômico; o testamento, instituto motivado pela necessidade humana de acumulação de riqueza, e; o contrato, cujo conteúdo é invariavelmente determinado mediante cálculo econômico realizado pelas partes,

⁴⁰ Estudos considerando Achille Loria como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas nas obras *Les Bases Économiques de la Constitution Sociale* (As Bases Econômicas da Constituição Social - 1893) e *La Teoria Economica della Costituzione Politica* (A Teoria Econômica da Constituição Política - 1886), são realizados por: FREZZA, Giampaolo; PARISI Francesco. *Achille Loria (1857-1943)*, p. 607-617, e; PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists' New Science of Law, 1830-1930*, p. 40-41 e 132-133.

⁴¹ Estudos considerando Augusto Graziani como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *Il Fondamento Economico del Diritto* (O Fundamento Econômico do Direito - 1893), são realizados por: FREZZA, Giampaolo; PARISI Francesco. *Augusto Graziani (1865-1944)*, p. 522-530, e; PEARSON, Heath, *Op. cit.*, p. 41, 52, 58 e 60.

podendo, como tal, ser objeto de análise sob a ótica da eficiência, seja para fins de cumprimento ou de rescisão do acordado.

É justamente com fundamento na noção de eficiência que, na Europa, a partir do último quarto do século XIX, se edifica a teoria econômica neoclássica. O advento da revolução marginalista, desenvolvimento da teoria do valor como utilidade marginal em substituição à teoria do valor-trabalho, e da subsequente síntese neoclássica, a oferta e a procura atuando conjuntamente na determinação dos preços, promovem radical transformação no estudo da economia, que passa a utilizar fortemente o raciocínio matemático, adquirindo consistente capacidade de explicação dos fenômenos econômico-sociais⁴².

Sob a ótica neoclássica⁴³, a dinâmica de mercado é estabelecida através da tomada de decisão individual (individualismo metodológico) de agentes racionais, maximizadores de sua utilidade, mediante análise da relação custo/benefício marginal. A interação dos agentes individuais determina a oferta e a demanda de mercado, estabelecendo o mecanismo de preços, índice de escassez que contém o conjunto de informações necessárias e suficientes para determinar a alocação eficiente dos recursos escassos, o funcionamento racional do sistema econômico. Dito de outra forma, o mecanismo de preços proporciona a utilização eficiente dos recursos limitados na satisfação das necessidades humanas ilimitadas, conduzindo o mercado, naturalmente, ao equilíbrio ótimo no sentido de Pareto, situação na qual ninguém poderá melhorar seu bem-estar sem sacrifício do bem-estar de outrem.

O núcleo analítico do pensamento neoclássico, Jeffrey Hodgson⁴⁴ consigna, gravita em torno das idéias de: comportamento racional-maximizador por parte dos agentes econômicos; ausência de problemas de informação crônicos; ênfase em movimentos tendentes a estados de equilíbrio (ordem natural mecanicista), e;

⁴² A ascensão do marginalismo, em especial as contribuições Herman Gossen, William Jevons, Leon Walras e Carl Menger, e do neoclassicismo, em especial a contribuição de Alfred Marshall, são objeto de criteriosa análise por: OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *História do Pensamento Econômico*, p. 206-255, e; LEKACHMAN, Robert. *História das Idéias Econômicas*, p. 235-299.

⁴³ Sobre os fundamentos da microeconomia neoclássica, veja-se: MANKIWI, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*, p. 4-14 e 63-84.

⁴⁴ HODGSON, Jeffrey. *Economia e Instituições*, p. XVI.

consideração dos fatores de natureza institucional, tal como o sistema jurídico, como elementos externos aos modelos teóricos (condição *ceteris paribus*).

Não obstante o corte analítico excludente da interação entre direito e economia, no próprio seio da economia neoclássica, Arthur Pigou⁴⁵ chama a atenção para determinado tipo de fenômeno que guarda forte relação com a responsabilidade civil, qual seja, a existência de externalidades. Em essência, as externalidades constituem falhas de funcionamento do sistema de mercado que surgem “quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa desta ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por este impacto”, sendo que “se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado externalidade negativa, se é benéfico, é chamado de externalidade positiva”⁴⁶.

Com o propósito de investigar em que condições ocorrem divergências entre o produto marginal social líquido e o produto marginal privado líquido, Arthur Pigou⁴⁷ considera diversas ações que provocam impactos positivos e negativos no bem-estar de terceiros. Dentre as ações que provocam impacto negativo, o economista inglês destaca a emissão de faíscas por locomotivas em trânsito, causando incêndios nas propriedades limítrofes às vias férreas, temática em relação à qual, no contexto do direito inglês do século XIX e início do século XX⁴⁸, verificava-se a existência de “relativa imunidade”, com a frequente desoneração das empresas de transporte ferroviário da reparação dos

⁴⁵ De acordo com William Landes e Richard Posner, a análise desenvolvida por Arthur Pigou, no livro *The Economics of Welfare* (1920), constitui antecedente direto da moderna análise econômica da responsabilidade civil: LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, p. 6.

⁴⁶ MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*, p. 204. Sobre o tema, vejam-se, também: PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*, p. 555-558.

⁴⁷ PIGOU, Arthur C. *La Economía del Bienestar*, p. 113-119.

⁴⁸ Análise da temática da responsabilidade civil em decorrência dos incêndios causados por emissão de faíscas no transporte ferroviário, no âmbito do direito inglês contemporâneo e anterior ao período que Arthur Pigou escreve, é realizada por Brian Simpson. Em texto que reexamina a polêmica acadêmica em torno das idéias de Arthur Pigou e Ronald Coase, o autor registra que a responsabilidade subjetiva era a regra geral aplicável a tais casos, exceção feita aos danos de até 100 libras e, posteriormente, 200 libras, em relação aos quais era aplicada a responsabilidade objetiva, respectivamente a partir do *Railway (Fires) Act of 1905* e do *Railway (Fires) Amendment Act of 1923*. De acordo com Brian Simpson, mesmo que Arthur Pigou não tenha demonstrado interesse em aprofundar a análise jurídica da responsabilidade civil por danos decorrentes de incêndios causados por faíscas emitidas no transporte ferroviário, sua análise econômica é realizada tendo presente que o sistema jurídico, em especial o regime de responsabilidade subjetiva, apresenta sensíveis limitações em proporcionar a efetiva reparação dos danos. SIMPSON, A. W. Brian. “*Coase v. Pigou*” *Reexamined*, p. 65-84.

danos, face à dificuldade na produção de prova pelo proprietário limítrofe acerca do nexo causal, dos danos e da conduta negligente da empresa de transporte ferroviário.

Dado tal contexto, Arthur Pigou⁴⁹ desenvolve o raciocínio de que a não compensação do impacto negativo causado a terceiros no desenvolver do processo de produção de bens e serviços, tal como o não ressarcimento, pelas empresas de transporte ferroviário aos produtores rurais, dos prejuízos com a destruição de florestas e plantações limítrofes à via férrea, em decorrência de incêndios durante a realização do transporte ferroviário, afeta a alocação dos recursos e a dinâmica de funcionamento do sistema econômico. Ocorre que parte dos custos de produção não é suportada pelos agentes econômicos privados, não é internalizada no processo de produção de determinados bens e serviços, mas sim transferida, externalizada para a sociedade, situação que faz com que o preço dos bens não seja reflexo de sua escassez relativa, determinando que os recursos não sejam alocados de forma socialmente eficiente.

Apesar de ter tangenciado a temática da ação reguladora do Estado via conformação do sistema de responsabilidade civil, Arthur Pigou⁵⁰ busca a solução para o problema das falhas de funcionamento do sistema de mercado em outra modalidade de intervenção governamental, a tributação da atividade geradora de externalidades negativas. A imposição de tributo incidente sobre a atividade potencialmente danosa à sociedade, tal como o transporte ferroviário, produz o efeito econômico de criar incentivos para que o proprietário do empreendimento reduza o nível da atividade desenvolvida, tal como o volume de carga transportado, bem como a magnitude dos custos sociais associados, tais como os prejuízos com a destruição de florestas e plantações limítrofes à via férrea em decorrência dos incêndios ocorridos durante a realização do transporte ferroviário. Considerando que a tributação seja realizada guardando conexão com a magnitude do dano causado à sociedade, o preço dos produtos e serviços, tal como o valor unitário da carga transportada via ferroviária, passa a constituir efetivo sinalizador da escassez relativa dos fatores de produção, determinando que os recursos sejam alocados de forma eficiente no segmento econômico considerado.

⁴⁹ PIGOU, Arthur C. *La Economía del Bienestar*, p. 146-172.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 206-211 e 247-269.

A alternativa de imposição de tributo incidente sobre a atividade geradora de externalidades negativas foi amplamente explorada na teoria econômica como mecanismo de correção de falhas de funcionamento do sistema de mercado, tendo sido definitivamente incorporado à prática jurídica como um dos principais instrumentos de política ambiental voltado ao controle da poluição⁵¹. A solução de natureza tributária para o problema do custo social representado pelas externalidades negativas não é, contudo, isenta de críticas, sendo justamente a crítica à proposição originalmente formulada por Arthur Pigou, na década de 1920, o ponto de partida da revolucionária construção teórica realizada por Ronald Coase, na década de 1960. Todavia, antes de progredir no estudo das externalidades negativas nos moldes propostos por Ronald Coase, faz-se necessário avançar na análise integrativa direito e economia, pois os 40 anos que medeiam às obras de Arthur Pigou e Ronald Coase registram significativas contribuições, em especial no meio acadêmico norte-americano.

Se até o final do século XIX as principais contribuições integrativas direito-economia foram realizadas no meio acadêmico europeu, as primeiras décadas do século XX marcam o início da mudança do centro de gravidade para o meio acadêmico norte-americano. O estudo da interface entre os fenômenos jurídicos e os fenômenos econômicos avançou significativamente no âmbito do institucionalismo econômico norte-americano. Com influência direta da escola histórica alemã e adotando postura crítica em relação à abordagem estática e reducionista da teoria econômica neoclássica, autores como Thorstein Veblen, Richard Ely e, sobretudo, John Commons concebem a economia de forma dinâmica, como um processo contínuo de mudança que se realiza embutido no complexo e multifacetário meio ambiente social. Assim como, alçam as instituições à posição de núcleo analítico básico da ciência econômica, enfatizando a necessidade de compreender suas origens, evolução e funcionamento, mediante análise do conjunto de fatores relevantes; econômicos, históricos, culturais, políticos e jurídicos.

Com inspiração na idéia biológica de seleção natural e com o propósito de desenvolver teoria da evolução da estrutura social, edificada em torno do conceito de

⁵¹ Vejam-se sobre o tema: GROSSMAN, Britt. *Pollution Tax*, p. 338-368, e; BATTESINI, Eugênio. *Da Teoria Econômica à Prática Jurídica: Origem, Desenvolvimento e Perspectivas dos Instrumentos Tributários de Política Ambiental*, p. 125-142.

instituições – concebidas como hábitos de pensamento socialmente sedimentados, Thorstein Veblen⁵² destaca a natureza recíproca das questões jurídicas e econômicas, centrando o foco no estudo das modernas formas de organização da atividade empresarial e registrando o crescente processo de separação da propriedade e da gestão nas grandes corporações.

Considerando que as instituições circunscrevem a atividade econômica e enfatizando a unidade do direito e da economia, considerados “diferentes abordagens para o mesmo território”, Richard Ely⁵³ centra esforços no estudo da distribuição social da riqueza, determinada não meramente pelas leis naturais da economia, mas considerada produto da conformação do sistema jurídico, em especial das normas que regulam os contratos e delimitam os direitos de propriedade, institutos concebidos de forma flexível, cujo conteúdo é determinado pelo Judiciário em constante processo de contraposição e ponderação dos interesses públicos e privados envolvidos nas situações concretas levadas à apreciação das cortes.

Atribuindo ênfase ao estudo das bases jurídicas do sistema capitalista e tendo por objetivo compreender como os mercados são formados e estruturados pelas instituições – concebidas como a ação coletiva no controle, liberação e expansão da ação individual – e pelas estruturas de poder, que operam através das instituições, John Commons⁵⁴ edifica sua teoria sob a premissa de que a incerteza sobre o futuro, criada pela escassez dos recursos de produção, torna o conflito de interesses, principalmente

⁵² Estudos considerando Thorstein Veblen como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas nas obras *The Theory of Business Enterprise* (1904) e *Absentee Ownership and Business Enterprise in Recent Times: The Case of America* (1923) são realizados por: PEARSON, Heath. *Thorstein Veblen (1857-1929)*, p. 727-732, e; HOVENKAMP, Herbert. *The First Great Law & Economic Movement*, p. 1019-1020. A esse respeito, vejam-se, também: OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *História do Pensamento Econômico*, p. 336-349, e; HEILBRONER, Robert. *A História do Pensamento Econômico*, p. 199-230.

⁵³ Estudos considerando Richard Ely como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *Property and Contract in Their Relations to the Distribution of the Wealth* (1914) são realizados por: ADELSTEIN, Richard. *Ely, Richard Theodore (1854-1943)*, p. 28-29, e; HOVENKAMP, Herbert. *Op. cit.*, p. 1019-1020. A esse respeito, vejam-se, também: POSNER, Richard A. *Overcoming Law*, p. 3, e; MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law, from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 208.

⁵⁴ Estudos considerando John Commons como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas nas obras *Legal Foundations of Capitalism* (1924) e *Institutional Economics* (1934), são realizados por: SAMUELS, Warren J. *John R. Commons (1862-1945)*, p. 499-507, e; ADELSTEIN, Richard. *Commons, John Rogers (1862-1945)*, p. 324-326. A esse respeito, vejam-se, também: OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *História do Pensamento Econômico*, p. 350-356, e; HOVENKAMP, Herbert. *Op. cit.*, p. 1025-1031.

entre produtores e consumidores de riqueza, ínsito ao capitalismo, demandando a ação mediadora do Estado, em especial do Judiciário, Poder especializado na resolução de litígios. Além do conflito, a existência de dependência mútua e desejo de relações ordenadas e estáveis no meio social determina que os indivíduos estabeleçam relações de transação – encontro de vontades que envolvem transferência de bens e determinação de preços, consideradas pelo economista norte-americano como unidade analítica básica, como problema-chave na economia e no direito. O nexos direito-economia e a importância do Judiciário na conformação das instituições são ilustrados por John Commons, que relaciona a expansão do crédito na economia à evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos na definição de direitos de propriedade, que, na passagem do século XX, evoluiu da idéia de propriedade física para a de propriedade intangível.

A influência do institucionalismo transcendeu o meio acadêmico econômico, exercendo influência no meio acadêmico jurídico norte-americano⁵⁵, em especial sobre autores como Karl Llewellyn, Robert Hale e Oliver Holmes Jr., expoentes do realismo jurídico norte-americano, movimento intelectual que, enfatizando o papel dos juizes na resolução das situações jurídicas concretas, propunha-se a captar o conteúdo real do direito por diferentes formas, inclusive mediante consideração do conteúdo e dos efeitos econômicos das normas jurídicas.

Considerando a análise econômica uma ferramenta útil para a compreensão do direito e para a elaboração de normas que possam promover melhorias nas condições sociais, Karl Llewellyn⁵⁶ aponta para a influência do direito, em especial da estrutura dos direitos de propriedade e dos contratos, no funcionamento dos mercados, bem

⁵⁵ Conforme Nicholas Mercurio e Steven Medema destacam: “mesmo que o realismo considere úteis determinados aspectos da economia neoclássica, é com o institucionalismo econômico de Thorstein Veblen e John R. Commons, ao invés da economia neoclássica, que o realismo possui afinidade.” MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law, from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 17.

⁵⁶ A contribuição de Karl Llewellyn, enquanto percussor no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas nas obras *The Effect of Legal Institutions upon Economics* (1925) e *The Constitution as an Institution* (1934), é destacada por: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Op. cit.*, p. 16-17, e; SCHWARTZ, Alan. *Karl Llewellyn and the Early Law and Economics*, p. 421-425. A esse respeito, vejam-se, também: ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 11, e; RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. *Historia del Pensamiento Jurídico*, p. 591-595.

como, destaca a influência do sistema tributário, da legislação de bem-estar social e dos empreendimentos públicos na produção e distribuição social da riqueza.

Descrito por Neil Duxbury como um realista jurídico que fez uso da emergente tradição institucionalista, e apontado por Richard Posner como o realista jurídico que antecipou algumas das descobertas do moderno movimento de direito e economia, Robert Hale⁵⁷ enfatiza o mútuo impacto dos processos jurídico e econômico, concebidos como fenômenos indissociáveis, considerando a economia como um sistema de poder que opera através de um sistema de coerção, o direito, bem como, destacando que a atividade reguladora do Estado é um fenômeno ao mesmo tempo público e privado, eis que afeta diretamente a liberdade individual de engajamento na atividade econômica. Em especial, a atuação reguladora do Judiciário, ao dirimir controvérsias levadas à sua apreciação, revela-se importante, fazendo-se necessário, Robert Hale enfatiza, que as cortes considerem o impacto econômico de suas decisões, que realizem a aferição das consequências alocativas e distributivas, empreendendo inteligente processo de ponderação dos ganhos e perdas proporcionados pela aplicação de cada regra jurídica cuja legalidade/constitucionalidade é objeto de apreciação, em verdadeiro processo de compreensão realística dos efeitos econômicos da legislação.

Destacando que o direito é um instrumento para alcançar objetivos socialmente relevantes e que a compreensão do direito requer o conhecimento dos aspectos históricos, sociológicos e, principalmente, econômicos, Oliver Holmes Jr.⁵⁸ consigna que:

Para o estudo racional do direito, é possível que o homem de toga preta seja o homem do presente, porém o homem do futuro é o homem da estatística e o conhecedor da economia..., todos os advogados deveriam procurar compreender a economia. Com sua ajuda aprendemos a considerar e a pesar os fins da legislação, os meios de alcançá-los e o custo envolvido. Aprendemos que para obter algo é necessário abrir mão de outra

⁵⁷ Estudo considerando Robert Hale como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas nas obras *Course Materials for Legal Factors in Economic Society* (1935-1947) e *Freedom Through Law: Public Control of Private Governing Power* (1954), é realizado por: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G; SAMUELS, Warren J. *Robert Lee Hale (1884-1969)*, p. 531-544. A esse respeito, vejam-se, também: POSNER, Richard A. *Overcoming Law*. Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 3, e; DUXBURY, Neil. *American Legal Realism*, p. 67-68.

⁵⁸ HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The Path of the Law*, p. 474.

coisa, aprendemos a comparar a vantagem obtida com a vantagem que renunciamos e saber o que estamos fazendo quando escolhemos.

Especificamente quanto à responsabilidade civil⁵⁹, o jurista norte-americano registra tratar-se de sistema de alocação de riscos (veja-se o item 2.1.2.4), sendo que, por princípio, as perdas com acidentes devem ser suportadas pelas vítimas, salvo se alguma norma jurídica autorizar a transladação dos danos à outra pessoa. Além do que, externando sua preferência pela responsabilidade subjetiva, Oliver Holmes Jr.⁶⁰ destaca que a adoção de uma regra universal de responsabilidade objetiva, com a responsabilização dos causadores pelos acidentes evitáveis e pelos acidentes não evitáveis, produzirá o efeito de transformar o sistema de responsabilidade civil em instrumento de insegurança social, sugerindo, em adição, que, à medida que grande parte dos acidentes industriais é produto inevitável da atividade industrial, o sistema de seguridade social constitui instrumento de atuação preferível ao sistema de responsabilidade civil.

Conforme Nicholas Mercurio e Steven Medema⁶¹ assinalam, “do projeto realista-institucionalista resultaram numerosos estudos que tentam provar o vínculo entre direito e economia, e, neste processo, informar o pensamento e a tomada de decisão jurídica e econômica”. Contudo, mesmo que as décadas de 1920 e 1930 tenham registrado a frutífera intersecção entre direito e economia, as décadas seguintes registram a perda de influência do pensamento econômico institucionalista e do pensamento jurídico realista, fenômenos fortemente relacionado à mudança de paradigma de pesquisa nas ciências sociais que, nos moldes da terminologia proposta por Ejan Mackaay⁶², marcam o final da primeira onda de direito e economia.

⁵⁹ Veja-se: POSNER, Richard A. *Holmes, Oliver Wendell, Jr. (1841-1935)*, p. 246.

⁶⁰ Estudo considerando Oliver Holmes Jr. como pioneiro no campo de direito e economia, em especial face às idéias desenvolvidas na obra *The Path of the Law* (1897), é realizado por: POSNER, Richard A. *Op. cit.*, p. 244-246. Sobre o tema, vejam-se, também: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law, from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 13-14, e; RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. *Historia del Pensamiento Jurídico*, p. 575-578.

⁶¹ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law, from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 17.

⁶² MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 68.

3. SEGUNDA ONDA

O estudo da origem comum, dos precursores e da primeira onda de direito e economia confirma não ser nova a interação entre as disciplinas. Contudo, as décadas de 1940 e 1950, em especial, remetem à segunda parte da manifestação de Cento Veljanovski⁶³, o afastamento, a negligência na análise interativa direito-economia, fato que pode ser creditado à metodologia da pesquisa científica na modernidade.

A sociedade ocidental moderna, conforme Max Weber⁶⁴ registrou no limiar do século XX, tem seu ideal de racionalidade fundado na atuação do Estado moderno, no sistema econômico capitalista e na justiça formal. No âmbito da metodologia das ciências sociais, de acordo com o sociólogo alemão⁶⁵, tal processo conduziu à realização de “construções doutrinárias racionais”, “técnico-empíricas ou lógicas”, tendentes à formação de um “tipo ideal racional”, comparável com a realidade a fim de descrevê-la, compreendê-la e explicá-la por via da imputação causal com conceitos compreensíveis, os mais unívocos possíveis. Exemplos do processo de racionalização científica, apresentados por Max Weber, são a “dogmática jurídica racional” e a “teoria racional dos cálculos referentes à análise econômica de mercado”, disciplinas que têm seu caráter dogmático assemelhado à matemática e à lógica.

A dogmática jurídica racional encontra no positivismo jurídico seu expoente máximo. Enfatizando a possibilidade lógica da ciência do direito e fixando as normas jurídicas como objeto de estudo, o positivismo volta-se, na expressão de Hans Kelsen, para a construção de uma “teoria pura do direito”. Teoria que, concebendo a ordem jurídica como uma estrutura escalonada de normas⁶⁶, fechada e completa, procura fornecer um conceito autônomo de direito. Conforme Hans Kelsen⁶⁷ registra:

⁶³ VELJANOVSKI, Cento. *A Economia do Direito e da Lei*, p. 25. Veja-se, a esse respeito, em formulação de caráter mais genérico: *Idem. The Economics of Law*, p. 27-30.

⁶⁴ De acordo com Max Weber: “o que em definitivo criou o capitalismo foi a empresa duradoura e racional, a contabilidade racional, a técnica racional, o direito racional, a tudo isso há que juntar a ideologia racional, a racionalização da vida, a ética racional da economia”: WEBER, Max. *História Económica General*, p. 298.

⁶⁵ WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*, v. 2, p. 394-395.

⁶⁶ Emblemática é a tradicional figura da pirâmide das normas, derivação da formulação teórica de Hans Kelsen, fechada para o ambiente externo e com a estrutura interna estratificada em três níveis: no topo, a constituição; na faixa intermediária, as normas gerais (leis, decretos...), e; na base, as normas individuais (contratos, decisões judiciais...): KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 246-290. Registre-se, em

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental.

Fortemente enraizado no universo jurídico contemporâneo, o positivismo emerge como necessidade prática de segurança, objetividade e previsibilidade das relações sociais, tendo por característica principal o que Max Weber⁶⁸ identifica como racionalidade formal, ou seja, enquanto instrumento para a realização de certos fins considerados dignos de promoção pela sociedade, o direito adquire uma forma regular, torna-se um sistema normativo formal que restringe questionamentos substantivos, inclusive os de natureza econômica, considerados distorção da realidade jurídica, violação à racionalidade da ciência do direito.

A dogmática econômica, Max Weber⁶⁹ destaca, estabelece determinados pressupostos que, na realidade, nunca se verificam em sua totalidade, observam-se apenas em maior ou menor grau de aproximação. Além do que, a dogmática econômica exclui a influência de uma orientação do agir segundo diretrizes políticas ou extra-econômicas de qualquer tipo possível, inclusive a influência de fatores vinculados ao direito. Expressão maior da racionalidade no campo econômico é o neoclassicismo, temática introduzida no item anterior do presente estudo.

No contexto de modernidade delineado por Max Weber⁷⁰, em síntese, economia e direito atuam em planos distintos, sendo que “seus objetos não podem entrar em contato de modo imediato; a ‘ordem jurídica’ ideal de uma teoria jurídica nada tem a ver diretamente com o cosmos do atuar econômico real”. Tais concepções acerca da

contraponto, que, referindo-se à teoria pura do direito de Hans Kelsen, Richard Posner vislumbra a abertura de espaço para a aplicação de fundamentos de análise econômica do direito, em particular pelos juízes ao decidir diversas modalidades de conflitos levados ao Judiciário. POSNER, Richard. *Kelsen, Hayek, and the Economic Analysis of Law*, p. 2-28

⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 1.

⁶⁸ WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, v. 2, p. 12-13.

⁶⁹ WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*, v. 2, p. 395.

⁷⁰ *Idem. Economia e Sociedade*, v. 1, p. 210.

metodologia das ciências sociais, fortemente arraigadas no pensamento científico moderno, explicam o afastamento nas décadas de 1940 e 1950 no que pode ser considerado o *mainstream* das duas ciências, o positivismo jurídico e o neoclassicismo econômico.

Contudo, o diálogo entre as duas disciplinas não foi totalmente interrompido⁷¹. A articulação entre direito e economia manteve-se, basicamente, em torno do estudo da concorrência⁷². O pensamento da escola ordo-liberal de Freiburg⁷³ (veja-se o item 1.2.1.), em especial de Franz Böhm⁷⁴, concebendo a concorrência como processo social e enfatizando a liberdade de competição como valor próprio a ser tutelado pelo sistema jurídico, capitaneou a aproximação entre direito e economia na Europa. A abordagem estruturalista de Harvard⁷⁵, enfatizando a influência das estruturas de mercado sobre o funcionamento do sistema econômico e propugnando a regulação como forma de ação preventiva destinada a evitar estruturas industriais concentradas, consideradas contrárias

⁷¹ Entre as escassas abordagens integrativas direito-economia não vinculadas à análise da concorrência podem ser referidos os estudos realizados na Inglaterra por: Arnold Plant, no campo da propriedade intelectual (*The Economic Aspects of Copyright in Books e The Economic Theory Concerning Patents in Inventions* – 1934), e; Ronald Coase, na área empresarial (*The Nature of the Firm* – 1937). Veja-se, a esse respeito: MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 71. Além do que, na Alemanha, destaca-se a doutrina da interpretação econômica do direito tributário, com origem no anteprojeto do Código Tributário elaborado, em 1919, por Enno Becker. Doutrina que, registre-se, influenciou fortemente tributaristas brasileiros como Amílcar de Araújo Falcão e Rubens Gomes de Souza, além de autores como Eros Roberto Grau que, de forma emblemática, destaca ser “impossível, no entanto, a compreensão do fenômeno tributário se o considerarmos exclusivamente pelo seu aspecto jurídico... Imprescindível, portanto, a consideração, ao lado do jurídico, do conceito econômico de tributo... A análise econômica do fenômeno tributário, como anteriormente afirmamos, é imprescindível a sua própria compreensão”. GRAU, Eros Roberto. *O Conceito de Tributo e Fontes do Direito Tributário*, p. 10 e 15. Sobre o tema, vejam-se: NOGUEIRA, Johnson Barbosa. *A Interpretação Econômica do Direito Tributário*, p. 2 e 42-43; BATTESINI, Eugênio. *Imunidade Tributária e Ordem Econômica na Constituição Brasileira*, p. 35-52, e; KRAFT, Gerhard; KRENGEL, Ronald, *Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective*, p. 9.

⁷² Sobre a interação entre direito e economia da concorrência em perspectiva histórica, vejam-se: CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. *Antitrust Law*, p. 467-497, e; BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia da Concorrência: Concentração Vertical na Comunidade Européia*, p. 5-12.

⁷³ Sobre a escola ordo-liberal de Freiburg, vejam-se: PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists' New Science of Law, 1830-1930*, p. 150-151, e; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as Estruturas*, p. 25-28.

⁷⁴ Estudo considerando Franz Böhm como autor clássico no campo do direito e economia, em especial face à contribuição na análise das condições de concorrência nos mercados, realizada nas obras *Wettbewerb und Monopolkampf* (Concorrência e a luta pelo Monopólio - 1937) e *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung* (Ordem Econômica e Constituição Nacional - 1950), é desenvolvido por: GROSSKETTLER, Heinz. *Franz Böhm (1895-1977)*, p. 489-498.

⁷⁵ Sobre a escola estruturalista de Harvard, em especial a idéia de *workable competition* e a aplicação do paradigma estrutura-conduta-desempenho na análise de práticas anticompetitivas, vejam-se: CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. Op. cit., p. 467-473, e; FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*, p. 154-164.

à concorrência por si só, manteve o vínculo entre direito e economia nos Estados Unidos.

Mas é no estudo da concorrência, com ênfase na eficiência alocativa, produção a baixos custos com benefícios máximos aos consumidores, considerado objetivo da política de defesa da concorrência, no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago⁷⁶, com destaque para a atuação pioneira de Aaron Director, que começa a se formar a segunda onda de direito e economia. Ao final da década de 1940, Aaron Director⁷⁷ encontrava-se em situação pouco usual para um economista, lecionando *antitrust* na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. Adotando postura metodologicamente inovadora, realizando a aplicação de fundamentos econômicos no estudo de casos jurídicos, Aaron Director exerceu influência sobre uma geração de juristas, tais como, Robert Bork, John McGee e Richard Posner, determinando o florescimento, a partir da década de 1950, da escola de Chicago de *antitrust*⁷⁸.

A frutífera interação entre direito e economia no campo da concorrência⁷⁹ na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, estimulou a realização de estudos econômicos abrangendo outras áreas do direito⁸⁰, conduzindo à publicação, em 1958, do *Journal of Law and Economics*, cujo primeiro editor foi o próprio Aaron Director, posteriormente substituído por Ronald Coase. É justamente no periódico da Universidade de Chicago que Ronald Coase⁸¹ publica, em 1960, o artigo *The Problem*

⁷⁶ Sobre a escola de Chicago, em especial a idéia de eficiência alocativa e a aplicação da regra da razão na análise de práticas anticompetitivas, vejam-se: CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. *Antitrust Law*, p. 474-479, e; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as Estruturas*, p. 22-25.

⁷⁷ Consistente estudo que destaca a influência intelectual de Aaron Director sobre o movimento de direito e economia é realizado por: COASE, Ronald H. *Director, Aaron (1901-)*, p. 601-604.

⁷⁸ Sobre a conexão entre o estudo da concorrência na escola de Chicago e a segunda onda de direito e economia vejam-se: MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 71-72, e; MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law, from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 95-99. Representativas da abordagem integrativa direito-economia da concorrência no âmbito da escola de Chicago são as obras *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976), de Richard Posner, e; *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (1978), de Robert Bork.

⁷⁹ Richard Posner se refere ao estudo da concorrência como antigo movimento de direito e economia, em contraposição ao novo movimento de direito e economia, cuja característica é a ampliação da agenda de pesquisa para todas as áreas do direito: POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, p. 23.

⁸⁰ Para uma ampla análise sobre a origem do contemporâneo movimento de direito e economia no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, vejam-se: COASE Ronald H. *Law and Economics at Chicago*, p. 239-254, e; MEDEMA, Steven G. *Chicago Law and Economics*, p. 1-28.

⁸¹ Consistentes estudos que destacam a importância e a polêmica em torno da obra de Ronald Coase são realizados por: MEDEMA, Steven G.; ZERBE Jr. Richard O. *The Coase Theorem*, p. 836-892; PARISI,

*of Social Cost*⁸², marco teórico na proposição do paradigma analítico que caracteriza a segunda onda de integração entre direito e economia, juntamente com outro texto clássico, que também explora a temática da responsabilidade civil em perspectiva jurídico-econômica, o artigo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*⁸³, de Guido Calabresi⁸⁴, publicado, em 1961, na revista da Faculdade de Direito de Yale.

No texto clássico *The Problem of Social Cost*, Ronald Coase⁸⁵ retoma a análise das externalidades negativas/responsabilidade civil, criticando, contudo, a proposta de correção das falhas de mercado via tributação, formulada por Arthur Pigou, na década de 1920, e até então amplamente aceita pela teoria econômica. Estabelecida a lógica de que as externalidades negativas representam um custo social, Ronald Coase contrapõe-se a perspectiva tradicional, face ao seu caráter unilateral, e enfatiza a natureza recíproca do problema. Registra que a questão que se apresenta à sociedade não é o de quem deve suportar o dano, pois, em termos de eficiência alocativa, considerando o conjunto dos mercados afetados, o resultado econômico final será indiferente. Analisando extensivamente o exemplo, utilizado por Arthur Pigou, dos incêndios em propriedades limítrofes às vias férreas causados por faíscas emitidas por locomotivas em trânsito, Ronald Coase destaca que, considerando o conjunto da atividade econômica, mercado de transporte de cargas e mercado de produção de cereais, em termos de eficiência alocativa, o resultado final será indiferente se o ônus da internalização recair sobre a empresa de transporte ferroviário, via tributação ou regra de responsabilização civil, ou sobre o proprietário de terras limítrofes à via férrea, na ausência de regra de responsabilização civil.

O problema real que se apresenta, Ronald Coase⁸⁶ enfatiza, é como evitar o dano social mais grave, como estruturar o sistema jurídico de forma a proporcionar o aumento da eficiência alocativa. Adotando categoria analítica proposta por John

Francesco. *Coase Theorem and Transaction Cost Economics in the Law*, p. 7-39, e; DEMSETZ, Harold. *Coase, Ronald Harry*, p. 262-270.

⁸² COASE, Ronald. H. *The Problem of Social Cost*, p. 1-44.

⁸³ CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, p. 499-553.

⁸⁴ Consistentes estudos que destacam a influência intelectual da obra de Guido Calabresi sobre o movimento de direito e economia são realizados por: HYLTON, Keith N. *Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics*, p. 1-18, e; SHERWIN, Emily. *Guido Calabresi*, p. 199-200.

⁸⁵ COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 28-34.

⁸⁶ COASE, Ronald. H. *Op. cit.*, p. 31.

Commons, Ronald Coase apresenta duas situações conceitualmente distintas, a de ausência de custos de transação e a de presença de custos de transação⁸⁷, concebidos como os custos relacionados com a utilização do sistema de preços enquanto mecanismo de alocação de recursos nos mercados, tais como os custos de informação, os custos de negociação e os custos de concluir e fazer valer contratos juridicamente eficazes.

Em contexto de ausência de custos de transação, prevalece a lógica do que se convencionou denominar teorema de Coase; “sob condições de perfeita competição os custos sociais e privados serão equalizados”⁸⁸. Ou seja, em condições ideais de clara definição dos direitos de propriedade e de custos de transação nulos, as partes desencadeiam processo de cooperação, procedem à negociação de forma a atingir solução eficiente de mercado, realizando o uso mais valioso dos recursos escassos, sem a necessidade de ação reguladora do Estado.

Considerando o exemplo dos incêndios em propriedades limítrofes às vias férreas causados por faíscas emitidas por locomotivas em trânsito, Ronald Coase⁸⁹ destaca que, na situação ideal de ausência de custos de transação, a empresa de transporte ferroviário e os proprietários de terras limítrofes à via férrea desencadearão processo de negociação e chegarão a bom termo, pois cada parte ponderará seus interesses/direitos de propriedade (circulação de trens e plantação de cereais na área contígua à via férrea) e, no processo de negociação estabelecido, a parte que atribuir maior valor ao seu direito compensará a outra (por hipótese, a empresa de transporte ferroviário pagará determinada quantia aos proprietários de terras limítrofes para que eles não plantem cereais em área próxima à via férrea). Assim, em situação ideal de perfeita definição dos direitos de propriedade e custos de transação nulos, o mecanismo

⁸⁷ Conforme Thráinn Eggertsson registra, “não há uma definição precisa de custos de transação”, mas, em termos gerais, “são os custos que surgem quando os indivíduos comercializam direitos de propriedade sobre ativos econômicos e fazem valer seus direitos exclusivos”: EGGERTSSON, Thráinn. *Economic Behavior and Institutions*, p. 14. De forma mais abrangente, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi conceituam custos de transação como os “custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado”: PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*, p. 75.

⁸⁸ A formulação inicial do teorema de Coase, feita por George Stigler, em 1966, e diversas formulações e interpretações posteriores são apresentadas por: MEDEMA, Steven G.; ZERBE Jr. Richard O. *The Coase Theorem*, p. 837-838. A esse respeito, veja-se, também: MEZA, David de. *Coase Theorem*, p. 271-281.

⁸⁹ COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*, p. 31.

de preços funciona como em qualquer mercado convencional de bens ou serviços, prevalecendo a dinâmica de mercado, com a realização de eficiente alocação dos recursos econômicos escassos.

Ocorre que, conforme o próprio Ronald Coase⁹⁰ destaca, no mundo real, os direitos de propriedade não são claramente definidos e os custos de transação não são nulos, o que torna a análise complexa. A solução passa, então, pela avaliação detalhada do conjunto particular de circunstâncias econômicas envolvidas em cada caso e pela comparação dos custos e dos benefícios totais das propostas alternativas, com o intuito de evitar a ocorrência do dano mais grave do ponto de vista social. Referindo-se ao exemplo dos incêndios em propriedades limítrofes às vias férreas causados por faíscas emitidas por locomotivas em trânsito, Ronald Coase destaca que a existência de custos de transação elevados pode dificultar solução negociada, sendo que, contudo, tal fato não necessariamente torna a responsabilização civil da empresa de transporte ferroviário o melhor instrumento de atuação frente aos acidentes, a melhor forma de resolver o problema das externalidades negativas.

De acordo com Ronald Coase⁹¹, faz-se necessária análise comparativa dos diferentes alternativas jurídicas possíveis, considerando os custos totais envolvidos na operacionalização de cada uma, de forma a “idealizar arranjos institucionais que venham a corrigir defeitos em uma parte do sistema sem causar prejuízos mais sérios em outras partes”. No exemplo dos incêndios em propriedades limítrofes às vias férreas causados por faíscas emitidas por locomotivas em trânsito, o sistema jurídico pode ser conformado, por hipótese: com o estabelecimento de regras que determinem (regulação administrativa) ou que criem incentivos (benefícios fiscais) para o uso de equipamento que previna a emissão de faíscas pelas locomotivas; com o estabelecimento de regras proibindo a plantação de cereais em faixa de terra contígua à via férrea (limitação ao exercício do direito de propriedade), ou limitando o valor da indenização dos prejuízos causados pelos incêndios de forma a desestimular a plantação em tal área (responsabilidade civil). Assim sendo, no mundo real, a solução do problema do custo social representado pelas externalidades negativas passa pela ação reguladora do Estado, mediante eficaz configuração do sistema jurídico, eis que variáveis relevantes

⁹⁰ COASE, Ronald H., *The Problem of Social Cost*, p. 31.

⁹¹ *Ibidem*, p. 34.

para o funcionamento do sistema econômico, como os direitos de propriedade e os custos de transação, são fortemente conformadas no plano jurídico.

Reconhecendo, pois, a forte interação entre os fenômenos jurídicos e os fenômenos econômicos, Ronald Coase⁹² propõe a adoção de abordagem comparativa institucional: “é claro que nós não descobrimos ainda como alcançar o mundo ideal de onde nós estamos. Melhor *approach* parece ser iniciar nossa análise de uma situação que se aproxime da atualmente existente, para analisar os efeitos de uma proposição política de mudança e procurar decidir se a nova situação será, no total, melhor ou pior do que a original”. Abordagem que influencia definitivamente a economia e o direito. Na economia, Ronald Coase⁹³ propõe, “nós temos que ter em conta os custos envolvidos na operação dos diferentes arranjos sociais, assim como os custos envolvidos na mudança para um novo sistema”, ou, de forma mais abrangente, imperiosa a análise de como o sistema jurídico influencia a prática econômica. Na prática jurídica, Ronald Coase⁹⁴ destaca, é desejável que “as cortes considerem os efeitos econômicos de suas decisões” ou, de forma mais abrangente, que a conformação do sistema jurídico seja feita considerando os fatores econômicos, juntamente com o conjunto de fatores sociais relevantes.

As inovadoras proposições teóricas formuladas por Ronald Coase, a partir da análise da temática das externalidades negativas/responsabilidade civil, desencadearam a progressiva realização de estudos acadêmicos ao longo da década de 1960 e seguintes, determinando: no âmbito da ciência econômica, o surgimento da nova economia institucional, movimento cuja qualificação oscila de revolucionário paradigma no estudo da economia à simples ajuste de rota nas idéias neoclássicas, bem como; no âmbito da ciência jurídica, o surgimento do contemporâneo do movimento de direito e economia, em especial na perspectiva de análise econômica do direito desenvolvida pela escola de Chicago.

⁹² COASE, Ronald H., *The Problem of Social Cost*, p. 43.

⁹³ *Ibidem*, p. 44.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 19 e 43.

Assim como Ronald Coase, Guido Calabresi⁹⁵ conecta fundamentos jurídicos e econômicos para analisar a temática das externalidades negativas/responsabilidade civil, escrevendo outra “pedra fundamental” do movimento de direito e economia, o artigo *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts*. No texto seminal, publicado em 1961, o jurista ítalo-americano volta-se à análise da eficiente alocação dos custos dos acidentes, sustentando, de forma similar ao que Victor Mataja havia feito ao final do século XIX, que o preço dos bens deve refletir os custos totais de produção, que o empreendimento deve suportar as perdas com acidentes decorrentes da atividade de risco por ele realizada.

Não obstante considerar aspectos como a prevenção e a dispersão social dos riscos, via mecanismo de preços, em *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts*, Guido Calabresi⁹⁶ centra esforços no estudo do sistema de responsabilidade civil enquanto regime regulatório voltado ao controle das externalidades negativas, enfatizando que: “nós não abandonamos a estrutura econômica básica que requer que o preço dos bens seja reflexo dos custos de produção... no máximo nós temos combinado nossa preocupação com a eficiente produção do que as pessoas querem, com uma crescente insistência em outros valores”, entre os quais está “o desejo de mitigar o efeito das perdas pela ampla dispersão”; bem como, destacando que “um sistema de alocação das perdas que realiza um trabalho adequado do ponto de vista de cada um destes diferentes valores tem maior probabilidade de permanecer estabelecido do que um sistema que enfatiza um conjunto de valores com exclusão de outros”.

A preocupação com a construção de um sistema de responsabilidade civil que “tenha maior probabilidade de permanecer estabelecido”, que contemple o conjunto de valores socialmente relevantes, constitui a tônica do livro *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*. Na obra publicada em 1970, Guido Calabresi⁹⁷ considera que qualquer sistema de responsabilidade civil possui dois objetivos principais: “primeiro, ele deve ser justo ou equitativo; segundo, ele deve reduzir os custos de acidentes”. Em relação ao objetivo da justiça ou equidade, destaca tratar-se “um teste

⁹⁵ CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, p. 500-501.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 533.

⁹⁷ *Idem*. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 24.

final pelo qual qualquer sistema de responsabilidade civil deve passar”, como “um veto ou limitação do que pode ser feito para alcançar a redução de custos”.

Enfatizando que, “além do requerimento de justiça, é axiomático que a principal função do direito dos acidentes seja reduzir a soma dos custos dos acidentes e dos custos de prevenção dos acidentes”⁹⁸, Guido Calabresi volta-se para a análise estrutural de tais custos, classificando-os em três modalidades, primários, secundários e terciários⁹⁹. Os custos primários se relacionam com os danos diretos causados às vítimas, tais como a reparação de automóvel em acidente de trânsito, bem como eventuais lucros cessantes. Os custos secundários são associados à dispersão do risco, são os custos sociais dos acidentes ou os custos de terceiros, por exemplo, o seguro obrigatório de automóveis, a manutenção de sistema de previdência social e os custos de adequação dos automóveis às normas de segurança. Os custos terciários dizem respeito à liquidação dos danos, são os gastos realizados para se efetivar a reparação do dano, tais como os gastos realizados pelo Poder Público com o registro de acidentes, as despesas relacionadas com processos judiciais e os gastos realizados pelo Poder Público na esfera penal, tais como a manutenção sistema penitenciário.

Acrescentando à análise a premissa básica de que a sociedade não almeja evitar a ocorrência de acidentes a qualquer custo, mas sim controlar os custos dos acidentes de maneira consistente com o conjunto de objetivos sociais, Guido Calabresi¹⁰⁰ estabelece a lógica de que a minimização da soma dos custos primários, secundários e terciários e dos custos de prevenção dos acidentes deve pautar o debate acerca da formação de um sistema de responsabilidade civil. Delineado tal contexto, aponta para a necessidade de ponderação dos custos e benefícios envolvidos no processo de tomada de decisão, situação que torna recomendável que o estudo das normas de responsabilidade civil seja realizado mediante a utilização de fundamentos econômicos, em adição aos fundamentos jurídicos.

Considerando que as normas de responsabilidade civil atuam como sistema de incentivos à adoção de conduta preventiva pelas partes envolvidas em situação de risco

⁹⁸ CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 26.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 24-33.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 17.

de acidentes, Guido Calabresi¹⁰¹ propõe que a construção de um sistema de responsabilidade civil seja realizada mediante a adoção de regras simples e diretas concebidas a partir da idéia de menor custo de prevenção, princípio do *cheapest cost avoider*: “uma abordagem puramente de mercado para os custos primários de evitar acidentes requer a alocação dos custos de acidentes para aqueles atos ou atividades (ou combinação deles) que podem evitar acidentes a custos mais baixos”. Dito de outra forma, de acordo com o princípio do *cheapest cost avoider*, nas hipóteses em que qualquer das partes estivesse em condições de evitar o acidente, os custos primários devem ser suportados por quem poderia tê-lo feito a custos menores, eis que possuía vantagem comparativa para fazê-lo e não o fez. Em exemplo genérico de aplicação do princípio do *cheapest cost avoider*, Guido Calabresi¹⁰² refere-se à hipótese de prevenção de acidentes mediante a instalação de equipamento de segurança (para-choques com amortecimento de impacto – *spongy bumpers*) pelo fabricante de automóvel, considerado o *cheapest cost avoider*.

A partir da noção de mais baixo custo de prevenção, Guido Calabresi¹⁰³ critica a edificação de um sistema de responsabilidade civil com base na noção de culpa, considerando tratar-se de:

Um sistema pobre de controle de mercado..., que nós não devemos utilizar se o nosso objetivo é o estabelecimento de um sistema ótimo de controle de mercado dos custos dos acidentes..., se o nosso objetivo é alocar os custos dos acidentes à parte, à categoria ou à atividade que melhor pode fazer escolha entre evitar ou incorrer em custos de acidentes e, desse modo, considerar a minimização da soma dos custos de evitar ou ter acidentes.

A influência do pensamento de Guido Calabresi sobre o contemporâneo movimento de direito e economia, em especial sobre a escola de Yale, é marcante. A qualidade distintiva da contribuição de Guido Calabresi, Cento Veljanovski¹⁰⁴ sintetiza, foi demonstrar o poder de alguns simples princípios de economia na promoção de maior racionalidade a uma área relevante do direito e desenvolver uma base coerente para sua

¹⁰¹ CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 135.

¹⁰² *Ibidem*, p. 136-138.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 267.

¹⁰⁴ VELJANOVSKI, Cento. *The Economics of Law*, p. 38.

reforma. Reforma que, como o próprio Guido Calabresi¹⁰⁵ enfatiza, deve conciliar aspectos econômicos e jurídicos, dado que “a teoria econômica pode sugerir uma abordagem – o mercado – para a tomada de decisões. Mas as decisões considerando vidas contra dinheiro ou conveniência não podem ser puramente monetárias, então o método de mercado nunca deve ser o único utilizado”.

A influência de Guido Calabresi no meio acadêmico brasileiro é restrita, fazendo-se sentir em citações pontuais, como a realizada por Fábio Ulhoa Coelho¹⁰⁶, que, ao discorrer acerca da função preventiva da responsabilidade civil, registra:

Guido Calabresi assinala que, ao estimular condutas potencialmente danosas, a responsabilidade civil contribui para a redução da quantidade e da gravidade dos acidentes e, conseqüentemente, dos custos a eles relacionados. Previnem-se acidentes tanto por meio de proibição a determinados atos ou atividades como tornando estas menos lucrativas. Para Calabresi, aliás, a função preventiva da lei é mais importante até mesmo que a de compensar as vítimas pelos prejuízos. Privilegiado o objetivo de redução dos custos associados aos acidentes, a responsabilidade civil é mais eficiente ao evitá-los que ao atenuar seus efeitos... Desse modo, a prevenção é função tanto da responsabilidade civil subjetiva como da objetiva, embora de modos bem diferentes.

Além dos fundamentais trabalhos de Ronald Coase e Guido Calabresi, o período compreendido entre o final da década de 1950 e o início da década de 1970 registra outras relevantes contribuições¹⁰⁷, que marcam a transição para o novo paradigma de análise integrativa direito-economia, destacando-se os estudos desenvolvidos por Anthony Downs, James Buchanan, Gordon Tullock, Gary Becker, George Stigler, Friedrich Hayek, Armen Alchian, Harold Demset, Douglass North, Warren Samuels e Pietro Trimarchi.

¹⁰⁵ CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 18.

¹⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, p. 274-275.

¹⁰⁷ Para uma visão abrangente da literatura integrativa direito-economia produzida no período 1958-1973, que compreende, também, o trabalho de autores como Steven Cheung (*Transaction Costs, Risk Aversion, and the Choice of Contractual Arrangements* – 1969; *The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource* – 1970), William Landes (*An Economic Analysis of the Courts* – 1971), Bruno Leoni (*Freedom and the Law* – 1961), Henry Manne (*Our Two Corporate Systems: Law and Economics* – 1967) e Allan Schmid (*Property, Power and Progress* – 1965), veja-se: MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 74-75.

Voltando-se ao estudo da democracia, com o propósito de analisar a lógica básica do processo eleitoral e da tomada de decisão governamental, Anthony Downs¹⁰⁸ vale-se do instrumental da ciência econômica para analisar os fenômenos políticos, evidenciando que, assim como produtores e consumidores agem racionalmente nos mercados concorrenciais, objetivando maximizar lucro/utilidade, de forma análoga, políticos e eleitores agem racionalmente no cenário democrático na busca por votos, poder político, *status* ou prestígio social.

A idéia de comportamento racional, movido pelo auto-interesse de eleitores, políticos e agentes públicos, é também explorada por James Buchanan e Gordon Tullock¹⁰⁹, que utilizam instrumentos de análise econômica com o propósito construir uma “teoria econômica generalizada das constituições”, com vistas à formulação de modelo de ação coletiva - teoria das escolhas públicas que explique os meios pelos quais interesses individuais contrários são harmonizados de forma a se alcançar o consenso na democracia constitucional.

A aplicação de modelos de escolha racional além das tradicionais fronteiras da economia constitui a tônica do trabalho de outro consagrado economista, Gary Becker¹¹⁰, que, partindo do pressuposto de que os indivíduos maximizam seu bem estar da forma que como o concebem (egoísta, altruísta, leal, masoquista...), analisa questões como a discriminação contra minorias, as relações familiares (casamento, divórcio,

¹⁰⁸ Conforme registra Anthony Downs, na obra clássica *An Economic Theory of Democracy* (1957): “o papel do governo no mundo da teoria econômica não é de modo algum proporcional à sua predominância... pouco progresso se fez na direção de uma regra de comportamento generalizada, porém realista, para um governo racional, semelhante às regras tradicionalmente usadas no caso dos consumidores e produtores racionais... Essa tese é uma tentativa de fornecer essa regra de comportamento democrático e de rastrear suas implicações. Duas principais hipóteses são explicitamente desenvolvidas em nosso estudo: a teoria de que os partidos agem de modo a maximizar votos e o postulado de que os cidadãos se comportam racionalmente em política”: DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*, p. 25 e 318.

¹⁰⁹ Estudos destacando as contribuições de James Buchanan e Gordon Tullock no campo de direito e economia, em especial a obra *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (1962), são desenvolvidos por: MUELLER, Dennis C. *Buchanan, James McGill (Born 1919)*, p. 179-185; GOETZ, Charles. *Tullock, Gordon (1922-)*, p. 628-630, e; ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 20. Veja-se, também, a leitura do próprio James Buchanan, ao receber o prêmio Nobel de economia, *The Constitution of Economic Policy* (1986).

¹¹⁰ Estudo destacando a contribuição de Gary Becker no campo de direito e economia, em especial as obras *The Economics of Discrimination* (1957), *Human Capital* (1964), *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968), é desenvolvido por: LANDES, William M. *Becker, Gary Stanley (1930-)*, p. 153-156. Vejam-se, também: POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, p. 60-61, além da leitura do próprio Gary Becker ao receber o prêmio Nobel de economia, *The Economic Way of Looking at Life* (1992).

fertilidade, assistência mútua entre familiares), as decisões pessoais sobre educação, saúde, mudança de endereço, atividade profissional (teoria do capital humano) e, em especial, a criminalidade, fenômeno cuja racionalidade está associada ao retorno esperado com a atividade ilícita *vis a vis* os riscos envolvidos, incluindo a probabilidade de captura e a severidade da pena.

Avançando na linha analítica proposta por Ronald Coase, George Stigler¹¹¹ chama a atenção para importante componente dos custos de transação, os custos de informação, recurso escasso assimetricamente distribuído entre os agentes econômicos que afeta sensivelmente a dinâmica de funcionamento dos mercados, além do que, centra esforços no estudo da atuação do Estado na correção de falhas de funcionamento de mercado, desenvolvendo teoria econômica da regulação pública, cuja tese central é que, em regra, a regulação favorece interesses privados de grupos politicamente influentes, normalmente produtores ou setores da indústria regulada, em detrimento dos interesses dos consumidores - teoria da captura ¹¹².

Enfatizando o papel do direito como instrumento de coesão social, a função de suporte à ordem espontânea desempenhada pelas instituições jurídicas, em especial as normas que definem direitos de propriedade, que limitam o exercício dos direitos de propriedade frente a terceiros e que estabelecem o *enforcement* dos contratos, Friedrich Hayek¹¹³ considera que tais instituições são responsáveis pela criação de ambiente estável de interação econômica, mediante o estabelecimento de padrão previsível de

¹¹¹ Estudos destacando a contribuição de George Stigler no campo de direito e economia, em especial as obras *The Economics of Information* (1961) e *The Theory of Economic Regulation* (1971), são desenvolvidos por: SEEN, Peter R. *George Joseph Stigler (1911-92)*, p. 700-708, e; TELSER, Lester G. *Stigler, George Joseph (1911-1991)*, p. 540-544. Veja-se, também, a leitura do próprio George Stigler ao receber o prêmio Nobel de economia, *The Process and Progress of Economics* (1982).

¹¹² Conforme George Stigler destaca, “O Estado – a máquina e o poder do Estado – é uma potencial fonte de recursos ou de ameaças a toda a atividade econômica na sociedade. Com o seu poder de proibir ou compelir, de tomar ou de dar dinheiro, o Estado pode (e efetivamente o faz) ajudar ou prejudicar, seletivamente, um vasto número de indústrias... As tarefas centrais da teoria da regulação econômica são justificar quem receberá os benefícios ou quem arcará com os ônus da regulação, qual forma a regulação tomará e quais os efeitos desta sobre a alocação de recursos... Uma das teses centrais deste artigo é a de que, em regra, a regulação é adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício”. STIGLER, George J. *A Teoria Econômica da Regulação*, p. 23.

¹¹³ Estudos avaliando a contribuição de Friedrich Hayek na análise integrativa direito-economia, em especial as obras *Constitution of Liberty* (1960) e *Law, Legislation and Liberty: a New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy* (3 v., 1973-1979), são desenvolvidos por: HAUWE, Ludwig Van den. *Friedrich August von Hayek (1899-1992)*, p. 545-558, e; O'BRIEN D. P. *Hayek, Friedrich August von (1899-1992)*, p. 217-229. A esse respeito, veja-se, também: STEELE, G. R. *The Economics of Friedrich Hayek*, p. 28-51.

comportamento que facilita a ação coordenada dos indivíduos nos mercados, de forma a permitir o exercício da liberdade individual em contínuo processo de descoberta de soluções e aproveitamento das oportunidades que se apresentam no ambiente sócio-econômico. Além do que, colocando em evidência as virtudes do sistema da *common law*, considerado fruto de processo evolucionário espontâneo, Friedrich Hayek realça a função desempenhada pelos juízes que, mediante gradual e contínua adaptação do direito existente às novas condições sociais, realizam a seleção de regras de conduta que se encontram dispersas no meio social, cristalizando no sistema jurídico o conhecimento social acumulado ao longo do tempo, bem como permitindo sua comunicação/difusão às gerações presente e futuras.

Considerando os direitos de propriedade, concebidos como garantia de exclusividade na utilização e possibilidade de transferência voluntária de ativos econômicos, como instituições cruciais na coordenação econômica, na alocação de recursos e no desenvolvimento do intercâmbio, face à criação de incentivos para que os indivíduos tomem decisões acerca de investimento, trabalho, poupança e inovação tecnológica, Armen Alchian e Harold Demsetz¹¹⁴ se voltam para o estudo da influência das variações nos limites dos direitos de propriedade sobre o sistema de preços e alocação de recursos nos mercados, associando a existência de falhas de mercado, em especial as externalidades negativas, à insuficiente definição e *enforcement* dos direitos de propriedade.

Utilizando a história econômica como substrato para o desenvolvimento de uma teoria das instituições e do desenvolvimento econômico, Douglass North¹¹⁵ sustenta que a chave para a compreensão do crescimento econômico é a habilidade da sociedade em criar e fazer valer instituições que reduzam a incerteza, que minimizem as

¹¹⁴ Estudo destacando as contribuições de Armen Alchian e Harold Demsetz no campo de direito e economia, em especial as obras *Some Economics of Property Rights* (Armen Alchian – 1961), *Some Aspects of Property Rights* (Harold Damsetz – 1964) e *The Property Right Paradigm* (Armen Alchian e Harold Damsetz – 1973), é desenvolvido por: VELJANOVSKI, Cento. *The Economics of Law*, p. 34-35. A esse respeito, veja-se, também: ESPINO, José Ayala. *Instituciones y Economía, una Introducción al Neoinstitucionalismo Económico*, p. 212-245.

¹¹⁵ Estudos destacando as contribuições de Douglass North no campo econômico, em especial as obras *Institutional Change and American Economic Growth* (co-autoria com Lance Davis - 1971) e *The Rise of the Western World: a New Economic History* (co-autoria com Robert Thomas - 1973), são desenvolvidos por: MYHRMAN, Johan; WEINGAST, Barry R. *Douglass C. North's Contributions to Economic and Economic History*, p. 185-193, e; GALA, Paulo. *A Teoria Institucional de Douglass North*, p. 89-105. Veja-se, também a leitura do próprio Douglass North ao receber o prêmio Nobel de economia, *Economic Performance through Time* (1993).

externalidades e os custos de transação envolvidos na atividade econômica, tornando possível a coordenação dos agentes e a operação eficiente dos mercados. O segredo do êxito de nações economicamente bem sucedidas, Douglass North enfatiza, consiste na capacidade de realizar arranjos institucionais que assegurem a clara definição e a garantia dos direitos de propriedade, bem como promovam a criação de institutos jurídicos e sociais geradores de incentivos para que os indivíduos desenvolvam seus conhecimentos e habilidades, sendo recompensados segundo seu grau de sucesso, proporcionando acumulação de capital, progresso tecnológico e maior eficiência ao sistema econômico.

Seguindo a linha analítica proposta por autores vinculados ao movimento institucionalista norte-americano, em especial, John Commons, Warren Samuels¹¹⁶ volta-se para o estudo da inter-relação entre o processo jurídico e o processo econômico, *legal-economic nexus*, destacando que o direito é função da economia e que a economia (especialmente a estrutura) é função do direito, que ambos interagem de forma contínua e dinâmica, em sistema de mútua coerção – *ongoing process*.

No mesmo ano em que, nos Estados Unidos, Guido Calabresi¹¹⁷ volta-se à análise da eficiente alocação dos custos dos acidentes, publicando o pioneiro artigo *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961), de forma independente, na Itália, Pietro Trimarchi¹¹⁸ realiza estudo da função e estrutura da responsabilidade civil em termos econômicos, publicando a obra *Rischio e*

¹¹⁶ Estudo destacando a contribuição de Warren Samuels no campo de direito e economia, em especial a obra *Interrelations between Legal and Economic Processes* (1971), é desenvolvido por: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law, from Posner to Post-Modernism and Beyond*, p. 217-219. Vejam-se, também: RUTHERFORD, Malcolm. *Institutions in Economics, the Old and the New Institutionalism*, p. 2-3, e; SAMUELS, Warren. *The Legal-Economic Nexus*, p. 24-25.

¹¹⁷ De acordo com Guido Calabresi, “Trimarchi desenvolveu abordagem para os acidentes que guarda forte analogia com a que eu desenvolvi independentemente em vários artigos publicados contemporaneamente aos seus trabalhos. O seu tratamento do que eu denomino método de prevenção geral ou método de mercado de controle dos acidentes contém algumas sensíveis diferenças em abordagem e conclusão em relação ao meu. Mas as similaridades são notáveis, especialmente em vista do meio jurídico totalmente diferente no qual o trabalho dele e o meu floresceram”: CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 3-4.

¹¹⁸ Estudos avaliando a contribuição de Pietro Trimarchi no âmbito do movimento de direito e economia, em especial as obras *Rischio e Responsabilità Oggettiva* (1961), *Causalità e Danno* (1967) e *Sul Significato Economico dei Criteri di Responsabilità Contrattuale* (1970), são desenvolvidos por: FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco. *Pietro Trimarchi (1934-)*, p. 709-726, e; PARISI, Francesco. *Laudatio: Pietro Trimarchi*, p. 3-9.

Responsabilità Oggettiva. Com explícita inspiração em Victor Mataja¹¹⁹, Pietro Trimarchi desenvolve modelo analítico de responsabilização objetiva pelo risco do empreendimento. Modelo edificado sob a premissa de que o risco introduzido na sociedade pela atividade empresarial é parte de suas responsabilidades e, como tal, deve ser suportado como parte de seus custos de produção; dito de outra forma, o empreendimento deve cobrir a integralidade dos seus custos de produção, não apenas os custos regulares com matéria-prima, mão-de-obra, máquinas e equipamentos, mas também os custos com danos causados a terceiros em virtude de acidentes ocorridos no desenvolvimento de atividade econômica exercida de forma contínua e organizada.

Em contexto de intenso processo de industrialização, registra Pietro Trimarchi¹²⁰, a regra geral de responsabilização civil por culpa se revela insuficiente, pois, em análise casuística desenvolvida pelo Judiciário, o autor pode vir a se beneficiar pela não reparação dos danos gerados pela atividade empresarial, sendo que tal transferência de custos de produção a terceiros conduz a resultados sociais indesejáveis. Faz-se necessária a mudança do paradigma, com o estabelecimento de regras de responsabilização objetiva que contemplem a obrigação de reparação do dano por quem desenvolve a atividade empresarial, eis que possui controle das condições gerais de risco, podendo calcular os custos dos acidentes, provisioná-los contabilmente e incluí-los no preço dos produtos levados ao mercado. Assim, mediante a responsabilização objetiva, seria estabelecida a necessária vinculação entre o risco introduzido na sociedade e o retorno esperado pela atividade desenvolvida, criando-se incentivos para o controle socialmente eficiente dos riscos do empreendimento.

Sob a ótica econômica¹²¹, em consonância com o pensamento de Pietro Trimarchi, um sistema de responsabilidade civil desempenha papel fundamental, conectado à determinação dos custos de produção e à geração de lucro, elementos essenciais na escolha das estratégias da atividade empresarial. Um sistema de responsabilização civil calcado na noção de culpa propicia a externalização de custos de produção, caracterizados pelos danos dos acidentes ocorridos durante o

¹¹⁹ Citando expressamente Victor Mataja, Pietro Trimarchi destaca que “o empreendedor pode, melhor do que qualquer outro, se assegurar contra o risco e distribuí-lo ao custo total de produção”. TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, p. 14.

¹²⁰ FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco. *Pietro Trimarchi (1934-)*, p. 13, 43 e 213.

¹²¹ Vejam-se: FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco. *Op. cit.*, p. 710-712.

desenvolvimento da atividade empresarial, proporcionando lucros extraordinários às empresas favorecidas, situação, essa, que altera as condições normais de concorrência entre os competidores, tornando rentáveis empresas ineficientes e permitindo a sobrevivência de atividades econômicas marginais. Por outro lado, um sistema de responsabilidade civil calcado na noção de responsabilidade objetiva propicia a internalização de todos os custos de produção, eliminando lucros extraordinários, situação que permite o nivelamento das condições de concorrência entre competidores, fazendo com que empresas ineficientes sejam excluídas do mercado e que, em casos extremos, atividades econômicas marginais venham a regredir ou até mesmo sejam extintas, aumentando a eficiência alocativa do sistema econômico.

Além da dinâmica de funcionamento de mercado, outro aspecto econômico destacado por Pietro Trimarchi diz respeito ao estímulo à prevenção¹²², ao fato de que, ao ser objetivamente responsabilizado pelos acidentes, o empreendedor passa a ter incentivos para a adoção de medidas adicionais de segurança e para investir na descoberta de novas tecnologias de produção que reduzam as perdas com acidentes, criando incentivos socialmente eficientes para o controle do risco criado pela atividade empresarial e contribuindo para o desenvolvimento sócio-econômico.

Analisando a responsabilidade civil contratual¹²³, Pietro Trimarchi atribui-lhe três objetivos básicos: promover a distribuição dos recursos de produção; promover a distribuição das perdas sem colocar em substancial risco o empreendimento econômico, e; reduzir os custos judiciais de distribuição das perdas. Sustenta que a ameaça de aplicação das normas de responsabilização civil conduz a maior conformidade com o cumprimento do contratado e que a responsabilização civil deve ser imposta à parte que puder evitar os custos do inadimplemento contratual de forma menos onerosa. Para o jurista italiano, a adoção de regra que atribua a responsabilidade à parte que se encontra em melhores condições de evitar os custos do não adimplemento do contrato se evidencia relevante, eis que induz as partes a adotar níveis socialmente eficientes de precaução, conduzindo à eficiente distribuição dos recursos de produção e à maximização social da riqueza. Verifica-se, pois, que, Pietro Trimarchi e Guido Calabresi formulam, de forma independente, o princípio do custo mais baixo de

¹²² Vejam-se: FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco. *Pietro Trimarchi (1934-)*, p. 710-712.

¹²³ Vejam-se: *Ibidem*, p. 722-725.

prevenção, *cheapest cost avoider*, princípio que influencia fortemente a contemporânea análise econômica da responsabilidade civil.

A teoria da responsabilidade objetiva pelo risco do empreendimento desenvolvida por Pietro Trimarchi encontra penetração na doutrina brasileira de responsabilidade civil. O que pode ser verificado nos trabalhos de Carolina Bellini Arantes de Paula e Marco Fridolin Sommer Santos. Citando expressamente o jurista italiano, Carolina Bellini Arantes de Paula¹²⁴ destaca que “o agente que desenvolve atividade de risco é responsável pelos danos por ela ocasionados, afinal esses podem ser traduzidos em custos economicamente administráveis e conhecidos, em razão dos meios de previdência que um bom administrador tem à sua disposição”. Conectando as idéias de Pietro Trimarchi e Guido Calabresi, Marco Fridolin Sommer Santos¹²⁵ enfatiza a função preventiva da responsabilidade civil, registrando que:

A teoria do risco-proveito, influenciada pela doutrina da análise econômica do direito, evoluiu para a chamada teoria do risco de empresa, defendida originalmente por *Pietro Trimarchi* e *Guido Calabresi*... Sob a teoria da análise econômica do direito, *Pietro Trimarchi* afirma que, ‘o risco introduzido pela empresa na sociedade faz parte de seu passivo pessoal, e deve por isso ser sofrido pelo empresário como parte dos custos de produção’. Para *Trimarchi*, é o ativo da unidade de produção, e não a sociedade como um todo, que deve sustentar o passivo. Sob a teoria do risco da empresa, a responsabilidade civil atua como um instrumento de internalização dos custos dos acidentes, garantindo-se uma adequada compensação de danos. Todavia, o aspecto que mais contribui para a adoção da teoria do risco da empresa, é o estímulo à prevenção, representando neste particular um grande avanço em relação às teorias do risco-proveito e do risco social.

Além da contribuição conjunta com James Buchanan (*The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* - 1962) e de contribuições individuais no âmbito da teoria das escolhas públicas, em especial a idéia de comportamento oportunista (*rent-seeking*) na esfera pública (*Toward a Mathematics of Politics* – 1967), pioneira contribuição ao movimento de direito e economia é realizada por Gordon Tullock no livro *The Logic of Law* (1971). Qualificado por Charles

¹²⁴ PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As Excludentes da Responsabilidade Objetiva*, p. 30.

¹²⁵ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil*, p. 143-144.

Rowley¹²⁶ como o “livro seminal do movimento de direito e economia”, o efetivo “precursor da análise econômica do direito no que concerne à aplicação da análise econômica ao sistema jurídico norte-americano”, o livro *The Logic of Law* caracteriza-se, em essência, pela utilização do instrumental analítico da economia no questionamento dos fundamentos do sistema jurídico norte-americano, ou, nas palavras do próprio Gordon Tullock¹²⁷:

O livro pretende começar a discussão em um novo campo; ele aplica as mais recentes ferramentas das ciências sociais ao direito e as instituições jurídicas..., será um primeiro passo na aplicação da moderna teoria econômica na análise dos problemas jurídicos. Nosso sistema jurídico clama por reforma e aperfeiçoar o conhecimento é um necessário pré-requisito para uma reforma genuína.

Abstraindo da análise considerações de natureza moral e adotando abordagem eminentemente utilitarista¹²⁸, Gordon Tullock tem por objetivo explícito lançar as bases para a construção de um sistema jurídico eficiente¹²⁹, realizando análise, quanto a aspectos materiais e processuais, no campo criminal e civil. Na área criminal¹³⁰, aborda questões como infrações de trânsito, crimes contra o patrimônio e, em especial, a evasão de tributos, tema discutindo em termos algébricos, associando o retorno social líquido relacionado aos diversos níveis de *enforcement* passíveis de realização pelo governo, com vistas à determinação do nível ótimo de *enforcement* associado à política tributária.

Na área civil, a ênfase é atribuída ao estudo dos contratos¹³¹, com a realização da análise da formação e do *enforcement* dos contratos à luz da noção de simetria, de equilíbrio entre os benefícios e as obrigações assumidas pelos contratantes. Em relação à temática da responsabilidade civil¹³², atribuindo ênfase à correção das externalidades negativas, Gordon Tullock critica a regra de responsabilização subjetiva, considerada de difícil aplicação e com elevada probabilidade de erro, externando simpatia pela adoção

¹²⁶ ROWLEY, Charles K. *Law and Economics, Gordon Tullock*, p. XIV-XV.

¹²⁷ TULLOCK, Gordon. *The Logic of Law*, p. 4.

¹²⁸ “Este livro não faz suposições morais, é estritamente utilitarista em sua abordagem das instituições jurídicas. Eu sigo Bentham, mas eu tenho uma vantagem sobre ele: a moderna economia do bem-estar”: *Ibidem*, p. 4.

¹²⁹ “O que eu estou recomendando neste livro é que nós primeiro tornemos o sistema jurídico mais eficiente e então o façamos valer pelo uso das cortes e forças policiais”: *Ibidem*, p. 228.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 137-222.

¹³¹ *Ibidem*, p. 37-72.

¹³² *Ibidem*, p. 98-123.

de regra de responsabilização objetiva, conjugada com seguro privado contra acidentes, medidas dotadas de maior efetividade na reparação dos danos.

Conforme Charles Rowley¹³³ registra, mesmo que a análise econômica do direito realizada por Gordon Tullock tenha antecedido em dois anos a “*magnum opus*”, *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, “*The Logic of Law* representava uma contestação aos fundamentos do sistema jurídico dos Estados Unidos, ao invés de um livro-texto em direito e economia que racionalizasse o sistema jurídico existente”, motivo pelo qual “o livro de Tullock fracassou em exercer impacto na nova disciplina (especialmente sobre os advogados), no que o livro de Posner de 1973 certamente obteve sucesso”¹³⁴.

Antes de vislumbrar a relevante contribuição de Richard Posner e prosseguir na análise da evolução do movimento de direito e economia ao longo das décadas de 1970 e 1980, que registram a aceitação, expansão e o questionamento do paradigma analítico contemporâneo de direito e economia, é conveniente contextualizar o macro-ambiente no qual se realiza a reaproximação entre direito e economia, eis que o período compreendido entre o final da década de 1960 e o início da década de 1970 é, por muitos autores, entre os quais o próprio Richard Posner¹³⁵, considerado momento de transição, de crise do paradigma moderno e passagem para o paradigma pós-moderno.

Referindo-se à “condição pós-moderna” David Harvey¹³⁶ registra que “vem ocorrendo uma mudança abissal nas práticas culturais, bem como político-econômicas, desde mais ou menos 1972. Essa mudança está vinculada à emergência de novas

¹³³ ROWLEY, Charles K. *Law and Economics, Gordon Tullock*, p. XIV-XV.

¹³⁴ Acrescente-se a tal argumento o fato de que, contrapondo-se a tese da eficiência econômica do sistema da *common law*, defendida por Richard Posner, Gordon Tullock considera a *common law* um sistema em crise, propugnando a superioridade do sistema da *civil law*, argumento implícito em *The Logic of Law* e explicitamente desenvolvido em *Defending the Napoleonic Code over the Common Law* (1988) e *The Case against the Common Law* (1997): TULLOCK, Gordon. *The Logic of Law*, p. 339-363, e; *Idem. The Case against the Common Law*, p. 399-455.

¹³⁵ “O pós-modernismo, no que eu denomino aspectos históricos, tem afinidades com a aplicação da economia em comportamentos extramercado, porque ambos estudam o efeito de desenvolvimentos materiais sobre o pensamento e são céticos na idealização de imagens das práticas sociais.” POSNER, Richard. *Overcoming Law*, p. 316-317. Conforme registra Daniel Ostas, com a publicação de *Overcoming Law e The Problems of Jurisprudence*, a defesa de Richard Posner da análise econômica do direito tomou novo rumo, a “análise econômica do direito adequadamente concebida é parte do mundo pós-moderno”: OSTAS, Daniel T. *Postmodern Economic Analysis of Law: Extending the Pragmatic Visions of Richard Posner*, p. 2.

¹³⁶ HARVEY, David. *Condição Pós-moderna, uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*, p. 7.

maneiras dominantes pelas quais experimentamos o tempo e o espaço”, marcando a ascensão de novas formas culturais e a emergência de modos mais flexíveis de acumulação do capital¹³⁷, dando início a um “novo ciclo de compreensão do tempo-espaço na organização do capitalismo”. O ideal de racionalidade da sociedade moderna é afetado em contexto pós-moderno, determinando que, conforme Aulis Aarnio¹³⁸ consigna, “a relação entre Estado, direito e sociedade se torne deficitária em toda a sociedade pós-industrial”.

Os reflexos da mudança de paradigma proporcionada pela pós-modernidade, Pauline Rosenau¹³⁹ enfatiza, se fazem sentir na metodologia das ciências sociais, sendo que “em diversos aspectos, alguns plausíveis e outros absurdos, nas últimas três décadas, a abordagem pós-moderna tem questionado os fundamentos e o produto da pesquisa do *mainstream* das ciências sociais”. Destacando que o pós-modernismo, em sua formulação afirmativa¹⁴⁰, pauta-se pela mudança metodológica e pelo reposicionamento do objeto de estudo¹⁴¹, Pauline Rosenau¹⁴² registra que o impacto pós-moderno nas ciências sociais tem sido heterogêneo, revelando-se maior em áreas,

¹³⁷ Contrapondo modernidade e pós-modernidade, David Harvey destaca ser “ponto geral de acordo que alguma coisa significativa mudou no modo de funcionamento do capitalismo a partir de mais ou menos 1970”, consignando que “o longo período de expansão de pós-guerra, que se estendeu de 1945 a 1973, teve como base um conjunto de práticas de controle do trabalho, tecnologias, hábitos de consumo e configurações de poder político-econômico, e de que esse sistema pode com razão ser chamado de fordista-keynesiano. O colapso desse sistema a partir de 1973 iniciou um período de rápida mudança, de fluidez e incerteza. Não está claro se os novos sistemas de produção e de marketing, caracterizados por processos de trabalho mais flexíveis, de mobilidade geográfica e de rápidas mudanças práticas de consumo garantem ou não o título de um novo regime de acumulação... Mas os contrastes entre as práticas político-econômicas da atualidade e as do período de expansão do pós-guerra são suficientemente significativos para tornar a hipótese de uma passagem do fordismo para o que poderia ser chamado regime de acumulação flexível uma reveladora maneira de caracterizar a história recente”. A acumulação flexível “caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional”. HARVEY, David. *Condição Pós-moderna, uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*, p. 119, 140 e 163.

¹³⁸ AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*, p. 35.

¹³⁹ ROSENAU, Pauline M. *Post-Modernism and the Social Sciences. Insights, Inroads, and Intrusions*, p. 3.

¹⁴⁰ Pauline Rosenau registra que importante característica do pós-modernismo é a ausência de unidade, apontando a existência de duas correntes básicas: o pós-modernismo cético (visão Continental-Européia), caracterizado pelo rompimento e pela crítica radical à lógica racional e aos valores da modernidade, pela visão negativa, pessimista da era pós-moderna, e; o pós-modernismo afirmativo (visão Anglo-Norte Americana), caracterizado pela crítica moderada à modernidade, dado que a pós-modernidade é meramente uma continuação lógica da modernidade, pela visão positiva, otimista da era pós-moderna. *Ibidem*, p. 4-5 e 14-15.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 21 e 57-61.

¹⁴² *Ibidem*, p. 4.

como o direito, a sociologia e as ciências políticas, do que em áreas como a psicologia e a economia.

A teoria jurídica¹⁴³, Pauline Rosenau¹⁴⁴ consigna, “tem sido a arena na qual as visões pós-modernas da epistemologia e método têm criado uma das mais sérias crises intelectuais”. A multiplicidade de valores e formas, o pluralismo do pensar pós-moderno abala a segurança jurídica, objetividade e previsibilidade das relações sociais, ideais do pensamento jurídico moderno. Os elementos-chave do positivismo, a natureza sistêmica e a racionalidade formal do direito, são afetados em contexto pós-moderno, determinando, destaca Aulis Aarnio¹⁴⁵, três tendências de crise: de racionalidade interna, afetando a conexão sistêmica, a coerência interna do sistema jurídico; de racionalidade objetiva, decorrente da regulação excessiva, e; de legitimidade, de aceitabilidade do direito pela sociedade. Verifica-se, pois, que, em contexto pós-moderno, o ideal positivista do direito como sistema autônomo fechado é objeto de questionamento, abrindo espaço para a incorporação de valores de ordem material, inclusive os de natureza econômica.

Mesmo que de forma mais lenta em relação à teoria jurídica, de acordo com Pauline Rosenau¹⁴⁶, a lógica racional moderna no campo da teoria econômica também tem sido objeto de reflexão em contexto pós-moderno, em especial pelas abordagens alternativas ao *mainstream* neoclássico vinculadas ao institucionalismo¹⁴⁷. A incapacidade de apresentar explicações convincentes sobre muitos fenômenos econômicos e gerar recomendações políticas capazes de resolver de fato problemas econômicos de grande relevância¹⁴⁸ têm conduzido ao crescente questionamento da

¹⁴³ Sobre os reflexos da pós-modernidade no direito enquanto ciência, vejam-se: MARQUES, Cláudia Lima. *A Crise Científica no Direito na Pós-modernidade e seus Reflexos na Pesquisa*, p. 54-55, e; OSTAS, Daniel T. *Postmodern Economic Analysis of Law: Extending the Pragmatic Visions of Richard Posner*, p. 193-238.

¹⁴⁴ ROSENAU, Pauline M. *Post-modernism and the Social Sciences. Insights, Inroads, and Intrusions*, p. 124.

¹⁴⁵ Aulis Aarnio credita os argumentos relativos à crise no direito a outro jurista finlandês, Kaarlo Touri: AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, p. 41.

¹⁴⁶ ROSENAU, Pauline M. *Op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁷ Sobre os reflexos da pós-modernidade na teoria econômica, com ênfase nas abordagens institucionalistas, veja-se: BROWN, Doug. *An Institutional Look at Postmodernism*, p. 1089-1104.

¹⁴⁸ Sobre o tema, veja-se: HODGSON, Jeffrey M. *Economia e Instituições*, p. xi.

dogmática econômica tal como concebida por Max Weber, com conceitos do “tipo ideal” formulados pressupondo o predomínio de interesses puramente econômicos.

Conforme Jeffrey Hodgson¹⁴⁹ registra, nos últimos anos tem surgido uma série de críticas vigorosas à teoria neoclássica, em especial quanto aos seguintes aspectos: o pressuposto da racionalidade utilitarista maximizadora com alternativas conhecidas ou suscetíveis de estimação está cada vez mais posto em causa, por ser demasiado estrito e simplista, não refletindo problemas pertinentes à obtenção de informações e à própria natureza da racionalidade humana; tendência a ver os fenômenos econômicos como evolutivos e dinâmicos, mais do que tendentes a estados de equilíbrio, e; reconhecimento crescente de que os fatores de natureza institucional são relevantes na explicação dos fenômenos econômicos, sendo que a coordenação econômica não pode ser apenas uma questão de sinalização pelos preços nos mercados, mas tem de se apoiar numa vasta gama de instituições econômicas e sociais. O caminho para a construção de um corpo teórico alternativo ao neoclássico, Jeffrey Hodgson destaca, passa pela adoção de perspectiva sistêmica, com a aproximação da teoria econômica das demais teorias sociais, de forma a abranger todas as variáveis e elementos relevantes, em especial as instituições relacionadas com o sistema jurídico.

A pós-modernidade cria, pois, ambiente favorável para a consolidação do progressivo processo de reaproximação, de intensificação do diálogo entre as ciências sociais, em especial entre direito e economia, nos moldes idealizados por Ronald Coase na revolucionária obra *The Problem of Social Cost* (1960). É em tal contexto que, ao longo das décadas de 1970 e 1980, em movimento contínuo e ascendente: a economia se aproxima do direito, determinando o reposicionamento do objeto de estudo, com a definitiva incorporação das instituições jurídicas ao universo econômico, e a inovação quanto ao método de estudo, com a progressiva reconstrução das formulações teóricas com vistas à atribuição de papel ativo às instituições jurídicas, e; o direito se aproxima da economia, determinando o reposicionamento do objeto de estudo, com a efetiva incorporação de valores econômicos ao universo jurídico, e a inovação quanto ao método de estudo, com a disseminação da utilização do instrumental analítico da ciência econômica na teoria jurídica, no que Richard Posner desempenhou papel fundamental.

¹⁴⁹ HODGSON, Jeffrey M. *Economia e Instituições*, p. 14-17.

Conforme assinala Charles Rowley¹⁵⁰:

Inequivocamente, Richard A. Posner tem sido considerado o mais importante acadêmico em direito e economia desde que o seu livro-texto *Economic Analysis of Law* foi publicado pela primeira vez em 1973... mais do que qualquer outro pesquisador individual, ele tem sido responsável pela forma que tomou o movimento de direito e economia na era pós-Coase.

Em realidade, assim como a obra *The Problem of Social Cost* (1960), de Ronald Coase, constitui o marco principal da proposição do paradigma contemporâneo de análise integrativa direito-economia, a obra *Economic Analysis of Law* (1973), de Richard Posner¹⁵¹, constitui o marco principal da aceitação do movimento de direito e economia, representando ponto de inflexão que, de acordo com Ejan Mackaay¹⁵², assinala outro traço característico do contemporâneo movimento de direito e economia, a “entrada nas faculdades de direito dos Estados Unidos”, o posicionamento das faculdades de direito como centro de gravidade do estudo e pesquisa acadêmica.

Assim como Victor Mataja, Guido Calabresi, Pietro Trimarchi e Gordon Tullock haviam feito em momento anterior, Richard Posner, no livro *Economic Analysis of Law*, volta-se para a utilização de fundamentos econômicos no estudo de fenômenos jurídicos. Avançando em relação a tais autores, em extensão e no conteúdo da análise desenvolvida, Richard Posner realiza contribuição que marca definitivamente o movimento de direito e economia, qual seja, a difusão da abordagem integrativa direito-economia no meio jurídico em bases sustentáveis e duradouras, ou, conforme Cento Veljanovski¹⁵³ e Ejan Mackaay¹⁵⁴ destacam, respectivamente: “Posner alcançou proeminência, até mesmo a notoriedade, e capturou a imaginação de uma geração de

¹⁵⁰ ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 20.

¹⁵¹ Estudos avaliando a importância de Richard Posner no âmbito do movimento de direito e economia, em especial a obra *Economic Analysis of Law* (1973), são desenvolvidos por: ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 20-22; VELJANOVSKI, Cento. *The Economics of Law*, p. 39-40, e; FRIEDMAN, David D. *Posner, Richard Allen (1939-)*, p. 55-62.

¹⁵² MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 76.

¹⁵³ VELJANOVSKI, Cento. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁵⁴ Além da publicação da obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Ejan Mackaay associa a aceitação do movimento de direito e economia no meio acadêmico jurídico à publicação, na Chicago University, do *Journal of Legal Studies*, a partir de 1972, e à organização, por Henry Manne, na George Mason University, a partir de 1971, de seminários intensivos de fundamentos econômicos para advogados, juizes, praticantes e professores de direito. MACKAAY, Ejan. *Op. cit.*, p. 76.

acadêmicos”; a contribuição de Richard Posner marca “a mudança do movimento na direção de capturar o coração e a imaginação dos advogados”.

O êxito de Richard Posner pode ser creditado, basicamente, a dois fatores; a metodologia de exposição utilizada e a tese central defendida, a eficiência da *common law*. No que tange à metodologia de exposição, verifica-se que na obra *Economic Analysis of Law*, em linguagem objetiva e acessível aos juristas, Richard Posner evidencia como podem ser utilizados fundamentos econômicos no estudo das principais doutrinas da *common law*. Nas palavras do próprio Richard Posner¹⁵⁵, “grande parte do livro se ocupa com a proposição de explicações econômicas para fenômenos jurídicos modelados em termos econômicos”. *Economic Analysis of Law*, conforme Ejan Mackaay¹⁵⁶ assinala:

Foi escrito por um advogado para advogados, com estilo claro e direto..., realizando a exposição sem recorrer a jargões econômicos, estruturando-a de acordo com as tradicionais áreas do direito... O programa de pesquisa era atrativo para os advogados porque a maquinaria neoclássica, como foi apresentada pelo livro de Posner, parecia simples o suficiente para aprender e aplicar aos problemas jurídicos.

De maneira análoga, Cento Veljanovski¹⁵⁷ registra que:

Posner demonstrou que conceitos econômicos simples podem ser utilizados para analisar todas as áreas do direito – contratos, propriedade, criminal, família, comercial, constitucional, administrativo e direito processual... Posner evidenciou que diversas doutrinas jurídicas e regras processuais podem ser objeto de explicação e racionalização econômica..., que a natureza de algumas doutrinas jurídicas pode ser explicada com a utilização do conceito de eficiência econômica.

Outra razão do sucesso da obra de Richard Posner na comunidade jurídica norte-americana reside na teoria de que a *common law* pode ser explicada como um sistema voltado para a maximização de riqueza na sociedade. De acordo com Ejan Mackaay¹⁵⁸, o fator decisivo para o sucesso de Richard Posner reside na “substância do livro: a tese

¹⁵⁵ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 6. ed., p. 18.

¹⁵⁶ MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, p. 76-77.

¹⁵⁷ VELJANOVSKI, *The Economics of Law*, p. 39-40.

¹⁵⁸ MACKAAY, Ejan. *Op. cit.*, p. 76-77.

da eficiência da *common law*... na apresentação da *common law* como um sistema de regras que induz as pessoas a se comportarem de maneira eficiente”. No mesmo sentido, David Friedman¹⁵⁹ registra que:

A contribuição de Posner para a análise econômica do direito está associada a uma conjectura simples que demonstrou enorme produtividade: que a *common law* (que para Posner significa *judge-made law*) pode ser mais bem entendida como um sistema de regras projetado para produzir resultados economicamente eficientes.

Nas palavras do próprio Richard Posner¹⁶⁰:

A economia é a estrutura profunda da *common law*, e as doutrinas jurídicas são a estrutura de superfície. As doutrinas, compreendidas em termos econômicos formam um sistema coerente que induz as pessoas a se comportarem eficientemente, não apenas nos mercados explícitos, mas em todo o leque de interações sociais... Em ambiente no qual os custos das transações voluntárias são baixos, as doutrinas da *common law* criam incentivos para que as pessoas realizem suas transações via mercado... Em ambiente nos quais os custos de alocação de recursos via transações voluntárias são proibitivamente elevados, tornando o mercado um método inviável de alocação de recursos, a *common law* atribui preço aos comportamentos de forma a fazer às vezes do mercado... O sistema de *tort* aloca a responsabilidade por acidentes..., de forma a realizar a alocação aproximada dos recursos nos moldes em que o mercado realizaria se o mercado pudesse operar.

A temática da responsabilidade civil serviu de substrato para a análise econômica do direito de Richard Posner antes mesmo da publicação de *Economic Analysis of Law*. Em dois textos publicados no *Journal of Legal Studies*, respectivamente, *A Theory of Negligence* (1972) e *Strict Liability: a Comment* (1973), Richard Posner realiza análise econômica da responsabilidade civil no âmbito da *common law*.

Em *A Theory of Negligence*¹⁶¹, Richard Posner volta-se para a formulação de “teoria explicativa da função social do conceito de negligência”, defendendo a hipótese

¹⁵⁹ FRIEDMAN, David D. *Posner, Richard Allen (1939-)*, p. 56.

¹⁶⁰ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, p. 249-250.

básica de que “a função dominante de um sistema de responsabilidade calcado na noção de negligência é gerar regras que, se seguidas, conduzam, ao menos aproximadamente, a níveis eficientes de acidentes e segurança”. De acordo com Richard Posner¹⁶², a principal diretiva no sentido de proporcionar uma “nova visão para a função social da responsabilidade civil por negligência” é proporcionada pela “famosa formulação de padrão de negligência realizada pelo Juiz Learned Hand – uma das poucas tentativas de atribuir conteúdo ao enganosamente simples conceito de diligência normal”, segundo a qual, na caracterização de conduta negligente:

Devem ser mensuradas três coisas: a magnitude das perdas se um acidente ocorrer; a probabilidade de o acidente ocorrer; e o custo das medidas de precaução que possam evitar o acidente... Se o produto dos dois primeiros itens excede o custo de precaução, a falta na adoção de tais medidas de precaução caracteriza a negligência.

Além de evidenciar o “conteúdo econômico da negligência”, implícito na análise custo/benefício desenvolvida pelo Juiz Learned Hand, outra contribuição de *A Theory of Negligence*¹⁶³ para o desenvolvimento do contemporâneo padrão de análise econômica da responsabilidade civil reside na introdução de categorias analíticas tais como: acidentes entre estranhos, nos quais os custos de transação são inequivocamente elevados, demandando a regulação via sistema de responsabilidade civil, e; acidentes entre partes que mantenham relação contratual ou outro tipo de “relação de barganha”, nos quais os custos de transação podem ou não ser elevados, o que torna problemática a análise do impacto das regras de responsabilidade civil sobre o nível de acidentes e de segurança, ampliando o debate acerca do espectro de atuação de um sistema de responsabilidade civil.

Em *Strict Liability: a Comment*, Richard Posner volta-se para o tradicional debate acerca da opção entre a responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva. Valendo-se extensivamente do exemplo utilizado por Arthur Pigou e Ronald Coase, dos incêndios em propriedades limítrofes às vias férreas causados por faíscas emitidas por locomotivas em trânsito, Richard Posner analisa os efeitos econômicos das regras de

¹⁶¹ POSNER, Richard A. *A Theory of Negligence*, p. 29 e 33.

¹⁶² *Ibidem*, p. 32.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 36-37.

responsabilidade civil, enriquecendo a discussão com a incorporação de elementos como a participação da vítima no evento danoso, o nível de atividade de risco desenvolvida, os custos de litígio, a dispersão das perdas com acidentes e o nível de informação sobre a atividade de risco. A sugestiva conclusão de Richard Posner¹⁶⁴ é no sentido de que:

No presente estágio de pesquisa, a questão de se a substituição geral da responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva irá aumentar a eficiência parece ser irremediavelmente conjectural... Considerando que seja admitida alguma modalidade de defesa calcada na negligência contributiva da vítima, a teoria econômica, em geral, não proporciona base para justificar a preferência pela responsabilidade objetiva à negligência ou a negligência à responsabilidade objetiva... A questão, no fundo, é empírica e trabalhos empíricos não têm sido realizados... Dados empíricos podem permitir quem nós nos desloquemos além do agnosticismo.

As décadas de 1970 e 1980 registraram o crescimento, a maturação e a consolidação do movimento de direito e economia, conforme consigna Cento Veljanovski¹⁶⁵, “na metade da década de 1980, a economia do direito encontrava-se firmemente estabelecida como área do estudo jurídico na América do Norte”. Com forte inspiração no trabalho inovador de Richard Posner, juristas aderem ao programa de pesquisa proposto, fazendo ampla utilização de fundamentos econômicos no estudo de questões jurídicas. Economistas incorporam-se ao projeto acadêmico, unindo forças aos juristas nas atividades de ensino e pesquisa, desencadeando processo sinérgico que conduziu à definitiva incorporação do novo campo de estudo ao programa das principais faculdades de direito dos Estados Unidos¹⁶⁶.

¹⁶⁴ POSNER, Richard A. *Strict Liability: a Comment*, p. 211-212 e 220-221.

¹⁶⁵ VELJANOVSKI, Cento. *The Economics of Law*, p. 40-41.

¹⁶⁶ Outro aspecto que evidencia o crescimento do movimento de direito e economia é a extrapolação do meio acadêmico norte americano e incorporação à prática jurídica. Robert Cooter e Thomas Ulen registram que “o impacto deste novo campo vai além das universidades e chega à prática do direito e a execução de políticas públicas. A economia proporcionou os fundamentos intelectuais do movimento de desregulação dos anos 70... Além do que, vários acadêmicos destacados no campo do direito e economia foram designados juízes federais e têm utilizado a análise econômica em suas opiniões: Associate Justice Stephen Breyer da *U.S. Supreme Court*; Juizes Richard Posner e Frank Easterbrook da *U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit*; Juiz Guido Calabresi da *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit*; Juizes Douglas Ginsburg e Robert Bork da *U.S. Court of Appeals for D.C. Circuit*; e, Juiz Alex Kozinski da *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit*”: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, p. 3. No mesmo sentido, Frank Easterbrook destaca que “os juízes da *U.S. Supreme Court* estão mais sofisticados no uso do raciocínio econômico, e o estão aplicando de maneira mais abrangente do que em qualquer outra época”: EASTERBROOK, Frank. *The Court and the Economic System*, p. 4-5.

A temática da responsabilidade civil, novamente, ocupou papel de destaque, servindo de substrato para o consistente desenvolvimento teórico verificado no período. De acordo com William Landes e Richard Posner¹⁶⁷, “após um hiato de 10 anos que se seguiu à publicação dos artigos de Coase e Calabresi, a erudição econômica em *torts* irrompeu em um fluxo sustentável que se mantém até os dias presentes”. Em uma série de artigos publicados nas décadas de 1970 e 1980 são tratadas questões como os mecanismos de atuação frente aos acidentes/correção das externalidades negativas, os efeitos das normas de responsabilidade civil sobre a alocação dos recursos econômicos, a opção entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva e a análise econômica dos elementos da responsabilidade civil - nexos de imputação, nexos causal e dano.

Gradualmente vai sendo moldando o marco analítico contemporâneo da análise econômica da responsabilidade civil, podendo ser referidas as seguintes contribuições: Harold Demsetz, *When Does the Rule of Liability Matter?* (1972); Guido Calabresi e Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* (1972); Guido Calabresi e Jon Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability in Torts* (1972); John Brown, *Toward an Economic Theory of Liability* (1973); Peter Diamond, *Single Activity Accidents* (1974); Guido Calabresi, *Concerning Cause in the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.* (1974); Jerry Green, *On the Optimal Structure of Liability Laws* (1976); Mitchell Polinsky, *Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Right, Liability Rule, and Tax-Subsidy Approaches* (1979); Steven Shavell, *Strict Liability versus Negligence* (1980); Mitchell Polinsky, *Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting* (1980); Steven Shavell, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts* (1980); Mário Rizzo, *Law amid Flux: the Economics of Negligence and Strict Liability in Tort* (1980); William Landes e Richard Posner, *The Positive Theory of Tort Law* (1981); Robert Cooter, *Economic Analysis of Punitive Damages* (1982); Lewis Kornhauser, *An Economic Analysis of the Choice between Enterprise and Personal Liability for Accidents* (1982); William Landes e Richard Posner, *Causation in Tort Law: An Economic Approach* (1983); Mark Grady, *A New Positive Economic Theory of Negligence* (1983); Guido

¹⁶⁷ LANDES, William M; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, p. 7.

Calabresi e Alvin Klevorick, *Four Tests for Liability in Torts* (1985), e; William Landes e Richard Posner, *A Positive Economic Analysis of Product Liability* (1985).

A consolidação do marco contemporâneo de análise econômica da responsabilidade civil ocorre com a publicação dos livros *Economic Analysis of Accident Law* (1987), de Steven Shavell¹⁶⁸, e *Economic Structure of Tort Law* (1987), de William Landes e Richard Posner. Tais obras, Hugo Acciarri¹⁶⁹ registra, apresentam os “modelos canônicos” da análise econômica da responsabilidade civil, contêm “o conjunto de modelos básicos mais frequentemente utilizados como ponto de partida para os investigadores da área”.

Com ampla utilização do instrumental matemático, que possui “a vantagem de permitir responder questões preditivas e normativas de maneira não ambígua”, Steven Shavell¹⁷⁰ realiza a formalização dos modelos teóricos de causação unilateral e de causação bilateral, considerando os incentivos gerados pelas regras de responsabilidade civil, bem como a influência de fatores como o nível de precaução, o nível de atividade, o nível de informação, o nível de aversão ao risco e os custos administrativos, sobre o comportamento das partes envolvidas situações de risco de acidentes. Além do que, em análise preponderantemente normativa, Steven Shavell vislumbra os elementos da responsabilidade civil - nexos de causalidade, nexos de imputação e danos, assim como realiza estudo comparativo dos diversos instrumentos de controle de risco de acidentes.

Utilizando a formalização matemática de maneira menos intensiva do que Steven Shavell, William Landes e Richard Posner¹⁷¹ elegem a temática da responsabilidade civil para testar a hipótese da eficiência da *common law*. Conforme os autores registram:

Este livro testa a teoria da eficiência da *common law* pelo exame das regras de *tort law*..., simples modelos econômicos versando sobre as regras de responsabilidade são construídos e aplicados... Os modelos realizam previsões relativamente a

¹⁶⁸ Estudo avaliando a importância de Steven Shavell no âmbito do movimento de direito e economia, em especial a obra *Economic Analysis of Accident Law* (1987), é desenvolvido por: ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*, p. 23-24.

¹⁶⁹ ACCIARRI, Hugo. *El Análisis Económico del Derecho de Daños*, p. 28.

¹⁷⁰ SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*, p. 3.

¹⁷¹ LANDES, William M; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, p. vii.

regras específicas de *tort law* que podem ser adotadas para promoção da eficiência, permitindo que nós façamos a comparação das previsões dos modelos com as regras atuais.

Realizando análise preponderantemente positiva, sem abrir mão do potencial normativo dos modelos econômicos - “mesmo que nossa ênfase seja a exposição e o teste de uma teoria positiva de *tort law*, nós nos aventuramos a fazer ocasionais sugestões para a reforma do direito”, William Landes e Richard Posner¹⁷² consideram os principais institutos e doutrinas de *tort law* relativamente à aplicação das regras de responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva, com destaque para a regra de Hand, além de discutir tópicos como a responsabilidade civil nas relações de trabalho e de consumo.

A influência acadêmica dos principais autores contemporâneos em análise econômica da responsabilidade civil, Richard Posner e Steven Shavell, na doutrina brasileira de responsabilidade civil é pouco significativa, limitando-se a referências genéricas ou citações pontuais tendentes à elucidação de argumentos específicos, como nos casos de Fábio Ulhoa Coelho e Maria Celina Bodin de Moraes. Fábio Ulhoa Coelho¹⁷³, ao discorrer acerca da negligência contributiva e da negligência comparativa, consigna que:

Nos Estados Unidos, em que a responsabilidade civil é matéria de competência estadual e não da Federação, varia de estado para estado a disciplina aplicável. Alguns estados norte-americanos adotam o princípio da *contributory negligence*, em que a vítima que concorreu culposamente para o evento danoso perde o direito à indenização. Outros consagram princípio diverso, da *comparative negligence*, em que a vítima, malgrado o concurso de culpa, tem direito à indenização, mas em valor reduzido proporcionalmente à sua participação no evento danoso. Richard Posner registra, a propósito, que o único estudo empírico disponível concluiu ser menor o cuidado tomado pelos motoristas nos estados em que vigora o *comparative negligence*.

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷⁴, ao discorrer acerca da opção entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva consigna que:

¹⁷² LANDES, William M; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, p. viii.

¹⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, p. 402.

¹⁷⁴ MORAES, Maria C. B. *Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva*, p. 19.

São diversas as vantagens da responsabilidade objetiva sobre o sistema da culpa... nas atividades perigosas, nas quais danos ocorrem independentemente do grau de diligência do agente, o sistema da culpa mostra-se ineficaz porque, como demonstrou a análise econômica do direito, é incapaz de induzir no agente os níveis de atividade socialmente desejáveis... veja-se, por todos, Steven Shavell, *Strict Liability versus Negligence*.

Além do que, deve-se registrar que, apesar de pouco difundido no Brasil, o movimento de direito e economia vem gradualmente ocupando espaços. No âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul foram gerados os pioneiros estudos de Clóvis do Couto e Silva, *A Ordem Jurídica e a Economia* (1982), e de Guiomar Estrella Faria, *Interpretação Econômica do Direito* (1994), trabalhos caracterizados pelo forte conteúdo crítico aos trabalhos de Richard Posner e Steven Shavell, mas que reconhecem o potencial de aplicação de fundamentos de direito e economia ao sistema jurídico brasileiro, em especial no campo da responsabilidade civil.

No âmbito da Universidade de São Paulo foi gerada outra contribuição pioneira, o estudo de Rachel Sztajn¹⁷⁵, *Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil* (1998), trabalho que, considerando o então Projeto de Código Civil (Projeto 118/84), em especial a cláusula geral de ilicitude por abuso de direito prevista no artigo 187¹⁷⁶, externa posição favorável à utilização de fundamentos de direito e economia no estudo do direito brasileiro. Mas, o marco na recepção do movimento de direito e economia no Brasil é a criação na Universidade de São Paulo, em 2001, do projeto de pesquisas, conjunto entre a Faculdade de Direito e a Faculdade de Economia, “Diálogos FEA & Largo de São Francisco”¹⁷⁷, que culminou na publicação do livro organizado por Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, *Direito e Economia, Análise Econômica do Direito e das Organizações* (2005), consistente obra coletiva fortemente calcada na abordagem da nova economia institucional.

¹⁷⁵ SZTAJN, Rachel. *Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil*, p. 9-29.

¹⁷⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁷⁷ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica C. R.; SCARE, Roberto F. *Apresentação do Projeto “Diálogos FEA e Largo de São Francisco”, Relevância para Transformação das Instituições no Brasil Contemporâneo*, p. 101-126.

Outra obra coletiva em direito e economia, organizada por Luciano Timm, é *Direito e Economia* (2005), a qual foi seguida pela obra de referência, *Direito, Economia e Mercados* (2006), de Armando Pinheiro e Jairo Saddi, consistente estudo que apresenta o maior espectro temático dentre as obras publicadas no Brasil.

As principais instituições de ensino e pesquisa são a Universidade de São Paulo e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a qual tem se destacado pela ação articulada da Faculdade de Direito e da Faculdade de Economia na promoção de simpósios e eventos de curta duração¹⁷⁸, bem como pela realização do precursor Curso de Especialização em Direito e Economia, atualmente em segunda edição.

Ativa tem sido a atuação da Associação Brasileira de Direito e Economia, do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul, bem como da Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia, que, em 2007, realizou em Brasília a XI Conferência Anual da ALACDE e, em conjunto com o Senado Federal e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, o simpósio Direito e Economia no Legislativo e o Colóquio Internacional de Direito e Economia.

Não obstante a significativa evolução do movimento de direito e economia verificada nos últimos cinco anos, as contribuições na área da responsabilidade civil tem sido escassas, restando restritas a algumas citações pontuais de autores como Victor Mataja, Pietro Trimarchi, Guido Calabresi, Richard Posner e Steven Shavell, em publicações específicas sobre responsabilidade civil, além de artigos publicados em revistas jurídicas, tais como a referida contribuição de Rachel Sztajn, *Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil* (1998), a contribuição de Jacir de Aguiar Vieira, *A Análise Econômica da Responsabilidade Civil* (2000) e a contribuição de Vítor Fernandes Gonçalves, *A Análise Econômica da Responsabilidade Civil Extracontratual* (2001), consistente estudo sobre os fundamentos teóricos da análise econômica da responsabilidade civil, devendo-se referir, também, o texto de Rafael de Freitas Valle Dresch, *A Influência da Economia na Responsabilidade Civil* (2005),

¹⁷⁸ Entre os eventos realizados pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, destacam-se: a palestra de Robert Cooter, *Law and Economics* (2007); o Simpósio de Direito e Economia (2007); a palestra de Curtis Milhaup, *Law and Capitalism* (2008), e; o Simpósio Internacional de Economia e Direito da Concorrência (2009).

estudo que discute os fundamentos doutrinários da aplicação da análise econômica no estudo da responsabilidade civil. Existem, sem sombra de dúvidas, lacunas por serem preenchidas na doutrina de direito e economia e na doutrina jurídica tradicional de responsabilidade civil no Brasil.

CONCLUSÃO

Em conclusão, é realizada a síntese das principais idéias desenvolvidas, evidenciando ter se confirmado a hipótese básica de trabalho da tese. São apresentadas respostas às questões centrais que a tese se propôs a responder. Finalizando, são realizadas ponderações quanto ao futuro do estudo integrativo direito e economia no campo da responsabilidade civil no Brasil.

Em relação às dez questões centrais propostas, com fundamento nos principais argumentos desenvolvidos ao longo do trabalho acadêmico realizado, são apresentadas as seguintes respostas.

1. O estudo integrativo direito-economia é um fenômeno contemporâneo? Não. O presente trabalho evidenciou que, não obstante a intensificação do diálogo entre as duas ciências nas últimas décadas, com a consolidação do contemporâneo movimento de direito e economia, é possível identificar a existência de processo histórico-evolutivo de interação entre direito e economia, caracterizado pela presença de ondas de aproximação, intercaladas com períodos de afastamento. Alguns argumentos apresentados corroboram tal afirmação:

1.1. O contato entre direito e economia remonta à própria origem comum das duas ciências, associada à idéia de direito natural, desenvolvida pela escolástica medieval e filósofos do direito natural do século XVII.

1.2. No utilitarismo do século XVIII, encontram-se os precursores da análise integrativa direito e economia, David Hume, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham e Adam Smith.

1.3. A primeira onda de direito e economia, período compreendido entre as décadas de 1830 e 1930, registra frutífera intersecção entre as duas ciências. Tem início com o trabalho de autores da escola histórica alemã, Friedrich List, Wilhem Roscher, Gustav Smoller, Werner Sombart e Max Weber. Passa pelo trabalho de economistas como Karl Marx, Friedrich Engels, Carl Menger, Achille Loria, Augusto Grazziani e Arthur Pigou,

e pelo trabalho de juristas como Rudolf Stammler e Victor Mataja. E se encerra com o trabalho de autores vinculados ao movimento institucionalista norte-americano, Thorstein Veblen, Richard Ely e John Commons, e de autores vinculados ao realismo jurídico norte-americano, Karl Llewellyn, Robert Lee Hale e Oliver Wendell Holmes Jr.

1.4. As décadas de 1940 a 1960 marcam o afastamento, a negligência da análise interativa direito-economia, fato que pode ser creditado à metodologia da pesquisa científica na modernidade. Contudo, o diálogo entre as duas disciplinas não foi totalmente interrompido, mantendo-se, basicamente, em torno do estudo da concorrência, na escola ordo-liberal de Freiburg, na abordagem estruturalista de Harvard e, em especial, na escola de Chicago, onde, a partir da década de 1960, tem início a segunda onda de aproximação entre as duas ciências, que marca a eclosão do contemporâneo movimento de direito e economia.

1.5. O contemporâneo movimento de direito e economia, tem sua origem nos trabalhos pioneiros desenvolvidos, por Ronald Coase, *The Problem of Social Cost* (1960), e Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961).

1.6. O período compreendido entre o final da década de 1950 e o início da década de 1970 registra outras relevantes contribuições que marcam a transição para o novo paradigma de análise integrativa direito-economia. Destacam-se os estudos de Anthony Downs, James Buchanan, Gordon Tullock, Gary Becker, George Stigler, Friedrich Hayek, Armen Alchian, Harold Demset, Douglass North, Warren Samuels e Pietro Trimarchi.

1.7. O macroambiente em que se realiza a reaproximação entre direito e economia nas décadas de 1960 e 1970 pode ser considerado momento de transição, de crise do paradigma moderno e passagem para o paradigma pós-moderno. Transição que cria ambiente favorável para a consolidação do progressivo processo de intensificação do diálogo entre as ciências sociais, em especial entre direito e economia.

1.8. Papel fundamental no processo de reaproximação das duas ciências foi desempenhado por Richard Posner, que, ao publicar o livro-texto *Economic Analysis of Law* (1973), estabelece o marco principal da aceitação do novo paradigma de pesquisa, promovendo a difusão da abordagem interativa direito-economia no meio jurídico, em bases sustentáveis e duradouras.

1.9. As décadas de 1970 e 1980 registram o crescimento, a maturação e a consolidação do movimento de direito e economia. Destaca-se a atuação de autores como Steven

Shavell, William Landes, Richard Posner, Guido Calabresi, Mitchell Polinsky e Robert Cooter.

1.10. Na década de 1990, realiza-se amplo debate acadêmico acerca dos fundamentos doutrinários da interação entre as duas ciências. Debate que estabelece as bases da conformação atual do movimento de direito e economia.

2. Qual foi o papel desempenhado pela responsabilidade civil na formação e no desenvolvimento do movimento de direito e economia? A temática da responsabilidade civil desempenhou papel fundamental na construção e articulação do movimento de direito e economia, servindo como substrato para o desenvolvimento de consistentes formulações teóricas. Alguns argumentos apresentados na tese realizada corroboram tal afirmativa:

2.1. Pioneira análise integrativa direito-economia no campo da responsabilidade civil foi desenvolvida pelo jurista vinculado à escola austríaca de economia, Victor Mataja. Na obra *A Lei de Compensações sob o Ponto de Vista Econômico* (1888), Victor Mataja utiliza argumentos econômicos para explorar o tema dos objetivos de um sistema de responsabilidade civil; a prevenção de acidentes e a alocação dos danos não evitáveis de acordo com requerimento de justiça e interesses econômicos. Criticando a regra de responsabilidade subjetiva, Victor Mataja propõe a adoção da regra de responsabilidade objetiva como forma de proporcionar incentivos à prevenção e à dispersão dos danos com acidentes.

2.2. Ao final do século XIX, outro jurista, Oliver Wendell Holmes Jr., vinculado ao realismo jurídico norte-americano, vale-se de argumentos de fundo econômico para pautar a escolha entre a regra de responsabilidade subjetiva e a regra de responsabilidade objetiva. Na obra *The Path of Law* (1897), Oliver Wendell Holmes Jr. critica a adoção de uma regra universal de responsabilidade objetiva, a qual considera instrumento de insegurança social, externando sua preferência pela regra de responsabilidade subjetiva, sugerindo, em adição, a adoção de sistema de seguridade social para acidentes decorrentes da atividade industrial.

2.3. No seio da economia neoclássica, o economista Arthur Pigou chamou a atenção para fenômeno que guarda forte relação com a responsabilidade civil, a existência de externalidade negativas. Investigando as ações que provocam impacto negativo sobre o bem-estar de terceiros, na obra *The Economics of Welfare* (1920), Arthur Pigou explora situação corrente na jurisprudência inglesa ao final do século XIX e início do século

XX, a emissão de faíscas por locomotivas em trânsito, causando incêndios nas propriedades limítrofes à via férrea. Não obstante ter tangenciado a reparação dos danos, a conformação do sistema de responsabilidade civil, Arthur Pigou busca a solução para o problema das externalidades negativas em outra modalidade de intervenção governamental, a tributação da atividade econômica que causa danos, que impõe custos à sociedade.

2.4. Retomando a análise do custo social das externalidades negativas, no texto *The Problem of Social Cost* (1960), Ronald Coase critica a proposta de correção das falhas de mercado via tributação, formulada por Arthur Pigou. Analisando extensivamente o exemplo da emissão de faíscas por locomotivas em trânsito, causando incêndios nas propriedades limítrofes à via férrea, Ronald Coase destaca que o problema real que se apresenta à sociedade é como evitar o dano social mais grave, como estruturar o sistema jurídico de forma a propiciar aumento da eficiência alocativa na economia. No mundo real, Ronald Coase consigna, a presença de custos de transação dificulta solução negociada entre as partes, tornando necessária análise comparativa das diferentes alternativas jurídicas possíveis, entre as quais a conformação do sistema de responsabilidade civil.

2.5. Assim como Ronald Coase, Guido Calabresi conecta fundamentos jurídicos e econômicos para analisar a temática da responsabilidade civil/externalidades negativas. No texto *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961), o jurista ítalo-americano volta-se para a análise da eficiente alocação dos custos dos acidentes, sustentando que o empreendimento deve suportar as perdas com acidentes decorrentes da atividade de risco por ele realizada. Na obra *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis* (1970), Guido Calabresi estabelece a lógica de que a minimização da soma dos custos primários, secundários, terciários e dos custos de prevenção de acidentes deve pautar o debate acerca da formatação de um sistema de responsabilidade civil, propondo a adoção de regras simples e diretas concebidas a partir da idéia de menor custo de prevenção, o princípio do *cheapest cost avoider*, e criticando a noção de culpa como base de um sistema de responsabilidade civil.

2.6. Outro jurista, o italiano Pietro Trimarchi, volta-se para o estudo da função e estrutura da responsabilidade civil em termos econômicos. Na obra *Rischio e Responsabilità Oggettiva* (1961), Pietro Trimarchi desenvolve modelo de responsabilização civil pelo risco do empreendimento, de que o empreendimento deve cobrir a integralidade dos custos de produção, inclusive os custos com danos causados a

terceiros em virtude de acidentes. Criticando a regra de responsabilidade subjetiva, Pietro Trimarchi propõe que a atividade empresarial seja regida pela regra de responsabilidade objetiva, dado seu melhor desempenho na prevenção de acidentes.

2.7. Propondo-se a lançar as bases para a construção de um sistema de responsabilidade civil eficiente, Gordon Tullock, na obra *The Logic of Law* (1971), vale-se de argumentos econômicos para criticar a regra de responsabilidade subjetiva, considerada de difícil aplicação e com elevada probabilidade de erro, externando simpatia pela adoção de regra de responsabilidade objetiva, conjugada com sistema de seguros privado.

2.8. A temática da responsabilidade civil serviu de substrato para a análise econômica do direito de Richard Posner. Nos textos *A Theory of Negligence* (1972) e *Strict Liability: a Comment* (1973) e no livro *Economic Analysis of Law* (1973), Richard Posner se vale da análise custo/benefício para evidenciar o conteúdo econômico da negligência, implícito na fórmula de Hand, além de analisar institutos jurídicos como a negligência contributiva da vítima e a opção entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

2.9. As décadas de 1970 e 1980 registram a publicação de diversos textos explorando a interface entre direito e economia na área da responsabilidade civil, destacando-se: *Toward an Economic Theory of Liability* (1973), de John Brown; *Strict Liability versus Negligence* (1980), de Steven Shavell; *Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting* (1980), de Mitchell Polinsky; *The Positive Theory of Tort Law* (1981), de William Landes e Richard Posner, e; *A New Positive Economic Theory of Negligence* (1983), de Mark Grady.

2.10. É com a publicação dos livros *Economic Analysis of Accident Law* (1987), de Steven Shavell, e *Economic Structure of Tort Law* (1987), de William Landes e Richard Posner, que se estabelece o marco teórico contemporâneo de análise econômica da responsabilidade civil, com a formalização de modelos de análise normativa das regras de responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva e de análise econômica positiva do nexo causal, do nexo de imputação e do dano.

2.11. Considerando-se o panorama atual do movimento de direito e economia, verifica-se que a temática da responsabilidade civil é vislumbrada em diferentes perspectivas pelas diversas correntes de pensamento do movimento de direito e economia. Para a escola de Chicago, a correção externalidades negativas, via sistema de responsabilidade civil, deve ser realizada tendo em vista o objetivo de promoção da eficiência, com a

seleção de regras que minimizem os custos sociais dos acidentes, tarefa na qual se sobressai o teste custo/benefício da negligência, encapsulado na fórmula de Hand.

2.12. Sob a ótica da escola de Yale, as políticas públicas de regulação apresentam vantagens em relação ao sistema de responsabilidade civil, em especial, na geração de efeitos preventivos, na redução dos custos administrativos e na diminuição da incerteza quanto à causalidade e à reparação dos danos.

2.13. A teoria das escolhas públicas chama a atenção para o problema do comportamento oportunista (*rent seeking*) de partes e advogados, no âmbito da responsabilidade civil.

2.14. Em contexto institucionalista, a temática da responsabilidade civil/externalidades negativas é concebida em perspectiva sistêmica, considerando que o comportamento e as escolhas de cada indivíduo têm impacto no comportamento e nas escolhas dos outros indivíduos, em processo de mútua coerção, de exercício de poder condicionado pela estrutura jurídica dos direitos.

2.15. A responsabilidade civil/externalidades negativas é temática pouco explorada no âmbito da nova economia institucional, admitindo-se, contudo, que as regras de responsabilidade civil desempenham importante papel na dinâmica de funcionamento econômico, eis que fortemente vinculadas à conformação/exercício dos direitos de propriedade a aos custos de transação nos mercados.

2.16. Nos moldes da escola austríaca, o *standard* de responsabilidade civil deve ser a regra de responsabilidade objetiva, eis que ela afasta as incertezas relativas à obtenção de informações e cálculo inerentes à determinação da negligência da conduta, reduzindo conflitos no meio social e simplificando a aplicação do sistema de responsabilidade civil pelo Judiciário.

2.17. A área da responsabilidade civil tem sido objeto de estudo mediante aplicação da teoria dos jogos, sendo que a noção de comportamento estratégico, implícita ou explicitamente, é utilizada pela literatura de direito e economia, em especial na análise comparativa dos efeitos das diferentes regras de responsabilidade civil.

2.18. A responsabilidade civil é tema pouco explorado na literatura de direito, economia e desenvolvimento, destacando-se a contribuição de Ugo Mattei, *Tort Law in Less Developed Countries* (1998), que traça o paralelo entre a situação atual dos países subdesenvolvidos e a situação pretérita dos países desenvolvidos, destacando que a inserção da responsabilidade civil em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento

transcende a correção de externalidades negativas, evidenciando-se relevante para a própria implantação e aperfeiçoamento de um sistema econômico de mercado.

2.19. Nos Estados Unidos, a influência do movimento de direito e economia na área de *tort law* pode ser aferida a partir de dois fatos representativos: os principais livros de *tort law* incorporam fundamentos de análise econômica do direito, e; o *Third Restatement of the Law – Torts: Liability for Physical Harm* (2005), publicado pelo *American Law Institute*, faz ampla referência à literatura de análise econômica do direito, sugerindo sua utilização no estudo de questões como a determinação do nexo de causalidade, a caracterização de conduta negligente e a opção entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva.

2.20. Na Europa, significativo é o fato de que, ao cogitar da harmonização legislativa em matéria de responsabilidade civil, a Comunidade Européia esteja se valendo de fundamentos de análise econômica do direito. Destacam-se, nesse sentido, as contribuições de Michael Faure, no âmbito do *European Centre of Tort Law and Insurance*.

3. Qual foi a influência do movimento de direito e economia no estudo da responsabilidade civil no Brasil?

3.1. No Brasil, apesar de ainda pouco difundido, nos últimos anos, o movimento de direito e economia vem gradualmente ocupando espaços. Identifica-se a existência de uma primeira leva de trabalhos caracterizados pelo conteúdo crítico, mas que reconhecem o potencial de aplicação dos fundamentos do movimento de direito e economia ao sistema jurídico brasileiro, em especial no campo da responsabilidade civil: *A Ordem Jurídica e a Economia* (1982), de Clóvis do Couto e Silva, e; *Interpretação Econômica do Direito* (1994), de Guiomar Estrela Faria.

3.2. Além do que, verifica-se que, as obras contemporâneas em direito e economia adotam perspectiva pluralista quanto às correntes de pensamento, sendo possível, contudo, detectar a influência da abordagem da nova economia institucional nas duas principais obras: *Direito e Economia, Análise Econômica do Direito e das Organizações* (2005), organizada por Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, e; *Direito, Economia e Mercados* (2006), de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi.

3.3. Ao longo do tempo, em diferentes níveis, a doutrina brasileira recebeu influência intelectual de autores que realizaram análise integrativa direito-economia no campo da responsabilidade civil. O exemplo mais representativo é José de Aguiar Dias,

reconhecidamente o principal autor brasileiro em responsabilidade civil, que, influenciado pelas idéias de Victor Mataja, na obra clássica *Da Responsabilidade Civil* (atualmente em 11. edição - 2006), estabelece a conexão entre direito e economia, enfatizando a idéia de prevenção como princípio fundamental da responsabilidade civil.

3.4. A influência da literatura contemporânea em direito e economia no meio acadêmico brasileiro de responsabilidade civil é pouco significativa. Limita-se a referências genéricas ou citações pontuais de autores como Richard Posner e Steven Shavell, como o fazem, por exemplo, Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Civil* (2005), e Maria Celina Bodin de Moraes, *Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva* (2006). Além do que, constata-se a existência de trabalhos específicos, na linha da análise econômica do direito, que exploram a temática da responsabilidade civil, tal como *Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil* (1998), de Rachel Sztajn.

O presente artigo defendeu a hipótese básica de trabalho de que a história do pensamento em direito e economia é uma rica fonte de informações, auxiliando na compreensão de alguns fenômenos contemporâneos verificados no âmbito de movimento de direito e economia, em especial no estudo da responsabilidade civil. Não obstante a influência restrita do contemporâneo movimento de direito e economia no estudo da responsabilidade civil no Brasil, verifica-se a existência de fértil campo de pesquisa por ser explorado. A integração do arcabouço teórico desenvolvidos no âmbito do movimento de direito e economia à tecnologia jurídica de estudo da responsabilidade civil no Brasil se evidencia relevante, contribuindo para que possa ser estabelecido um “estilo brasileiro” de pesquisa em direito e economia.

OBRAS CONSULTADAS

AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 313 p.

ACCIARRI, Hugo A. El Análisis Económico del Derecho de Daños. *Jurisprudencia Argentina*, Derecho y Economía, Buenos Aires, n. 7, p. 20-35, may. 2006.

ADELSTEIN, Richard. Commons, John Rogers (1862-1945). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 350-356. London: Macmillan, 1998. v. 1. 657 p.

_____ Ely, Richard Theodore (1854-1943). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 28-29. London: Macmillan, 1998. v. 2. 716 p.

ARIDA, Pérsio. A História do Pensamento Econômico como Teoria e Retórica. In: GALA, Paulo; REGO, José Márcio (orgs.). *A História do Pensamento Econômico como Teoria e Retórica, Ensaios sobre Metodologia em Economia*, p. 13-44. São Paulo: Editora 34, 2003. 308 p.

BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

_____ Otto von Gierke (1841-1921). In: _____ (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 519-521. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

BATTESINI, Eugênio. Da Teoria Econômica à Prática Jurídica: Origem, Desenvolvimento e Perspectivas dos Instrumentos Tributários de Política Ambiental. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. III, n.VI, p. 125-142, mai. 2005.

_____ Sistema Tributário, Imunidades e Ordem Econômica. In: SALMEIRÃO, Antônio M. G.; BOCCHINO, Leslie O. (orgs.). *Temas Atuais de Direito Público*, p. 35-52. Curitiba: Editora ETFPR, 2007. 394 p.

_____ Direito e Economia em Perspectiva Comparativa: Eficiência na Common Law e na Civil Law. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 8, p. 69-95, 2007.

BECKER, Gary S. The Economic Way of Looking at Life. In: PERSON, Torsten (ed.). *Nobel Lectures, Economics 1991-1995*. Singapore: World Scientific Publishing Co.,

1997. Disponível em: <<http://nobelprize.org/nobel-prizes/economics/laureates/1992/becker-lecture.html>>. Acesso em: 05 dez. 2008.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with itself*. New York: The Free Press, 1978. 479 p.

BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, The History and Methodology of Law and Economics. 1094 p.

BROWN, Doug. An Institutional Look at Postmodernism. *Journal of Economic Issues*, v. XXV, n. 4, p. 1089-1104, dec. 1991.

BROWN, John P. Toward an Economic Theory of Liability. *The Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 323-349, jun. 1973.

BUCHANAN Jr., James M. The Constitution of Economic Policy. In: MÄLER, Karl-Göran (ed.). *Nobel Lectures, Economics 1981-1990*. Singapore: World Scientific Publishing Co., 1992. Disponível em: <<http://nobelprize.org/nobel-prizes/economics/laureates/1986/buchanan-lecture.html>>. Acesso em: 08 dez. 2008.

BUCHANAN Jr., James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. Disponível em: <<http://www.econlib.org>>. Acesso em: 09 jun. 2003.

CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

_____ *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970. 331 p.

_____ Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Harry Kalven Jr. *The University of Chicago Law Review*, v. 43, n. 1, p. 69-108, Autumn 1975.

CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. Toward a Test for Strict Liability in Torts. *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 6, p. 1055-1085, may. 1972.

CALABRESI, Guido; KLEVORICK, Alvin K. Four Tests for Liability in Torts. *The Journal of Legal Studies*, v. 14, n. 3, p. 585-627, dec. 1985.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, apr. 1972.

CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. Antitrust Law. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 467-497. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 3, The Regulation of Contracts. 1205 p.

CHALOUPEK, Günther. Werner Sombart (1863-1941). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 683-688. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, oct. 1960.

_____ Law and Economics at Chicago. *The Journal of Law and Economics*, v. 36, p. 239-254, 1993.

_____ Director, Aaron (1901-). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 601-605. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. v. 2, parte 3, Responsabilidade Civil. 449 p.

COLOMA, Gérman. *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. 306 p.

COMMONS, John R. Institutional Economics. *American Economic Review*, v. 21, p. 648-657, 1931.

COOTER, Robert. Economic Analysis of Punitive Damages. *Southern California Law Review*, v. 56, p. 79-101, 1982.

_____. *The Strategic Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000. 412 p.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2008. 582 p.

DAASTÖL, Arno Mong. Friedrich List (1789-1846). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 590-606. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DEMSETZ, Harold. When Does the Rule of Liability Matter? *The Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 13-28, jan. 1972.

_____. Coase, Ronald Harry. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 262-270. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

DIAMOND, Peter. Single Activity Accidents. *The Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 107-164, jan. 1974.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1148 p.

DOWNS, Anthony. *Uma Teoria Econômica da Democracia*. Tradução de Sandra G. T. Vasconcelos. São Paulo: Edusp, 1999. 330 p.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A Influência da Economia na Responsabilidade Civil. In: TIMM, Luciano B. (org.). *Direito e Economia*, p. 121-140. São Paulo: Thomson – IOB, 2005. 214 p.

DRECHSLER, Wolfgang. Christian Wolff (1679-1754). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 745-750. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

_____ Plato (c.427-349 BC). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 635-641. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

DUXBURY, Neil. American Legal Realism. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 66-69. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

EASTERBROOK, Frank. H. The Court and the Economic System. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 1, p. 4-60, 1984.

ELDERS, J. L. M. Rudolf von Jhering (1818-92) and the Economy of Justice. In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 568-575. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

ENGLARD, Izhak. Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort. *International Review of Law and Economics*, n.10, p. 173-191, 1990.

FARIA, Guiomar T. Estrella. *A Interpretação Econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. 111 p.

FAURE, Michael G. Environmental Regulation. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (ed.). *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 443-520. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 2, Civil Law and Economics. 807 p.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 435 p.

FRADERA, Véra Jacob de (org.) *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 252 p.

FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco. Achille Loria (1857-1943). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 607-617. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

_____ Augusto Graziani (1865-1944). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 522-530. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

_____ Pietro Trimarchi (1934-). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 709-726. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

FRIEDMAN, David D. Posner, Richard Allen (1939-). In: NEWMAN, Peter (ed.) *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 55-62. London: Macmillan, 1998. v. 3. 742 p.

GALA, Paulo. A Teoria Institucional de Douglass North. *Revista de Economia Política*, v. 23, n. 2 (90), p. 89-105, abr./jun. 2003.

GALA, Paulo; REGO, José Márcio (orgs.). *A História do Pensamento Econômico como Teoria e Retórica, Ensaios sobre Metodologia em Economia*. São Paulo: Editora 34, 2003. 308 p.

GOETZ, Charles. Tullock, Gordon (1922-). NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 628-630. London: Macmillan, 1998. v. 3. 742 p.

GONÇALVES, Vítor Fernandes. A Análise Econômica da Responsabilidade Civil Extracontratual. *Revista Forense*, v. 357, p. 129-163, set. 2001.

GRADY, Mark. A New Positive Economic Theory of Negligence. *The Yale Law Journal*, v. 92, n. 5, p. 799-829, 1983.

_____ Untaken Precautions. *The Journal of Legal Studies*, v. 18, p. 139-156, jan. 1989.

GRAU, Eros Roberto. *O Conceito de Tributo e Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1975. 105 p.

GREEN, Jerry. On the Optimal Structure of Liability Laws. *The Bell Journal of Economics*, v. 7, n. 2, p. 553-574, Autumm 1976.

GROOSMAN, Britt. Pollution Tax. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 2, p. 338-368. Civil Law and Economics. 807 p.

GROSSKETTLER, Heinz. Franz Böhm (1895-1977). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 489-498. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

HARVEY, David. *Condição Pós-moderna, uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. 6. ed. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

HAUWE, Ludwig Van den. Friedrich August von Hayek (1899-1992). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 545-558. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

HAYEK, Friedrich August von. *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press. 1960. 568 p.

_____. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova Formulação dos Princípios Liberais de Justiça e Economia Política*. Tradução de Henry Maksoud. 3 v. São Paulo: Visão, 1985.

HEILBRONER, Robert. *A História do Pensamento Econômico*. Tradução de Therezinha Deutsch e Sylvio Deutsch. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996. 319 p.

HODGSON, Jeffrey. *Economia e Instituições*. Tradução de Ana Barradas. Oeiras: Celta Editora, 1994. 339 p.

HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, v. 10, n. 8, p. 457-478, mar. 1897.

HOVENKAMP, Herbert. The First Great Law & Economic Movement. *Stanford Law Review*, v. 42, n. 4, p. 993-1058, apr. 1990.

HUGON, Paul. *História das Doutrinas Econômicas*. 14. ed. Tradução não informada. São Paulo: Editora Atlas, 1984. 432 p.

HYLTON, Keith N. Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics. *Boston University School of Law, Working Papers Series, Law and Economics Working Paper* n. 04-04, may. 2004, 20 p. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=547082>>. Acesso em: 13 jul. 2009.

IPPOLITO, Richard A. *Economic for Lawyers*. Princeton: Princeton University Press, 2005. 421 p.

KELLY, Paul. Bentham, Jeremy (1748-1832). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 156-161. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 427 p.

KITCH, Edmund W. Chicago School of Law and Economics. NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 227-233. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

KRAFT, Gerhard; KRENGEL, Ronald, Economic Analysis of Tax Law – Current and Past Research Investigated from a German Tax Perspective. *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, n. 22, okt. 2003. 73 p. Disponível em: <<http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/heft22.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2008.

LANDES, William M. Becker, Gary Stanley (1930-). NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 153-156. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review*, v. 15, p. 815-924, 1981.

_____ Causation in Tort Law: an Economic Approach. *The Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 1, p. 109-134, jan. 1983.

_____ A Positive Economic Analysis of Product Liability. *The Journal of Legal Studies*, v. 14, n. 3, p. 535-567, dec. 1985.

_____ *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. 329 p.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEKACHMAN, Robert. *História das Idéias Econômicas*. Tradução de Gabriele Ilse Leib. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1973. 417 p.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward

Elgar, 2000. v. 1, p. 65-117. *The History and Methodology of Law and Economics*. 1094 p.

MACNEIL, Ian R. Other Sociological Approaches. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 694-718. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, *The History and Methodology of Law and Economics*. 1094 p.

MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*. Tradução de Allan V. Hastings. São Paulo: Thomson, 2005. 506 p.

MANSFIELD, Edwin; YOHE, Gary. *Microeconomia*. 11. ed. Tradução de Cid K. Moreira. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. A Crise Científica no Direito na Pós-modernidade e seus Reflexos na Pesquisa. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 50, n. 189, p. 49-64, jan./jun. 1998.

MCGEE, Robert W. The Economic Thought of David Hume: A Pioneer in the Field of Law & Economics. *Hume Studies*, v. 15, n. 1, p. 184-204, 1989. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=713926>>. Acesso em: 15. jul. 2009.

_____. Thomas Aquinas: A Pioneer in the Field of Law & Economics. *Western State University Law Review*, v. 18, n. 1, p. 471-483, 1990. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=713924>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

MEDEMA, Steven G. Chicago Law and Economics. *Social Science Research Network*, jun. 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=560941>>. Acesso em: 11. nov. 2008.

MEDEMA, Steven G.; MERCURO, Nicholas; Samuels, Warren. Institutional Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 418-455. *The History and Methodology of Law and Economics*. 1094 p.

MEDEMA, Steven G.; ZERBE Jr. Richard O. The Coase Theorem. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 836-892. The History and Methodology of Law and Economics. 1094 p.

MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Boston: Kluwer Academics Publishers, 1989. 264 p.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997. 235 p.

_____. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. 385 p.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G; SAMUELS, Warren J. Robert Lee Hale (1884-1969). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 531-544. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. 784 p.

MEZA, David de. Coase Theorem. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 270-282. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

MILGATE, Murray; STIMSON, Shannon. Hume, David (1711-1776). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 250-257. London: Macmillan, 2002. v. 2. 716 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 854, p. 11-37, dez. 2006.

MUELLER, Dennis C. Buchanan, James McGill (Born 1919). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 179-185. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

MYHRMAN, Johan; WEINGAST, Barry R. Douglass C. North's Contributions to Economic and Economic History. *Scandinavian Journal of Economics*, v. 96, n. 2, p. 185-193, 1994.

NENTJES, Andries. Institutions and Market Failure. In: PRINZ, Aloys; STEENGE, Albert E.; SCHMIDT, Jörg. *Institutions in Legal and Economic Analysis*, p. 1-20. Münster: LIT Verlag, 2004. 192 p.

NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 3 v. London: Macmillan, 1998.

NORTH, Douglass. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. 152 p.

_____ Economic Performance through Time. In: PERSSON, Torsten (ed.). *Nobel Lectures, Economics 1991-1995*. Singapore: World Scientific Publishing Co., 1997. Disponível em: <<http://nobelprize.org/nobel-prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html>>. Acesso em: 16 dez. 2008.

_____ *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton: Princeton University Press, 2005. 187 p.

NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Estudo Comparativo com o Código de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 830 p.

O'BRIEN, D. P. Hayek, Friedrich August von (1899-1992). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 217-229. London: Macmillan, 1998. v. 2. 716 p.

OSER, Jacob; BLANCHFIELD, William. *História do Pensamento Econômico*. Tradução de Carmem Terezinha Santoro dos Santos. São Paulo: Editora Atlas, 1983. 455 p.

OSTAS, Daniel. Postmodern Economic Analysis of Law: Extending the Pragmatic Vision of Richard A. Posner. *American Business Law Journal*, v. 36, n. 1, p. 193-238, fall 1998.

PARISI, Francesco. Coase Theorem and Transaction Cost Economics in the Law. In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

_____ Methodological Debates in Law and Economics: the Changing Contours of a Discipline. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. 531 p.

_____ Laudatio: Pietro Trimarchi. *Review of Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 3-9, 2007.

PARISI, Francesco; FREZZA Giampaolo. Cesare Beccaria (1738-1794). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 475-488. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. 531 p.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2007. 159 p.

PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists' New Science of Law, 1830-1930*. New York: Cambridge University Press, 1997. 202 p.

_____ Karl Marx (1818-83) and Friedrich Engels (1820-95). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 618-626. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

_____ Thorstein Veblen (1857-1929). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 727-732. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

PEUKERT, Helge. Adam Smith (1723-90). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 672-682. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

_____ Gustav von Schmoller (1838-1917). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 662-671. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

_____ Max Weber (1864-1920). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 733-744. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

PIGOU, Arthur Cecil. *La Economía del Bienestar*. Tradução de F. Sánchez Ramos. Madrid: M. Aguilar, 1946. 720 p.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6. ed. Tradução de Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2006.

PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2006. 553 p.

POLINSKY, Mitchell A. Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Right, Liability Rule, and Tax-Subsidy Approaches. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, p. 1-48, 1979.

_____ Strict Liability vs. Negligence in a Market Setting. *American Economic Review*, v. 70, p. 363-370, 1980.

_____ *An Introduction to Law and Economics*. 3. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

POSNER, Richard A. A Theory of Negligence. *Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 29-96, jan. 1972.

_____ Strict Liability: A Comment. *Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 1, p. 205-221, jan. 1973.

_____ *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. 262 p.

_____ *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. 485 p.

_____ *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. 597 p.

_____ Kelsen, Hayek, and the Economic Analysis of Law. In: ANNUAL MEETING OF THE EUROPEAN ASSOCIATION FOR LAW AND ECONOMICS, 18, 2001, Viena. 42 p. Disponível em: <<http://users.ugent.be/~bdpoorte/EALE/posner-lecture.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2008.

_____ Weber, Max (1864-1920). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 684-686. London: Macmillan, 2002. v. 3. 742 p.

_____ Holmes, Oliver Wendell Jr. (1841-1935). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 244-246. London: Macmillan, 2002. v. 3. 742 p.

_____ *Economic Analysis of Law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. 747 p.

_____ *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. 787 p.

- _____. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. 453 p.
- PRADO. Eleutério F. S. Prado. A Questão da Resolução de Controvérsias em Economia. In: GALA. Paulo; REGO, José Márcio (org.). *A História do Pensamento Económico como Teoria e Retórica, Ensaio sobre Metodologia em Economia*. São Paulo: Editora 34, 2003. 308 p.
- PRIBAM, Karl. *A History of Economic Reasoning*. London: The Johns Hopkins Press, 1983. 764 p.
- PRINZ, Aloys; STEENGE, Albert E.; SCHMIDT, Jörg. *Institutions in Legal and Economic Analysis*. Münster: LIT Verlag, 2004. 192 p.
- RIZZO, Mário J. Law amid Flux: the Economics of Negligence and Strict Liability in Tort. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 291-318, mar. 1980.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria. *Historia del Pensamiento Jurídico*. 8. ed., 2 v. Madrid: Universidad Complutense, 1996.
- ROSENAU, Pauline Marie. *Post-Modernism and the Social Sciences, Insights, Inroads, and Intrusions*. Princeton: Princeton University Press, 1992. 229 p.
- ROWLEY, Charles K. Public Choice and the Economic Analysis of Law. In:
- MERCURO, Nicholas. *Law and Economics*. Boston: Kluwer Academics Publishers, 1989. 264 p.
- _____. Locke, John (1632-1704). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 594-602. London: Macmillan, 2002. v. 2. 716 p.
- _____. An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. *The Origins of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005. 531 p.

_____ *Law and Economics, Gordon Tullock*. Selected Works of Gordon Tullock, v. 9. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. 472 p.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 318 p.

SALMEIRÃO, Antônio M. G.; BOCCHINO, Leslie O. (orgs.). *Temas Atuais de Direito Público*. Curitiba: Editora ETFPR, 2007. 394 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto: *Direito Concorrencial – as Estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 374 p.

SAMUELS, Warren J. Welfare Economics, Power, and Property. In: SAMUELS, Warren J.; SCHMID, A. Allan. (org.). *Law and Economics: an Institutional Perspective*. Boston: Kluwer, 1981. 268 p.

_____ Commons, John R. (1862-1945). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 324-327. London: Macmillan, 1998. v. 1, 757 p.

_____ The Legal-Economic Nexus. In: SAMUELS, Warren J., et al. *The Legal-Economic Nexus*. London: Routledge, 2007. 491 p.

_____ Interrelations between Legal and Economic Processes. In: SAMUELS, Warren J., et al. *The Legal-Economic Nexus*. London: Routledge, 2007. 491 p.

SAMUELS, Warren J.; SCHMID, A. Allan. (org.). *Law and Economics: an Institutional Perspective*. Boston: Kluwer, 1981. 268 p.

SAMUELS, Warren J.; SCHMID, Allan; SHAFFER, James D. An Evolutionary Approach to Law and Economics. In: SAMUELS, Warren J., et al. *The Legal-Economic Nexus*. London: Routledge, 2007. 491 p.

SAMUELS, Warren J., et al. *The Legal-Economic Nexus*. London: Routledge, 2007. 491 p.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: LTr Editora, 2008. 168 p.

SARLET, Ingo W. (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 320 p.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução de Macarena C. Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991. 371 p.

_____. *The Economic Analysis of Civil Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. 473 p.

SCHÄFER, Hans-Bernd; SCHÖNENBERGER, Andreas. Strict Liability versus Negligence. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 3, p. 597-624. Tort Law and Unjust Enrichment. 1094 p.

_____. *Strict Liability versus Negligence, an Economic Analysis*. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (eds.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, p. 39-65. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p.

SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. New York: Oxford University Press, 1954. 1260 p.

SCHWARTZ, Alan. Karl Llewellyn and the Early Law and Economics. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 421-425. London: Macmillan, 1998. v. 2. 716 p.

SEEN, Peter R. George Joseph Stigler (1911-92). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 700-709. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

SHAVELL, Steven. An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, p. 463-516, jun. 1980.

_____. Strict Liability versus Negligence. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, p. 1-25, jun. 1980.

_____. Liability for Harm versus Regulation of Safety. *The Journal of Legal Studies*, v. 13, p. 357-374, jun. 1984.

_____. *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. 310 p.

_____. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. 737 p.

_____. *Liability for Accidents*. In: POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. (eds.) *Handbook of Law and Economics*, v. 1. Amsterdam: Elsevier, 2007.

SHERWIN, Emily. Guido Calabresi. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 199-202. London: Macmillan, 1998. v. 1. 784 p.

SILVA, Clóvis Veríssimo Couto e. A Ordem Jurídica e a Economia. *Revista do Serviço Público*. Brasília, v. 110, n. 2, p. 91-99, abr./jun. 1982.

_____. O Dever de Indenizar. In: FRADERA, Véra Jacob de. (org.). *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 252 p.

SIMON, Herbert A. Rational Decision-making in Business Organizations. In: PERSSON, Torsten (ed.). *Nobel Lectures, Economics 1991-1995*. Singapore: World Scientific Publishing Co., 1997. Disponível em: <<http://nobelprize.org/nobel-prizes/economics/laureates/1993/north-lecture.html>>. Acesso em: 16 dez. 2008.

SIMPSON, A. W. Brian. "Coase v. Pigou" Reexamine. *The Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 1, p. 53-97, jan. 1996.

STAMMLER, Rudolf. *Economía y Derecho según la Concepción Materialista de la Historia*. Tradução de W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1929. 672 p.

STEELE, G. R. *The Economics of Friedrich Hayek*. New York: St. Martin's Press, 1993. 262 p.

STEIN, Peter. Adam Smith and the Law. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 7-9. London: Macmillan, 1998. v. 1. 757 p.

_____ Savigny, Friedrich Karl von (1779-1861). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 395-396. London: Macmillan, 1998. v. 3. 742 p.

STIGLER, George J. The Process and Progress of Economics. MÄLER, Karl-Göran (ed.). *Nobel Lectures, Economics 1981-1990*. World Scientific Publishing Co., Singapore, 1992. Disponível em: <<http://nobelprize.org/nobel-prizes/economics/laureates/1992/stigler-lecture.html>>. Acesso em: 05 dez. 2008.

_____ A Teoria Econômica da Regulação. In: MATTOS, Paulo (org.). *Regulação Econômica e Democracia, o Debate Norte-Americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. 301 p.

STREISSLER, Erich. Wilhelm Roscher (1817-94). In: BACKHAUS, Jürgen G. (org.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 642-651. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

SZTAJN, Rachel. Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXXVI (nova série), n. 111, p. 9-29, jul./set., 1998.

SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito e Economia, Análise Econômica do Direito das Organizações*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005. 315 p.

TAYLOR, O. H. Economics and the Idea of Natural Laws. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 44, n. 1, p. 1-39, nov. 1929.

TELSER, Lester G. Stigler, George Joseph (1911-1991). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 540-544. London: Macmillan, 1998. v. 3. 742 p.

TIMM, Luciano B. (org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOLLISON, Robert D. Rent Seeking. In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 315-322. London: Macmillan, 1998. v. 3. 742 p.

TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1961. 385 p.

TULLOCK, Gordon. The Logic of Law. In: ROWLEY, Charles. *Law and Economics, Gordon Tullock*. Selected Works of Gordon Tullock, v. 9. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. 472 p.

_____ Defending the Napoleonic Code over the Common Law. In: ROWLEY, Charles. *Law and Economics, Gordon Tullock*. Selected Works of Gordon Tullock, v. 9. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. 472 p.

_____ The Case against the Common Law. ROWLEY, Charles. *Law and Economics, Gordon Tullock*. Selected Works of Gordon Tullock, v. 9. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. 472 p.

VANBERG, Viktor J. Menger, Carl (1840-1921). In: NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, p. 635-641. London: Macmillan, 1998. v. 2. 716 p.

VELJANOVSKI, Cento. *A Economia do Direito e da Lei*. Tradução de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994. 121 p.

_____. *The Economics of Law*. 2ª ed. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2006. 193 p.

VIEIRA, Jacyr de Aguiar. A Análise Econômica da Responsabilidade Civil – Validade Jurídica no Sistema Nacional e o Princípio da Reparação Integral. *Revista dos Tribunais*, v. 772, ano 89, p. 128-143, fev. 2000.

WAGNER, Richard E. Carl Menger (1840-1921). In: BACKHAUS, Jürgen G. (org.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 627-634. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005. 784 p.

WEBER, Max. *História Económica General*. Tradução de Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1956.

_____. *Metodologia das Ciências Sociais*. 3. ed. Tradução: Augustin Wernet, 2 v. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

_____. *Economia e Sociedade*. 4. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. 2 v. São Paulo: Editora UnB, 2004.

WRIGHT, Richard W. *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: the Bane of Economic Analysis*. *The Journal of Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 435-456, jun. 1985.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p.

ZYLBERSZTAJN, Décio. et al. Apresentação do Projeto Diálogos FEA & Largo de São Francisco, Relevância para Transformação das Instituições no Brasil Contemporâneo. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLI (nova série), n. 126, p. 103-111, abr./jun. 2002.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito e Economia, Análise Econômica do Direito das Organizações*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005. 315 p.