

# A análise econômica do direito na axiologia constitucional

Pedro Freitas Teixeira  
Rafael Sinay  
Rodrigo Rabelo Tavares Borba

# A análise econômica do direito na axiologia constitucional

Pedro Freitas Teixeira

Rafael Sinay

Rodrigo Rabelo Tavares Borba\*

## Resumo

O artigo trata do espaço dos argumentos consequencialistas na metodologia civil-constitucional. Com base na compreensão das principais características da análise econômica do direito, bem como da apreciação de casos práticos, o artigo procura identificar o ponto de contato entre as metodologias e de que modo os argumentos consequencialistas podem ser úteis à metodologia civil-constitucional.

---

\* Respectivamente, mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), assessor especial do Gabinete do Prefeito do Rio de Janeiro e professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ); mestrando em Direito Civil na Uerj e advogado no Rio de Janeiro; e mestrando em Direito Civil na Uerj e advogado do BNDES. Este artigo é de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, a opinião do BNDES.

## **Abstract**

The article deals with the space of consequentialist arguments in the civil-constitutional methodology. From the understanding of the main features of the economic analysis of law, as well as the examination of case studies, the paper attempts to identify the point of contact between the methodologies and how the consequentialist arguments may be useful to the civil-constitutional methodology.

## **Introdução**

Após a superação do formalismo jurídico, a doutrina sempre esteve dividida quanto à finalidade da norma. A metodologia civil-constitucional, inspirada no neoconstitucionalismo, entende ser o objetivo da norma jurídica a garantia dos valores estabelecidos pela Constituição Federal. Esses valores podem até mesmo se sobrepor às regras e gozar de aplicação autônoma.

Outras escolas, contudo, atribuem à norma um caráter meramente instrumental, de modo que sua aplicação decorre da compreensão das consequências econômicas. Assim sugere a análise econômica do direito.

O presente trabalho tem como objetivo apresentar as principais características da análise econômica do direito e como esta se diferencia ou se aproxima da metodologia civil-constitucional.

## **Argumentos consequencialistas: conceito, contextualização e escolas**

### **Contextualização**

Apesar de parecer uma realidade distante para muitos estudantes, advogados, promotores, juízes e até professores de direito, a ciência jurídica sempre teve estreita conexão com a economia.

Célebres estudiosos de ambas as áreas, como Adam Smith e Jeremy Bentham, tiveram capital relevância na aproximação das duas ciências [Mendonça (2012)]. Smith, por meio de seu postulado

do livre-comportamento interessado,<sup>1</sup> criou também a base teórica para o que seria a economia neoclássica, com uma visão menos intervencionista do Direito no mercado [Mendonça (2012)].

Bentham, por sua vez, foi o pai do utilitarismo, escola que antecedeu à análise econômica do direito, e tinha como fundamento o princípio de que o ser humano sempre toma suas decisões de forma a maximizar seu prazer/felicidade e diminuir sua dor. Assim, o princípio da utilidade visava à busca pela felicidade, e Bentham entendia que isso só poderia ser conseguido por meio do trabalho em conjunto da razão e da lei [Bentham (1989)]. A felicidade representava a única medida de utilidade no utilitarismo benthamiano,<sup>2</sup> que, assim como a análise econômica do direito, fundava-se em uma premissa de maximização racional das escolhas pelos indivíduos. Afirma Bentham: “É inútil falar do interesse da comunidade, se não se compreender qual é o interesse do indivíduo” [Bentham (1989, p. 3)].

Outra escola que influenciou fortemente a análise econômica do direito foi o realismo jurídico norte-americano, de espírito mui-

---

<sup>1</sup> Em uma de suas mais clássicas citações, Adam Smith pontifica o conceito: “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas à sua autoestima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles” [Smith (1983, p. 50)].

<sup>2</sup> A base filosófica do utilitarismo benthamiano é a obra de Epicuro (*Carta sobre a felicidade a Meneceu*), datada de aproximadamente 300 a.C. Em trecho da obra: “O prazer é o início e o fim de uma vida feliz. Com efeito, nós o identificamos como o bem primeiro e inerente ao ser humano, em razão dele praticamos toda escolha e toda recusa, e a ele chegamos escolhendo todo bem de acordo com a distinção entre prazer e dor [...] todo prazer constitui um bem por sua própria natureza, não obstante isso, nem todos são escolhidos; do mesmo modo, toda dor é um mal, mas nem todas devem ser evitadas. Convém, portanto, avaliar todos os prazeres e sofrimentos de acordo com o critério dos benefícios e dos danos. Há ocasiões em que utilizamos um bem como se fosse um mal, e ao contrário, um mal como se fosse um bem” [Epicuro (1999, p. 37, 39)].

to pragmático, cujo alicerce metodológico se pautava na proposta de inter-relação entre o direito e outras disciplinas científicas, tais como a economia, a estatística, a sociologia e a psicologia. A principal função histórica desse realismo jurídico, surgido nas universidades de Columbia e Yale na década de 1920 [Leiter (2005)], foi fazer um contraponto ao pensamento kelseniano, de cunho eminentemente positivista e reinante no direito romano-germânico da época [Zanatta (2011)].

Possivelmente, o maior inspirador do realismo jurídico, Oliver Wendell Holmes Jr., professor “pragmatista” de Harvard no fim do século XIX, entendia que era impossível conceber uma separação entre direito e economia. Segundo Wendell Holmes Jr., o estudo da economia possibilitaria aos juristas aprender a “considerar e a pesar os fins legislativos, os meios de alcançá-los e o custo envolvido” [Holmes (2008, p. 95)].

Todo esse pragmatismo e o antiformalismo jurídico culminaram com a nomeação do economista Aaron Director para uma cadeira na Universidade de Chicago [Parisi (2005)]. Esse professor, adepto de uma linha de pensamento econômico não intervencionista (ao contrário da até então dominante linha keynesiana), defendia a regulação da economia pelo próprio mercado, nos moldes do que já vinha sendo idealizado pela escola neoclássica austríaca (cujos expoentes eram Ludwig Von Mises e Friedrich Hayek). A principal característica inovadora da Escola de Chicago, entretanto, foi a construção de um polo de pesquisa científica multi e interdisciplinar, promovendo a comunicação entre juristas e economistas, por exemplo [Mercurio e Medema (1997)].

Todavia, acredita-se que o fator mais determinante para o surgimento da análise econômica do direito tenham sido os estudos do economista inglês Ronald Coase (ganhador do prêmio Nobel de economia em 1991), que assumiu a cátedra de direito e economia na

Universidade de Chicago e o cargo de editor do *Journal of Law and Economics* [Alvarez (2006)].

Em seu trabalho mais célebre, Coase (1960) analisa os custos de transação, tema já estudado por ele em trabalho anterior [Coase (1937)], e propõe uma nova forma de abordar os danos. Os custos corresponderiam à identificação e à aproximação dos agentes envolvidos, bem como à negociação entre eles e a consequente operacionalização do que foi resolvido.

Coase (1960) sustenta que, quando os custos de transação forem iguais a zero, a eficiência alocativa dos recursos será alcançada, independentemente de como os direitos são distribuídos pelo Estado.

Todavia, essa é uma situação meramente hipotética, que dificilmente ocorreria na realidade. Na vida real, em que os custos de transação quase nunca são iguais a zero, as partes podem ser levadas (em decorrência desses custos) a optar por soluções que levam à ineficiência econômica. O Estado, nessas situações, deve agir, de modo a facilitar as transações (maximizando a riqueza), e, para isso, deve, necessariamente, saber as consequências econômicas de suas decisões, na relação em que intervém [Coase (1960)].

A principal contribuição do artigo, entretanto, foi apresentar uma abordagem inédita do estudo dos danos: sustenta o autor que o foco da análise deve ser a reciprocidade dos danos e não as suas causas ou as externalidades<sup>3</sup> geradas pela atividade. Ou seja, a solução eficiente economicamente não é apenas responsabilizar aquele que deu origem ao dano (parte lesante), mas sim analisar se essa responsabilização do lesante é mais proveitosa (gera mais ganhos) do que impedi-lo de praticar sua atividade [Coase (1960)].

---

<sup>3</sup> Externalidades são os custos que decorrem de uma determinada atividade; não apenas aqueles referentes a quem a pratica, mas também os referentes a terceiros afetados.

Percebe-se que o raciocínio proposto por Coase (em sua tese, batizada pela doutrina como Teorema de Coase) baseia-se em uma lógica consequencialista de custo-benefício: o Estado deveria, compreendendo que os danos são sempre recíprocos, simplesmente avaliar qual direito gera mais ganhos (maximização de riqueza) se tutelado.

## Conceitos

Antes de conceituar a análise econômica do direito, parece fundamental trabalhar alguns conceitos básicos, que ajudarão na exata compreensão do que significa e representa esse movimento.

### Escassez

A escassez é o primeiro e mais básico conceito a se dominar no estudo da análise econômica do direito.

Como se vive em um mundo no qual os recursos são finitos, surge o problema de equacionar sua melhor alocação. Dessa forma, não se pode ter tudo o que se quer, quando se quer e na quantidade que se quer, o que obriga a realizar escolhas e a se sujeitar aos *trade-offs*, que nada mais são do que sacrifícios [Salama (2008)].

Em outras palavras, abre-se mão de uma coisa para se ter outra, e aquilo de que se abre mão denomina-se “custo de oportunidade” [Salama (2008, p. 16)].

Assim, quando se escolhe fazer um investimento em determinado segmento da economia, como a saúde, inevitavelmente deixa-se de alocar esse recurso em outra área, como a educação ou a segurança.

O mesmo acontece com os direitos: tutelar um determinado direito tem um custo, consome recursos, recursos esses que podem ser

alocados na tutela de outro direito, o que pode ser economicamente mais eficiente [Salama (2010)].

Precisamente, a microeconomia neoclássica, que tanto influenciou e cujos conceitos servem de base até hoje à análise econômica do direito, ampara-se nessa busca por uma alocação de recursos o mais eficiente possível [Mendonça (2012)].

### **Maximização racional**

Para compreender o que seja a maximização racional, é fundamental a apresentação da figura do *homo economicus*: aquele indivíduo maximizador de seus interesses. Para a análise econômica do direito, o homem só agiria se vislumbrasse uma oportunidade de ganho, após fazer uma fria e racional análise de custo-benefício [Rezende Lara (2008)].

Como já explicado, o utilitarismo benthamiano foi uma das primeiras escolas a trabalhar com o conceito de maximização racional. Esse conceito baseia-se na ideia de que o ser humano sempre tenta maximizar seus ganhos (seu bem-estar, sua felicidade, seus interesses pessoais etc.) em qualquer esfera de sua vida, e não apenas em assuntos financeiros, que digam respeito aos lucros monetários [Posner (2007)].

Os economistas utilizam a expressão “processo de decisão marginalista” para denominar a situação em que um indivíduo, em uma tomada de decisão, somente prosseguirá em determinada atividade se os *benefícios marginais* forem superiores ou iguais aos *custos marginais*.<sup>4</sup> Tal maximização é empregada em diversos momentos e setores da vida do *homo economicus*, como na escolha por cumprir ou não uma lei, contratar ou não com alguém, propor ou não uma ação judicial [Salama (2008)].

---

<sup>4</sup> *Benefício marginal* é o ganho decorrente do aumento de determinada atividade; *custo marginal* é a perda/gasto decorrente do aumento da mesma atividade.

Posner (2000) frisa que, embora racionais, essas tomadas de decisões maximizadoras não precisam ser conscientes.

Não obstante, Amartya Sen, ganhador do prêmio Nobel de economia em 1998, tece duras críticas a essa maximização racional, pautada no autointeresse em tomadas de decisões:

O problema dessa abordagem da racionalidade reside em outro aspecto. Por que deveria ser *unicamente* racional empenhar-se pelo autointeresse excluindo todo o resto? [...] Considerar qualquer afastamento da maximização do autointeresse uma prova de irracionalidade tem de implicar uma rejeição do papel da ética na real tomada de decisão (que não seja alguma variação ou mais um exemplo daquela exótica concepção moral conhecida como “egoísmo ético” [Sen (2012, p. 31)].

Prossegue o economista indiano refutando uma necessária vinculação da maximização racional pelo autointeresse com o sucesso de uma economia de livre-mercado:

O êxito de algumas economias de livre mercado, como o Japão, na obtenção da eficiência também tem sido citado como prova da teoria do autointeresse. Contudo, o êxito de um mercado livre nada nos diz sobre que motivação está por trás da ação dos agentes econômicos em uma economia desse tipo. De fato, no caso japonês, existem eloquentes provas empíricas de que afastamentos sistemáticos do comportamento autointeressado em direção ao dever, à lealdade e à boa vontade têm desempenhado um papel importante no êxito da indústria [Sen (2012, p. 34)].

## **Eficiência**

A eficiência para a economia está necessariamente atrelada à maximização de riqueza e, conseqüentemente, aos raciocínios de custo-benefício e de melhor alocação dos recursos [Mendonça (2012)]:

concerne à escolha entre produzir mais ou menos de um produto; à melhor forma de utilizar um bem ou executar uma atividade; à opção de uma empresa automobilística por investir mais na segurança de seus carros, entre muitas outras decisões.

Segundo didática explicação de Polinsky (2003), a eficiência corresponderia ao tamanho do bolo, ao passo que a equidade/justiça corresponderia a sua divisão. Logo, já se pode imaginar a natureza das críticas feitas ao conceito de eficiência econômica: seria possível aumentar o tamanho do bolo (aumento de eficiência), mas, ao mesmo tempo, também aumentar a desigualdade dos pedaços (diminuição de justiça).

Buchanan (2000) também critica a utilização do conceito de eficiência econômica como um norte, no estudo e na aplicação do direito. O autor argumenta que, além de a lei não ter como função maximizar riquezas, os juízes também não têm formação adequada (em economia) para aplicar corretamente os postulados e as teorias econômicas nos casos concretos.

### **Eficiência de Pareto**

Para o conceito de Pareto, só haverá eficiência em uma determinada relação se for impossível melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de outra.

Dessa forma, um cenário em que todos os recursos estivessem concentrados nas mãos de um único *player* seria Pareto-eficiente, uma vez que qualquer mudança nessa alocação de recursos prejudicaria aquele único detentor [Salama (2008)].

Como bem lembra Sen (2012), um Estado em que algumas pessoas vivem na mais absoluta miséria e outras em uma vida luxuosa e de ostentação pode ser Pareto-eficiente se os miseráveis não

puderem melhorar a sua condição social sem haver uma mínima piora na situação dos abastados.

### **Eficiência de Khaldor-Hicks**

O critério de Khaldor-Hicks surgiu como uma proposta de melhoria do critério de eficiência de Pareto. Baseia-se na premissa de que haverá eficiência, ainda que alguém tenha sua situação piorada, desde que seja possível (teoricamente) compensá-la (mesmo que isso não ocorra) [Posner (2003)].

Por mais que permita a realização de mudanças com muito mais facilidade do que o critério de Pareto, o critério de Khaldor-Hicks também é alvo de inúmeras críticas: por exemplo, o fato de que, assim como o critério de Pareto, ele só visa à maximização de riquezas, não se preocupando com sua justa distribuição. Além do que, o valor marginal do dinheiro varia de pessoa para pessoa, de modo que um indivíduo pobre valoriza mais R\$ 1,00 do que um indivíduo rico. Some-se a isso a noção de que a aferição de eficiência é feita em um determinado momento, podendo o que hoje é tido como eficiente não mais sê-lo amanhã, caso apenas um indivíduo mude seus gostos ou preferências [Salama (2008)].

### **Conceito de análise econômica do direito**

Após a exposição desses conceitos básicos, pode-se definir a análise econômica do direito como uma metodologia fortemente influenciada por um pragmatismo filosófico e por uma lógica consequencialista (já presentes nas anteriores escolas do utilitarismo benthamiano e do realismo jurídico norte-americano), de maneira que o foco de estudo passa a ser não mais a investigação do fato causador, mas sim os resultados que se pretende obter e os meios necessários para

tanto. Valoriza-se, acima de tudo, a experiência, rejeitando-se dogmas e o formalismo jurídico [Rezende Lara (2008)].

Com base na racionalidade individual, valendo-se da teoria econômica e de técnicas de econometria, a análise econômica do direito visa maximizar riquezas (alocando os recursos da forma mais eficiente possível) e procura prever o impacto do direito na economia. Encaram-se as instituições legais não como elementos alienígenas do sistema econômico, mas sim como variáveis a ele pertencentes, e analisam-se os efeitos que as alterações nessas variáveis provocam na economia como um todo [Maristello Porto (2013)].

Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen, a economia forneceu uma teoria científica que pode prever os efeitos das sanções legais no comportamento dos indivíduos, pois as sanções se assemelham aos preços de tal modo que as pessoas reagem àquelas da mesma forma que a esses [Cotter e Ulen (2010)].

## **Escolas da análise econômica do direito**

Em razão do que se propõe neste trabalho, optou-se por tratar, brevemente, apenas de duas das principais escolas da análise econômica do direito: a Escola de Chicago e a Escola de Yale (New Haven).

### **Escola de Chicago**

A Escola de Chicago, capitaneada por Richard Posner<sup>5</sup> e considerada a mais radical quando o assunto é análise econômica do direito, chegou a compreender a eficiência como fundação ética do

---

<sup>5</sup> O *text-book Economics analysis of law*, lançado em 1973, é até hoje considerado o principal livro de Richard Posner, que lhe deu grande notoriedade e difundiu a teoria da análise econômica do direito nos Estados Unidos e em outros países do mundo.

direito, de maneira que as normas jurídicas seriam avaliadas com base na eficiência de Kaldor-Hicks [Salama (2010,)].

Nessa perspectiva, a determinação no caso concreto do que seria eficiente é pré-requisito da interpretação das normas jurídicas. Assim, a justiça da norma seria avaliada de acordo com sua capacidade de atingir a maior eficiência ou de maximizar da melhor forma a riqueza no caso concreto.

Conforme se compreende, a Escola de Chicago equipara os conceitos de justiça e eficiência na aplicação das normas jurídicas e, por isso, não escapou das críticas [Dworkin (1980)], o que fez Posner mudar de opinião, anos mais tarde, passando a se filiar ao pragmatismo jurídico.<sup>6</sup>

Dessa forma, ao abandonar a ideia de eficiência ou maximização de riquezas como fundação ética do direito e passar a considerar outros valores a serem levados em conta para a obtenção da justiça, Posner se torna um pragmático.

Nesse contexto, o pragmatismo jurídico vai rejeitar o conservadorismo político, na forma como são associadas as ideologias liberais (como o direito de propriedade), e vai defender a ideia de que a norma jurídica não é um fim em si mesmo, devendo funcionar como um incentivo para atingir objetivos (mais eficientes) perseguidos pela noção de justiça. Sendo assim, diante do caso concreto, o juiz vai analisar as consequências e tomar a decisão que, considerados os valores que regem o ordenamento jurídico, alcance a maior eficiência [Salama (2010)].

---

<sup>6</sup> Em seu livro *The problem of jurisprudence* (publicado em 1990), Richard Posner abandona grande parte de seu pensamento mais radical com relação aos conceitos de eficiência e justiça, expostos principalmente em seu livro *The economics of justice* (publicado em 1981).

## **Escola de Yale (New Haven)**

A Escola de Yale (New Haven) tem como principal representante o italiano Guido Calabresi.<sup>7</sup> Um dos objetivos dessa escola é compreender como o sistema jurídico pode contribuir na diminuição dos custos de acidentes.

Dessa forma, a noção de custos e benefícios contribuiria para alcançar a melhor forma de justiça, ou seja, o direito, como forma de regulação das relações humanas e concretização de políticas públicas, utilizaria conceitos da economia para perseguir as noções de justiça oferecidas pelo ordenamento [Salama (2010)].

Nesse sentido, Calabresi relaciona o objetivo das normas jurídicas aos custos dos acidentes, entendendo que “primeiro, elas [as normas] devem ser justas; segundo, elas devem reduzir os custos dos acidentes” [Calabresi (1970, p. 24)].

Em sua obra *The cost of accidents*, Calabresi ressalta a importância dos instrumentos econômicos para reduzir os custos de acidentes, porém questiona até que ponto as pessoas estariam dispostas a salvar vidas e reduzir acidentes. Segundo o autor, a resposta a essa questão não poderia ser estritamente econômica, tendo em vista que a noção de justiça depende de outras variáveis, não sendo esta a única resposta possível, conforme pregava a Escola de Chicago [Calabresi (1970)].

## **O exemplo da análise econômica do direito: vertente normativa e vertente positiva**

Após a explanação acerca dos principais conceitos e métodos utilizados (escassez, maximização racional, incentivos e eficiência)

---

<sup>7</sup> A principal obra de Guido Calabresi sobre análise econômica do direito foi *The cost of accidents* (publicada em 1970).

pelas principais escolas da análise econômica do direito, é preciso aprofundar o estudo com o objetivo de entender como tais métodos da economia podem ser utilizados para resolver problemas jurídicos.

Diferentemente da forma como muitos a compreendem, a economia não está relacionada apenas a questões financeiras, como índices de inflação, preços ou juros. Apesar de ser natural associarem-se ao conceito, por exemplo, apenas questões relacionadas aos efeitos da política econômica adotada pelo governo ou de eventual aumento ou baixa de impostos sobre os salários ou, ainda, os efeitos destes sobre o índice de emprego no país, a economia também está relacionada a questões do dia a dia, em que, dadas algumas alternativas, o indivíduo que se pressupõe racional toma a decisão que maximiza sua satisfação [Gico Jr. (2010)].

Assim, é possível pensar em diversas situações nas quais o indivíduo responderá a incentivos dados pela norma para tomar uma ou outra decisão, por exemplo: qual a influência do Código Brasileiro de Trânsito no número de acidentes registrados antes e após sua entrada em vigor? As multas pecuniárias funcionam como forma de coibir o motorista a cometer uma infração de trânsito? As normas são suficientes para garantir a segurança no trânsito e promover a compensação das vítimas em casos de acidentes? Os custos para litigar nesses casos estimulam ou inibem as vítimas a buscar uma compensação? Quais normas poderiam minimizar o número de acidentes nas rodovias brasileiras? O que se quer é estimular ou desestimular o uso de veículos particulares nas ruas das cidades?

Diante dessas questões, a análise econômica do direito pode ser dividida em duas vertentes: a vertente positiva e a vertente normativa.

De acordo com a primeira vertente, o objetivo da análise econômica do direito seria oferecer uma teoria que, com o auxílio dos instrumentos e métodos econômicos, pudesse descrever o compor-

tamento humano diante de uma ou mais normas postas (*o que é*) [Gico Jr. (2010)]. Dessa forma, diante de uma normatividade pressuposta, “a economia seria capaz de prover uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas” [Salama (2011, p. 105)], ou seja, a análise econômica do direito seria capaz de identificar quais seriam os seus efeitos práticos (incentivos) que pudessem justificar seu cumprimento ou não, do ponto de vista da eficiência.

Nesse sentido, partindo do pressuposto de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações [Posner (2007)], ponderam custos e benefícios e respondem a incentivos para as escolhas que realizam em todas as suas atividades, os instrumentos e métodos econômicos, na vertente positiva, podem ser utilizados para antever “os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso” [Salama (2011, p. 105)]. Por exemplo: como motoristas reagiram após a entrada em vigor do Código Brasileiro de Trânsito?

É importante que se diga que a vertente positiva não pretende, de forma alguma, propor a formulação de qualquer tipo de norma ou política pública para obter eficiência.

Já a vertente normativa, considerada a mais radical, considera que “noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização de riqueza e maximização de bem-estar” [Salama (2011, p. 104)].

A vertente normativa atua não com fatos, mas com valores, admitindo um contexto de normatividade não pressuposta ou mesmo a possibilidade de afastamento das regras jurídicas postas, se mais eficiente for, pois a “eficiência” seria um verdadeiro pressuposto de validade da norma jurídica. Ou seja, de acordo com essa vertente, o conceito de justiça se equipara ao conceito de eficiência.

Dessa maneira, a vertente normativa trabalha com a concepção *do que deve ser*, dando um passo à frente ao sugerir recomendações de políticas públicas e regras legais baseadas nos conceitos de eficiência e maximização de riqueza racional, e nas várias consequências econômicas das normas, caso sejam adotadas [Gico Jr. (2010)]. Por exemplo, se o objetivo é diminuir o número de acidentes ou desestimular o uso de veículos particulares nas cidades, a vertente normativa atuará para encontrar a melhor maneira de a norma atingir seu objetivo ou de ser mais eficiente na persecução do resultado pretendido.

## **Casos ilustrativos: o fornecimento de medicamentos e a responsabilidade civil**

### **O fornecimento de medicamentos**

A análise econômica do direito pode ser mais bem compreendida por meio da análise de alguns casos concretos. Neste trabalho, pretende-se apresentar o caso constante do processo judicial 0103912-59.2010.8.19.0001,<sup>8</sup> ainda em andamento no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Nesse caso, a autora ajuizou ação ordinária em face do município do Rio de Janeiro e do estado do Rio de Janeiro, alegando ser portadora de uma raríssima doença chamada hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), caracterizada pela presença de hemácias na urina. Segundo a autora, mediante a apresentação de prova documental, o tratamento dependeria do medicamento Soliris (Eculizumab),

---

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2010.001.092865-3>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

considerado o mais caro do mundo, de acordo com uma pesquisa da revista *Forbes*.<sup>9</sup>

Declarando não possuir recursos financeiros suficientes para arcar com os custos do medicamento, a autora pretende que o município ou o estado do Rio de Janeiro forneça o medicamento, tendo em vista que a Constituição Federal garante o acesso à saúde, como direito fundamental.

O município do Rio de Janeiro apresentou contestação, alegando que o referido medicamento não faz parte da lista da Remume,<sup>10</sup> não sendo de sua responsabilidade seu fornecimento. O estado do Rio de Janeiro também apresentou contestação, alegando que não poderia ser condenado ao fornecimento de tal medicamento, pois este estaria fora da lista constante na Portaria 2.981/2009 do Ministério da Saúde e, no mérito, afirmou que existiriam alternativas<sup>11</sup> para tratamento, fornecidas gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Afirmou, por fim, que a determinação de fornecimento de tal medicamento por parte do Judiciário atentaria contra os princípios da separação dos poderes, do orçamento e da licitação.

Em primeira instância, o juiz julgou procedente a ação, condenando o município e o estado do Rio de Janeiro, solidariamente, a fornecer o referido medicamento, pelo tempo que se fizer necessário, bem como aqueles que a autora venha a necessitar para o prosseguimento do tratamento, condicionando o fornecimento à

---

<sup>9</sup> Esse medicamento tem um custo estimado de US\$ 409.500,00, de acordo com pesquisa. Fonte: <<http://www.forbes.com/2010/02/19/expensive-drugs-cost-business-healthcare-rare-diseases.html>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

<sup>10</sup> Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (Remume) do Município do Rio de Janeiro.

<sup>11</sup> Protocolo Clínico de Tratamento – Hemorio. Disponível em: <[http://www.hemorio.rj.gov.br/Html/pdf/protocolos/1\\_10.pdf](http://www.hemorio.rj.gov.br/Html/pdf/protocolos/1_10.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2014.

realização de exames médicos em estabelecimento hospitalar público semestralmente.

Em Apelação Cível 010391259.2010.8.19.0001,<sup>12</sup> tendo como relatora a desembargadora Gilda Maria Carrapatoso, *Diário da Justiça* – 9 de agosto de 2011, e posteriormente em Embargos de Declaração em Agravo Interno 0103912-59.2010.8.19.0001,<sup>13</sup> sob a

---

<sup>12</sup> Reexame necessário. Apelação cível. Rito ordinário. Processo civil. Fornecimento de medicamento. Responsabilidade solidária dos entes públicos, prevista nos arts. 196 e 198 da Constituição Federal. Desnecessidade de chamamento da União Federal à lide, sob pena de prejuízo da celeridade processual. Condenação dos réus ao pagamento da taxa judiciária e honorários de advogado. Enunciados nº 18, 42 e 44 do FETJ. Sentença mantida. Recurso ao qual se nega provimento, na forma do art. 557, *Caput*, do CPC. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?Uzip=1&gedid=00032097eef572ed5c1eaa182df409e2d336f7c4030b563b>>.

<sup>13</sup> Embargos de declaração em agravo interno. Medicamento. Paciente portadora de hemoglobina paroxística noturna que necessita do fármaco Soliris (Eculizumab) para a manutenção de sua vida. Sentença de procedência condena o estado e o município do Rio de Janeiro, solidariamente, a fornecerem o produto na quantidade prescrita, pelo tempo que se fizer necessário, além de outros produtos que a autora venha a necessitar para o tratamento, condicionada a entrega à realização de exames médicos, semestrais, em estabelecimento hospitalar público. Decisão monocrática que nega seguimento ao recurso do estado do Rio de Janeiro, para manter a sentença proferida em primeiro grau, determinando o fornecimento do medicamento prescrito ou similar que contenha as mesmas propriedades e autorizado pela autoridade médica pública competente, pelo tempo que se fizer necessário. Embargos de declaração ofertados apontam omissão sobre o alto custo do medicamento e à possibilidade de utilização da metodologia indicada pelo Hemorio. Fármaco que pode representar, no caso concreto, nova metodologia para o controle da doença. Tratamento imprescindível à saúde e à qualidade de vida da autora. Obrigatoriedade legal dos órgãos públicos. É dever do Estado, sem distinção entre os entes políticos, a promoção da saúde, de forma plena. Prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O direito à vida e à saúde se sobre põe às regras de restrição orçamentária. Omissão não demonstrada. Pretensão de rediscutir a matéria decidida. Impossibilidade. Inexistência de vícios no acórdão embargado. Embargos de declaração aos quais se nega provimento. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045B5F31DE113FF97CCD54AC122179B75EC5026058601B>>.

mesma relatoria, a sentença que condenou o município e o estado do Rio de Janeiro ao fornecimento do referido medicamento foi mantida, com o argumento de que o direito à saúde é universal e previsto na Constituição Federal e que o princípio orçamentário nesses casos deve ser afastado, visando garantir os direitos fundamentais da pessoa humana.

Na concepção da análise econômica do direito, essa decisão não seria a mais eficiente, tendo em vista que o custo do medicamento tem impacto direto no orçamento do estado e do município do Rio de Janeiro e, em contrapartida, atende a apenas uma pessoa portadora da doença rara, em detrimento de milhares de outras pessoas que sofrem nas filas dos postos de saúde e hospitais públicos, muitas vezes por falta de profissionais ou estrutura, que se mostram insuficientes pela incapacidade dos entes públicos de atender a todas as demandas.

Em resumo, os argumentos utilizados pelo estado do Rio de Janeiro são os seguintes: (i) tal decisão atentaria contra o princípio orçamentário; (ii) o medicamento Soliris não é registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por ser padronizado e de alto custo; (iii) não há dados que comprovem ser o único tratamento adequado à embargada; (iv) o Hemorio indica outras possibilidades terapêuticas, como a reposição de ferro e de ácido fólico, corticosteroides, androgênios, imunossupressão com globulina antitimocítica e, em casos específicos, suporte transfusional e transplante de medula óssea; e (v) o valor estimado do tratamento é de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), não podendo ser universalizado de forma a atender a todos os doentes que o solicitassem. Portanto, a tese do governo do Rio de Janeiro aproxima-se mais dos argumentos consequentialistas, propostos pela análise econômica do direito, tendo em vista que, diante de uma norma (acesso à saúde), o intérprete deverá buscar uma solução que seja mais eficiente do

ponto de vista econômico e não, simplesmente, impor uma obrigação de fazer sem levar em conta os desdobramentos de tal decisão.<sup>14</sup>

Contudo, sob o olhar da metodologia civil-constitucional, a radicalização desse discurso que considera tão somente as consequências econômicas para a negativa da compra do remédio, afastando-se aqui a possibilidade de tratamento alternativo, demonstra-se problemática, pois subverte a supremacia dos valores incrustados na Constituição Federal, principalmente o da dignidade da pessoa humana, que deve prevalecer independentemente da “desvantagem” econômica da decisão.

## A responsabilidade civil

A reponsabilidade civil é um dos institutos jurídicos mais importantes e, por isso, mais complexos, abrangendo uma série de etapas analíticas para sua total compreensão.

Para fins deste estudo, serão analisadas apenas as etapas de determinação do *an debeatur* e do *quantum* a indenizar, pela ótica da análise econômica do direito, e sua eventual compatibilidade com a metodologia do direito civil-constitucional.

---

<sup>14</sup> É importante ressaltar que, na maior parte dos casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o argumento consequencialista relativo ao custo do medicamento tem sido acolhido e, via de consequência, negado provimento a tutela antecipada. “Junte-se a petição recebida em gabinete. Considerando-se as informações ulteriores prestadas pela ré, no sentido de ser o medicamento pleiteado um dos mais caros do mundo (cerca de R\$ 1.000.000,00 ao ano), e bem como o parecer do NAT às fls. 28/31, que informa não estar o medicamento com registro junto à Anvisa e que não tem eficácia comprovada, SUSPENDO a eficácia da decisão de fls. 26, eis que vislumbro a necessidade de produção de maior instrução probatória. Intimem-se, sendo o réu por mandado.” Íntegra da decisão prolatada pela Exma. Juíza Simone Lopes da Costa nos autos do Processo Judicial 0248061-17.2011.8.19.0001 – DJ. 11 de junho de 2012.

## Regra de Hand

No que concerne à qualificação do dever de indenizar – *an debeatur* – em sede de responsabilidade subjetiva, a análise econômica do direito apresenta uma solução, à primeira vista, extremamente sedutora. Com base em uma fórmula matemática relativamente simples, define-se se o agente agiu de forma culposa e, por conseguinte, se deverá responder por seu ato. Haverá o dever de responder caso os custos de precaução (C) sejam inferiores ao custo do dano (D) multiplicado pela probabilidade estatística de ocorrer o dano (P), ou seja, se:

$$C < D \times P$$

Essa fórmula foi desenvolvida pelo juiz Learned Hand, no famoso caso das barcas de Nova York. Em tal precedente, diversas barcas eram amarradas umas às outras com a mesma corda. O réu desse processo era uma empresa de rebocadores, cuja atividade consistia em guiar as barcas para fora do porto. Para exercer sua atividade, a tripulação do rebocador devia desamarrear das demais a barca a ser transportada e, depois, amarrar novamente as barcas que não seriam transportadas. No caso, essa nova amarração foi feita de forma equivocada e, em função disso, uma das barcas soltou-se da corda, vindo a colidir com outro barco. No caso, a barca não estava tripulada. Ao se chocar com o outro barco, a barca atingida naufragou, e seu proprietário ajuizou uma ação de responsabilidade civil em face da empresa de rebocadores. Essa ação foi julgada improcedente com base na regra de Hand.

A partir da revisão do antecedente, parece que não há uma regra geral para determinar quando a ausência de um barqueiro ou de outro atendente tornará o proprietário da barca responsável por danos causados a outras embarcações se ela se soltar de suas amarras. [...] Já que há ocasiões em que toda embarcação se soltará de suas amarras

e já que, se isso ocorrer, ela se tornará uma ameaça às que estão ao seu redor, o dever do proprietário, como em outras situações semelhantes, é uma função de três variáveis: 1) a probabilidade de que ela vá se soltar; 2) a gravidade do dano resultante, se ela fizer isso; 3) o ônus de precaução adequado. Possivelmente formular essa noção em termos algébricos sirva para realçá-la: se a probabilidade for chamada de P, o dano de R e o ônus de O, a responsabilidade civil depende de O ser menor do que R multiplicado por P, isto é, de  $O < PR$  [...] [Na sequência, o juiz Hand aplicou a fórmula aos fatos da ação judicial e concluiu que, como neste caso,  $O < PR$ , o proprietário da barcaça foi negligente por não ter um barqueiro a bordo durante o expediente à luz do dia] [Cooter e Ulen (2010, p. 345)].

Entendeu-se, portanto, que seria mais eficiente financeiramente ter um funcionário na barcaça do que correr o risco de uma barcaça soltar-se do píer e, em virtude disso, causar um acidente. A objetividade matemática da solução proposta pela fórmula de Hand, embora sedutora, tem algumas dificuldades.

Primeiramente, ela depende de dados estatísticos de probabilidade, que, em grande parte dos casos, não são facilmente obtidos. Depende também da aferição dos custos de prevenção, os quais não costumam ser divulgados pelas empresas e, quando o são, nem sempre são plenamente confiáveis. O ponto mais delicado na aplicação da regra de Hand está, contudo, na frieza de sua aplicação. Embora essa objetividade possa ser considerada, por alguns, um ponto positivo, corre-se o risco de subversão da tábua de valores constitucionais de nosso ordenamento, caso tal lógica seja aplicada de forma irrefletida.

A regra de Hand, como se percebe, vai de encontro à tendência de objetivação da culpa na responsabilidade subjetiva. O elemento culpa, historicamente, sempre teve um papel de destaque no estudo da responsabilidade civil. O dever de responder, por séculos, decorreu da combinação entre um dano e uma conduta culposa. Ocorre que

a forma como se interpreta a culpa foi se alterando ao longo da evolução do direito.

Consoante a precisa doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes:

[a] noção normativa de culpa, como inobservância de uma norma objetiva de conduta, praticamente substitui a noção de culpa psicológica, com vistas a permitir que se apure o grau de reprovação social representado pelo comportamento concreto do ofensor, isto é, a correspondência, ou não, do fato a um padrão (*standard*) objetivo de adequação. [...] a figura do ilícito continua ancorada no fato “culposo”, o qual, porém, foi redefinido, através dessa concepção da culpa, como sendo um fato avaliado negativamente em relação a parâmetros objetivos de diligência [Bodin de Moraes (2009, p. 212)].

O padrão objetivo de conduta esperado deve ser buscado dentro de cada atividade. Abandonam-se, assim, critérios extremamente subjetivos, tais como homem médio, *pater bonus familiae*, *reasonable man*, pois, cada juiz, em função de sua filosofia de vida e história particular, terá uma ideia distinta desses conceitos. Da mesma forma, já não importa se o agente tinha consciência de estar a violar uma norma de conduta. O que importa, para fins de imputação do dever de responder, é a demonstração de que o agente não agiu de acordo com o padrão de conduta que naquele caso específico era esperado dele. E mais, como nos informa Bodin de Moraes (2009, p. 179), “o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspectos fundamentais da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”. O direito não é uma ciência exata, nem nunca será. O dever de responder deve, necessariamente, aferir as condições específicas do caso concreto.

A análise econômica, por outro lado, funda-se em um *standard* de culpa, agora sob um viés puramente matemático, desconsiderando por completo qualquer aspecto valorativo da conduta. Com base

em um cálculo algébrico, chega-se à conclusão de que vítimas não deverão ser indenizadas, desde que o lesante tenha investido adequado montante em prevenção.

Conclui-se, assim, que, embora possa ser uma importante ferramenta auxiliar no processo argumentativo de um caso concreto, a regra de Hand teria dificuldade de se acomodar como metodologia independente ao contexto constitucionalizado do ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, na medida em que princípios fundantes do sistema, como o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade, são totalmente alijados da equação, a regra de Hand fica desprovida de sustentação axiológica. A eficiência econômica é certamente um valor tutelado pelo ordenamento do país, mas não goza de primazia para se arvorar como base do sistema, como pretendem os defensores da metodologia da análise econômica.<sup>15</sup>

### **Quantificação dos danos extrapatrimoniais**

Passa-se, agora, à análise de um dos problemas mais intrincados do direito, que consiste na quantificação dos danos extrapatrimoniais.

A análise econômica do direito apresentará, também aqui, uma solução extremamente interessante para o problema da quantificação das indenizações nos casos de danos extrapatrimoniais, mas que, analisada mais detidamente, mostra graves problemas segundo a ótica da justiça social.

Com base no pressuposto de que as pessoas não estão dispostas a se proteger a qualquer custo, calcula-se um valor teórico que a

---

<sup>15</sup> Como destacado no início deste artigo, no item sobre a Escola de Chicago, o próprio Richard Posner, um dos principais expoentes da escola da análise econômica do direito, revendo sua ideia de que a eficiência seria o fundamento do direito, incluiu a justiça como pressuposto da aplicação da teoria, o que representa uma clara tendência da análise econômica do direito de caminhar em direção à tutela da pessoa humana.

vítima dá à própria vida. É o que se chama de valor de uma vida estatística (ou VSL – *value of a statistical life*). Esse cálculo terá por base os gastos efetuados pela vítima em segurança e em prevenção de acidentes (WTP – *willingness to pay*).

Como preceituam Cooter e Ulen (2010, p. 382):

Quando uma criança morre em um acidente decorrente de ato ilícito, a indenização não pode ser calculada com base na fórmula “encontre uma quantia monetária tal que os pais serão indiferentes entre ter o dinheiro e a criança morrer e não ter o dinheiro e a criança não morrer”. A mesma dificuldade surge em forma atenuada em casos de danos físicos irreparáveis, como acidentes que aleijam a vítima. Na verdade, o direito de responsabilidade civil possui conceitos distintos de indenização compensatória. Um é o conceito econômico baseado na curva da indiferença: a indenização é perfeita quando a vítima é indiferente entre ter o dano e a indenização ou não ter nenhum dos dois. [...] Para alguns acidentes, no entanto, o mercado não oferece um substituto imediato. Por exemplo, um bom pai não venderia o seu filho por nenhum preço. A ideia de que uma pessoa poderia ser “indiferente” entre um valor monetário e um filho é repugnante. E, para algumas pessoas, não há preço no mundo para a venda de um braço ou uma perna.

Ocorre que uma parte necessária da vida é ficar exposto a riscos. Quando se adquire um carro, pode-se mitigar o risco de acidentes inserindo nele itens de segurança. Mas, à medida que itens de segurança são adicionados ao veículo, seu preço aumenta. Segundo a análise econômica do direito, a quantidade de dinheiro gasta em itens de segurança seria um indicativo do valor que o proprietário do automóvel dá à própria vida. E, com base nesses gastos, que serviriam de parâmetro, poder-se-ia calcular o valor da indenização.

Por exemplo, imagine-se que a probabilidade de um acidente automobilístico grave cai em 1/10.000 a cada \$ 100 adicionais gastos

em itens de segurança. Segundo Cooter e Ulen (2010, p. 383), “se os gastos em segurança automobilística forem racionais, então a redução de probabilidade de acidentes fatais, multiplicada pelo valor do risco fatal, seria igual ao custo marginal do cuidado”. Nesse caso, o valor da indenização por um dano extrapatrimonial seria de \$ 1.000.000,00. Segue a fórmula que resultou nesse valor:

$$(1/10.000) \times (\text{valor do risco fatal}) = 100; \text{ ou}$$

$$(\text{valor do risco fatal}) = 100/(1/10.000), \text{ o que sugere que o valor do risco fatal é } \$ 1.000.000^{16}$$

Como explica Mendonça (2012, p. 99), a respeito desse mesmo caso, “embora os danos irreparáveis envolvam bens que as pessoas não negociam no mercado, razão pela qual são incomensuráveis em dinheiro, alguns deles são provocados por riscos que, estes sim, poderiam ser objeto de uma negociação”. Continua o mesmo autor, ao defender a tese: “Nesses casos, diante de medidas de precaução passíveis de adoção a um certo custo, as pessoas acabam tendo que escolher entre risco e dinheiro, o que permite inclusive apurar um ponto de indiferença entre ambos”. A partir desse raciocínio, chegar-se-ia ao valor do dano extrapatrimonial em um caso concreto.

Tendo como origem uma análise *ex ante* a respeito da disposição para pagar pela redução do risco, chega-se a um valor de indenização *ex post*, que seria graduada com base na reação da vítima ao risco de dano. A grande vantagem da aplicação da regra matemática supra, que nada mais é do que uma derivação da regra de Hand, seria reduzir as grandes diferenças em indenizações de casos semelhantes.

---

<sup>16</sup> Segundo Cooter e Ulen (2010, p. 384), “as evidências empíricas sugerem que a indenização segundo a regra de Hand é diversas vezes maior que a indenização média concedida por tribunais norte-americanos em casos de acidentes automobilísticos que envolvem perda de vida”.

Embora interessante, a tese parte de uma premissa equivocada. Não comprar itens de segurança não significa, necessariamente, pouco apreço à própria vida. Em muitos casos, pode-se não comprar um item de segurança pela única e simples razão de o comprador não dispor dos recursos necessários para tanto. Outrossim, pessoas que não dão valor algum à própria vida, se forem bem dotadas financeiramente, podem adquirir um automóvel equipado com todos os itens de segurança disponíveis no mercado.

Percebe-se, portanto, que a adoção do critério aqui apresentado, embora possa servir como elemento de argumentação e de convencimento judicial em um caso concreto, mostra-se injusto se aplicado de forma automática e irrefletida. O melhor critério de quantificação do dano moral continua sendo aquele apresentado por Maria Celina Bodin de Moraes,<sup>17</sup> segundo a qual a indenização deve levar em consideração as condições pessoais da vítima. Casos haverá em que a aquisição de pneus novos por uma pessoa humilde pode demonstrar um enorme zelo pela vida; noutros casos, a aquisição de um carro equipado com todos os itens de segurança por uma pessoa abastada poderá não representar nada em termos de valorização da própria vida.

---

<sup>17</sup> Pontifica a autora: “Se foi a dignidade lesionada, tornar-se-ão mais objetivamente apreciáveis os fatores individuais a serem levados em consideração pelo juízo de reparação. Sob essa ótica, ficam desde logo excluídos quaisquer critérios que tenham como parâmetro as condições econômicas ou o nível social da vítima, não se coadunando com a noção de dignidade, extrapatrimonial na sua essência, quaisquer fatores patrimoniais para o juízo de reparação. No entanto, e por outro lado, as condições pessoais da vítima, desde que se revelem aspectos de seu patrimônio moral, deverão ser *cuidadosamente* sopesadas, para que a reparação possa alcançar, sob a égide do princípio da isonomia substancial, a singularidade de quem sofreu o dano. P. Perlingieri chega a sustentar que será especial o dano na perna de quem mora em um dos últimos andares de um edifício sem elevador, e as hipóteses são infinitas, o que não impede que, em concreto, seja exatamente o que o juiz deve avaliar para determinar o *quantum* indenizatório” [Bodin de Moraes (2009, p. 306)].

## **O art. 944, § único, do Código Civil (CC) à luz da análise econômica do direito e à luz do direito civil constitucional**

Segundo o art. 944 do CC, a indenização se mede pela extensão do dano. Ocorre que, segundo o parágrafo único do mesmo dispositivo legal, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Essa possibilidade de redução, segundo os estudiosos da análise econômica, consubstanciaria uma clara preocupação econômica do legislador. Como visto, segundo a regra de Hand, se os gastos com prevenção forem inferiores à probabilidade de dano multiplicada pelo custo médio do dano, a conduta será considerada culposa. Haverá casos, contudo, em que a diferença entre os gastos de prevenção, de um lado, e a resultante da multiplicação da probabilidade do dano com o custo desse dano, de outro lado, será irrelevante. Nesses casos, teria vez o parágrafo único do art. 944 do CC.

Essa redução, contudo, não pode ser arbitrária. Em todo caso, os gastos efetivados em prevenção somados ao valor da indenização não poderão jamais ser inferiores ao custo ideal de prevenção aferido com base na regra de Hand. Do contrário, a decisão será ineficiente do ponto de vista econômico.

Mendonça (2012, p. 103) apresenta interessante exemplo numérico a respeito do tema:

Suponha-se que, ao custo de \$ 40, um lesante em potencial consiga evitar a ocorrência de um dano de \$ 60. Será socialmente desejado, no exemplo, que as medidas de cuidado sejam adotadas (afinal  $\$ 40 < \$ 60$ ). Caso o lesante não adote nenhuma medida de cuidado (custos = zero), será obrigado a arcar com o dano de \$ 60. Caso poucas medidas de cuidado sejam tomadas (\$ 10, por exemplo), também será obrigado a arcar com o dano em sua integralidade. No entanto, se forem adotadas relevantes medidas de cuidado, embora insuficientes para evitar o dano (\$ 30, por exemplo), poderá ser fixada

uma indenização em \$ 20 ou \$ 30, por exemplo, o custo total assumido pelo lesante (\$ 30 pelas medidas adotadas + \$ 20 ou \$ 30 pela indenização) será, ainda assim, superior ao montante de cuidado socialmente desejado (correspondente a \$ 40). No entanto, caso a indenização seja reduzida a ponto de o custo total assumido pelo lesante resultar abaixo do cuidado socialmente desejado (no exemplo, uma indenização inferior a \$ 10), então a aplicação da regra provocará uma solução ineficiente, já que será preferível ao potencial lesante provocar o dano a evitá-lo.

Receia-se, contudo, que a clareza do exemplo encontre dificuldades de aplicação no mundo real. Os juízes, em virtude de sua formação jurídico-acadêmica, dificilmente terão disposição para se aventurar nos sinuosos caminhos da matemática estatística. E mesmo os que se lançarem nessa empreitada encontrarão enorme dificuldade para obter os dados necessários para aplicação da lógica econômica.

Por essas razões, endossa-se a posição manifestada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, segundo o qual a indenização deve, em regra, medir-se pela extensão do dano, salvo quando isso atingir o patrimônio mínimo das partes.<sup>18</sup> O fundamento de tal entendimento estaria tanto no direito à propriedade privada quanto nos

---

<sup>18</sup> Assim doutrina Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho: “Na esteira de tais considerações, e considerando o estado atual da responsabilidade civil, em que impera a tutela privilegiada da vítima, pode-se afirmar que o balanceamento da equidade deve levar em conta outros diversos fatores de ponderação, para além do grau de culpa, dentre eles o limite do patrimônio mínimo do ofensor e da vítima. Neste passo, balizamento como o da hipossuficiência na condição patrimonial do ofensor e da vítima pode contribuir para iluminar o critério da equidade para a redução. [...] Daí decorre a conclusão de que a redução cogitada no parágrafo único somente seria justificável se o resultado de todo um conjunto de fatores de ponderação, a incluir a reserva do patrimônio mínimo do agente causador e da vítima (de forma a garantir subsistência digna a ambos), com base no texto constitucional, assim a indicasse” [Monteiro Filho (2008, p. 481)].

princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, que deveriam ser devidamente ponderados no caso concreto. De qualquer forma, embora se vislumbre problemática a aplicação da lógica econômica como metodologia independente, não se nega a sua importância como instrumento de aplicação do direito.

### **Indenizações punitivas – o método do múltiplo punitivo e o modelo das sanções extraordinárias**

A admissibilidade das indenizações punitivas no contexto legal brasileiro consubstancia, indubitavelmente, um dos mais polêmicos e apaixonantes temas do direito civil atual. Observa-se uma cisão na doutrina a respeito do tema: há aqueles que a defendem como uma medida imprescindível e há aqueles que a repudiam terminantemente.

Os estudiosos de análise econômica do direito, em regra, tendem a admitir tal tipo de indenização. Os argumentos são, basicamente, os seguintes: (i) as indenizações punitivas desestimulam comportamentos reiteradamente lesivos; (ii) as indenizações punitivas dão força ao direito, em especial aos institutos da responsabilidade civil, que em alguns casos poderiam mostrar-se fracos e ineficientes na solução de problemas sociais repetitivos; e (iii) a responsabilidade civil estaria ontologicamente ligada à noção de culpa.

Por outro lado, há conceituados doutrinadores que repudiam as indenizações punitivas.<sup>19</sup> Os argumentos são, em síntese, os seguintes: (i) a Constituição da República demanda lei em sentido estrito para fins de imputação de penalidades – art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal; (ii) dever-se-ia relegar a função punitiva para o direito administrativo sancionatório e para o direito penal, esferas mais adequadas para essa finalidade; e (iii) o retorno da função punitiva estaria na contramão da evolução da responsabilidade civil,

---

<sup>19</sup> Nessa linha, podem-se citar Bodin de Moraes (2009) e Schreiber (2013).

que evoluiu no sentido de se libertar, cada vez mais, do conceito da culpa e da função de punir.

Analisam-se, a seguir, dois modelos de indenização punitiva, quais sejam o modelo do múltiplo punitivo e o modelo das sanções extraordinárias.

O modelo do múltiplo punitivo parte do pressuposto de que, em determinados casos, o lesante escapa do dever de indenizar a totalidade dos danos que causou. Ao não indenizar a integralidade dos danos, o lesante gera externalidades negativas e, dessa forma, beneficia-se indiretamente dessa situação. O método do múltiplo punitivo visa, portanto, à internalização dessas externalidades negativas e, para tanto, utiliza uma indenização punitiva. O grande mérito desse modelo consiste na criação de parâmetros objetivos e numéricos para quantificação do valor dessa indenização punitiva [Mendonça (2012)].

Para exemplificar a aplicação desse método, Robert Cooter e Thomas Ulen apresentam o caso de um fabricante de aditivo de combustível para motores de automóveis. Esse fabricante, atento a seus custos, percebe que pode estabelecer diferentes níveis de controle de qualidade, sendo que os custos desses controles aumentam à medida que aumenta o nível de controle de qualidade. O controle de qualidade de alto nível custa \$ 9.000 por ano e garante que o aditivo é puro e que nunca danifica os motores. Já o controle de baixa qualidade tem custo zero para o fabricante, o que gera uma economia de \$ 9.000, mas produz alguns lotes de aditivos com defeito. Em função disso, “alguns carros que usam o lote problemático serão danificados. Mais especificamente, o dano esperado aos carros é de \$ 10.000 por ano (\$ 1.000 em perdas e danos a dez carros)” [Cooter e Ulen (2010, p. 386)].

Pressupondo-se que se esteja em sede de responsabilidade objetiva e, além disso, que o sistema de responsabilidade civil seja

perfeito,<sup>20</sup> isto é, que todos os lesados serão indenizados, o mais racional seria adotar o controle de alto nível. Isso porque o custo do controle de alto nível (\$ 9.000) é menor do que o dano esperado (\$ 10.000).

Ocorre que, em um cenário mais realista, muitos consumidores não irão entrar com uma ação de responsabilidade civil contra o fabricante de aditivos. Essa inércia, que se chamará de “erro de execução”, pode decorrer de uma série de diferentes causas, tais como a dificuldade de provar em juízo que o defeito do carro decorreu do aditivo defeituoso, o custo do litígio, no que se incluem não apenas os honorários de advogados e despesas judiciais, mas também o tempo e o desgaste emocional despendidos com o processo.

Ciente desse erro de execução, o fabricante do exemplo pode ter estímulos econômicos em não fazer o controle de qualidade, beneficiando-se, assim, da ineficiência do sistema de responsabilidade civil. Imagine-se que o fabricante, com base em dados estatísticos, tenha a estimativa de que apenas 50% dos prejudicados o demandarão em juízo. No exemplo dado, se apenas 50% dos prejudicados demandarem a indenização, o custo real com o dano seria de apenas \$ 5.000 por ano. Nesse cenário, um fabricante interessado em maximizar seus lucros teria estímulos para não fazer o controle de

---

<sup>20</sup> Segundo Cooter e Ulen (2010, p. 386), “o sistema de responsabilidade civil é perfeito, no sentido de que as disputas entre fabricantes e consumidores podem ser resolvidas sem custos e sem erros e que as indenizações são perfeitamente compensatórias. Com um sistema de responsabilidade civil perfeito e uma regra de responsabilidade objetiva, todos os proprietários de automóveis prejudicados pelo produto são ressarcidos pelo fabricante sem ter que gastar nada para resolver a disputa. Assim, o fabricante tem responsabilização esperada de \$ 10.000 se não tomar precauções que custam \$ 9.000. O fabricante racional maximiza o lucro líquido da responsabilização esperada, então o fabricante do caso usará controle de qualidade de alto nível”.

qualidade de alto nível, que custariam \$ 9.000 por ano. Essa situação levaria à ineficiência.<sup>21</sup>

Essa ineficiência pode ser corrigida com base no método do múltiplo punitivo, que consiste em adicionar à indenização reparatória um montante punitivo equivalente às indenizações não pagas em virtude do erro de execução. No exemplo, “como há 50% de probabilidade de o lesante ser responsabilizado em \$ 1.000 (dano de cada consumidor), a indenização deve ser multiplicada por  $1/0,50 (= 2)$ , alcançando-se \$ 2.000 (dos quais \$ 1.000 correspondem à indenização punitiva)” [Mendonça (2012, p. 112)].

Com base na realidade do direito norte-americano, Cooter e Ulen (2010, p. 388) defendem que:

O direito poderia adotar a regra de que, no caso da concessão de indenizações punitivas, o múltiplo deve ser igual ao inverso do erro de aplicação. Se tal regra fosse transformada em regra jurídica, por lei ou pelos juízes, os júris teriam diretrizes sobre como estabelecer o múltiplo punitivo. Por exemplo, se houver provas de que o autor do dano deixou de tomar a quantidade adequada de cuidados porque suspeitava que apenas uma fração das vítimas o acionaria no judiciário, o tribunal poderia impor uma indenização punitiva determinada pela aplicação de um múltiplo punitivo igual ao inverso do erro de execução.

Se corretamente aplicado, o método do múltiplo punitivo mostra-se extremamente eficiente e pode produzir resultados extraordinários em termos de justiça.

Vislumbram-se, contudo, três desafios para o método. O primeiro consiste na dificuldade de obter dados seguros para a aplicação

---

<sup>21</sup> Não serão analisados neste trabalho os efeitos que a prestação ineficiente de serviços ou a produção de produtos defeituosos causam na imagem da companhia – dano à imagem –, que também consubstancia um elemento considerado pelos empresários e que afeta a lucratividade da companhia.

das fórmulas. O segundo desafio, por sua vez, consiste em desenvolver modelos matemáticos mais sofisticados que levem em consideração o fator estímulo em cadeia. Isso porque, à medida que alguns lesados são beneficiados com indenizações superiores a seus danos, gera-se um efeito de estímulo em cadeia, aumentando o número de demandantes, o que acaba por reduzir o erro de execução. Então, as fórmulas matemáticas e de econometria têm de desenvolver critérios que levem em consideração essas variantes. O último desafio seria convencer os juízes a aplicar e utilizar métodos matemáticos, que não fazem parte de sua formação, ou seja, haveria um desafio de mudança cultural.

Passa-se agora a analisar o último modelo que será objeto deste trabalho, qual seja, o modelo das sanções extraordinárias. Por ele, as indenizações punitivas seriam necessárias não apenas para compensar *ex post* os lesados,<sup>22</sup> mas também para fazer o lesante retornar a sua posição *ex ante* da lesão.

Um exemplo ajudará a esclarecer esse modelo. Imagine-se que um famoso cantor faça um contrato de publicidade com a cervejaria A. Ocorre que a cervejaria B deseja que o cantor rompa esse contrato e firme com ela um contrato de publicidade. Percebendo que seria muito custoso financeiramente negociar a liberação do referido cantor, a cervejaria B prefere aliciá-lo diretamente. Certamente, a cervejaria B tinha consciência de que essa intromissão em um contrato alheio poderia resultar em uma ação indenizatória. Todavia, com base em uma análise consequencialista, a cervejaria B estimou que uma indenização judicial seria, certamente, menos dispendiosa do que negociar, haja vista que a cervejaria A,

---

<sup>22</sup> Refere-se aqui aos lesados em maneira global, no que se incluem tanto aqueles que demandaram em juízo uma indenização quanto aqueles que não demandaram, mas, de uma forma indireta, foram compensados pela parcela punitiva conferida nas indenizações.

por certo, exigiria uma vultosa quantia para liberar o seu “garoto propaganda” para a concorrente.

Será em casos como este, em que o lesante prefere pagar a indenização a negociar, que terá vez o modelo das sanções extraordinárias. A indenização punitiva, nesse caso, deve equivaler, portanto, ao valor que seria necessário despende em um contexto de negociação voluntária. Vale lembrar, por oportuno, as lições de Guido Calabresi e Douglas Melamed a respeito de regras de propriedade e regras de responsabilidade.<sup>23</sup> Pelas regras de propriedade, o titular de um direito ou bem pode vetar sua transferência se assim entender conveniente, pois seus direitos e bens somente se transferem por um ato de vontade. Já pelas regras de responsabilidade, a proteção não chega a impedir a transferência involuntária de um direito ou bem, mas resguarda ao lesado uma indenização [Calabresi e Melamed (1972)].

Como enfatizam os juristas da análise econômica do direito, como Diogo Naves Mendonça,<sup>24</sup> “em alguns casos, a aplicabilidade

---

<sup>23</sup> Além das regras de propriedade e regras de responsabilidade, os mencionados autores falam ainda de regras de inalienabilidade, que não serão aqui desenvolvidas, pois não interessam diretamente ao escopo deste trabalho.

<sup>24</sup> Na lição do autor: “A princípio, poder-se-ia questionar por que a ordem jurídica simplesmente não protegeria todo e qualquer direito por uma regra de propriedade? Ou, em outras palavras, por que há necessidade de estipulação de regras de responsabilidade? Em termos econômicos, a resposta está no fato de que, em alguns casos, os custos de transação são tão elevados que impedem a transferência de direitos que seriam benéficos para os interessados e para a sociedade. É o que ocorre, por exemplo, nas desapropriações de imóveis e em diversas situações danosas não intencionais, como nos acidentes com pedestres. Quanto à última hipótese, caso se atribuísse aos pedestres o direito protegido por uma regra de propriedade de não sofrer lesões nas ruas, seria necessário a todos aqueles que pretendem realizar atividades capazes de provocar tais lesões (em especial os motoristas) cumprir a tarefa de negociar com os pedestres a aquisição do direito de lesioná-los. Tais negociações pré-acidente seriam não apenas caras, mas verdadeiramente proibitivas. Com isso, atividades socialmente benéficas (no exemplo, a atividade de dirigir) seriam ineficientemente impedidas” [Mendonça (2012, p. 84)].

de uma regra de responsabilidade pode ensejar a adoção estratégica de comportamentos abusivos (oportunistas). Trata-se de situações em que é preferível pagar uma indenização a negociar” [Mendonça (2012, p. 119)].

Assim, com base no exemplo oferecido, pode-se afirmar que não basta que a cervejaria aliciadora seja condenada a pagar os danos causados à concorrente. Faz-se necessário, também, que seja despojada de todos os benefícios que pretendia obter (ou obteve) com a conduta abusiva, incluindo-se na indenização o valor hipotético que teria de pagar se tivesse optado por negociar *ex ante*.<sup>25</sup>

## O espaço dos argumentos consequentialistas na metodologia civil-constitucional

Destarte, a grande questão consiste em saber se a análise econômica poderia servir como metodologia independente de aplicação do direito. Como foi demonstrado, com base na análise de nosso ordenamento jurídico, que tem como valor cardeal a dignidade da pessoa humana,<sup>26</sup> percebe-se que a aplicação autônoma da

---

<sup>25</sup> Segundo Mendonça (2012, p. 120), “só assim haveria efetiva dissuasão, já que se tem em vista os benefícios pretendidos *ex ante* e não propriamente os ganhos obtidos *ex post*. Ao final, sob essa perspectiva *ex ante*, o causador deverá despende completamente o valor que teria que assumir em uma suposta negociação com a parte lesada”.

<sup>26</sup> Bodin de Moraes (2010, p. 120) pontifica: “Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância no vácuo da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no direito, hoje, tudo se tornou relativo, ou ponderável, sim, mas em relação ao único valor capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana”.

análise econômica pode se tornar problemática. Nas palavras de Perlingieri (2007, p. 63), “uma prospectiva nesse sentido é criticável em si mesma, como metodologia”. Todavia, apesar de criticável como metodologia autônoma, a lógica consequencialista pode fornecer alguns interessantes *insights* no processo de aplicação e interpretação do direito.<sup>27</sup>

Embora o referido jurista critique a análise econômica, como metodologia autônoma de interpretação e aplicação do direito, com o que se concorda, ele ressalta sua utilidade prática como ferramenta acessória. Nesse sentido, vale ressaltar o seguinte trecho:

[n]ão se nega que possa ser útil o emprego de esquemas e critérios microeconômicos para “escrutinar o direito” e para avaliar a congruidade de seus institutos. É, todavia, necessário ter a consciência que se é verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, ela sozinha não consegue representar a especificação e a complexidade da ciência jurídica [Perlingieri (2007, p. 64)].

O espaço dos argumentos consequencialistas na metodologia civil-constitucional encontra-se, portanto, nessa complexa intercessão entre eficiência e justiça: enquanto a análise econômica do direito busca a eficiência nas relações jurídicas, a escola do direito civil-constitucional enxerga no direito um instrumento promove-

---

<sup>27</sup> Como destaca Mendonça (2012, p. 119): “Não há razão para que se elimine a avaliação de eficiência na escolha entre duas soluções justas. Aliás, não raramente a solução justa será a solução eficiente, por uma própria coincidência prática entre os valores impostos pela ordem jurídica e a equação proposta pela teoria econômica. Às vezes essa coincidência não ocorrerá e acabará por prevalecer a solução justa, embora ineficiente. Não é possível saber *a priori* quando e em que medida a eficiência será útil à tomada da decisão; é certo, porém, que a sua consideração ou, em termos mais gerais, a consideração das *consequências* da decisão, pode ser proveitosa”.

dor da dignidade humana<sup>28</sup> e dos demais valores constitucionais. A análise econômica do direito mira nas consequências; o direito civil-constitucional, nos princípios e valores.

Percebe-se que a harmonização entre as duas escolas não é tarefa fácil e, justamente por isso, deve ser objeto de incessante estudo das academias jurídicas e econômicas, posto que a tendência ao estudo multidisciplinar afigura-se uma realidade irrefreável.

Sem a menor pretensão de esgotar o assunto ou de colocar um ponto final (e por que haveria um ponto final?) em tão apaixonante controvérsia, acredita-se que a eficiência econômica deve ser perseguida, mas como instrumento a serviço de um direito cuja meta consiste em promover os valores constitucionais. Em outras palavras, a primeira e principal preocupação tanto do legislador quanto do intérprete da lei deve ser a promoção dos valores constitucionais, em especial o valor máximo da dignidade da pessoa humana. Em hipótese alguma, a busca pela eficiência pode ofuscar o respeito e a tutela pela dignidade do indivíduo. A eficiência serve ao homem e não o contrário.

Negar acriticamente a análise econômica do direito consubstanciaria postura pueril e inócua para a evolução do estudo do direito; adotar a análise econômica de forma também acrítica significaria ignorar a tábua de valores constitucionais. A meta a alcançar funda-se no equilíbrio, e a análise econômica consubstancia um extraordinário instrumento acessório para o contínuo progresso da metodologia civil-constitucional.

## Referências

ALVAREZ, A. B. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, jul.-dez. 2006.

---

<sup>28</sup> Para aprofundamento no tema, recomenda-se a obra de Bodin de Moraes (2010).

- BENTHAM, J. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Tradução de Luís Paulo Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril, 1989, 324 p. (Coleção Os Pensadores).
- BODIN DE MORAES, M. C. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BUCHANAN, J. M. *Buena economia. Mal derecho*. In: ROEMER, A. (org.). *Derecho y economia: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CALABRESI, G. *The cost of accidents – a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- CALABRESI, G.; MELAMED, A. D. Property rules, liability rules and inalienability rules: one view of cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, 1972.
- COASE, R. H. The nature of the firm. *Economica*, n. 4, 1937.
- \_\_\_\_\_. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960.
- COOTER, R.; ULEN, T. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DINWIDDY, J. *Bentham: selected writings of John Dinwiddy*. Stanford: Stanford University Press, 2004.
- DWORKIN, R. Is wealth a value? *The Journal of Legal Studies*, v. 9, 1980.
- EPICURO. *Carta sobre a felicidade a Meneceu*. Tradução de Álvaro Lorenzini e Enzo Del Carratore. São Paulo: Unesp, 1999.
- FORGIONI, P. A. Análise econômica do direito: paranoia ou mistificação? In: COUTINHO, J. N. M.; LIMA, M. M. B. (org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- GICO JR., I. T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, jan.-jun. 2010.
- HOLMES, O. W. The path of law. Tradução de Lauro Frederico Silveira. *Revista Discurso Jurídico*, v. 4, n. 1, jan.-jul. 2008.
- LEITER, B. *American legal realism*. In: EDMUNDSON W. *The Blackwell guide to philosophy of law and legal theory*. Oxford: Blackwell, 2005.
- MARISTELLO PORTO, A. J. *Análise Econômica do Direito (AED)* – Apostila do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Colaborador Guilherme Mello Graça. Segundo semestre de 2013.
- MENDONÇA, D. N. *Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MERCURO, N.; MEDEMA, S. *Economics and the law: from Posner to postmodernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- MILL, J. S. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos*. Tradução João Marcos Coelho e Pablo Rubén Mariconda. 3. ed. São Paulo: Abril, 1984, 324 p. (Coleção Os Pensadores).
- MONTEIRO FILHO, C. E. R. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: FACHIN, L. E. (coord.). *Embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PARISI, F. *The origins of Law and economics: essays by the founding fathers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- \_\_\_\_\_. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

POLINSKY, M. A. *An introduction to law and economics*. 3. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2003.

POSNER, R. Usos y abusos de la teoría económica en el derecho. In: ROEMER, A. (coord.). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000.

\_\_\_\_\_. *Economic analysis of law*. 6. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2003.

\_\_\_\_\_. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Para além do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

REZENDE LARA, F. T. A análise econômica do direito como método e disciplina. *E-civitas*, Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH, v. 1, n. 1, p. 12, nov. 2008. Disponível em: <[www.unibh.br/revistas/ecivitas](http://www.unibh.br/revistas/ecivitas)>. Acesso em 1º nov. 2014.

SALAMA, B. M. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos de Direito GV* – caderno 22, v. 5, n. 2, mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Apresentação. In: SALAMA, B. M. (coord.). *Direito e economia – Textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Direito e economia. In: RODRIGUEZ, J. R. *Fragments para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHREIBER, A. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEN, A. K. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SMITH, A. *A riqueza das nações: investigação sobre a sua natureza e suas causas*. Coleção Os Economistas. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ZANATTA, R. A. F. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, 10. ed., 2011.