

CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA - UNIALFA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE 2018 A 2024

GOIÂNIA- GO

2025

AMÉLIO ALVES

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE 2018 A 2024**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional Econômico, do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo de Camargo Cavalcanti

GOIÂNIA - GO

2025

Catálogo na fonte: Biblioteca UNIALFA

A474a

Alves, Amélio.

Análise econômica do direito nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal de 2018 a 2024. / Amélio Alves. – 2025.

204 f.: 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo de Camargo Cavalcanti.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico, Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) – Goiânia, 2025.

1. Direito Econômico. 2. Análise Econômica do Direito. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Eficiência Econômica. I. Cavalcanti, Rodrigo de Camargo. II. UNIALFA. III. Título.

CDU: 330.112:347.99

**ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE 2018 A 2024**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional Econômico do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA, como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional Econômico, defendida e aprovada no dia____,de____ 2025, pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Rodrigo de Camargo Cavalcanti (UNIALFA)
Presidente da Banca

Prof. Dr. Ricardo Luiz Nicoli (UNIALFA)
Avaliador Interno

Profa. Dra. Silzia Alves Carvalho (UFG)
Avaliadora Externa

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Marina, minha esposa, e a meus filhos, Liz e Daniel, pelo apoio familiar, amor, carinho e paciência nos momentos de isolamento para a escrita.

Um agradecimento especial ao meu orientador, Prof. Dr. Rodrigo de Camargo Cavalcanti, pelo incentivo, auxílio e ideias que tanto ajudaram nesta pesquisa.

RESUMO

A presente dissertação aborda a Análise Econômica do Direito nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) entre janeiro de 2018 e outubro de 2024, destacando a influência da Lei n. 13.655/18 que introduziu a necessidade de o julgador considerar as consequências práticas de suas decisões envolvendo critérios de segurança jurídica e eficiência na interpretação de normas jurídicas. O problema central do trabalho reside na observação de como a Análise Econômica do Direito (doravante AED) tem sido aplicada pelo STF, considerando a eficiência e a previsibilidade jurídica destas decisões. O objetivo geral é analisar a aplicação da AED nas decisões do STF, investigando suas implicações econômicas e jurídicas. Já os objetivos específicos incluem: identificar os fundamentos teóricos que justificam a adoção da AED; analisar criticamente as decisões do STF que aplicaram a AED e explorar as críticas à aplicação dessa metodologia. A justificativa reside na necessidade de se compreenderem os desafios e limitações da AED no contexto brasileiro de *Civil Law*, marcado por uma abordagem tradicionalmente menos consequencialista. A pesquisa adota o método qualitativo, com revisão bibliográfica, e uma metodologia empírica, com análise de decisões judiciais. Concluiu-se, após a pesquisa, que a AED contribui para decisões mais eficientes e previsíveis, pois traz confiança para o mercado, ao demonstrar a estabilidade de seus precedentes. Um judiciário com esta preocupação transmite segurança a investidores, tornando o país mais atraente e promissor para investimentos. Por fim, são propostas algumas sugestões de melhorias na aplicação dessa metodologia por parte do STF, a fim de assegurar que a busca pela eficiência não comprometa a justiça material e o respeito aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito Econômico. Ordem Econômica. Análise Econômica do Direito. Supremo Tribunal Federal. Eficiência Econômica.

ABSTRACT

This work discusses the Economic Analysis of Law in decisions of Brazilian Federal Supreme (STF) Court between January 2018 and October 2024, highlighting the influence of Law n. 13.655/18, which introduced the need to consider the practical consequences of decisions involving criteria of legal certainty and efficiency in the interpretation of legal norms. The central problem of the work lies in the observation of how the Economic Analysis of Law has been applied by the STF, considering the efficiency and legal predictability of these decisions. The general objective is to analyze the application of Economic Analysis of Law in STF decisions, investigating its economic and legal implications. The specific objectives include: identifying the theoretical foundations that justify the adoption of Economic Analysis of Law; critically analyzing STF decisions that applied Economic Analysis of Law; and exploring criticisms of the application of this methodology. The justification involves the need to understand the challenges and limitations of Economic Analysis of Law in Brazilian context of Civil Law, marked by a traditionally less consequentialist approach. The research adopts the qualitative method, with bibliographic review, and an empirical methodology, with analysis of judicial decisions. The conclusion reached after the research was that the Economic Analysis of Law contributes to more efficient and predictable decisions, as it brings confidence to the market by demonstrating the stability of its precedents. A judiciary with this concern provides security to investors, making the country more attractive and promising for investments. Finally, some suggestions for improvements in the application of this methodology by the STF are proposed, in order to ensure that the search for efficiency does not compromise material justice and respect for fundamental rights.

Keywords: Economic Law. Economic Order. Economic Analysis of Law. Federal Supreme Court. Economic Efficiency.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABAG	Associação Brasileira do Agronegócio
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AED	Análise Econômica do Direito.
AG.REG.	Agravo Regimental
AIR	Avaliações de Impacto Regulatório
ANA	Agência Nacional de Águas e Saneamento
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
CF	Constituição Federal
CEMIG	Companhia Energética de Minas Gerais
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CONTRATUH	Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil (STF utiliza desta forma)
CSLL	Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
INSS	Instituto Nacional de Seguro Social
LPI	Lei de Propriedade Industrial.
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal.
MI	Mandado de Injunção
NEI	Nova Economia Institucional
OMS	Organização Mundial da Saúde
PGR	Procuradoria-Geral da República
RCED	Recursos Contra a Expedição de Diploma
RE	Recurso Extraordinário
RGPS	Regime Geral de Previdência Social

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TFRM	Taxa de controle, acompanhamento e Fiscalização das atividades de pesquisa, lavra, Exploração e aproveitamento de Recursos Minerários
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	16
2.1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	16
2.2 DA ESCOLA DE CHICAGO À AED COMPORTAMENTAL	17
2.3 DIREITO E ECONOMIA.....	27
2.4 A EFICIÊNCIA E A JUSTIFICATIVA PARA UTILIZAR ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.	31
3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO BRASIL	36
3.1 ADOÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO BRASIL	36
3.2 LIMITAÇÕES E DESAFIOS NO CONTEXTO BRASILEIRO	36
3.3 <i>COMMON LAW</i> E AED EM PAÍSES DE <i>CIVIL LAW</i>	37
3.4 PRAGMATISMO NO CONTEXTO DA AED.....	39
4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO ..	42
4.1 CONTROLE JUDICIAL COMO ASPECTO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA E A ANÁLISE DOS EFEITOS ECONÔMICOS NAS DELIBERAÇÕES JUDICIAIS.	43
4.2 PONTO DE INFLEXÃO – MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA E REFLEXO NA JURISPRUDÊNCIA.....	44
4.3 PESQUISA EMPÍRICA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	47
5. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO ÂMBITO DO STF APÓS 2018.....	50
5.1 SELEÇÃO DOS JULGADOS	51
5.2 RECORTE TEMPORAL:.....	52
5.3 JULGADOS ANALISADOS DE JANEIRO DE 2018 A OUTUBRO DE 2024.....	53
5.3.1 Recurso Extraordinário n. 839.950	53
5.3.2 Ag.Reg. na Petição n. 8.002.....	55
5.3.3 Recurso Extraordinário n. 860.63	58
5.3.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 167.....	59
5.3.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.787	62
5.3.6 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.101	65

5.3.7 Emb. Decl. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.324.429.....	67
5.3.8 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.485	69
5.3.9 Ação Direta de Inconstitucionalidade n.5.941	72
5.3.10 Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 1.083.955	74
5.3.11 Ag. Reg. no RE n. 1.391.460	77
5.3.12 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.567	80
5.3.13 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.545	82
5.3.14 Ag. Reg. no RE n. 1.422.836	84
5.3.15 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.785	87
5.3.16 Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 1.403.904.	90
5.3.17 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.858	92
5.3.18 Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.415.924.....	95
5.3.19 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298	97
5.3.20 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508	100
5.3.21 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.529	103
5.3.22 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.261	107
5.3.23 Recurso Extraordinário vom Agravo n. 843.989	110
5.3.24 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.625	113
5.3.25 Quarto Ag. Reg. no Inquérito n. 4.435.	116
5.3.26 Recurso Extraordinário n. 949.297.....	118
5.3.27 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.066	121
5.3.28 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42.....	124
5.3.29 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 17.....	127
5.3.30 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324.....	129
5.3.31 Ação Direta De Inconstitucionalidade n. 3.995.	133
5.3.32 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 449.....	135
5.3.33 Ação Direta De Inconstitucionalidade n. 5.800	139
5.3.34 Recurso Extraordinário n. 843.112.....	140
5.3.35 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766	142
5.3.36 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492.	145
5.3.37 Recurso Extraordinário n. 1.014.286.....	147

5.3.38 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.874.....	149
5.3.39 Ag.Reg. no Mandado de Injunção 6.951	152
5.3.40 Segundos Emb.Decl. no Recurso Extraordinário n. 661.256	154
6. ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DOS JULGADOS	157
6.1 TEMAS E ÁREAS DO DIREITO QUE RECEBERAM APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	157
6.1.1 Direito do Consumidor	157
6.1.2 Direito do Trabalho	157
6.1.3 Processo do Trabalho	157
6.1.4 Direito Empresarial	157
6.1.5 Direito Civil	157
6.1.6 Direito Processual Civil.....	157
6.1.7 Direito Previdenciário	157
6.1.8 Direito Eleitoral.....	157
6.1.9 Direito Ambiental.....	157
6.1.10 Direito Processual Penal	157
6.1.11 Legislação Penal Especial.....	157
6.1.12 Direito Penal	157
6.1.13 Lei de Diretrizes e Bases	157
6.1.14 Direito Administrativo.....	157
6.1.15 Direito Tributário	157
6.1.16 Direito Financeiro.....	157
6.1.17 Direito Econômico	157
6.1.15 Direito Regulatório.....	157
6.2 NÍVEIS DE PROFUNDIDADE COM QUE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO FOI UTILIZADA NOS JULGADOS	180
6.3. CRÍTICAS ÀS FORMAS COMO O STF TEM APLICADO A AED	184
6.4 SUGESTÕES PARA APLICAÇÃO DA AED.....	186
7 CONCLUSÃO	190
REFERÊNCIAS.....	193
APÊNDICES	202

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação propõe uma investigação sobre a interseção entre Direito e Economia, adotando a Análise Econômica do Direito como base teórica para examinar as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) entre janeiro de 2018 e outubro de 2024. O ano de 2018 foi marcado pela entrada em vigor da Lei n.º 13.655/18, que modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acrescentando dez novos artigos que alteraram o panorama jurídico, especialmente os artigos 20 e 21.

A pesquisa, então, busca revelar como essas mudanças legislativas influenciam a interpretação e a aplicação das normas pelo STF, destacando os elementos econômicos que permeiam as decisões do Órgão. Pretende-se analisar como a racionalidade econômica molda a revisão contemporânea, impactando em como a Suprema Corte avalia questões de eficiência, segurança jurídica e previsibilidade das decisões. Dessa forma, o estudo se propõe a contribuir para um debate mais amplo sobre o papel da Análise Econômica do Direito na promoção de decisões judiciais que conciliam princípios jurídicos e eficiência econômica, desafiando concepções tradicionais de justiça e revelando novas possibilidades para a interpretação das normas no Brasil.

Ou seja, busca-se observar o controle judicial como aspecto da regulação econômica em uma análise consequencialista dos efeitos econômicos das decisões judiciais do STF após 2018 em que o julgador pode fundamentar sua decisão com aplicação de critério de eficiência econômica, não podendo, porém, julgar exclusivamente pensando na questão econômica. Em outras palavras, a fundamentação pode ter, entre as suas bases, as questões econômicas, mas não exclusivamente elas.

Com isso, busca-se aferir como as decisões do STF afetam a eficiência e a equidade dos mercados regulados, investigando-se, também, se há uma preocupação real na busca das consequências econômicas e sociais das suas decisões.

O Supremo Tribunal Federal tem se utilizado da Teoria da Análise Econômica do Direito em seus precedentes para fundamentar as consequências práticas de suas decisões e verificar a repercussão social e econômica exigida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro perante o mercado regulado. Neste sentido, a pergunta de pesquisa a que se pretende responder com esta dissertação é: como a Análise Econômica do Direito está sendo utilizada nas decisões do Supremo Tribunal Federal após 2018?

Algumas hipóteses possíveis para responder ao questionamento pergunta são:

- a) A Análise Econômica do Direito tem sido aplicada pelo STF e em suas decisões após 2018 para julgamentos fundamentais em que o direcionamento de eficiência econômica é utilizado como um dos elementos de argumentação, especialmente em casos que envolvem regulação de mercados e políticas públicas, em conformidade com as diretrizes da Lei n.º 13.655/18, para escolhas específicas que buscam maximizar a eficiência econômica, a regulação de mercados em contratos públicos e a intervenção estatal na atividade econômica.
- b) A Análise Econômica do Direito (Hipótese da Integração Teórica) está sendo adotada de maneira crescente nas decisões do STF após 2018, fundamentada em teorias econômicas que justificam a escolha do legislador e a eficiência dos resultados, refletindo uma mudança na perspectiva da Corte em relação à função do Direito na promoção de uma maior eficiência econômica.
- c) A alteração legislativa promovida pela Lei n.º 13.655/18 tem sido um fator determinante para a ampliação da aplicação da AED nas decisões do STF, pois estabelece novos critérios de segurança jurídica, motivando uma abordagem econômica mais estruturada nas decisões judiciais e influenciando a interpretação e aplicação das normas (Hipótese da Influência da Lei n.º 13.655/18).
- d) As decisões proferidas pelo STF após 2018 que aplicam a Análise Econômica do Direito demonstram maior eficácia em resolver conflitos jurídicos, refletindo não apenas os interesses das partes, mas também os impactos econômicos das decisões sobre a sociedade, promovendo maior justiça social e equidade (Hipótese da Eficácia das Decisões).

Nesse contexto, o objetivo geral da dissertação é analisar a aplicação da Análise Econômica do Direito nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) após 2018, com enfoque nas implicações econômicas e jurídicas dessas decisões.

Entre os objetivos específicos estão: a) identificar os fundamentos teóricos que justificam a adoção da Análise Econômica do Direito pelo STF nas decisões judiciais após 2018; b) avaliar como a alteração legislativa promovida pela Lei n.º 13.655/18 influenciou a aplicação da AED nas

decisões do STF; c) analisar criticamente as principais decisões do STF que aplicaram a Análise Econômica do Direito após 2018, destacando suas implicações econômicas e jurídicas; d) explorar as críticas e as linhas de escolha impostas pelo STF na aplicação da Análise Econômica do Direito em suas decisões, destacando possíveis inconsistências e suas implicações.

A pesquisa empreendida se justifica pela necessidade de explorar os desafios e as limitações de aplicação da AED no contexto do STF, especialmente após a mudança legislativa de 2018. Embora a AED ofereça uma abordagem inovadora para a interpretação das normas jurídicas, ela enfrenta resistência e críticas quanto à sua adequação no contexto brasileiro, de *civil law*, em que a ênfase tradicional é menos consequencialista. Neste cenário, a dissertação visa identificar e examinar essas críticas e limitações, buscando entender se a aplicação da AED pelo STF tem sido consistente, eficaz e capaz de promover decisões que sejam socialmente justas e economicamente viáveis.

Além disso, outra justificativa reside na necessidade de avaliar se a AED está sendo aplicada de maneira consistente com os objetivos da Lei n.º 13.655/18, que exige a maior consideração das consequências práticas e sociais das decisões judiciais. A pesquisa pretende revelar se o STF conseguiu adaptar a AED, originalmente concebida em um contexto de *common law*, aos princípios e práticas de um sistema de *civil law*, como o brasileiro, superando as possíveis incompatibilidades teóricas e práticas. Ao examinar como o STF equilibra os elementos econômicos e jurídicos em suas decisões, o estudo contribuirá para o entendimento dos limites e potencialidades da AED no Brasil, oferecendo sugestões para sua aplicação futura e também suas melhorias.

Foram incluídos na revisão estudos e documentos publicados nos últimos 20 anos, em português e inglês, que apresentassem dados empíricos, análises teóricas e/ou discussões sobre a Análise Econômica do Direito. Priorizou-se um material que oferecesse *insights* sobre o contexto brasileiro, mas também foram considerados outros contextos que pudessem apresentar contribuições relevantes para a compreensão do problema investigado.

Em relação à organização da dissertação, tem-se uma introdução que é seguida pelo segundo capítulo, o qual traça a fundamentação teórica sobre a Análise Econômica do Direito, desde a sua origem remota, até a sua origem próxima, passando pela análise das principais escolas: Escola de Chicago, Escola de Yale, Escola Institucional, Nova Escola Institucional, incluindo a Escola Comportamental. Isso é feito com a finalidade de se observar qual a principal teoria adotada

pelo STF e de observar se a sua utilização ocorreu de forma verticalizada nos julgados. Figurou como preocupação da pesquisa, problematizar os principais conceitos de Direito e Economia, além das definições sobre eficiência e a justificativa para utilização da Análise Econômica do Direito.

No terceiro capítulo estuda-se a adequação, a adaptação e também os desafios para aplicação e adoção da Análise Econômica do Direito, indicando-se a limitação e o contexto tanto do consequencialismo quanto do pragmatismo dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Já no quarto capítulo, observa-se como o controle judicial pode ser feito com aspecto à regulação econômica e procede-se a uma análise dos efeitos econômicos nas deliberações judiciais, já de certa forma, introduzindo a necessidade de uma pesquisa empírica que é tratada no capítulo seguinte.

Para o estudo empírico e catálogo de julgados, expostos no quinto capítulo, foi utilizada a base de dados do STF. O método de pesquisa consistiu em realizar, no site do STF, a coleta de três grupos de julgados, tendo como critério de seleção os seguintes argumentos de pesquisa: “Análise Econômica do Direito”; “*Law and economics*” e “*Economic Analysis of Law*”.

O motivo da escolha desses argumentos foi atender ao objetivo geral da pesquisa, que consiste em observar como o STF, após a alteração legislativa de 2018, foi influenciado e se houve alteração em suas manifestações, especialmente no que concerne à utilização da Análise Econômica do Direito. O recorte temporal adotado - a partir de 2018 - decorreu da constatação, em pesquisa exploratória inicial, de que a teoria da Análise Econômica do Direito sempre foi utilizada de maneira esporádica e meramente *obiter dictum* em um número limitado de decisões. Observou-se, contudo, um crescimento quantitativo e qualitativo na forma de aplicação do instituto após o ano de 2018, justificando, assim, a delimitação temporal aplicada.

Metodologicamente, foi realizada uma análise de conteúdo por meio de fichas de leitura conhecidas como *Case Brief*¹. A pesquisa se organizou com base na seguinte ordem²: a) pré-análise; b) exploração do material; c) tratamento dos resultados, inferência e interpretação, aqui adaptada para a realidade brasileira dentro do campo de observação pesquisado.

¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Mariana; PINHEIRO, Victor Marcel. A organização da informação jurisprudencial. In: **Metodologia da Pesquisa de Direito**: técnicas e abordagens para a elaboração de monografias, dissertações e teses. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 242.

² EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. An Introduction to empirical legal research. In: CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 25.

Na pré-análise buscou-se por uma forma de simplificar o roteiro para abordagem, sistematização e análise da jurisprudência selecionada para replicar o método de avaliar cada julgado com o objetivo de formular respostas para a pergunta de pesquisa e de confirmar ou não a hipótese inicial. Ressalta-se que, desde o início, o foco da pesquisa concentrou-se na jurisdição do Supremo Tribunal Federal (STF), com um recorte específico relacionado a este Órgão.

A partir do recorte temporal, iniciou-se a análise qualitativa dos julgados selecionados, observando-se como a Análise Econômica do Direito tem sido aplicada - em que áreas e em quais temas – para, posteriormente, tecer algumas críticas, com o intuito de explorar, entender e buscar a resposta ao problema e confirmação ou não das hipóteses levantadas inicialmente.

Finalmente, no sexto capítulo, é feita uma análise qualitativa e quantitativa dos julgados, dentro da população de dados selecionada sobre os principais temas e áreas do Direito que receberam a aplicação da AED. Foram analisados, neste ponto, os níveis de profundidade da análise econômica, sem deixar de se apresentarem críticas e sugestões à forma escolhida pelo Supremo Tribunal Federal para a utilização da abordagem.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Compreender a aplicação da Análise Econômica do Direito nas decisões do STF requer uma investigação aprofundada das suas bases teóricas e do seu desenvolvimento ao longo do tempo. Este capítulo objetiva delinear os fundamentos teóricos que sustentam a AED, destacando as principais escolas de pensamento e suas respectivas influências sobre a jurisprudência do STF.

A relevância dessa análise reside não apenas em mapear as correntes teóricas que permeiam as decisões da Corte, mas também em identificar criticamente como essas teorias são interpretadas e aplicadas no contexto brasileiro. Essa revisão permite verificar que linhas de pensamento prevalecem nas decisões do STF e que limitações ou desafios surgem dessa aplicação, lançando luz sobre o impacto e as implicações da AED no cenário jurídico nacional.

2.1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito é um campo interdisciplinar que aplica métodos e conceitos econômicos à análise das leis e das instituições jurídicas. Seu desenvolvimento filosófico e doutrinário da AED ocorreu dentro da evolução do Direito Econômico.

Adam Smith (1723-1790)³, por exemplo, demonstrou como o mercado poderia ser influenciado por uma mudança legislativa. Sua obra *A Riqueza das Nações*, publicada em 1776, analisa como a legislação, as políticas governamentais e a interferência do Estado podem influenciar os mercados de maneira positiva ou negativa.

Os preceitos de Adam Smith são muito bem sintetizados por Yeung e Camelo:

Desde Adam Smith, considerado o pai da ciência econômica pela publicação de sua obra *A Riqueza das Nações* em 1776, tinha-se a ideia de que o sistema das leis era imprescindível para o bom funcionamento dos mercados. Houve, no fim do século XIX e início do século XX, um movimento nos Estados Unidos, conhecido hoje como o Velho Institucionalismo, que tinha como objetivo ligar o estudo da economia com o das questões legais. Entretanto, por incapacidade ou falta de interesse, aqueles profissionais e acadêmicos não chegaram a formular um ramo científico original.⁴

³ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Livro IV, Capítulo II. Tradução de Luiz João Baraúna. Vol. 1. São Paulo: Ed. Nova Cultural Ltda, 1996, p. 435.

⁴ YEUNG, Luciana CAMELO, Bradson. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024. p. 33.

Adam Smith discute o impacto das leis sobre o mercado, o que se encontra- no Livro IV, em que ele fala sobre o sistema de liberdades econômicas e critica as restrições e os monopólios impostos pelo Estado, argumentando que esses últimos distorcem os mercados e prejudicam o bem-estar geral. Especificamente, no capítulo II do Livro IV, intitulado *Das Restrições à Importação de Bens Estrangeiros que Podem ser Produzidos no País*, o autor critica as políticas protecionistas, mostrando como elas criam ineficiências econômicas.

O filósofo, por sua importância para as ciências econômicas, é considerado um antecedente remoto da AED; ele demonstrou como a burocracia da justiça foi fundamental para que ela escapasse da influência do rei e funcionasse como mecanismo de proteção do cidadão. Adam Smith pode ter sido o primeiro filósofo preocupado com a eficiência do processo.

O trabalho desenvolvido nessa época sistematizou um período histórico e primordial da Análise Econômica do Direito, sem, entretanto, haver ainda a apropriação do termo AED. Muitas das ideias sobre os reflexos das ciências econômicas nas leis podem ser vistas nas obras de David Ricardo (1772-1823), por exemplo, ou ainda na sociologia, com Weber (1864-1920) e Marx (1918-1883), que trouxeram relatos e pontos de contato entre as leis e a economia. “Esses autores (e muitos, muitíssimos outros) têm obras magníficas, cuja leitura pode ser deslumbrante.”⁵

O verbo “pode” verificado no excerto anterior serve como alerta de que uma nova área do conhecimento exige, algumas vezes, que o aprofundamento seja feito em camadas e aquilo que aparenta ser, nem sempre o é. Um exemplo didático desta situação é o osso de dinossauro descoberto na superficialidade, que nem sempre demonstra ser, de fato, pertencente a um dinossauro quando se aprofundam as escavações.

2.2 DA ESCOLA DE CHICAGO À AED COMPORTAMENTAL

Existem diversas correntes teóricas dentro da AED, cada uma com abordagens e pressupostos distintos. As principais escolas ou correntes teóricas que podem ser citadas são a Escola de Chicago, a Escola de Yale, a Escola Institucional e a Nova Economia Institucional - com a Teoria do Custo de Transação -, a AED Comportamental, a Teoria da Escolha Pública e ainda a aplicação da Teoria dos Jogos ao Direito, não como uma corrente teórica, mas dimensionada

⁵ BERTRAN, Maria Paula. **Metodologia da Pesquisa em Direito:** técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 333.

importância para a difusão da Análise Econômica do Direito.

Dentre as teorias que serão estudadas nas próximas seções, destacam-se: Escola de Chicago; Teoria da Escolha Pública; Institucionalistas; Neo Institucionalistas; Escola de New Haven e Escola Austríaca. É notável que existem outras vertentes, inclusive que não são Escolas, mas complementam as já mencionadas, como a já citada Teoria dos Jogos aplicada ao Direito; Direito e Economia Comparada; Direito e Economia Experimental; Direito, Economia e Antropologia; Direito e Economia Comportamental. Com algum esforço, seria possível encontrar ainda outras, mas, o mais importante é buscar a peculiaridade de algumas para entender as mais úteis à compreensão dos problemas brasileiros.

Foram os distintos modelos econômicos, com vertentes positivas e normativas - algumas posições mais radicais, outras liberais e ainda aquelas mais moderadas - que fizeram surgir a Análise Econômica do Direito.

No século XIX, a partir de ideias fundamentais e do reconhecimento dos incentivos individuais com necessidade de políticas públicas focadas no bem-estar social, começou-se a observar a aplicação da economia para compreender, explicar e prever implicações fáticas e a lógica do próprio Direito. Isso se deu inicialmente com a filosofia e o ideário iluminista (que destacava a importância da economia para a compreensão dos fenômenos sociais) nos Estados Unidos, a partir dos anos de 1960, na Universidade de Chicago com Ronald Coase, Guido Calabresi, Richard Posner e Gary Backer.

Esse cenário de desenvolvimento da AED encontra explicação na perspectiva a seguir:

A Análise Econômica do Direito desenvolveu-se com o economista Aaron Director, na década de 1950, e posteriormente com Ronald Coase e com o jurista Guido Calabresi. No início da década de 1970, recebeu maior impulso com juristas como Robert Bork, que se formou em Direito na Universidade de Chicago, e Richard Posner, que lecionou nessa mesma universidade e influenciou o mundo com suas ideias de aplicação da economia no Direito e nas mais diversas áreas. A AED parte do pressuposto de que os agentes econômicos agem racionalmente para maximizar seus interesses e o Direito tem que compreender isso, sabendo que o Estado acaba tendo de intervir, mesmo que minimamente, no mercado, conforme se verá em seções adiante.⁶

É preciso, neste ponto, fazer um panorama sobre algumas vertentes da AED, com destaque

⁶ CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. **CADE: o oligopólio no Estado Brasileiro de Intervenção Necessária**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 68.

justamente para a regulação e a intervenção do Estado no mercado, principalmente em momentos de crise, o que nos lembra e traz à tona as ideias Keynesianas.

A Escola de Chicago, iniciada por alguns pensadores, como Aaron Director, George Stigler, Milton Friedman, Jacob Viner, é a corrente mais influente e conhecida da Análise Econômica do Direito. Gary Becker e Richard Posner são amplamente reconhecidos por seu papel no desenvolvimento e na popularização da Análise Econômica do Direito, que possui como característica a defesa da análise de custo-benefício, que avalia as consequências econômicas das normas jurídicas.

Esta é a corrente que mais influenciou a Doutrina e a Jurisprudência no Brasil, quando se fala em Análise Econômica do Direito, tendo em vista que ela aplica métodos econômicos para entender e analisar normas jurídicas, sendo a eficiência econômica enfatizada como critério central para avaliar as normas.

A Escola de Chicago sustenta que as leis devem ser estruturadas para maximizar a eficiência econômica, entendida como a maximização do bem-estar social. O mercado é visto como um mecanismo eficiente de alocação de recursos e, por esta razão, a intervenção estatal deve ser mínima para estes teóricos.

Em sua pesquisa intitulada *Economic Analysis of Law*, originalmente escrita em 1973, Posner se colocava dentro de uma corrente liberalista. Após a crise americana de 2008, em busca de novas respostas e reflexões, ele adaptou sua teoria anterior, admitindo maior intervenção estatal em momentos de crise, com adoção de ideias Keynesianas:

Quando as leis não podem ser explicadas como medidas para corrigir externalidades ou promover de outra forma a eficiência econômica, o economista tende a considerar a possibilidade de que elas sejam concebidas para redistribuir riqueza, talvez a mando de algum grupo de interesse.⁷

Segundo o autor, o valor econômico de normas morais, como honestidade, veracidade, confiabilidade, caridade, assim como a chamada política da boa vizinhança e a adesão a princípios morais podem reduzir a riqueza da sociedade. As normas morais, como aquelas citadas no parágrafo anterior, possuem um valor econômico, na medida em que afetam o comportamento dos indivíduos e influenciam as transações.

⁷ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. Chicago: Wolters Kluwer, 2014, p. 3, tradução nossa.

Exemplo disso é a honestidade e a veracidade, que reduzem os custos de transação, como os custos de monitoramento e de execução de contratos, por um motivo simples: promovem confiança entre as partes e a eficiência. Sabe-se que quando há um alto nível de confiança entre as partes envolvidas, menos recursos são gastos para garantir o cumprimento de um acordo.

Por outro lado, a adesão estrita a essas normas, em algumas situações, pode limitar comportamentos que maximizariam a riqueza. Por exemplo, uma aplicação rigorosa de honestidade ou de caridade pode restringir estratégias que, embora menos éticas, seriam economicamente vantajosas.

Nesse sentido, a prática de princípios morais pode, em certos contextos, reduzir o potencial de acumulação de riqueza, pois limita a liberdade de ação das empresas e indivíduos para perseguir oportunidades. Enquanto as normas morais promovem confiança e custos, sua aplicação inflexível pode, paradoxalmente, diminuir ganhos econômicos que seriam menos éticos.

As mudanças e autocríticas importantes revelam a abertura de Posner a outras formas de pensar e a ideias de outras escolas econômicas aplicáveis como instrumento importante ao Direito (como a Economia Comportamental):

Durante todo o tempo tentei esclarecer, comprimir e melhorar; tornar o livro menos técnico e mais sensato; e para torná-lo mais eclético, menos doutrinário, menos “Escola de Chicago”, mais hospitaleiro às críticas à abordagem da “escolha racional” do Direito – críticas que me persuadiram, entre outras coisas, a complementar essa abordagem com conhecimentos da psicologia.⁸

A Escola de Chicago analisou o Direito Concorrencial e defendeu que o monopólio seria uma situação casual, instável e transitória.

A partir desta lógica, as regras de Direito da concorrência eram vistas pelos intelectuais da Escola de Chicago como desnecessárias. O próprio mercado seria capaz de regular o funcionamento do mercado. [...] A premissa de que a concorrência seria suficiente para regular o mercado trazia consigo a ideia de impropriedade da intervenção do Estado na esfera econômica. Nesse contexto, outras ideias defendidas pelo grupo eram diminuição das políticas de redistribuição de renda, a ampla proteção à autonomia da vontade e o estímulo ao setor privado.⁹

⁸ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. Chicago: Wolters Kluwer, 2014, p. 454, tradução nossa.

⁹ BERTRAN, Maria Paula. **Metodologia da pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 338.

Custos de transação, teoria da firma, entre outras contribuições da Escola de Chicago não serão objeto deste estudo, mas entende-se que é importante revisitar os três pilares de aplicação da microeconomia¹⁰ à análise do Direito, pertencente àquela Escola. São eles: a) maximização racional da satisfação; b) normas jurídicas como preços; c) eficiência, conforme classificação de Mercurio e Medema.¹¹

Segundo o primeiro pilar, maximização racional da satisfação, a economia tem como objeto alocar recursos e a escolha do indivíduo para alcançar a felicidade. Essa maximização da satisfação pode coincidir ou não com os comandos das normas. Como a análise econômica e jurídica diz respeito à interação entre pessoas e grupos, o comportamento de uma pessoa humana pode influenciar e afetar a felicidade dos outros; ele determina o efeito líquido na sociedade e afeta a eficiência econômica. A teoria da escolha racional aceita a capacidade das pessoas para processar informação é limitada:

[...] o pressuposto adicional é de que uma pessoa é um maximizador de utilidade racional em todas as áreas da vida, não apenas nos seus assuntos “econômicos”, isto é, não apenas quando está envolvida na compra e venda em mercados explícitos. Esta ideia – que é vital para a Análise Econômica do Direito porque grande parte do Direito diz respeito ao comportamento não mercantil (como o crime, o casamento e o divórcio, os acidentes e os legados) – remonta a Jeremy Bentham no século XVIII e início do século XIX, mas recebeu pouca atenção. Atenção dos economistas até o trabalho de Gary Becker nas décadas de 1950 e 1960. Mas uma suposição não deve ser confundida com uma conclusão. A suposição de que as pessoas fazem escolhas racionais em todas as áreas da vida é apenas o ponto de partida da análise econômica. É válido apenas como uma aproximação. Mesmo pessoas perfeitamente normais nem sempre são racionais.¹²

O segundo pilar da Escola de Chicago observa as normas jurídicas como preços: as normas deveriam ser obedecidas porque foram criadas para trazer maior satisfação aos indivíduos. Os indivíduos, portanto, respondem aos preços, assim, se o preço aumenta, as pessoas consomem

¹⁰ Microeconomia: Ramo da ciência econômica que estuda o comportamento das unidades de consumo representadas pelos indivíduos e pelas famílias; as empresas e suas produções e custos; a produção e o preço dos diversos bens, serviços e fatores produtivos. Em outras palavras, a microeconomia ocupa-se da forma como as unidades individuais que compõem a economia — consumidores privados, empresas comerciais, trabalhadores, latifundiários, produtores de bens ou serviços particulares etc. — agem e reagem umas sobre as outras. (PAULO, Sandroni. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 1999. Disponível em: (https://www2.fct.unesp.br/docentes/geo/magaldi/GEO_ECONOMICA_2019/dicionario-de-economia-sandroni.pdf. Acesso em: 15 fev. 2025, p. 650).

¹¹ MERCURO, Nicholas, MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: from Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p.474.

¹² POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. Chicago: Wolters Kluwer, 2014, p. 31, tradução nossa.

menos. Levando este raciocínio para o mundo jurídico, as normas estabelecem os preços das condutas.¹³ Por exemplo: o valor da indenização na responsabilidade civil, a multa aplicada se ultrapassar o sinal fechado, a quantidade de anos na prisão em caso de roubo. Ou seja, o “indivíduo racional”, como concebido pela Escola de Chicago, quando vai executar um ato delitivo, pondera entre o custo de cumprir a lei e o “preço” que pode ter de pagar ao violá-la. E, mesmo assim, na busca da felicidade e maximização de sua riqueza, o agente delituoso leva em conta a possibilidade de não ser pego.

Por fim, no que se refere ao terceiro pilar, a eficiência, a aplicação da norma deve ser feita pela lógica da eficiência econômica, segundo a Escola de Chicago. Embora a eficiência econômica possa ser largamente tida como certa por aqueles que desfrutam de um elevado nível de vida, o sistema econômico produz as necessidades da vida¹⁴. No caso extremo de eficiência econômica zero (alusão a Pareto¹⁵), não haveria necessidades e praticamente toda a população sucumbiria em pouco tempo. Assim, uma redução na eficiência econômica traria custo social e reduziria a vida. Concluem os economistas que a Escola de Chicago tende a colocar ênfase na eficiência, exceto quando há razões claras e bem definidas para diminuir esta ênfase.

Mas o que é eficiência para a Escola de Chicago? Quando citada, a expressão se refere à Teoria de Kaldor-Hicks. Observa-se que uma das principais críticas à Escola de Chicago está no fato de que o que as pessoas consideram como justo nem sempre é o que é eficiente para referida Escola. Isso porque a própria palavra possui muitos sentidos. Qual a eficiência da justiça? Qual o índice de confiança do judiciário? Estas são perguntas que, juntamente com a aplicação da Análise Econômica do Direito, motivam a investigação nos julgados do STF, sobre como a Corte Suprema tem buscado cumprir sua missão.

Outra Escola que influenciou estudos no campo da AED foi a Escola de Yale que, em contraste com a Escola de Chicago, adota uma perspectiva mais crítica e menos centrada no

¹³ BERTRAN, Maria Paula. **Metodologia da Pesquisa em Direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁴ MERCURO, Nicholas, MEDEMA, Steven. **Economics and the Law**: from Posner to post-modernism. Princeton: Princeton University Press, 1997, p.474 .

¹⁵ Expressões como: eficiência de Pareto, lei de Pareto, melhoria paretiana referem-se ao mesmo conceito denominado “Ótimo de Pareto”. Situação em que os recursos de uma economia são alocados de tal maneira que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de qualquer pessoa (ou agente econômico) sem piorar a situação de qualquer outra. O conceito foi introduzido por Vilfredo Pareto (1848-1923), e a Economia do Bem-Estar, em grande medida, estuda as condições nas quais um Ótimo de Pareto possa ser alcançado.

(PAULO, Sandroni. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 1999. Disponível em:

https://www2.fct.unesp.br/docentes/geo/magaldi/GEO_ECONOMICA_2019/dicionario-de-economia-sandroni.pdf.

Acesso em: 15 fev. 2025, p. 1980).

mercado. Intelectuais, como Guido Calabresi, enfatizam a importância da equidade e da justiça social na formulação das leis. Zanatta demonstra o equívoco da ideia de que, ao se falar em AED, só se lembra da Escola de Chicago.

É um erro comum pensar que a Law & Economics se limita à escola de Chicago e à Análise Econômica do Direito desenvolvida por Richard Posner e os seguidores de Ronald Coase. Antes mesmo da publicação da obra de Posner, pesquisas em Direito e economia eram desenvolvidas na Universidade de Yale. A visão, entretanto, era de caráter progressista. A obra *The Costs of Accidents*, publicada em 1970, mostra a preocupação de Guido Calabresi em analisar o problema de como um sistema jurídico deve formular políticas que minimizem o necessário custo dos acidentes na sociedade moderna.¹⁶

A Escola de Yale não se limita à eficiência econômica e incorpora considerações éticas e sociais na análise jurídica, porém, este não será um tema a ser aprofundado nesta dissertação, embora se faça aqui necessário o registro dessa importante contribuição teórica.

Já a Escola da Economia Institucional do Direito possui como criadores John R. Commons, Thorstein Veblen, Karl Llewellyn, Jerome Frank e Roscoe Pound. Esta Escola fazia crítica ao pensamento econômico ortodoxo e propunha que a economia fosse condicionada ao ambiente institucional. Para ela, como a economia afeta o ambiente institucional, a interação entre instituições e agentes econômicos evolui com o tempo, de acordo com condições impostas, seja pelas instituições monetárias, seja pela tecnologia, na iniciativa privada ou na pública.

O destaque que se faz é que, para a Economia Institucional, existem um conflito entre o estrangulamento da sociedade pela esfera econômica, de um lado, e a ordem cooperativa, espontânea e consciente que, de outro lado, deveria reger os atores econômicos em uma estrutura ideal de mercado. Ou seja, existe uma vontade de direcionar as pretensões resistidas da esfera econômica pela estruturação das instituições para levar à estabilidade social.

Em outras palavras, o institucionalismo é uma abordagem interdisciplinar, como o é toda a Análise Econômica do Direito, mas introduz elementos que vão se firmando mais recentemente nas Escolas e que são originários da Psicologia, da Sociologia, da Antropologia e do Direito, para compreender como os agentes econômicos atuam e com isso fornece a compreensão e a aceitação de sua postura e modo de agir.

¹⁶ ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 10, 2012, p. 32.

Diante desse cenário, cabe um questionamento: como diferenciar a Escola de Chicago da Escola Institucionalista? Basicamente a diferença reside no fato de que, para a Escola de Chicago, o comportamento econômico é moldado pela estrutura jurídico-normativa. Para a Economia Institucional, tanto o comportamento econômico como as leis influenciam uns aos outros.

Quanto à noção de eficiência, esta também se diferencia. Na escola da Economia Institucional, não há uma solução eficiente para conflitos jurídicos; não se trata de uma variável importante e não seria uma solução determinante. O conceito de eficiência na Economia Institucional é mais fluido e requer uma compreensão evolutiva da atividade econômica. Fatores como preço, custo, lucro, risco e riqueza não são entendidos como fenômenos naturais, mas são igualmente intrínsecos a qualquer sociedade. Pelo contrário, eles serão determinados pelas estruturas jurídicas específicas que existem em cada sociedade, com as suas características únicas e o seu ritmo próprio. Na lógica da Economia Institucional, a eficiência é determinada por estruturas normativas, não o contrário.¹⁷

Aqui, mais uma vez, observa-se que a ideia utilitarista vista em Posner¹⁸, de “maximização de riqueza”, como a eficiência buscada, é fator determinante para aplicação do Direito; ela acaba por encobrir uma escolha do julgador por outra, visto que as decisões jurídicas seriam eficientes conforme o interesse que está sendo protegido. Este estudo será mais aprofundado nas próximas seções.

A Nova Economia Institucional (NEI) é outra escola. Associada a economistas, como Ronald Coase¹⁹ e Douglass North, esta Escola amplia a análise econômica tradicional ao incluir as instituições e as normas sociais como elementos centrais na Análise Econômica do Direito. Essa corrente argumenta que as instituições jurídicas desempenham um papel importante na formação de mercados eficientes e na redução dos custos de transação.

A NEI destaca a importância dos direitos de propriedade e dos contratos como fundamentos para o funcionamento eficiente da economia. Nesta abordagem, a alocação do direito de propriedade pode ser feita de maneira mais eficiente, por meio da negociação privada em lugar da intervenção estatal.

¹⁷ BERTRAN, Maria Paula. **Metodologia da Pesquisa em Direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. São Paulo: Saraiva, 2019, p.348.

¹⁸ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. Chicago: Wolters Kluwer, 2014.

¹⁹ COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. São Paulo: Forense, 2016.

Coase²⁰ afirma que é necessária uma análise aprofundada do impacto econômico da decisão do tribunal. Quando a distribuição de direitos pelos tribunais é insuficiente, as partes envolvidas devem contar com o mercado para negociar uma redistribuição mais eficiente desses direitos. Contudo, estas negociações incorrem em custos, os chamados custos de transação. Portanto, se um tribunal constatar uma alocação ineficiente, os custos de transação na tentativa de corrigir essa alocação, ou em casos mais extremos, na manutenção dessa ineficiência na execução de uma transação, levarão necessariamente a uma perda de bem-estar social.

Neste sentido o “custo de transação” faz a análise de custo-benefício empreendida pelas agências reguladoras americanas para justificar qualquer tipo de regulação de mercado ou de política pública. Um exemplo apresentado pela doutrina é o da fábrica que está “comprando” os direitos de moradores:

Suponha-se que o valor do ar puro para os habitantes das adjacências da fábrica equivalha a R\$ 100 mil. Considere-se que o custo da colocação do filtro seja R\$ 150mil. Decidir que as partes têm Direito ao ar puro seria, nesse caso, ineficiente, pois obrigaria a fábrica a gastar R\$ 150mil para proteger um Direito que vale apenas R\$ 100 mil. Como o mercado tende a corrigir a ineficiência dessa alocação, possivelmente a fábrica preferirá pagar R\$ 100mil aos moradores e continuar produzindo cerveja sem filtro nas chaminés.²¹

Obviamente, no exemplo, estão sendo ignoradas ideias das modernas considerações sobre o impacto ambiental, previstas no Direito Ambiental. Esta é uma noção simples, mas que exemplifica bem como a Análise Econômica do Direito pode ser aplicada por esta corrente. O “maior abismo” existente entre os novos institucionalistas está ainda na maximização racional da utilidade.²²

Para os teóricos da Nova Economia Institucional, assim como para os teóricos da Economia

²⁰ Citado por WOLKART, Erik. Uma muito breve história da análise econômica do Direito. In: WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/analise-economica-do-processo-civil-como-a-economia-o-Direito-e-a-psicologia-podem-vencer-a-tragedia-da-justica/1196974138> Acesso em: 14 ago. 2024, p.15.

²¹ WOLKART, Erik. Uma Muito Breve História da Análise Econômica do Direito. In: WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/analise-economica-do-processo-civil-como-a-economia-o-Direito-e-a-psicologia-podem-vencer-a-tragedia-da-justica/1196974138> Acesso em: 14 ago. 2024, p. 16.

²² POSNER, Richard A. **Para Além do Direito.** Tradução Evandro Ferreira e Silva São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.466.

Institucional, as instituições são determinantes para o desempenho da economia. As instituições são estruturas que incentivam a interação humana (costumes, códigos, convenções locais são alguns deles). O ambiente institucional é o conjunto de regras, políticas, sociais e jurídicas que estabelecem as bases para produção, trocas e distribuição.²³

Finalmente, a AED Comportamental, também conhecida como AED Psicológica, atualiza as ideias de Coase, a partir do chamado efeito de dotação. Trata-se de uma abordagem relativamente recente que questiona as suposições tradicionais da racionalidade plena dos agentes econômicos. É inspirada pela Economia Comportamental, de Daniel Kahneman e Amos Tversky, e examina como os vieses cognitivos e as limitações na tomada de decisões afetam o comportamento dos agentes e, conseqüentemente, o funcionamento das instituições jurídicas. A AED Comportamental propõe a incorporação de *insights* psicológicos na formulação e aplicação das leis.

Quando se escolhe algo ou quando se toma uma decisão, haverá comumente uma escolha entre outras tantas para a resolução de um problema. Há nisto uma relação de troca: perde-se algo para ganhar-se algo. A escolha racional é aquela que satisfaz a preferência pessoal de quem decide. Quem escolhe tem aumento em seu bem-estar. Por maximizar esta ideia, a Escola de Chicago foi conhecida como “linha dura”.

Ocorre que a crítica à racionalidade extrema atribuída²⁴ a autores como Richard Thaler é que as escolhas não são apresentadas pelas pessoas de forma neutra. A exemplo de, quando um administrador bancário oferece um título de capitalização a um cliente, ele provavelmente sabe que o retorno do dinheiro será inferior ao de outras formas de investimento, talvez até inferior à taxa de inflação. Contudo, os gestores terão um incentivo para reduzir a informação sobre a remuneração contratual e enfatizar a possibilidade de retornos lucrativos que muitas vezes, acompanham os sorteios destes produtos financeiros. Isso não impediria a liberdade de escolha, mas aumentaria deliberadamente o consumo.

A crítica à Teoria da Economia Comportamental é a de que ela só reconhece os padrões que geram a maximização do interesse do consumidor, mas não faz generalização com o objetivo

²³ MERCURO, Nicholas, MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: from Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p.130.

²⁴ BERTRAN, Maria Paula. **Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. São Paulo: Saraiva, 2019, p.352.

científico de “fornecer uma teoria unificada de predição de comportamento.”²⁵ Por não se basear na racionalidade, essa teoria assume que os agentes agem por emoção, o que afeta suas decisões, em uma espécie de rejeição dos fundamentos microeconômicos, o que poderia comprometer a previsibilidade e a consistência dos modelos comportamentais.

Embora a Economia Comportamental ofereça uma visão enriquecedora sobre como os agentes econômicos se comportam no mundo real, ela é criticada por sua fragmentação teórica, limitação de previsibilidade, dependência de experimentos controlados e possíveis implicações éticas. Essas críticas apontam para a necessidade de um diálogo contínuo entre economistas tradicionais e comportamentais para integrar os *insights* da economia comportamental de maneira mais consistente com as teorias econômicas estabelecidas.

Em alguns julgados do STF, o Ministro Luiz Fux faz referência e exemplifica a utilização desta teoria, cenário que será mais bem explorado quando da análise empírica dos julgados selecionados para esta pesquisa. Antes disto, a dissertação procede a um estudo sobre Direito e Economia e sobre como a Análise Econômica do Direito chegou ao Brasil.

Após o breve estudo sobre as Escolas e a origem da Análise Econômica do Direito, a próxima seção do trabalho se dedica à compreensão sobre a introdução da Análise Econômica do Direito no ordenamento jurídico brasileiro e como ela tem sido assimilada pelo Supremo Tribunal Federal, com destaque para algumas modificações legislativas na disseminação da teoria em solo brasileiro. Diante desse propósito surge a seguinte indagação: o que a Ciência Econômica tem a oferecer, como instrumentos, para a Ciência do Direito?

2.3 DIREITO E ECONOMIA

A interação entre a Economia e o Direito permite compreender como o primeiro campo de estudo contribui para o segundo. Já a Análise Econômica do Direito propõe uma abordagem pragmática e consequencialista sobre as normas jurídicas²⁶. Ou seja, a Análise Econômica do Direito é apenas mais uma ferramenta da Economia que examina os agentes econômicos e a formas como estes influenciam o comportamento dos agentes econômicos e sociais e os efeitos produzidos

²⁵ BERTRAN, Maria Paula. **Metodologia da Pesquisa em Direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 352.

²⁶ YEUNG, Luciana CAMELO, Bradson. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024, p.53.

na realidade.

Uma abordagem transdisciplinar em estudos sobre os dois temas pode dirimir uma série de problemas práticos. Para o profissional que busca se aperfeiçoar para solucionar de forma prática os problemas dentro de uma visão econômica, visando maximizar riquezas ou utilidades, a Ciência Econômica se mostra como um instrumento importante, mas não é o único.

Embora tenha o Direito, ao longo do tempo, se afastado da Filosofia²⁷, nesta última encontramos explicações para um fenômeno de ideologias que se superaram: o Realismo escandinavo e norte-americano²⁸, que não tiveram o sucesso esperado; o *common law*, com suas nuances e diferenças do pragmatismo; o *civil law*, que tem um viés positivista, mas possui forte influência pelas teorias já bem difundidas. O deontico em território nacional é baseado no “dever ser” que busca validade na norma, enquanto no Direito americano, o direito é o que o Juiz diz que é. Ou seja, baseia-se em precedentes.

Correntes filosóficas e teóricas, como o utilitarismo, o realismo jurídico e o positivismo, são aplicadas para explorar a prática do Direito em sua relação com a economia. O pragmatismo e o consequencialismo auxiliam na análise dos impactos das normas e decisões jurídicas, destacando a importância de considerarem os efeitos econômicos ao se elaborar e aplicar o Direito. Em um ambiente favorável, que busca implementar a aplicação, de precedentes em solo brasileiro, adaptados à realidade positivista, a teoria econômica tem evoluído (economia normativa) e os aspectos da Análise Econômica do Direito, sejam eles heurísticos, descritivos (explicativos) ou normativos (orientativos), abrangem campos não mercadológicos que auxiliam nesta empreitada.²⁹

A compreensão sobre a AED é importante porque oferece uma perspectiva diferenciada sobre a aplicação do Direito, integrando elementos do “mundo do ser” (econômico) e do “mundo

²⁷ Kelsen e o positivismo neste sentido. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

²⁸ Realismo jurídico (*legal realism*) é um conjunto de correntes doutrinárias da filosofia do direito que entendem o sistema jurídico como fato, distanciando-se da metafísica e de visões mais idealistas sobre o direito. Geralmente, seus teóricos costumam entender a decisão judicial (que seria um ato de vontade política) como a verdadeira forma de determinação do direito. Suas principais versões se desenvolveram nos Estados Unidos e nos países escandinavos com formulações teóricas diferentes, mas também ganharam espaço em outros países. Ao se dizer que o realismo lida com os fatos, que o objeto para os realistas é o fato, não se refere ao fato cotidiano, nem o fato social. O fato que vai ser a referência para o realismo é a **decisão judicial**, pois, para esse conjunto de correntes doutrinárias, o direito é aquilo que os tribunais fazem e não o que se espera que ele faça ou o que as fontes do direito indiquem que ele faça.

(LOPES, Mônica Sette. O realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 45, 2004. Disponível em:

<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1298> Acesso em: 27 nov. 2024.)

²⁹ POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. XII

do dever ser” (jurídico). Essa distinção entre o ôntico e o deôntico³⁰, conforme discutido ao se tratar da “Ordem Econômica” apresentada no artigo 170 da Constituição Federal, permite refletir sobre os diferentes sentidos que a expressão pode assumir no contexto normativo brasileiro.

Há conceitos econômicos relevantes no que se refere a esta abordagem. É necessário entender conceitos, como valor, utilidade e eficiência. O “Ótimo de Pareto” (criticado e não necessariamente adequado para a realidade de aplicação da Economia ao Direito, por sua ideia de “tudo ou nada”) e o critério de “Kaldor-Hicks”³¹ (algumas decisões serão melhores para alguns grupos do que para outros) são exemplos de critérios de eficiência usados para avaliar a justiça e a equidade das decisões jurídicas.

O “Ótimo de Pareto” refere-se à situação de que nenhuma parte pode melhorar sem prejudicar a outra, enquanto o critério de “Kaldor-Hicks” considera uma alocação eficiente se os beneficiários de uma ação puderem, em teoria, compensar os prejudicados, mesmo que essa compensação não ocorra. Esses conceitos se aplicam a decisões que buscam maximizar o bem-estar social ou minimizar custos.

A Teoria dos Jogos, por sua vez, entra na Análise Econômica do Direito e pode ser aplicada, pois, embora não seja uma escola formal, é relevante para a AED. A Teoria dos Jogos é uma abordagem que utiliza modelos matemáticos para examinar o comportamento estratégico dos agentes em contextos jurídicos, considerando jogadores, estratégias e resultados. John Nash, com o conceito de equilíbrio, ilustra como se busca um ponto de estabilidade entre agentes econômicos, levando em conta a imprevisibilidade humana nas decisões.

As regras jurídicas podem influenciar as escolhas estratégicas dos indivíduos, resultando em diferentes desfechos econômicos. A Teoria dos Jogos é, então, útil para entender questões, como negociação, cooperação e resolução de conflitos. Tanto é assim que é frequente o seu uso em pareceres do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para apoiar posições divergentes em disputas sobre práticas anticompetitivas.³² Ao contrário dos modelos

³⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 21. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p.61.

³¹ Teste De Kaldor-Hicks. Teste proposto pelos economistas Nicholas Kaldor e John Hicks em artigos publicados no Economic Journal em 1939, estabelecendo que a situação A é melhor do que a situação B se aqueles que ganham ao transferir-se para a situação A podem compensar aqueles que perdem e ainda assim sair ganhando. Trata-se de uma situação hipotética e, segundo Kaldor-Hicks, a situação A é preferível à situação B, mesmo se não existir a compensação. (PAULO, Sandroni. *Novíssimo Dicionário de Economia*. (1999, p. 650). Disponível em: https://www2.fct.unesp.br/docentes/geo/magaldi/GEO_ECONOMICA_2019/dicionario-de-economia-sandroni.pdf)

³² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

microeconômicos³³ da Escola de Chicago, que visam maximizar utilidades, como a riqueza, a abordagem da Teoria dos Jogos não é mecânica, revelando que as decisões humanas frequentemente envolvem mais do que simples cálculo de ganhos e perdas. Proporciona ao Direito uma análise mais detalhada e realista das interações humanas no contexto jurídico.

A Teoria do Direito diz respeito a problemas práticos do Direito, mas os aborda sob uma perspectiva externa, utilizando-se de ferramentas de outras disciplinas. Ela não leva em conta a perspectiva interna do profissional do Direito que se presta à solução dos problemas práticos do Direito.³⁴ Os anos de 1950/1960 presenciaram o aumento de intelectuais estudiosos do Direito e, em 1970, a Teoria do Direito passou a ter enfoque do pensamento jurídico.³⁵

Abra-se aqui um parêntese sobre a importância de reatar a base filosófica para o Direito: neste sentido, cabe mencionar a forma como estão sendo formados os estudantes de Direito na atualidade, sem os instrumentos essenciais para compreensão e aperfeiçoamento do sistema. Trata-se de uma formação mais interdisciplinar e menos teórica.³⁶

A Teoria do Direito acabou por excluir a filosofia do Direito e, por consequência, excluiu a análise da doutrina jurídica, que é o componente analítico central dos julgamentos de causas e da prática do Direito. A filosofia jurídica, a filosofia do Direito ou jus filosofia se ocupa da análise de abstrações de alto nível, como: positivismo jurídico, direito natural, hermenêutica jurídica, o formalismo jurídico e o realismo jurídico.

Houve avanços verificados em outras, entre elas: Economia, Teoria dos Jogos, Teorias Sociológicas e Políticas, Psicologia Cognitiva, Teorias Literárias. Assim também houve aumento de juristas acadêmicos. A perspectiva que determinadas pessoas têm sobre o modo de construção dos precedentes e sobre o dever que o Juiz tem de ser imparcial, possuindo o dever de apreciar as provas constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicar na

³³ Microeconomia: Ramo da ciência econômica que estuda o comportamento das unidades de consumo representadas pelos indivíduos e pelas famílias; as empresas e suas produções e custos; a produção e o preço dos diversos bens, serviços e fatores produtivos. Em outras palavras, a microeconomia ocupa-se da forma como as unidades individuais que compõem a economia — consumidores privados, empresas comerciais, trabalhadores, latifundiários, produtores de bens ou serviços particulares etc. — agem e reagem umas sobre as outras. (PAULO, Sandroni. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 1999. Disponível em: https://www2.fct.unesp.br/docentes/geo/magaldi/GEO_ECONOMICA_2019/dicionario-de-economia-sandroni.pdf. Acesso em: 15 fev. 2025. p. 1980, p. 650.)

³⁴ POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. VIII.

³⁵ POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. VI.

³⁶ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 142.

decisão as razões da formação de seu convencimento.³⁷

A analogia com os jogos ajuda a demonstrar que esse fato é coerente com a maximização da utilidade e, portanto, não pressupõe nenhuma conduta heroica de abnegação por parte dos Juízes. É graças ao fato de os Juízes seguirem as regras do jogo judicial que o legislador é capaz de controlar o comportamento deles. Nos EUA, a Teoria do Direito é bem desenvolvida e influente, entretanto, a filosofia jurídica tem presença mais marcante fora dos EUA.

Fechado o parêntese desta reflexão, conclui-se que a relação entre Direito e Economia, sobretudo por meio da Análise Econômica do Direito, destaca a relevância da interdisciplinaridade para compreender e aplicar normas jurídicas sob uma perspectiva pragmática e consequencialista. A AED fornece instrumentos analíticos que avaliam impactos reais das normas e decisões, integrando conceitos, como utilidade, eficiência e custo-benefício e ampliando a análise jurídica para além do formalismo positivista tradicional no *civil law* brasileiro.

A aproximação com o Direito Consuetudinário, especialmente com o uso de precedentes e a valorização de consequências práticas, reflete uma adaptação progressiva do sistema jurídico nacional. Modelos da Teoria dos Jogos, aplicados em análises concorrenciais e processuais, ilustram como os agentes ajustam suas condutas conforme incentivos e expectativas jurídicas. Contudo, a formação jurídica atual, ao negligenciar a filosofia do Direito e a interdisciplinaridade, compromete a formação crítica do jurista.

A partir disso, considera-se que a retomada do diálogo entre Direito, Economia, Filosofia e Ciências Sociais é essencial para que o operador jurídico compreenda o sistema em sua complexidade e com soluções que considerem tanto a validade normativa quanto os efeitos concretos das normas sobre o comportamento.

2.4 A EFICIÊNCIA E A JUSTIFICATIVA PARA UTILIZAR ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Entre o Direito e a Economia, ainda há um abismo no Brasil. Enquanto os economistas se preocupam com a eficiência de recursos, com redução de custos, os juristas se apegam a valores éticos e morais que nem sempre se alinham com esta lógica. Essa divergência gera conflitos e

³⁷ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. **Ainda sobre o livre convencimento:** resistência dos tribunais ao novo CPC. 2017. Disponível em: <https://www.luciodelfino.com.br/enviados/20179295328.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2025.

desafios para a harmonização entre as normas jurídicas e as demandas sociais. Sendo assim, cabe perguntar: como conciliar os interesses econômicos com os Direitos fundamentais? E ainda: como garantir a justiça social sem comprometer o equilíbrio fiscal? Ou então: como dialogar entre as diferentes áreas do conhecimento e da prática? Essas são algumas das questões que permeiam o debate entre o Direito e a Economia no Brasil.

O senso comum diria que o pensamento econômico é incompatível com o pensamento jurídico.³⁸ Essa crítica costuma consistir em alguns fatores, a saber: 1) o raciocínio econômico pode ser útil para uma melhor interpretação e aplicação do Direito; 2) o argumento econômico já se encontra presente nas decisões judiciais brasileiras; 3) o aumento da utilização do pensamento econômico nas decisões judiciais no Brasil não é um modismo, mas uma decorrência da estrutura jurídico-política brasileira após 1988.

A presença de uma Constituição Econômica³⁹, além de outras distintas Constituições⁴⁰, como a Constituição Política e a Constituição Social presentes na Constituição Federal de 1988 e englobadas na primeira, já autoriza a intervenção regulatória do Estado na ordem econômica, o que configura uma Constituição Dirigente⁴¹. Neste sentido, definem projetos e programas de desenvolvimento econômico, social e político, orientando as políticas públicas e vinculando todos os poderes do Estado a esses objetivos.

Nos últimos anos, tem crescido a análise das relações entre o funcionamento da justiça e o desempenho da economia brasileira, em especial sobre a importância do papel do Judiciário na manutenção dos direitos de propriedade e no cumprimento dos contratos.⁴²

A Análise Econômica do Direito é uma abordagem que busca aplicar conceitos e métodos da economia para estudar e resolver problemas jurídicos. Ela se baseia na ideia de que os agentes respondem a incentivos e buscam maximizar sua utilidade, seja como indivíduos, empresas ou governos. A AED visa, então, identificar as consequências econômicas das normas jurídicas, avaliando sua eficiência, ou seja, sua capacidade de gerar o maior bem-estar social possível.

³⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise Econômica do Direito nas decisões judiciais. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 30, 2014, Brasília, DF. **Anais...** Brasília, DF: CJF, 2014, p.29.

³⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011, p.62.

⁴⁰ GAMA, Marina Faraco Lacerda; TAVARES, André Ramos. **O STF e a Constituição Econômica. Casos e funções**. Curitiba: InterSaberes, 2022, p. 17.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 183.

⁴² SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise Econômica do Direito nas decisões judiciais. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL. **Anais**. Brasília, DF: CJF, 2014, p.29.

A reserva do possível é um princípio que limita a intervenção judicial nas políticas públicas, especialmente naquelas relacionadas aos direitos sociais. Segundo esse princípio, o Estado só pode ser obrigado a garantir os direitos fundamentais na medida de suas possibilidades financeiras e orçamentárias. A reserva do possível visa preservar a separação dos poderes e a responsabilidade fiscal do Estado.

Uma mudança, no sentido originário alemão, foi observada quando da importação desse conceito para o Brasil, considerando ser impossível a reserva do possível em sua ordem fática. A reserva do possível no Brasil torna fato que o direito ao parcelamento pode ser concedido, desde que haja disponibilidade financeira, o que pode incluir apenas a existência de recursos no tesouro, ainda que destinados a outras dotações orçamentárias.⁴³

Como os fundos públicos são inesgotáveis, o Estado pode sempre extrair mais recursos da sociedade, pelo que a possibilidade de fato de garantir direitos está sempre presente, inclusive por meio do sequestro de receitas públicas. Por outras palavras, esta possível reserva de fatos é virtualmente impossível.⁴⁴

José Joaquim Gomes Canotilho é um crítico do conceito de reserva do possível:

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os Direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um Direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.⁴⁵

O mínimo existencial é um conceito que se refere ao conjunto de bens e serviços essenciais para que uma pessoa possa viver com dignidade. Ele inclui, por exemplo, o acesso à saúde, à educação, à alimentação, à moradia, ao trabalho e à segurança. O mínimo existencial é um limite à reserva do possível, pois impõe ao Estado o dever de assegurar as condições mínimas de existência digna a todos os cidadãos, independentemente de sua situação econômica.

A busca da eficiência econômica é um objetivo que orienta a Análise Econômica do Direito. Ela consiste em procurar alocar os recursos escassos da sociedade de forma a maximizar o bem-

⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 491.

estar coletivo, evitando desperdícios e ineficiências. A eficiência econômica pode ser medida por critérios, como: o custo-benefício, a maximização da riqueza ou a maximização da utilidade.⁴⁶

A compatibilização entre a Análise Econômica do Direito e os critérios da reserva do possível, do mínimo existencial e da busca da eficiência econômica, é um desafio complexo e controverso. A Análise Econômica do Direito pode contribuir para racionalizar as decisões jurídicas e otimizar o uso dos recursos públicos, respeitando-se os limites orçamentários do Estado. Mas também pode entrar em conflito com os valores constitucionais e os direitos fundamentais, especialmente quando estes exigem uma atuação positiva do Estado para garantir o mínimo existencial aos cidadãos.

Uma possível forma de compatibilizar essas perspectivas é adotar uma abordagem multidimensional e pluralista⁴⁷, que considere não apenas os aspectos econômicos, mas também os aspectos jurídicos, políticos, sociais e éticos dos problemas jurídicos. Essa abordagem busca equilibrar os interesses em jogo, ponderando os custos e benefícios das alternativas possíveis, sem perder de vista os princípios e valores constitucionais que orientam o ordenamento jurídico. Isso exige uma maior participação do poder público, dos órgãos de controle, das organizações da sociedade civil e dos cidadãos em geral nas questões jurídicas.

Para ilustrar essa abordagem, cita-se a judicialização da saúde no Brasil, que envolve a tensão entre o direito à saúde como um direito fundamental e social e as limitações orçamentárias do Estado para atender às demandas individuais ou coletivas por medicamentos, tratamentos ou procedimentos médicos.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura que busca conciliar o princípio da reserva do possível com o conceito de mínimo existencial, considerando fatores, como: urgência e gravidade da situação do paciente; disponibilidade e eficácia do medicamento ou tratamento solicitado; existência ou não de alternativas terapêuticas no âmbito do SUS; razoabilidade e proporcionalidade do custo da prestação requerida em relação ao orçamento público e aos demais direitos sociais.⁴⁸

⁴⁶ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. Chicago: Wolters Kluwer, 2014, p.33.

⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Edições Afrontamento, 2006.

⁴⁸ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e proposta de solução. Brasília: Insper, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2024.

Assim sendo, é possível concluir que a Análise Econômica do Direito não é incompatível com os critérios da reserva do possível, do mínimo existencial e da busca da eficiência econômica. Entretanto, ela deve ser utilizada com cautela e critério, levando em conta os demais aspectos que envolvem as questões jurídicas, especialmente os valores e princípios constitucionais que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Para melhor elucidar o que se expôs até aqui, a seguir uma reflexão sobre como a Análise Econômica do Direito chegou ao Brasil.

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO BRASIL

Neste capítulo aborda-se a aplicação da Análise Econômica do Direito no contexto jurídico brasileiro, destacando-se suas contribuições, desafios e implicações. A Análise Econômica explora a interseção entre Economia e Direito, enfatizando como princípios econômicos podem ser aplicados à análise de normas jurídicas e a decisões judiciais.⁴⁹ Em outros termos, a AED busca entender as consequências econômicas das leis e como elas influenciam o comportamento dos indivíduos e instituições.

3.1 ADOÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO BRASIL

A Análise Econômica do Direito tem ganhado relevância no cenário jurídico brasileiro, especialmente nos últimos anos. Inspirada inicialmente pelo movimento *Law and Economics*, originário dos Estados Unidos, a AED busca integrar princípios econômicos à interpretação e aplicação de normas jurídicas, promovendo decisões mais eficientes e racionais. No Brasil, essa adoção ocorreu de forma gradual, refletindo a busca por um Direito mais pragmático.

A aplicação da AED no Brasil também levanta questões sobre a imparcialidade judicial. Conforme aponta Bertran⁵⁰ o comportamento do magistrado, ao utilizar princípios econômicos, pode não ser neutro, refletindo preconceitos implícitos ou valores pessoais que influenciam sua decisão final. Essa crítica sugere que a AED pode, em alguns casos, servir de justificativa para decisões que favoreçam interesses específicos, comprometendo a imparcialidade que se espera do julgador.

3.2 LIMITAÇÕES E DESAFIOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

A implementação da AED no Brasil enfrentou desafios, de ordem preconceituosa, mas que não impediram sua implementação no ordenamento jurídico, como de fato é feito no âmbito administrativo, controlador e judicial, nos termos do art. 20 da Lei n. 13.655/2018, que alterou a

⁴⁹ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

⁵⁰ BERTRAN, Maria Paula. **Metodologia da Pesquisa em Direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. São Paulo: Saraiva, 2019, p.346.

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A suposta resistência doutrinária se daria pela formação tradicionalista dos juristas. A afirmação da tradição do *civil law* que em tese predomina no país⁵¹ valoriza a interpretação literal da lei, o que poderia dificultar a acessibilidade de uma abordagem que prioriza a eficiência econômica. Além disso, há um desconhecimento generalizado sobre os métodos e ferramentas da AED, o que poderia limitar sua aplicação eficaz nas decisões judiciais.

3.3 *COMMON LAW* E AED EM PAÍSES DE *CIVIL LAW*

Nos sistemas de *civil law*, como o Brasil, tendem a se basear pelo pensamento abstrato e doutrinário, e a introdução da AED enfrenta barreiras estruturais de pensamento e interpretação, pois esses sistemas se baseiam na consolidação extensiva e na aplicação estrita das normas. Diferentemente do *common law*, em que o precedente tem papel central, no *civil law* há um predomínio do texto legislado, o que poderia dificultar a incorporação de princípios econômicos. No entanto, há um movimento crescente para adaptar a AED ao *civil law*, ajustando-se seus métodos e propostas ao contexto normativo e institucional do Brasil. E, de fato, as supostas dificuldades ou temores iniciais de distanciamento do direito da moral e da ética têm sido superadas⁵².

O uso da AED na motivação das decisões e modulação dos efeitos, especialmente após as mudanças legislativas de 2018, exige detalhamento e fundamentação racional por parte dos magistrados. Essa abordagem tem sido utilizada como ferramenta, justificando decisões que modulam efeitos temporais ou materiais para promover maior eficiência. A modulação dos efeitos das decisões, por exemplo, pode ser vista como uma aplicação prática da AED, buscando minimizar impactos negativos e maximizar benefícios sociais e econômicos.

As mudanças legislativas de 2018 propuseram novos critérios de motivação aos Juízes brasileiros que, ao exigirem decisões mais transparentes e bem fundamentadas, abriram espaço para a adoção de análises racionais, e dentre elas as propostas pela AED. Então, os magistrados,

⁵¹ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

⁵² TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito nas decisões judiciais. In: Seminário Teoria da Decisão Judicial. Brasília. Anais. Brasília: CJF,(Série Cadernos do CEJ, v.30), 2014, p.40-41. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/> Acesso em 15 mar. 25.

ao utilizarem critérios econômicos, estariam por atender, dentro do seu dever de fundamentação, justificar suas decisões com base em eficiência, equidade e justiça distributiva.

As decisões judiciais fundamentadas em AED têm consequências práticas que afetam tanto o comportamento das partes envolvidas quanto a sociedade em geral. Ao aplicar princípios de eficiência e racionalidade, o Judiciário pode promover comportamentos econômicos mais responsáveis e prevenir futuros outros. No entanto, tais decisões também podem gerar críticas quando aquelas forem vistas como favorecedoras de interesses específicos, como o mercado ou o capital, em detrimento dos direitos sociais.

O uso da AED no Brasil também suscita discussões sobre a parcialidade do magistrado. Ao fundamentar suas decisões⁵³ em princípios econômicos, o magistrado pode adotar uma postura que não seja plenamente neutra, sendo influenciado por abordagens da Teoria do Direito, algumas mais descritivas, outras mais normativas.

Destacam-se três aspectos sob os quais a Análise Econômica do Direito pode ser apresentada^{54,55}:

- 1) Heurístico (a ciência que tem por objetivo a descoberta dos fatos): Procura apresentar utilidade subjacente às doutrinas e instituições jurídicas. São regras gerais de influência utilizadas pelo decisor para simplificar seus julgamentos em tarefas decisórias de incerteza.
- 2) Descritivo ou Explicativo: Procura identificar a lógica e as consequências econômicas das doutrinas e instituições, bem como as causas econômicas das transformações jurídicas. Aqui se busca responder: Quais são as consequências de uma determinada norma jurídica? E por meio do instrumental da Economia, vislumbra-se a Análise Econômica do Direito sob um viés positivo para se descrever ou explicar.
- 3) Normativo: Orienta os Juízes e outros defensores do interesse público quanto aos métodos mais eficientes de regulamentação da conduta por meio do Direito. Neste

⁵³ BERTRAN, Maria Paula. **Metodologia da Pesquisa em Direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁵⁴ POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.XII.

⁵⁵ A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.625, do Distrito Federal, julgada em 28/10/2021 e publicada em 29/03/2022, cujo relator foi o Ministro Nunes Marques e que será apresentada no capítulo 5, o Ministro Luiz Fux se utiliza desta classificação.

aspecto a pergunta é: Qual a norma jurídica deve ser adotada? E ao se utilizar conceitos da ciência econômica para auxiliar na escolha da norma jurídica mais eficiente, A AED assume aspecto normativo.⁵⁶

Os avanços da Economia do Comportamento não mercadológico vão além do enfoque no Direito antitruste. Nesse sentido, a nova AED abrange campos jurídicos não mercadológicos, ou quase não mercadológicos, conforme destaca Posner:

[...] responsabilidade civil, o Direito de família, o Direito penal, a liberdade de expressão, o Direito processual, a legislação, o Direito público internacional, os Direitos de propriedade intelectual (...), o Direito ambiental, o processo administrativo, a regulamentação da saúde e da segurança, as leis que proíbem a discriminação no ambiente de trabalho e as normas sociais (...).⁵⁷

Um aspecto teórico mais ambicioso é a proposta de uma teoria econômica unificada do Direito. A Teoria Econômica do Direito tem por base um artigo escrito por Ronald Coase, com um Teorema⁵⁸ que sugere custos de transação igual a zero. A proposta sugere dois corolários: o primeiro é minimizar custos de transação; o segundo assinala que, se mesmo com esforços jurídicos os custos de transação não diminuïrem, deve-se simular a alocação de recursos do mercado mediante a concessão de direitos de propriedade aos usuários de mais alto valor.

Essa é uma crítica que sugere a necessidade de maior equilíbrio na aplicação do AED, evitando que ela seja utilizada de maneira a comprometer a imparcialidade e a justiça das decisões proferidas.

3.4 PRAGMATISMO NO CONTEXTO DA AED

No pragmatismo, a noção de processo e tomada de decisão não se limita ao estudo da lei e da jurisprudência, mas busca investigar as consequências práticas da decisão, observando as

⁵⁶ GICO JÚNIOR, Ivo. **Intrudução ao direito e economia**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2. ed. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.p.52.

⁵⁷ POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. XIII.

⁵⁸ COASE, Ronald.H. **The Problem of Social Cost in the Journal of Law & Economics**. Chicago: The University of Chicago, 1960.

alternativas possíveis e considerando inclusive uma perspectiva de todo o sistema ao longo do tempo.

Os Juízes devem considerar o impacto futuro de decisões tomadas, visto que poderão servir de precedentes para decisões futuras. Se a sentença for proferida ao réu com base no fato de ele ser uma pessoa “merecedora”, embora descuidada, isso encorajará pessoas semelhantes a serem descuidadas. Uma vez que o âmbito de referência se estende para além das partes num caso, justiça e equidade assumem um significado mais amplo do que justiça ou equidade entre autor e réu⁵⁹.

Sendo assim a questão passa a ser o que é justo e equitativo para uma classe de atividades; ela não pode ser abordada de forma inteligente sem ter em conta o impacto futuro de decisões alternativas na frequência dos acidentes e no custo das medidas preventivas.

É justamente a preocupação com as consequências do mercado que servirão de norte ao julgador. O sistema de precedentes permite a substituição de regras ineficientes ao longo do tempo e promove segurança jurídica e previsibilidade para potenciais litigantes. E é o dever de motivação das decisões judiciais que assegura o compromisso dos julgadores com os precedentes.⁶⁰

Posner tinha uma concepção de economia aplicada ao Direito mais voltada para a microeconomia, clássica, com bases irrealistas, liberalistas. Com a crise de 2008, ele se declarou voltado para concepções de economistas, como Keynes, observando a macroeconomia⁶¹ neoliberalista mais realista, preocupando-se mais com a intervenção do Estado no domínio econômico e com a necessidade de agir em momentos de crise.

Essa mudança de concepção teórica deveria implicar uma revisão completa de sua proposta da Análise Econômica do Direito, conforme critica Heinen:

⁵⁹ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. Chicago: Wolters Kluwer, 2014.

⁶⁰ O Código de Processo Civil, no art. 10, encontra-se: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício; art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] inciso II - II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 out. 2024.)

⁶¹ Macroeconomia: Parte da ciência econômica que focaliza o comportamento do sistema econômico como um todo. Tem como objeto de estudo as relações entre os grandes agregados estatísticos: a renda nacional, o nível de emprego e dos preços, o consumo, a poupança e o investimento totais. Esse direcionamento fundamenta-se na idéia de que é possível explicar a operação da economia sem que haja necessidade de compreender o comportamento de cada indivíduo ou empresa que dela participam. (PAULO, Sandroni. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 1999. Disponível em: https://www2.fct.unesp.br/docentes/geo/magaldi/GEO_ECONOMICA_2019/dicionario-de-economia-sandroni.pdf. Acesso em: 15 fev. 2025. p. 650)

Posner reconhece que os juristas tiveram inúmeras dificuldades diante da crise financeira e muito pouco contribuíram para explicá-la. Segundo ele, porque não são orientados para questões macroeconômicas: há inúmeras questões de direito e política que juristas, juízes e advogados não conseguem responder adequadamente sem considerar o impacto sobre questões macroeconômicas. Este é um primeiro reconhecimento de que a AED precisa mudar, mas ainda está ausente uma grande revisão teórica que proponha novos pressupostos econômicos mais realistas e, finalmente, pesquisas empíricas e análises de dados.⁶²

Assim sendo, Posner⁶³ admite que os juristas enfrentaram grandes desafios durante a crise financeira e ofereceram pouca contribuição para compreendê-la. O estudioso atribui isso ao fato de que, tradicionalmente, aqueles não são treinados para lidar com questões macroeconômicas. Para os juristas, muitos aspectos do Direito e da política não podem ser adequadamente analisados, sem que se considerarem seus impactos econômicos em larga escala.

Esse reconhecimento inicial aponta, por si só, para a necessidade de uma transformação na Análise Econômica do Direito, que deve evoluir para incorporar pressupostos econômicos mais realistas. No entanto, falta ainda uma revisão teórica abrangente, acompanhada de pesquisas empíricas e de análises de dados, para que a AED se adapte plenamente a essa nova realidade.

⁶² HEINEN, Luana Renostro. **Performatividade**: o direito transformado em dispositivo pela Análise Econômica do Direito. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2016, p. 109.

⁶³ POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro⁶⁴, desempenha um papel relevante na interpretação das normas constitucionais, impactando diversos aspectos da vida política, social e econômica do país.

Nos últimos anos, uma tendência crescente tem se manifestado em suas decisões: a utilização da Análise Econômica do Direito. Esta abordagem, originária da escola norte-americana de *Law and Economics*⁶⁵, como já retratado, propõe uma interpretação jurídica baseada em critérios econômicos, buscando otimizar a eficiência das decisões judiciais e promover o bem-estar social.

Diante do fato de que STF tem incorporado a AED em sua jurisprudência, explora-se, aqui, as origens dessa Análise no Brasil e as implicações dessa metodologia para as decisões judiciais. Desse modo, são abordados o controle judicial como aspecto da regulação econômica e a análise dos efeitos econômicos nas deliberações judiciais.

A adoção da AED pelo STF não está isenta de críticas. O impacto dessa abordagem nas decisões judiciais e na sociedade tem aspectos positivos, porém há limitações em sua aplicação prática. As distorções decorrentes de uma aplicação indiscriminada ou inadequada da AED também são analisadas por este trabalho, com o objetivo de empreender uma reflexão crítica sobre os desafios e oportunidades dessa tendência jurisprudencial.

Ao examinar esse cenário, busca-se entender como o uso da AED pelo STF está moldando o cenário jurídico brasileiro, influenciando a formulação de políticas públicas e afetando a sociedade. Essa análise possibilitará identificar as perspectivas futuras e as implicações mais amplas dessa abordagem no contexto do Direito Constitucional Econômico.

A revisão das decisões do STF após 2018 revela uma incorporação crescente da AED na jurisprudência da Corte. Para essa reflexão, foi adotada uma metodologia rigorosa de seleção dos julgados, considerando-se aqueles que mencionam fundamentos econômicos ou que apresentam implicações econômicas relevantes. A partir dessa seleção, emergem temas centrais nas decisões que aplicaram a AED, como questões tributárias, regulação econômica, concorrência, contratos públicos e direitos fundamentais com impacto econômico.

⁶⁴ Art. 92, I da Constituição Federal (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 13 set. 2024.)

⁶⁵ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. Chicago: Wolters Kluwer, 2014.

4.1 CONTROLE JUDICIAL COMO ASPECTO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA E A ANÁLISE DOS EFEITOS ECONÔMICOS NAS DELIBERAÇÕES JUDICIAIS

O raciocínio da ciência econômica, que se vale da teoria da Análise Econômica do Direito, assim como uma jurisprudência estável, leva para os agentes econômicos a confiança de investidores para aquele local e demonstra uma estabilidade em seus precedentes na busca de um equilíbrio de mercado. O sistema judicial, por dedução lógica, torna-se mais confiável quanto mais estáveis forem as suas decisões judiciais. E o seu sistema de precedentes indica que vale a pena investir naquele país, por se tratar de um lugar que se preocupa com a eficiência do seu sistema judicial e, portanto, tem-se ali um mercado atrativo.

Com essa explanação, busca-se demonstrar que não basta ter precedentes; esses precisam ser respeitados e, por trazerem, quando cabível, aplicações da Análise Econômica do Direito ou de qualquer outro instrumental econômico, os precedentes indicam que o mercado pode confiar no sistema judicial daquele local.

O RE 1.083.955 AgR da Primeira Turma, de relatoria do Min. Fux, é exemplo de precedente ligado ao controle regulatório que influencia o mercado, garantindo a livre concorrência, mas sem deixar de garantir o livre mercado. Ele faz referência à Análise Econômica do Direito, demonstrando a importância da relação da Economia com o Direito, conforme consta a seguir:

[...] Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, “as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. Consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a **regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos** (...). As **agências reguladoras** estão muito melhor situadas do que os **tribunais** para entender e combater esses efeitos (...) A **atividade regulatória** difere substancialmente **da prática jurisdicional**, porquanto: “a **regulação** tende a usar meios de controle *ex ante* (preventivos), enquanto **processos judiciais** realizam o controle *ex post* (dissuasivos); (...) a **regulação** tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios **judiciais** são dominados por generalistas.”⁶⁶

⁶⁶ POSNER, Richard A. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework”. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), **Regulation versus litigation: perspectives from economics and law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p.13, grifo nosso.

A regulação é preventiva e a prática judicial, seja com a utilização do consequencialismo, seja com a aplicação da Análise Econômica do Direito, é posterior. Na regulação econômica, são utilizados especialistas para projetar os impactos das regras, enquanto os litígios judiciais são feitos por generalistas, ou melhor dizendo por Juízes, que nem sempre possuem técnica ideal para estes casos específicos, mas podem se valer de Câmaras Técnicas ou de terceiros (*amicus curiae*), como colaboradores técnicos, para a análise de impactos em âmbitos que envolvem políticas públicas.

4.2 PONTO DE INFLEXÃO – MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA E REFLEXO NA JURISPRUDÊNCIA

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a alteração feita pela Lei n. 13655/2018, trouxe para o julgador a necessidade de buscar fontes para o Direito, com a finalidade de fundamentar as decisões e de verificar as consequências práticas delas. Uma das ferramentas para isso é a Análise Econômica do Direito. Nota-se que a emergência de um novo paradigma intelectual para a verificação das consequências práticas das decisões judiciais tem levado à utilização dos institutos da Análise Econômica do Direito à fundamentação das decisões judiciais por diversos tribunais brasileiros.⁶⁷

O Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, que possuía o nome de Lei de Introdução ao Código Civil, sofreu uma modificação em 2010, trazendo uma adequação à realidade normativa para “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” e, como tal, introduz orientação a todas as normas do Direito brasileiro.

Em 25 de abril de 2018, com a Lei n. 13.655⁶⁸, foram acrescentados 10 artigos que dispõem sobre segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Entre eles, especialmente os arts. 20 e 21⁶⁹, impõem ao julgador, em qualquer nível, a necessidade de se levar em consideração as consequências práticas das decisões.

⁶⁷ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 02 jun. 2024.

⁶⁹ Art. 20 Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a

O legislador impõe que, em qualquer esfera, as decisões, judiciais ou extrajudiciais (administrativa, controladora), sejam tomadas com a preocupação das consequências práticas. A Análise Econômica do Direito se torna, então, uma das formas que o judiciário pode utilizar para verificar as consequências práticas das decisões.

O Decreto n. 9.830 de 10 de junho de 2019 regulamentou os artigos 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; no artigo 3º, § 3º tem-se que a motivação deve demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Pelo mesmo Decreto n. 9830/2019, art. 4º, § 5º, quando se trata da necessidade de motivação das decisões que invalidam ato normativo, contrato, ajustes, processos, ou normas administrativas, existe a possibilidade de se modularem os efeitos da decisão, buscando-se a mitigação dos ônus, ou das partes dos administrados ou da Administração Pública, que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

O legislador revisita e reforça o conceito de modulação dos efeitos das decisões, já previsto no art. 27 da Lei n.º 9.868/99, que regula o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Essa norma, preocupando-se com a segurança jurídica ou com o excepcional interesse social, permite, por maioria de dois terços dos membros do Tribunal, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou determinar que ela só produza eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento definido. Dessa forma, consolida sua aplicação e relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro concede ao juiz a prerrogativa de modular os efeitos de suas decisões e, para isso, aqui se defende que, dentre as teorias, pode-se considerar a Análise Econômica do Direito como uma importante ferramenta. Contudo, essa possibilidade deve ser

necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá **indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas**. (BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 02 jun. 2024, grifo nosso.)

exercida com cautela, sempre em conformidade com os princípios constitucionais, evitando-se arbitrariedades.

O Código de Processo Civil trouxe vários instrumentos para a confecção de um precedente. Há previsão no caput do art. 11, em que se impõe a nulidade de qualquer decisão não fundamentada: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”⁷⁰

O art. 489 do Código de Processo Civil traz os elementos essenciais para uma sentença. No § 1º do art. 489, a decisão é considerada não fundamentada, se existir fundamentação incapaz de atender ao dever de motivação (inciso III). O convencimento do Juiz não é livre, e tem de ser motivado. O caminho e as razões que o levaram àquela decisão precisam ser explicados.

A fundamentação da decisão possui fundo constitucional. O Art. 93, IX da CF traz esta obrigação. Assim, o que legitima nosso sistema jurisdicional é a fundamentação das providências judiciais, com a participação efetiva dos envolvidos⁷¹. Toda a carga legitimadora do sistema jurisdicional depende da adequada fundamentação dos provimentos judiciais, como garantia de que a participação democrática será sempre a base da conclusão adotada pelos magistrados.

No sistema brasileiro temos vinculação jurisprudencial e neste ponto há a diferença do sistema do *common law*.

Ocorre que, com a inserção do art. 927 - um dos pontos fulcrais do *staredecisis* (mediante leitura dworkiniana) - tem-se a obrigatoriedade de a jurisprudência se manter estável, íntegra e coerente (art. 926). Veja-se: o texto legal fala em “jurisprudência” e não em “precedentes”. E com toda razão, porque são coisas distintas. Por isso mesmo é que devemos tirar lições do sistema de precedentes do *common law* para melhor compreensão do “sistema de vinculação jurisprudencial” (e não de precedentes) criado pelo CPC no Brasil.⁷²

Um dos defensores da AED, e que traz essa abordagem em vários de seus votos, é o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, que cursou Análise Econômica do Direito pela

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 out. 2024.

⁷¹ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da Análise Econômica do Direito. **Revista de Processo**, v. 269, p. 421-432, 2017, p. 421.

⁷² ABBoud, Georges; STRECK, Lênio. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 176.

Universidade de Chicago, trazendo notas sobre o princípio da motivação e uniformização da jurisprudência no Novo Código de Processo Civil.⁷³

Os argumentos da Análise Econômica do Direito são valiosos e se destinam a diminuir a possibilidade de erros judiciais, reduzindo ônus ligados a limitações de tempo e de *expertise* dos aplicadores do Direito. Nesse sentido, os agentes econômicos tendem a valorizar quando há segurança jurídica que, ao seu ver, decorre dos precedentes vinculantes. O que ocorre é que esses agentes se dedicam a atividades mais produtivas quando seus direitos estão seguros, uma vez que há menos litígios. Isso decorre das decisões motivadas e em conformidade com o ordenamento jurídico, conferida a primazia de incidência à jurisprudência já firmada em detrimento das impressões pessoais dos julgadores em casos subsequentes.⁷⁴

Em outras palavras, a segurança jurídica decorrente de um sistema de precedentes estimula os agentes econômicos a investirem e a produzirem dentro de um ambiente mais seguro e isso, consequentemente, reduz o número de litígios.

Esse cenário reforça o que se estabelece como objetivo geral da presente pesquisa: observar como o Supremo Tribunal Federal tem se valido dos argumentos da Análise Econômica do Direito para fundamentar as suas decisões. Considera-se que vários estudos⁷⁵ já superaram antiga controvérsia sobre se a Análise Econômica do Direito é utilizada no Brasil. Portanto, não se trata mais de investigar se a AED está sendo utilizada, mas como ela vem sendo utilizada.

4.3 PESQUISA EMPÍRICA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O próximo capítulo desenvolve uma pesquisa empírica com o objetivo de verificar como a Análise Econômica vem sendo utilizada no âmbito do STF. Trata-se de uma coleta de julgados diretamente do site do STF que incluiu inicialmente uma leitura das decisões, seguida de sua análise, com o objetivo de diagnosticar detalhadamente como o STF tem se utilizado da Análise Econômica do Direito em seus julgados.

⁷³ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da Análise Econômica do Direito. **Revista de Processo**, v. 269, 2017, p. 421-432.

⁷⁴ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da Análise Econômica do Direito. **Revista de Processo**, v. 269, 2017, p. 421-432.

⁷⁵ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 11.

Preconiza-se que a análise crítica das decisões mais relevantes permite identificar padrões de argumentação econômica que refletem uma preocupação com a alocação de recursos e a previsibilidade jurídica. Após uma pesquisa exploratória inicial simples em todos os julgados que envolvem a expressão “Análise Econômica do Direito”, nota-se que a aplicação da AED pelo STF, antes de 2018, aparecia em alguns julgados esparsos e de forma *obiter dictum*⁷⁶. A AED podia ser vista apenas no inteiro teor do julgado, não aparecendo na ementa dos julgados e muito menos como *ratio decidendi*⁷⁷.

Esse cenário, porém, após 2018, se modificou, com uma tendência de primazia da abordagem consequencialista⁷⁸, ponderando-se os efeitos econômicos das normas. A comparação entre os períodos revela um esforço do STF em modernizar sua jurisprudência e adaptar-se à realidade econômica contemporânea, ainda que essa abordagem enfrente controvérsias e desafios, na busca de uma interpretação que revele as consequências práticas da decisão judicial dada a modificação que ocorreu na Lei de Introdução às Normas (art. 20 e 21 acrescidos pela Lei n. 13.655/2018).

A AED tem oferecido contribuições para as decisões do STF ao integrar considerações econômicas na interpretação das normas jurídicas. Diversos casos ilustram sua utilização, incluindo ações diretas de inconstitucionalidade, mandados de segurança e ações civis públicas. A análise empírica desses casos mostra variações no tempo de tramitação, dependendo do tema, demonstrando que critérios econômicos podem influenciar tanto a celeridade processual quanto a alocação de recursos judiciais. A sistematização dos casos por tema permite identificar áreas do Direito em que a AED tem sido mais aplicada e compreender seus impactos na prática jurisprudencial.

Entretanto, a introdução da AED nas decisões do STF também evidencia conflitos entre o Direito e a Economia, especialmente quando considerações de eficiência econômica entram em confronto com direitos fundamentais e princípios jurídicos tradicionais. E, para equilibrar os

⁷⁶ Segundo o Black's Law Dictionary, p. 967 (5th ed. 1979), a expressão *Obiter dictum* (geralmente usada no plural, *obiter dicta*) significa “outras coisas ditas”, ou seja, uma observação em um parecer jurídico que é “dita de passagem”. É um conceito derivado do *common law* inglês, segundo o qual uma sentença compreende apenas dois elementos: *ratio decidendi* e *obiter dicta*.

⁷⁷ De acordo com o Barron's Law Dictionary, p. 385 (2th ed. 1984), *Ratio decidendi* plural é *rationes decidendi*, expressão latina que significa “a razão” ou “a justificativa para a decisão”. A *ratio decidendi* é “o ponto em um caso que determina o julgamento” ou “o princípio que o caso estabelece”. Ou seja é aquilo que irá vincular.

⁷⁸ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 11.

objetivos econômicos com os fundamentos jurídicos, são propostas melhorias na aplicação da Análise Econômica do Direito, assegurando que a busca pela eficiência não comprometa a justiça material e o respeito aos direitos constitucionais.

5 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO ÂMBITO DO STF APÓS 2018

Este capítulo se dedica à análise de um conjunto de julgados do STF, considerando-se acórdãos em que se observou, de forma explícita ou implícita, a presença de um raciocínio econômico e o uso de expressões, como: “Análise Econômica do Direito”, “*Law and Economics*” e “*Economic Analysis of Law*”. É preciso ressaltar, entretanto, que antes mesmo da escolha das expressões, foi feita uma pesquisa exploratória em julgados do STF, com a finalidade de se verificar como o tema vinha sendo abordado.

Em seguida a isso, foi realizada a escolha de palavras de busca e excluídos acórdãos que não possuíam as características acima destacadas, pelo fato de eles não aplicarem o raciocínio econômico ou Análise Econômica do Direito. Uma nota importante a ser feita é que nem sempre a expressão de busca estabelecida para o estudo constava na ementa dos julgados, estando, às vezes, presente apenas no inteiro teor do voto.

Por estas razões, o grupo dos julgados selecionados para a análise nesta dissertação consiste em uma amostra da população dos julgados do STF e não na totalidade de julgados que envolvem o raciocínio econômico.

Em cumprimento à metodologia, a ficha de análise dos casos⁷⁹ (*Case Brief*) seguiu a catalogação com exploração do material, a partir da identificação dos seguintes itens: número do processo, objeto principal do litígio, órgão julgador, relator, relator para acórdão (caso vencido o relator), data do julgamento, data da publicação do acórdão, observações sobre a Análise Econômica do Direito e argumentos utilizados, indicação do hyperlink para acesso ao acórdão diretamente junto à página eletrônica do STF e crítica sobre como foi utilizado o instituto.

Ressalta-se que todos esses passos foram trilhados de forma que outros pesquisadores interessados no tema possam encontrar neste trabalho uma metodologia segura com dados e resultados coerentes.

⁷⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Mariana; PINHEIRO, Victor Marcel. A organização da informação jurisprudencial. In: **Metodologia da Pesquisa de Direito**: técnicas e abordagens para a elaboração de monografias, dissertações e teses. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 242.

5.1 SELEÇÃO DOS JULGADOS

Durante a pesquisa junto ao site do STF, no campo Jurisprudência, foi utilizada a expressão “Análise Econômica do Direito”⁸⁰. A partir deste procedimento, retornaram 32 acórdãos que não foram objeto de estudo de decisões monocráticas. Posteriormente, foi feita uma nova pesquisa com a expressão em inglês “*Law and Economics*” e o retorno foi de 29 resultados.⁸¹ Finalmente, foi feita outra pesquisa com a expressão em inglês “*Economic Analysis of Law*” e foram obtidos 22 acórdãos⁸² no banco de jurisprudências do STF. Realizou-se ainda uma solicitação de pesquisa de jurisprudências externas junto ao STF, com o número 4.555 em 09/09/2024 e verificou-se o retorno de 36 acórdãos julgados com a expressão “Análise Econômica do Direito”.⁸³

Feito o cruzamento das buscas, foram retirados os julgados repetidos (retornaram 65 julgados) e foram selecionados aqueles julgados publicados entre janeiro de 2018 e outubro de 2024. O recorte temporal é justificado pelo marco da modificação legislativa que se deu à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em 2018, conforme aqui já relatado. Sendo assim, foi feita ainda uma seleção quanto à pertinência e a relevância dos julgados ao que se chegou a 54 acórdãos de inteiro teor a serem analisados.

Alguns desses julgados foram feitos em conjunto, resultando no novo quantitativo de 49 acórdãos. Verificou-se que algumas ADIs foram julgadas em conjunto e que em alguns julgados, a Análise Econômica do Direito foi citada de passagem, não configurando base de fundamentação, dada a pouca ou nenhuma relevância para o resultado do julgamento, mesmo que em sentido

⁸⁰ STF. Supremo Tribunal Federal. **RE 870947**. Relator: Min. Luiz Fux. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito%22&sort=date&sortBy=asc. Acesso em: 16 set. 2024.

⁸¹ STF. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5766**. 2022. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=3&pageSize=10&queryString=%22law%20and%20economics%22&sort=date&sortBy=asc. Acesso em: 16 set. 2024.

⁸² STF. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudências**. 2024. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22Economic%20Analysis%20of%20Law%22&sort=date&sortBy=asc. Acesso em: 16 set. 2024.

⁸³ STF. Supremo Tribunal Federal. **ID: 4555 - Pesquisa de Jurisprudência Externa: Análise Econômica do Direito**. 2024.

Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito%22~6&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 16 set. 2024.

contrário. Com isso, chegou-se ao número final de 40 decisões do STF tomadas como amostra para a análise nesta dissertação.

A partir desta metodologia de prospecção, registro das decisões encontradas, leitura e análise crítica, procurou-se buscar a forma mais adequada e eficiente para organizar as informações e seguir com a análise empírica das decisões proferidas pelo STF.

5.2 RECORTE TEMPORAL

O recorte temporal adotado, que abarcou o período entre janeiro de 2018 e outubro de 2024 justifica-se pela crescente aplicação da Análise Econômica do Direito no Brasil nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Embora, desde 2015, já fosse possível identificar um incremento qualitativo e quantitativo no uso dessa abordagem pelo Tribunal⁸⁴, foi a partir de 2018 que tal aplicação se intensificou mais clara e consistentemente. Esse marco temporal é importante para a presente pesquisa, pois permite analisar o período em que a Análise Econômica do Direito se consolidou como ferramenta relevante para a fundamentação e construção das decisões judiciais do STF, refletindo um movimento de aproximação entre o Direito e a Economia que impacta diretamente a jurisdição e a interpretação das normas constitucionais.

A partir de 2015, os indicadores quantitativos levaram à conclusão de que houve um aumento tanto do grau de densidade da fundamentação, como do grau de influência do raciocínio econômico, assim como do número de citações de autores do *Law and Economics*.⁸⁵

O Supremo Tribunal Federal passou a utilizar de forma mais frequente e expressa os conceitos e institutos da Análise Econômica do Direito. Desse modo, o que se analisa é se a forma é precisa e se está metodologicamente adequada, não dispensando críticas quando a eficiência econômica suplanta direitos fundamentais.

Os votos do Ministro Luiz Fux (a maioria das ADIs encontradas são de sua relatoria), por exemplo, utilizam com rigor técnico os institutos da Análise Econômica do Direito. Neste caminho, nota-se que o Supremo Tribunal Federal passou a aplicar, cada vez mais, a AED em diversas

⁸⁴ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

⁸⁵ CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

decisões⁸⁶. Porém, essa prática carece ainda de uma maior difusão da metodologia e do aprofundamento na sistematização e nas fontes de consulta para melhor fundamentação por parte dos outros julgadores.

5.3 JULGADOS ANALISADOS DE JANEIRO DE 2018 A OUTUBRO DE 2024

Na catalogação dos julgados selecionados para a análise, constam as seguintes informações básicas, já no título de cada seção: natureza do processo, número de identificação no STF, local de origem, data de julgamento e data de publicação, relator ou relator para acórdão (caso vencido o relator original).

O objeto principal do litígio, o resultado e a aplicação da AED em cada caso são apresentados logo a seguir, com a indicação do hiperlink na nota de rodapé para acesso ao acórdão diretamente junto à página eletrônica do STF, o que possibilita replicar e conferir passo a passo da pesquisa.

A catalogação para observação da aplicação da Análise Econômica do Direito em cada caso, observou: 1) área do Direito em que a AED foi aplicada; 2) resumo do julgado; 3) como a AED aparece no julgado; 4) crítica à forma como a AED foi aplicada.

5.3.1 Recurso Extraordinário n. 839.950⁸⁷

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito do Consumidor, Direito do Trabalho e Direito Empresarial

2) Resumo do julgado

⁸⁶ Caon trata do tema informando que o impulso maior para a utilização da AED no âmbito do STF decorreu dos votos do Ministro Luiz Fux, que tem aplicado com muita propriedade a Análise Econômica do Direito em seus votos, sendo que outros Ministros igualmente já adotaram posições similares em diversos julgados relevantes. Assim, tem-se um prognóstico de avanço da utilização da AED pelo Supremo Tribunal Federal (CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito**: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.)

⁸⁷ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 839.950 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24/10/ 2018. Publicado em 02/10/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752381260>. Acesso em: 16 set. 2024.

Neste RE julgado pelo Supremo Tribunal Federal, se questionava a constitucionalidade de uma Lei Municipal⁸⁸ que obrigava supermercados a oferecerem serviço de empacotamento para seus clientes. A Lei Municipal foi declarada inconstitucional por violar o princípio da livre iniciativa, alegando que a obrigatoriedade de oferecer o serviço de empacotamento impõe ônus desnecessário aos estabelecimentos comerciais e aumenta o custo dos produtos para o consumidor. O legislador municipal invadiu a competência da União, que detém o poder de legislar sobre Direito do Trabalho e o Direito Empresarial, áreas que incluem a organização interna das empresas e as relações trabalhistas.⁸⁹

3) Como a Análise Econômica do Direito aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito aparece neste julgado principalmente no voto do Ministro Luiz Fux, que argumentou contra a obrigatoriedade de serviços de empacotamento em supermercados. O Ministro utiliza a Análise Econômica do Direito para defender a inconstitucionalidade da lei municipal em questão (voto vencedor, portanto).

Na decisão, o Ministro Fux argumenta que a lei municipal fere o princípio da livre iniciativa⁹⁰, um conceito central na Análise Econômica do Direito. Ele defende que o empreendedor tem o direito de formatar seu negócio da forma mais eficiente, sem a interferência do Estado na organização interna da empresa, buscando otimizar tarefas e processos empresariais, conforme suas necessidades e conveniências.

Ele argumenta, ainda, que a lei, ao obrigar a manutenção de empacotadores, visa a manutenção artificial de postos de trabalho, indo contra a “destruição criativa” que permite a inovação e o desenvolvimento. E argumenta que a criação artificial de empregos não gera riqueza nem para os trabalhadores nem para os consumidores. Caracterizando a obrigatoriedade do serviço de empacotamento como uma “venda casada mandatária”, ele afirma que os consumidores seriam obrigados a pagar pelo serviço, mesmo sem desejá-lo ou terem recursos para isso.

⁸⁸ PELOTAS (Rio Grande do Sul). **Lei nº 5690, de 14 de junho de 2010**. Estabelece a obrigatoriedade de prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem das compras em estabelecimentos autodenominados de supermercados ou similares. Disponível em:

<https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/pelotas/lei-ordinaria/2010/569/5690/lei-ordinaria-n-5690-2010-estabelece-a-obrigatoriedade-de-prestacao-de-servicos-de-acondicionamento-ou-embalagem-das-compras-em-estabelecimentos-autodenominados-de-supermercados-ou-similares>. Acesso em: 08 ago. 2024.

⁸⁹ Direito do Trabalho (art. 22, I, da CRFB) e, no plano material, o princípio da livre iniciativa (art. 170 da CRFB); e (iii) a criação de obrigações diferentes a depender do porte do estabelecimento pelo art. 1º, § 2º, da lei municipal criaria concorrência desigual, em violação ao art. 170, IV, da CRFB.

⁹⁰ Livre iniciativa prevista no Art. 1º, IV c/c Art. 170 da CF.

O Ministro cita o trabalho de Bruno Bodart⁹¹, especialista em Análise Econômica do Direito, para sustentar que a lei, ao invés de beneficiar, prejudica os consumidores. Fux compara a situação do Brasil com a de países desenvolvidos, onde o uso de caixas automáticos é comum, para ilustrar como a lei em questão impede a modernização e a eficiência nos supermercados.

Em suma, o julgado utiliza a Análise Econômica do Direito para defender a livre iniciativa, a liberdade de organização empresarial e a proteção aos consumidores, argumentando que a lei municipal, ao invés de promover o bem-estar social, gera ineficiência e prejudica os consumidores.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Foi atribuída ênfase unilateral na proteção à livre iniciativa, sem a devida atenção à perspectiva do consumidor e à possibilidade de regulamentação municipal em favor deste. Ou seja, os votos do Min. Ricardo Lewandowski corroboram os votos de Alexandre de Moraes e de Rosa Weber, que concordaram com a aplicação da Análise Econômica do Direito, mas com ressalva sobre a forma com que esta foi aplicada.

O Ministro Ricardo Lewandowski corrobora a visão de Moraes, citando decisões anteriores do STF, nas quais leis municipais que interferiam na organização de empresas foram consideradas constitucionais por beneficiarem o consumidor. Ele cita, como exemplos, a obrigatoriedade de banheiros em agências bancárias, medidas para garantir segurança e rapidez em serviços bancários e leis que regulamentam o horário de funcionamento de farmácias.

5.3.2 Ag. Reg. na Petição n. 8.002⁹²

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Previdenciário e Direito Processual Civil

2) Resumo do julgado

Trata-se de um Agravo Regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra uma decisão do Supremo Tribunal Federal que negou o efeito suspensivo a um recurso

⁹¹ Bodart argumenta que a imposição de custos extras aos supermercados, como a contratação de empacotadores, será repassada aos clientes por meio do aumento de preços.

⁹² STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Petição 8.002 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 12/03/2019. Publicado em 01/08/2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750304839>. Acesso em: 16 set. 2024.

extraordinário. A controvérsia gira em torno da extensão do “auxílio-acompanhante” previsto no art. 45 da Lei n.º 8.213/1991, originalmente destinado a aposentados por invalidez, mas estendido pelo STJ a outros tipos de aposentadoria.

O INSS argumenta que a decisão do STJ causa um impacto bilionário nas contas públicas e viola o princípio da legalidade, já que amplia um benefício sem previsão legal. O STF, por sua vez, decide, por unanimidade, conceder provimento ao agravo regimental, suspendendo todos os processos que versem sobre a extensão do auxílio-acompanhante em todo o território nacional até que o STF decida sobre o mérito do Recurso Extraordinário.⁹³

3) Como a AED aparece no julgado

O Ministro Relator Fux utiliza a Análise Econômica do Direito para justificar a concessão do efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário. Ele argumenta que a eficácia imediata da decisão do STJ, que estendeu o adicional de 25% a todos os aposentados, representaria um risco grave para as contas públicas, com um impacto de R\$ 7,15 bilhões por ano.

Para sustentar essa preocupação, o Ministro cita o renomado jurista Richard Posner, um dos principais expoentes da Escola de Chicago e defensor da aplicação da análise econômica em decisões jurídicas. E destaca que, segundo Posner, o magistrado deve considerar as consequências práticas de suas decisões, especialmente o impacto na alocação de recursos escassos.

Além disso, o Ministro Fux argumenta que a segurança jurídica, a estabilidade da jurisprudência, a isonomia e a economia processual são valores importantes a serem considerados. Ele defende que a aplicação de precedentes, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, gera eficiência no sistema judicial, reduzindo a litigiosidade e otimizando o tempo dos julgadores.

Em resumo, o Ministro utiliza a AED para defender que, em situações excepcionais, como a do caso em questão, o risco de um impacto bilionário nas contas públicas justifica a suspensão da decisão do STJ, priorizando a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais. Na ementa do julgado, é citado o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. E o ponto 2 destaca a importância de o magistrado examinar as consequências imediatas e sistêmicas

⁹³ O RE 1221446 RG, julgado em 07/08/2020 e publicado em 01/09/2020 fixou o Tema com Repercussão Geral n. 1095, nos seguintes termos: Constitucionalidade da extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, aos segurados do Regime Geral de Previdência Social que comprovarem a invalidez e a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria.

de seu pronunciamento na sociedade ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos. O Ministro Fux cita Posner, regras de direito processual civil e sua própria doutrina.⁹⁴

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

O Ministro Fux, ao invocar a AED para suspender a decisão do STJ, prioriza os interesses do Estado e da economia em detrimento da efetivação de direitos fundamentais.⁹⁵ Embora reconheça a plausibilidade da extensão do adicional de 25% a todos os aposentados, utilizando como fundamento o princípio da isonomia, o Ministro decide suspender a decisão com base no impacto financeiro de R\$ 7,15 bilhões por ano.

A argumentação de que a decisão do STJ representa um risco de “lesão grave” aos cofres públicos coloca em segundo plano a necessidade de assistência permanente de pessoas com deficiência, evidenciando uma possível desproporcionalidade na aplicação da Análise Econômica do Direito.⁹⁶

O próprio Ministro Marco Aurélio critica a utilização do argumento econômico como único fundamento para a decisão, afirmando que “o argumento alusivo ao 'esqueleto' que pode sair do armário não é, para mim, jurídico”. Em síntese, a aplicação da Análise Econômica do Direito no acórdão levanta questionamentos sobre a sua capacidade de ponderar adequadamente valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à assistência social, em face de interesses econômicos.

⁹⁴ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da Análise Econômica do Direito. **Revista de Processo**, v. 269, p. 421-432, 2017.

⁹⁵ O Superior Tribunal de Justiça utilizou os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e os direitos sociais para fundamentar a extensão do adicional de assistência permanente a aposentados que não se enquadravam no Art. 45 da Lei nº 8.213/91.

Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, CRFB): Embora não explicitado no acórdão, a jurisprudência do STJ reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento para assegurar condições mínimas de vida digna aos indivíduos, incluindo o direito à assistência social.

Isonomia (Art. 5º, caput, CRFB): O STJ considerou que a restrição do adicional de 25% apenas aos aposentados por invalidez feria o princípio da isonomia, já que outras pessoas com deficiência, mesmo aposentadas por outros motivos, também necessitariam de assistência permanente.

Direitos Sociais (Art. 6º CRFB): A decisão do STJ se baseia na garantia constitucional dos direitos sociais, que incluem o direito à previdência e à assistência social. Ao estender o adicional, o STJ visava assegurar a proteção social aos aposentados com deficiência que necessitam de auxílio permanente.

É importante ressaltar que o Ministro Fux, ao analisar o pedido de suspensão da decisão do STJ, reconheceu a plausibilidade da aplicação desses princípios constitucionais. No entanto, ele optou por suspender a decisão com base no impacto financeiro que a medida traria aos cofres públicos.

⁹⁶ Considerou-se, no julgamento do RE 1.221.446 com Repercussão Geral, e que resultou no Tema 1095: Constitucionalidade da extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, comprovar a invalidez e a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria.

5.3.3 Recurso Extraordinário n. 860.631⁹⁷

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Civil, e Direito Processual Civil.

2) Resumo do julgado

No RE, se discute a constitucionalidade da execução extrajudicial de contratos de financiamento imobiliário com cláusula de alienação fiduciária. O julgamento se debruça sobre a Lei n. 9.514/1997, que regulamenta o Sistema de Financiamento Imobiliário e permite a consolidação da propriedade em nome do credor em caso de inadimplência. A principal questão abordada é se o procedimento extrajudicial, previsto na Lei n. 9.514/1997, fere o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e o princípio do juiz natural, considerando a importância do direito à moradia como direito fundamental. Prevaleceu o argumento em favor da constitucionalidade da execução extrajudicial, defendendo-se que o procedimento garante a possibilidade de controle judicial em caso de irregularidades.

3) Como a AED aparece no julgado

O Acórdão RE 860.631/SP cita explicitamente a *Law and Economics*, conforme demonstra o trecho a seguir, encontrado na página 29 do acórdão:

[...] assim, incorporando influxos decorrentes do referencial teórico de alguns estudiosos da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), a litigância em juízo somente é socialmente desejável quando seus custos sejam inferiores aos benefícios que a comunidade experimenta em termos de modificação de conduta pelos seus componentes, consoante ensina o Professor da Universidade de Harvard, Steven Shavell.

Observa-se que a citação, por Fux, de Steven Shavell, renomado autor da área da AED, demonstra a influência direta dessa corrente de pensamento na argumentação do Acórdão. O trecho em si destaca um dos pilares da AED: a busca pela eficiência na alocação de recursos, inclusive no

⁹⁷ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 860.631 São Paulo**. Relator: Min. Luiz Fux. Repercussão Geral – Mérito (Tema 982). Julgado em 26/10/2023. Publicado em 14/02/2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774149231>. Acesso em: 16 set. 2024.

âmbito do sistema judiciário. A ideia central é que a judicialização de conflitos só se justifica quando os benefícios superam os custos, tanto para as partes envolvidas quanto para a sociedade.

O trecho demonstra ainda que a AED não apenas serviu de base para a argumentação, mas foi reconhecida nominalmente no Acórdão e trazida para a ementa, reconhecendo como constitucional o procedimento da Lei n. 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal.

Assim, o cerne da aplicação da AED no julgado reside na ideia de que a execução extrajudicial, por ser mais célere e menos onerosa, contribui para a eficiência do sistema judiciário e para a redução dos custos do crédito.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Há divergências entre os Ministros, no sentido de que a execução extrajudicial pode representar uma violação a direitos fundamentais. O Ministro Edson Fachin votou pela inconstitucionalidade da lei, argumentando que a eficiência não pode ser aplicada em detrimento da proteção de direitos fundamentais (moradia e direito ao devido processo legal, com a garantia do contraditório e da ampla defesa).

Fachin destacou ainda a parcialidade na execução extrajudicial (fere o princípio do juiz natural), pois concentra, a uma das partes do contrato - no caso o credor - poderes que deveriam ser exclusivos do Estado-Juiz. Para ele, isso coloca em xeque a imparcialidade do procedimento, essencial para a garantia do devido processo legal, trazendo risco à função social da propriedade, princípio constitucional que exige que tal direito seja exercido em benefício da coletividade.

Em suma, a crítica à aplicação da AED no julgado reside no argumento de que a busca pela eficiência do sistema judiciário e a desjudicialização de conflitos não podem se dar em detrimento da garantia de direitos fundamentais, como o direito à moradia, o direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, e o princípio do juiz natural.

5.3.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 167⁹⁸

⁹⁸ STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 167 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 07/03/2018. Publicado em 14/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754086708>. Acesso em: 16 set. 2024.

1) Área do direito em que a AED foi aplicada

Direito Eleitoral e Direito Processual Civil.

2) Resumo do julgado

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 167 que trata da competência para julgar recursos contra a expedição de diploma (RCED) nas eleições estaduais e federais. O Partido Democrático Trabalhista (PDT), autor da ADPF, argumenta que o TSE não pode julgar esses recursos, pois isso viola o princípio do juiz natural, a ampla defesa e o contraditório, além de suprimir o duplo grau de jurisdição.

No entanto, o STF, por maioria, julgou improcedente a ADPF, defendendo a competência do TSE para o julgamento dos RCEDs. A decisão se fundamenta na interpretação do art. 121, § 4º, da Constituição Federal, que, segundo o STF, permite o recurso ao TSE contra decisões dos TREs que versarem sobre a expedição de diplomas em eleições federais ou estaduais. O STF também reconhece a importância de manter a jurisprudência consolidada do TSE para garantir a segurança jurídica.

3) Como a AED aparece no julgado

O Ministro Luiz Fux usa a Análise Econômica do Direito para defender a importância da observância dos precedentes jurisprudenciais. Ele argumenta que essa prática contribui para uma ordem jurídica funcional e traz diversos benefícios, entre eles: a) facilita a aplicação do Direito, isto é, a existência de precedentes claros e estáveis torna o trabalho de Juízes e jurisdicionados mais eficiente, pois reduz a incerteza em relação à interpretação da lei; b) a previsibilidade proporcionada pelos precedentes permite que os cidadãos planejem suas vidas e negócios com mais segurança, sabendo quais as consequências jurídicas de seus atos; c) quando as partes têm noção clara de como o Judiciário decide em determinados casos, elas se tornam mais propensas a buscar soluções consensuais para suas disputas, evitando o custo e o tempo de um processo judicial; d) a aplicação de precedentes libera tempo e recursos do Judiciário para se dedicar a casos mais complexos e relevantes.

Além disso, Fux compara a jurisprudência a um “estoque de capital” (conforme Posner⁹⁹) que precisa ser preservado e adaptado às mudanças sociais. A cada vez que um precedente é ignorado ou modificado sem justificativa, esse capital se deteriora, prejudicando a segurança jurídica e a eficiência do sistema. O Ministro destaca ainda que a boa-fé do Estado-Juiz, prevista no Código de Processo Civil de 2015, exige coerência na atividade jurisdicional. Essa coerência se traduz na uniformização da jurisprudência e no respeito aos precedentes, garantindo previsibilidade e estabilidade às relações jurídicas.

Em suma, Fux argumenta que a aplicação consistente da Análise Econômica do Direito demonstra que a observância dos precedentes, no caso específico do Recurso Contra a Expedição de Diploma (RCED), é fundamental para a segurança jurídica, a eficiência do sistema judicial e a previsibilidade nas relações sociais, elementos essenciais para o bom funcionamento do sistema jurídico e da democracia.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Enquanto o Ministro Luiz Fux utiliza a Análise Econômica do Direito para defender a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar os Recursos Contra Expedição de Diploma, essa aplicação não está isenta de possíveis críticas. Uma está relacionada à ênfase na eficiência, segundo a qual a AED, ao priorizar a segurança jurídica e a previsibilidade, pode levar a uma visão excessivamente formalista do Direito, em detrimento da justiça no caso concreto.

A ênfase na eficiência e na previsibilidade, características valorizadas pela AED, pode obscurecer a análise de situações específicas que exigem uma ponderação mais aprofundada de valores e princípios constitucionais. Outra crítica possível é que a AED, em sua busca por soluções eficientes, pode negligenciar o impacto social das decisões judiciais. No caso dos RCEDs, a competência do TSE, embora possa ser considerada mais eficiente do ponto de vista da celeridade e da uniformização da jurisprudência, pode ser questionada sob a ótica da representatividade e da proximidade com as particularidades locais. É importante ressaltar que a crítica aqui apresentada se trata de uma possível análise à forma como a aplicação da AED foi aplicada, considerando as limitações e possíveis vieses dessa abordagem.

⁹⁹ POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Assim sendo, a aplicação da AED no caso dos RCEDs, embora possa ser vista como um argumento a favor da competência do TSE, não está imune a críticas. A ênfase na eficiência e na previsibilidade, características valorizadas pela AED, precisa ser ponderada com outros valores e princípios constitucionais, como a justiça no caso concreto e a representatividade democrática.

5.3.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.787¹⁰⁰

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Tributário e Direito Ambiental

2) Resumo do julgado

Trata-se de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade contra leis estaduais¹⁰¹ que instituem taxas de fiscalização sobre a atividade de exploração de recursos minerais. A Confederação Nacional das Indústrias (CNI) argumenta que tais leis são inconstitucionais por invadirem a competência da União em relação à mineração e por violarem o princípio da proporcionalidade, visto que a base de cálculo das taxas é desproporcional em relação aos custos da fiscalização.

O STF, por maioria, decidiu que as leis são constitucionais, pois os Estados possuem competência para fiscalizar a exploração de recursos minerais em seus territórios e a base de cálculo das taxas é proporcional aos custos da fiscalização. A decisão do STF reconhece a importância da atuação dos estados na fiscalização da atividade de exploração de recursos minerais, mas também reitera a necessidade de que a cobrança de taxas seja proporcional aos custos da atividade fiscalizatória.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito é utilizada no julgado para justificar a cobrança da Taxa de Controle, Acompanhamento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e

¹⁰⁰ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.787 Amapá**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 01/ 08/2022. Publicada em 14/10/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763771063>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹⁰¹ A Lei nº 1.613/2011, do Estado do Amapá, instituiu taxa de polícia sobre a atividade de exploração mineral, com fundamento no art. 145, inciso II, da CRFB; A Lei 2.410, de 18 de junho de 2019, modificou o art. 6º da Lei 1.613/11, alterando sua redação, e revogando o § 3º do dispositivo acrescentado o art. 6º-A ao diploma legal. As modificações legislativas promovidas pela Lei 2.410/19, do Estado do Amapá, impõem a perda do objeto da ação em relação ao art. 6º, § 3º da Lei 1.613/11.

Aproveitamento de Recursos Minerários (TRFM). No julgado, argumenta-se que a cobrança da taxa, com base na quantidade de minério extraído, é uma forma de maximizar a riqueza, um dos princípios da AED, pois incentiva as empresas a explorarem os recursos minerais de forma mais eficiente, considerando os custos da fiscalização e os impactos ambientais.

A ideia central da AED aplicada ao caso é a de “maximização da riqueza” que, no contexto do julgado, significa encontrar um equilíbrio entre o exercício da atividade econômica e a proteção ambiental. O julgado reconhece que a atividade de mineração gera “externalidades negativas”, ou seja, custos que são impostos à sociedade e que não são considerados pelas empresas em suas decisões. As tragédias de Mariana e Brumadinho são exemplos citados no texto.

A TFRM é vista como um instrumento para compensar as externalidades negativas da mineração e incentivar as empresas a adotarem práticas mais sustentáveis. Na página 5 do julgado, é vista uma forma de como a “Externalidade Negativa” proposta por Coase é internalizada a fim de justificar a decisão.

Utilizando a “Teoria dos Jogos” para explicar a relação entre o Estado e as empresas de mineração, a decisão aborda a cobrança da taxa como um “jogo” em que o Estado busca maximizar a arrecadação e as empresas buscam maximizar seus lucros. A escolha da quantidade de minério extraído como base de cálculo da taxa é justificada por sua correlação com o custo da fiscalização e com o impacto ambiental da atividade.

O julgado argumenta também que a cobrança da taxa é proporcional aos custos da fiscalização e aos impactos da atividade, não configurando confisco. É importante ressaltar que a AED é uma teoria complexa e controversa e que existem diferentes interpretações sobre como ela deve ser aplicada. No caso em questão, o julgado utiliza a abordagem para justificar a cobrança da TFRM, mas isso não significa que a AED seja a única forma de analisar a questão.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Embora o julgado utilize a Análise Econômica do Direito para justificar a cobrança da TFRM, a forma como essa aplicação é feita pode ser criticada por diversos aspectos. A decisão assume que a cobrança da taxa, com base na quantidade de minério extraído, é uma forma de maximizar a riqueza por incentivar a exploração eficiente e considerar os custos da fiscalização. No entanto, o parecer da PGR aponta para a falta de informações sobre a desproporcionalidade

entre a cobrança e o custo efetivo da fiscalização. Sem dados concretos, a alegação de que a taxa reflete o custo da atividade estatal torna-se frágil.

A AED, da forma como foi utilizada no julgado, foca na “maximização da riqueza”, tendo em vista a busca de um equilíbrio entre a atividade econômica e a proteção ambiental. No entanto, ao defender a taxa com base na quantidade de minério extraído, o julgado negligencia o princípio da capacidade contributiva, pregando que a tributação deve se dar conforme a capacidade econômica do contribuinte. Essa desconsideração fica clara na utilização de precedentes que justificam o uso do faturamento da empresa e da quantidade do produto como base de cálculo para taxas, sem uma análise aprofundada de como esses critérios se conectam com a capacidade contributiva.

A ênfase na “maximização da riqueza” e na “alocação eficiente de recursos”, conceitos centrais na AED, pode levar a uma tributação que, embora eficiente do ponto de vista econômico, é injusta socialmente. O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, destaca que a “capacidade contributiva representa o mecanismo mediante o qual se realiza a equidade tributária”. A busca por um sistema tributário justo deve ir além da mera eficiência econômica, considerando também aspectos de justiça social e distribuição de renda, elementos que não são explorados na aplicação da AED ao caso.

Para além disso, o julgado utiliza uma série de precedentes no sentido de justificar a cobrança da taxa. No entanto, essa seleção de precedentes parece ser feita de forma a justificar a decisão já tomada, e não de forma a analisar a questão imparcialmente. A crítica ao uso seletivo de precedentes também é feita pelo Ministro Edson Fachin ao argumentar contra a validade do voto impresso. O julgado reconhece as “externalidades negativas” da mineração, utilizando-as como justificativa para a cobrança da taxa. No entanto, não há uma análise similar sobre as potenciais “Externalidades Positivas” da atividade, como a geração de empregos e o desenvolvimento local, que poderiam ser considerados na análise da proporcionalidade da taxa.

Em resumo, a aplicação da AED no caso parece ser superficial e ocorrer como forma de justificar uma decisão pré-estabelecida, sem uma análise crítica ou aprofundada de seus fundamentos e de suas implicações para a justiça social.

5.3.6 Ação Direta De Inconstitucionalidade n. 4.101¹⁰²

1) Área do direito em que a AED foi aplicada

Direito Tributário

2) Resumo do julgado

Refere-se à ADI n. 4.101 ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF), com objetivo de declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 11.727/2008 e da Lei n. 13.169/2015, que aumentaram a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) para instituições financeiras e entidades equiparadas.

A CONSIF argumentava que as leis em questão eram inconstitucionais por violarem os princípios da relevância e urgência para a edição de Medidas Provisórias, o princípio da anterioridade nonagesimal e o princípio da capacidade contributiva, ao taxarem a lucratividade das instituições financeiras, sem base em critérios específicos previstos na Constituição. O STF, no entanto, julgou a ADI improcedente, entendendo que as leis não violavam os princípios da Constituição e que a tributação diferenciada do lucro das instituições financeiras, calcada na atividade econômica, era legítima e justificada pelo princípio da capacidade contributiva.

3) Como a AED aparece no julgado

O Ministro Luiz Fux, ora relator da ADI n. 4101, utilizou a Análise Econômica do Direito para fundamentar a constitucionalidade da tributação diferenciada do lucro de instituições financeiras. A decisão argumenta que a tributação diferenciada não visa a lucratividade em si, mas sim a “grandeza econômica” que a atividade financeira representa.

Para sustentar esse ponto, o Ministro se baseia em três pilares da AED: a) o objetivo da aplicação das normas jurídicas, incluindo as tributárias, deve ser a maximização dos recursos limitados em relação às necessidades humanas. No caso, a tributação diferenciada busca otimizar a arrecadação sem desestimular o crédito; b) a tributação deve ser estruturada para minimizar distorções na alocação de recursos. A decisão destaca a necessidade de calibrar a tributação do

¹⁰² STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.101 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 16/06/2020. Publicada em 06/07/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753175067>. Acesso em: 16 set. 2024.

lucro das instituições financeiras para não inibir o crédito, mas também gerar arrecadação; c) a forma como a tributação é estruturada influencia o comportamento dos agentes econômicos.

O Ministro argumenta que a demanda por crédito no Brasil é “razoavelmente inelástica”, o que significa que aumentos na tributação não afetariam significativamente a contratação de crédito. A decisão cita o jurista Richard Posner, para embasar a aplicação da Análise Econômica ao Direito Tributário. O Ministro destaca a importância de considerar a elasticidade da demanda ao determinar alíquotas, utilizando como exemplo a ineficácia de um imposto *per capita* em comparação com uma tributação calibrada para minimizar efeitos de substituição.

A decisão conclui, então, que a tributação diferenciada das instituições financeiras, ao invés de tributar a lucratividade, tributa a “grandeza econômica” do setor, utilizando a Análise Econômica do Direito como base para a constitucionalidade da medida.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Embora a decisão do STF na ADI n. 4101 utilize a Análise Econômica do Direito para justificar a constitucionalidade da tributação diferenciada de instituições financeiras, a forma como a AED foi aplicada pode ser criticada em alguns pontos.

A decisão define “atividade econômica” de forma superficial, focando apenas na produção de bens e serviços no sentido estrito. É uma visão que ignora o papel fundamental das instituições financeiras na economia moderna, atuando como intermediadoras de crédito, gerenciando riscos e fornecendo serviços essenciais para o funcionamento do sistema financeiro. Ressalta-se que a intermediação financeira, por si só, exige investimentos, infraestrutura, tecnologia e mão de obra especializada, configurando-se como uma atividade econômica complexa e relevante.

A decisão concentra sua análise no *spread* bancário como “produto” principal das instituições financeiras. Embora o *spread* seja um componente importante para a receita dessas instituições, ele não reflete a totalidade dos custos, riscos e serviços envolvidos na intermediação financeira. Por esta razão, ignorar outros fatores relevantes, como custos operacionais, investimentos em segurança e tecnologia e provisão para perdas com inadimplência simplifica demasiadamente a análise econômica da atividade financeira.

Nesta decisão, afirma-se que a demanda por crédito no Brasil é “razoavelmente inelástica”, concluindo que a majoração da CSLL não impactaria significativamente na contratação de crédito. No entanto, a elasticidade da demanda por crédito pode variar consideravelmente, a depender do

tipo de crédito, do prazo, do perfil do tomador e das condições macroeconômicas. Assim, a decisão não apresenta evidências suficientes para sustentar a afirmação de que a demanda por crédito seria pouco sensível a aumentos de preço decorrentes da tributação, especialmente em um contexto de recessão econômica, como apontado no estudo do DIEESE.

O julgado foca ainda na eficiência alocativa da tributação, buscando maximizar a arrecadação sem desestimular o crédito. Contudo, a AED não se limita à análise da eficiência, devendo considerar também os impactos distributivos da tributação. Assim, aumentar a tributação sobre instituições financeiras, um setor historicamente concentrado e com alta lucratividade, pode ter efeitos regressivos, impactando mais os consumidores finais - especialmente os mais dependentes de crédito - do que os próprios bancos. É uma decisão que, portanto, desconsidera os impactos sociais da medida, ignorando o debate sobre justiça fiscal e a função social da tributação.

A decisão utiliza a analogia com um imposto per capita para defender a tributação diferenciada como forma de induzir o comportamento desejado. No entanto, a analogia é limitada, porque ignora as particularidades do setor financeiro e os impactos da tributação sobre o crédito. A decisão não demonstra como a majoração da CSLL, além de gerar arrecadação, contribuiria para o desenvolvimento econômico, para a justiça social ou para outros objetivos relevantes.

Assim, a ADI n. 4101, embora utilize a AED como argumento central, apresenta uma análise econômica limitada e superficial da atividade financeira. A simplificação excessiva, a falta de considerações distributivas e a ausência de evidências robustas sobre a elasticidade da demanda enfraquecem a argumentação da decisão e abrem espaço para questionamentos sobre a adequação da tributação diferenciada no caso concreto.

5.3.7 Emb. Decl. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.324.429¹⁰³

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Processual Penal

2) Resumo do julgado

¹⁰³ STF. Supremo Tribunal Federal. **Emb. Decl. No Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.324.429 Santa Catarina**. Julgado em 13/11/2023. Publicado em 06/12/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773255004>. Acesso em: 16 set. 2024.

Trata de Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo e foco em um caso penal específico. O STF analisou a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), previsto no Código de Processo Penal, e seus efeitos retroativos, além de discutir a necessidade de confissão circunstanciada para a sua propositura. A decisão do STF foi unânime para negar provimento aos embargos de declaração, com ressalvas do Ministro Edson Fachin.

3) Como a AED aparece no julgado

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, aborda a tendência de ampliação dos espaços de consenso no Processo Penal contemporâneo, referindo-se àquela como “Justiça Negocial”. Essa é uma tendência que se manifesta por meio da atribuição de direitos e poderes negociais aos envolvidos no processo, com o objetivo de alcançar uma gestão mais eficiente da atividade jurisdicional. O Ministro Gilmar Mendes, então, destaca o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) como um exemplo dessa Justiça Negocial.

Em sua análise, o Ministro recorre à Análise Econômica do Direito para fundamentar a validade e os benefícios da Justiça Negocial. Ele argumenta que a AED, especialmente por meio do Teorema de Coase, fornece subsídios para compreender como a negociação entre as partes, em um contexto de custos de transação, pode levar a um resultado mais eficiente na alocação de recursos públicos.

O Ministro observa, ainda, que a Justiça Negocial se aproxima da racionalidade econômica ao buscar a alocação eficiente de recursos públicos escassos, através da combinação de interesses entre os negociadores. Ele também ressalta a importância da boa-fé objetiva nesse processo, a fim de garantir a confiança e a credibilidade nas negociações. Contudo, o Ministro Gilmar Mendes também reconhece as críticas e os desafios relacionados à aplicação da Justiça Negocial como a possibilidade de comportamentos oportunistas e a imposição de acordos abusivos. Por isso, destaca a importância da construção de salvaguardas normativas e institucionais, a fim de minimizar esses riscos e garantir a compatibilidade democrática do modelo consensual.

Em suma, o Ministro utiliza a AED como ferramenta para analisar a Justiça Negocial, reconhecendo seus benefícios em termos de eficiência, mas também alertando para os desafios e a necessidade de se garantir a sua aplicação justa e democrática.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

O Ministro Gilmar Mendes, ao utilizar a AED para justificar a Justiça Negocial, especialmente o ANPP, foca na eficiência da alocação de recursos públicos como argumento principal. Essa abordagem, embora relevante, pode ser criticada por reduzir a complexidade da justiça criminal a uma questão meramente econômica.

Nota-se que a análise do Ministro prioriza os meios para alcançar a eficiência, sem aprofundar a discussão sobre os fins da justiça criminal. A AED, em sua vertente tradicional, geralmente se concentra na eficiência como um fim em si mesmo, sem adentrar debates sobre justiça, equidade e outros valores relevantes no contexto criminal. É uma abordagem que pode fornecer *insights* sobre os custos e benefícios de diferentes modelos de justiça criminal, mas que, no entanto, se mostra limitada ao lidar com questões éticas e morais complexas, tais como a dignidade do réu, o direito de defesa e a busca pela verdade real. Isso porque a mera redução dos custos de transação não garante, por si só, um sistema de justiça criminal mais justo ou ético.

O Ministro reconhece a influência do pragmatismo, especialmente do modelo americano de “*plea bargaining*”, na Justiça Negocial. Embora a busca por soluções práticas seja importante, a ênfase excessiva no pragmatismo, sem a devida ponderação com outros valores, pode levar a um sistema de justiça criminal menos garantista e mais suscetível a abusos. Além disso, a mera construção de uma “verdade consensual”, sem a devida apuração dos fatos, pode gerar condenações injustas, especialmente em um contexto de desigualdade de poder entre as partes.

Portanto, a crítica reside na aplicação unilateral da AED, sem a devida ponderação com outras perspectivas e valores relevantes para a justiça criminal. A busca pela eficiência na alocação de recursos públicos, embora importante, não pode se sobrepor à garantia de um processo justo, equitativo e comprometido com a dignidade da pessoa humana.

5.3.8 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.485¹⁰⁴

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Tributário

¹⁰⁴ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.485 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 16/06/2020. Publicada em 06/07/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753175094>. Acesso em: 05 set. 2024.

2) Resumo do julgado

Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) examina a constitucionalidade da Lei n. 13.169/2015, a qual aumentou a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) para empresas de seguros, resseguros, previdência privada e saúde suplementar.

A CNSEG, entidade autora da ADI, alegou que a lei violava princípios constitucionais, como isonomia, capacidade contributiva e livre iniciativa. O STF, no entanto, decidiu pela constitucionalidade da lei, argumentando que a diferenciação de alíquotas se justifica pela natureza peculiar da atividade econômica das empresas de seguros e que a medida não configurava confisco nem violava a livre concorrência.

3) Como a AED aparece no julgado

O Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADI n. 5485, utilizou conceitos da Análise Econômica do Direito com o objetivo fundamentar a constitucionalidade da tributação diferenciada do lucro para empresas do setor de seguros. Ele se baseou, principalmente, na obra *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner, para destacar a importância da eficiência na tributação.

O Ministro destacou que a tributação diferenciada, neste caso, visava maximizar a arrecadação, sem desestimular a atividade securitária, um objetivo legítimo dentro da perspectiva da AED. Ele argumentou que a demanda por seguros, especialmente em um mercado concentrado como o brasileiro, é inelástica, ou seja, menos sensível a alterações de preços, o que significa que a tributação, mesmo que impacte o custo do seguro, não afetaria significativamente a demanda. Citando um estudo da SUSEP, Fux demonstrou que os aumentos na tributação em 2008 e 2015 não impactaram a contratação de seguros no país, corroborando a tese de que a demanda é inelástica.

O Ministro concluiu que a tributação diferenciada não configurava confisco, pois não impedia a atividade das empresas de seguros, apenas buscava uma participação mais justa no financiamento da coletividade. Sendo assim, ele utilizou a AED para defender que a tributação diferenciada, no caso específico das empresas de seguros, era uma medida eficiente e constitucional, pois considerava as peculiaridades do mercado e visa o bem-estar social.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Embora o Ministro Luiz Fux tenha utilizado a Análise Econômica do Direito para justificar a constitucionalidade da tributação diferenciada em empresas de seguros, a aplicação de alguns conceitos da AED no julgado pode ser criticada, conforme pode-se observar a seguir.

Primeiramente, o Ministro argumentou que a tributação diferenciada, por considerar a atividade econômica, respeita os princípios da isonomia e da capacidade contributiva. Contudo, a requerente argumentou que a norma não demonstra como a capacidade contributiva das empresas de seguros justifica a alíquota majorada em comparação com outros setores. E a simples menção à “atividade econômica” como critério, sem uma análise mais profunda sobre a capacidade contributiva real das empresas do setor, pode ser vista como uma aplicação superficial do princípio da isonomia.

Embora o Ministro tenha citado um estudo da SUSEP que aponta para a inelasticidade da demanda por seguro de automóveis, essa análise deveria ter sido estendida para outros tipos de seguros para sustentar a generalização feita no voto. Afinal, o mercado de seguros engloba uma variedade de produtos, cada um com suas particularidades e, então, ignorar essa diversidade pode levar a conclusões equivocadas sobre o impacto da tributação.

Além disso, o Ministro utilizou a concentração do mercado de seguros para justificar a tributação diferenciada, argumentando que as grandes empresas não são prejudicadas. No entanto, essa relação entre concentração de mercado e a tributação diferenciada mereceria uma análise mais aprofundada, uma vez que a concentração de mercado, em alguns casos, pode ser um indicativo de falta de concorrência, o que poderia justificar, em vez de uma tributação mais pesada, medidas para estimular a competição no setor.

Em resumo, a utilização da AED no julgamento, apesar de ter trazido elementos relevantes para a discussão sobre a tributação no setor de seguros, carecia de maior robustez em alguns pontos. A análise simplista de conceitos complexos como isonomia, capacidade contributiva e concentração de mercado pode sempre levar a conclusões questionáveis. Portanto, uma aplicação mais rigorosa da AED demandaria uma análise mais profunda e abrangente do impacto da tributação diferenciada no mercado de seguros, considerando as particularidades de cada segmento e os seus efeitos sobre a concorrência.

5.3.9 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.941¹⁰⁵

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Processual Civil

2) Resumo do julgado

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5941, movida pelo Partido dos Trabalhadores (PT), questiona a constitucionalidade de dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 que permitem ao Juiz usar medidas executivas atípicas para garantir o cumprimento de decisões judiciais, inclusas ações com objeto de pagamento de quantia. O STF, por maioria, julga improcedente a ADI, entendendo que o CPC garante a tutela integral dos direitos fundamentais e que a aplicação de medidas atípicas deve ser analisada caso a caso, considerando a proporcionalidade e a necessidade, ocorrendo dentro dos limites do devido processo legal.

3) Como a AED aparece no julgado

ADI n. 5.941 discute a constitucionalidade do uso de medidas executivas atípicas pelo Juiz para garantir o cumprimento de decisões judiciais. Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito é utilizada para fundamentar a posição de que a autorização legal para a imposição de tais medidas contribui para a efetividade do processo judicial.

No julgado, o Ministro Luiz Fux, relator da ADI, argumenta que a demora excessiva e a ineficiência na execução de decisões judiciais são fatores que influenciam a tomada de decisão dos agentes racionais. Mas em um cenário no qual as decisões judiciais são frequentemente ineficazes, o devedor pode se sentir incentivado a adotar medidas protelatórias, o que prejudica a celeridade e a cooperação no processo.

A aplicação de medidas atípicas, nesse contexto, atua como um incentivo para o cumprimento das decisões judiciais, pois aumenta o custo do descumprimento para o devedor. Nesse sentido, a AED defende que a possibilidade de aplicação de medidas atípicas contribui para a eficiência do sistema judicial como um todo, pois incentiva o cumprimento espontâneo das decisões e reduz a necessidade de medidas judiciais mais custosas e demoradas.

¹⁰⁵ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade 5.941 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 09/02/2023. Publicado em 28/04/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767273122>. Acesso em: 16 set. 2024.

É importante ressaltar que o julgado não endossa a aplicação indiscriminada de medidas atípicas. Ao contrário: ele enfatiza a necessidade de respeito aos direitos fundamentais, à proporcionalidade e ao devido processo legal. Por isso, a análise da adequação e da proporcionalidade das medidas deve ser feita caso a caso, levando em consideração as peculiaridades de cada situação.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Apesar de a maioria dos Ministros terem votado pela constitucionalidade do artigo 139, IV, do CPC, que permite ao Juiz determinar medidas atípicas para assegurar o cumprimento de ordens judiciais, alguns Ministros e a própria Procuradoria-Geral da República manifestaram preocupação em relação à aplicação da Análise Econômica do Direito nesse contexto.

No que se refere à redução da liberdade humana a direitos patrimoniais, alguns Ministros manifestaram a preocupação de que a aplicação irrestrita da AED poderia levar à subordinação da liberdade humana a direitos patrimoniais, com utilização de medidas coercitivas para compelir o devedor ao pagamento de dívidas, mesmo em detrimento de direitos fundamentais.

A crítica reside no receio de que a busca pela efetividade das decisões judiciais, sob a ótica da AED, possa resultar na aplicação de medidas atípicas que se assemelhem a penas cruéis e inusitadas, violando o princípio da dignidade da pessoa humana. A apreensão de carteira de habilitação e passaporte, por exemplo, são medidas que, apesar de não representarem agressão física, podem restringir o direito de ir e vir e causar danos significativos à vida do devedor.

A crítica enfatiza que a busca pela eficiência do sistema judicial, objetivo central da AED, não pode se sobrepor à proteção de direitos fundamentais. Isso porque a aplicação de medidas atípicas deve ser precedida de uma análise criteriosa de proporcionalidade e razoabilidade, considerando sempre a necessidade da medida em relação ao caso concreto, a fim de evitar abusos e garantir a proteção da dignidade do devedor.

A indeterminação das medidas atípicas, apesar de garantir flexibilidade ao Juiz, dificulta o controle *in concreto* da sua aplicação. A crítica aponta para a possibilidade de decisões abusivas e teratológicas, ressaltando a necessidade de mecanismos processuais eficazes para coibir excessos.

Um argumento colocado pela crítica é o de que a exclusão de determinadas medidas atípicas, em abstrato, não configuraria um esvaziamento da função do Juiz, mas sim uma proteção

contra abusos. A imposição de limites à discricionariedade judicial, nesse sentido, seria uma forma de garantir a segurança jurídica e evitar arbitrariedades.

Finalmente, a crítica fundamental à aplicação da AED no julgado da ADI n. 5.941 reside na necessidade de se buscar um equilíbrio entre a efetividade do processo judicial e a proteção dos direitos fundamentais do devedor. A Análise Econômica do Direito, nesse viés, pode ser um instrumento útil para a construção de um sistema judicial mais eficiente, mas sua aplicação deve ser bastante criteriosa e ponderada, a fim de se evitarem abusos e de se garantir a justiça em cada caso concreto.

5.3.10 Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 1.083.955¹⁰⁶

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Econômico e Direito Administrativo

2) Resumo do julgado

Trata-se de um Recurso Extraordinário interposto por uma empresa¹⁰⁷ contra uma decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O recurso questiona a possibilidade de revisão judicial do mérito de uma decisão administrativa do CADE, que havia condenado a empresa por práticas antitruste. O STF, por meio do voto do relator Ministro Luiz Fux, negou provimento ao recurso, sustentando que o controle judicial das decisões do CADE deve se limitar à análise da legalidade ou abusividade do ato administrativo, sem adentrar no mérito da decisão. O acórdão reconhece a *expertise* do CADE em questões de regulação econômica e argumenta que a revisão judicial do mérito poderia comprometer a coerência e a eficácia da política regulatória.

3) Como a AED aparece no julgado

O julgado em questão utiliza a Análise Econômica do Direito para justificar a deferência do Poder Judiciário às decisões do CADE em matéria de regulação da concorrência. A AED é empregada para demonstrar a *expertise* técnica do CADE e a complexidade das questões

¹⁰⁶ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 1.083.955 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 28/05/2019 Publicação: 07/06/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹⁰⁷ Cascol Combustíveis para veículos LTDA e outro(a/s).

regulatórias, que exigem uma abordagem especializada e prospectiva, diferentemente da lógica tradicional do processo judicial.

O julgado destaca a “reduzida *expertise* do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica”. E argumenta que os tribunais não possuem a especialização necessária para avaliar os efeitos sistêmicos e as complexas questões policêntricas envolvidas na regulação econômica.

O texto enfatiza ainda a “*expertise* técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica”, demandando uma postura deferente do Judiciário. A análise do CADE, com base em “circunstâncias fáticas e econômicas complexas”, é vista como mais adequada para avaliar a conduta de agentes econômicos e a aplicação de sanções antitruste.

O Ministro Luiz Fux cita o teórico Cass Sunstein para salientar a complexidade dos efeitos sistêmicos da regulação, que pode gerar consequências inesperadas. As agências reguladoras, por intermédio do CADE, estariam em melhor posição para lidar com essa dinâmica complexa e imprevisível.

Em outro momento, Richard Posner é citado para destacar as diferenças entre a atividade regulatória e a judicial. A regulação utiliza mecanismos preventivos (*ex ante*) e se baseia em regras específicas, enquanto a jurisdição atua de forma reativa (*ex post*) e se baseia em princípios gerais. Essa distinção reforça a necessidade de deferência à atuação do CADE, dada a natureza específica da regulação da concorrência.

Nota-se que a aplicação da AED no julgado limita o controle judicial às questões de legalidade e abusividade dos atos administrativos do CADE, excluindo a revisão do mérito das decisões. Além do mais, a argumentação baseada na AED atribui uma presunção de correção às decisões do CADE, reconhecendo a legitimidade da análise técnica realizada pela autarquia. Ao aplicar a AED, o julgado contribui para o reforço da autonomia do CADE na condução da política de defesa da concorrência, minimizando a interferência judicial em suas decisões.

Em suma, a decisão faz uso Análise Econômica do Direito como fundamento para defender a deferência do Poder Judiciário à *expertise* técnica do CADE em matéria de regulação da concorrência. Trata-se de uma abordagem que reconhece a complexidade das questões econômicas e a necessidade de uma análise especializada, justificando a limitação do controle judicial à legalidade e abusividade dos atos administrativos.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

A Aplicação da Análise Econômica do Direito no julgado, embora embasada em argumentos sobre a *expertise* do CADE, pode ser criticada por potencialmente restringir o controle judicial de forma excessiva, criando um cenário de imunidade para a autarquia.

A deferência irrestrita à *expertise* do CADE pode torná-lo suscetível à captura por grupos de interesse, comprometendo a imparcialidade e a efetividade da regulação. Além disso, a falta de um controle judicial mais rigoroso abre espaço para decisões que favoreçam determinados agentes econômicos em detrimento do interesse público.

Já a ênfase na análise econômica, em detrimento de uma avaliação mais abrangente dos direitos individuais em jogo, pode resultar em decisões que violem garantias fundamentais, como o direito à livre iniciativa e à propriedade privada. Por natureza, a AED tende a privilegiar a eficiência econômica como critério central de avaliação. No entanto, a regulação da concorrência deve levar em conta fatores sociais, éticos e políticos, que podem ser desconsiderados em uma análise estritamente econômica.

A complexidade das análises econômicas pode dificultar a contestação de decisões do CADE por parte dos agentes econômicos, criando uma assimetria de poder entre a autarquia e os regulados. Adicionalmente, a falta de transparência e acessibilidade às informações técnicas pode prejudicar o exercício do direito de defesa.

A crítica à aplicação da AED no julgado não implica a rejeição da sua utilidade como ferramenta de análise. No entanto, é importante buscar um equilíbrio entre a deferência à *expertise* técnica do CADE e a garantia de um controle judicial efetivo.

Algumas alternativas poderiam dirimir esses problemas. Primeiramente, o investimento na formação de Juízes e servidores em matéria de direito da concorrência e economia, permitindo um controle judicial mais qualificado das decisões do CADE. Além disso, permitir a revisão judicial não apenas da legalidade e abusividade, mas também da razoabilidade e proporcionalidade das decisões do CADE, considerando os impactos econômicos e sociais da regulação seria outra forma de agir sobre a questão. Por fim, seria viável garantir a transparência nos processos decisórios do CADE, facilitando o acesso à informação e a participação da sociedade civil na formulação e controle da política de concorrência.

A crítica à aplicação da AED no julgado ressalta a importância de um controle judicial ativo e qualificado para evitar a captura regulatória e garantir a proteção dos direitos individuais. Nesse

sentido, a busca por um equilíbrio entre a deferência à *expertise* técnica e a garantia de um debate democrático e transparente é essencial para uma regulação da concorrência justa e eficiente.

5.3.11 AG. REG. no RE n. 1.391.460¹⁰⁸

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Tributário

2) Resumo do julgado

Este é um Recurso Extraordinário julgado pelo STF a respeito da imunidade tributária recíproca entre os entes federativos, com foco na cobrança de IPTU sobre bens imóveis afetados à prestação de serviços públicos por concessionárias.

O relator, Ministro Luiz Fux, analisou a constitucionalidade da tributação, considerando, precedentes, a natureza dos serviços e a função social da atividade, bem como a análise econômica da imunidade, as consequências para o desenvolvimento social e a garantia de direitos fundamentais. Em última instância, o STF entendeu que a cobrança de IPTU nesse contexto infringe a imunidade recíproca, por afetar a eficiência dos serviços públicos e a consecução dos direitos fundamentais.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito foi utilizada, no caso deste no julgado para defender a imunidade tributária da CEMIG¹⁰⁹ em relação ao IPTU sobre imóveis afetados à prestação de serviços públicos. Justificando a aplicação da AED à decisão, o Ministro Luiz Fux argumenta que a abordagem busca a alocação mais eficiente de recursos, com o menor dispêndio possível, visando o bem-estar social. Em sua argumentação, o Ministro pondera dois cenários, cada um com impactos positivos e negativos.

¹⁰⁸ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.391.460 Minas Gerais**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 18/03/2024. Publicado em 26/03/2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=775596420>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹⁰⁹ Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG.

No primeiro cenário, ele analisa a prevalência da cobrança do IPTU, estabelecendo como argumento a favor, a capacidade contributiva das empresas concessionárias. Já como impacto negativo, ele cita o aumento do custo do serviço público, repassado ao usuário final.

Em um segundo cenário, ele menciona a prevalência da imunidade tributária da CEMIG, citando como o argumento a favor, o fato de se ter um serviço público mais acessível à população e em linha com os princípios da modicidade de tarifas e generalidade. Já o impacto negativo, segundo ele, seria a possível perda de arrecadação para os municípios.

O Ministro argumenta ainda que a cobrança do IPTU resultaria em um aumento no custo do serviço de energia elétrica, prejudicando a população, especialmente a de menor renda. Ele destaca que a qualidade de vida da população, o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades são objetivos da República. Para tanto, utiliza-se dos estudos de Amartya Sen para defender a importância do acesso a serviços básicos como energia elétrica para o desenvolvimento humano.

Em contrapartida, o Ministro argumenta que a perda de arrecadação dos municípios com a imunidade da CEMIG pode ser compensada por outras medidas, entre elas a fiscalização e cobrança mais efetiva do IPTU de outras propriedades que não estejam relacionadas a serviços públicos. Ele assinala que o IPTU é um imposto subutilizado pelos municípios brasileiros, os quais preferem outras formas de tributação menos eficientes e mais justas do ponto de vista social.

Em conclusão, Luiz Fux utiliza a AED para defender que, no caso específico da CEMIG, a imunidade tributária em relação ao IPTU sobre imóveis afetados à prestação de serviços públicos é a medida que promove a alocação mais eficiente de recursos, com maior benefício para a população e para o desenvolvimento social, em detrimento de uma eventual arrecadação municipal que poderia ser compensada por outras medidas.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

O Ministro Fux utiliza a AED para justificar a aplicação da imunidade tributária à CEMIG, priorizando o bem-estar social e a eficiência na alocação de recursos; no entanto, a forma como a AED é aplicada no julgado pode ser criticada com base em alguns pontos.

A decisão se baseia em alegações qualitativas sobre o impacto da cobrança do IPTU no preço da energia elétrica, sem apresentar dados concretos que sustentem a alegação de que o ônus seria transferido aos consumidores. A menção ao estudo sobre as concessões de rodovias, embora

ilustrativa, não se aplica diretamente ao caso da CEMIG e não considera as peculiaridades do setor elétrico. Portanto, uma análise quantitativa mais robusta, com dados específicos sobre a CEMIG e sobre o mercado de energia elétrica, seria fundamental para sustentar a conclusão de que a imunidade seria a medida mais eficiente.

Para além disso, o julgado desconsidera os mecanismos de regulação existentes no setor elétrico brasileiro, que visam precisamente evitar aumentos abusivos nas tarifas de energia. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) é responsável por regular as tarifas cobradas pelas concessionárias, considerando seus custos, investimentos e uma taxa de retorno justa. A menção à “teoria da captura”, que aponta para a possibilidade de empresas privadas influenciarem o regulador em seu benefício, não se aplica diretamente ao caso da CEMIG, uma vez que a empresa é controlada pelo governo de Minas Gerais.

O Ministro ainda utiliza dados sobre a baixa arrecadação e a gestão ineficiente do IPTU em alguns municípios brasileiros para defender a tese de que a perda de arrecadação com a imunidade da CEMIG seria irrelevante ou facilmente compensada. No entanto, essa generalização é indevida, pois ignora a realidade heterogênea dos municípios brasileiros. Aumentar a eficiência na cobrança do IPTU é uma medida importante para todos os municípios, mas não justifica a isenção de uma empresa específica, especialmente sem uma análise individualizada do caso.

A decisão proferida prioriza o direito fundamental à liberdade, sob o argumento de que o acesso a serviços públicos, como energia elétrica, é essencial para o desenvolvimento humano, em detrimento do direito fundamental à isonomia tributária. Contudo, a Constituição Federal garante ambos os direitos. Com isso em vista, e a AED deveria ser utilizada para encontrar um equilíbrio entre eles, e não para justificar a prevalência absoluta de um sobre o outro.

Portanto, embora a AED seja uma ferramenta útil para a tomada de decisões jurídicas, ela precisa ser aplicada considerando todas as variáveis relevantes e evitar generalizações ou conclusões precipitadas. No caso em questão, a forma como a AED foi utilizada no julgado suscita críticas, pois se baseia em análises incompletas, ignora elementos importantes do contexto e prioriza um direito fundamental em detrimento de outro, sem justificativa plausível.

5.3.12 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.567¹¹⁰

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Legislação Penal Especial e Direito Processual Penal

2) Resumo do julgado

A ADI n. 5.567 analisou a constitucionalidade da Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13) perante o Supremo Tribunal Federal. O Partido Social Liberal (PSL) questionou a lei em relação a quatro pontos principais: a) a tipificação criminalmente vaga de obstrução à investigação; b) a perda automática do cargo público para funcionários envolvidos em crimes de organização criminosa; c) a participação do Ministério Público em investigações da Corregedoria de Polícia e; d) a renúncia ao direito ao silêncio como requisito para a colaboração premiada.

O julgado expressou argumentação a favor e contra a constitucionalidade de cada ponto, com base na jurisprudência do STF, doutrina e em análises comparativas com legislações internacionais. O STF decidiu, então, pela constitucionalidade da lei, com interpretações restritivas para alguns pontos, como: a exclusão do âmbito de incidência da norma de obstrução à investigação em relação ao exercício de direitos fundamentais pelo arguido ou seu defensor e a reinterpretção da “renúncia” ao direito ao silêncio como um não exercício circunstancial e esclarecido no contexto da colaboração premiada.

3) Como a AED aparece no julgado

Apesar de não ser o foco principal, a Análise Econômica do Direito foi utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto para fundamentar a constitucionalidade da colaboração premiada. O Ministro argumentou que a colaboração premiada se alinha com o princípio da eficiência, presente no caput do art. 37 da Constituição Federal.

A colaboração premiada é enquadrada como uma forma de “Justiça Negocial” ou “Premial”, que busca a gestão eficiente da Justiça Penal. Nesse sentido, o Ministro argumentou que a colaboração premiada, por incentivar a cooperação do acusado, reduz os custos de transação do

¹¹⁰ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.567 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgada em 21/11/2023. Publicada em 24/01/2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773852939>. Acesso em: 16 set. 2024.

processo penal, diminuindo o tempo para a entrega da prestação jurisdicional e otimizando a estrutura estatal.

Gilmar Mendes ainda fez referência ao Teorema de Coase para explicar a lógica da colaboração premiada. Este Teorema, em linhas gerais, postula que, em um cenário sem custos de transação, a alocação eficiente de direitos será alcançada independentemente da distribuição inicial desses direitos. Na colaboração premiada, as partes negociam direitos (pena, provas, informações) visando um resultado mais eficiente para o sistema penal.

A AED geralmente assume que os agentes são racionais e buscam maximizar seus interesses. No caso da colaboração premiada, o agente (acusado) avalia os custos e benefícios da colaboração e decide racionalmente se irá cooperar com a investigação. A clareza na atribuição de direitos, deveres e poderes dentro do processo penal contribui para a previsibilidade e a efetividade das relações negociais.

O julgado utilizou também conceito de “Mercado Judicial Penal”, em que a eficiência do sistema penal é influenciada pela clareza das normas e por sua efetiva aplicação pelo Poder Judiciário. A previsibilidade proporcionada por normas claras e uma aplicação consistente da lei incentiva a cooperação e a negociação.

De outro lado, o Ministro reconheceu que a AED possui limitações e que a colaboração premiada precisa ser cuidadosamente regulamentada para que se evitem abusos e violações de direitos fundamentais. Ele enfatizou ainda a importância da boa-fé, do respeito ao devido processo legal e do controle judicial para garantir a legitimidade e a justiça do acordo de colaboração. E destacou a importância da previsibilidade, da clareza das normas e da racionalidade dos agentes nesse processo.

É importante notar que a ausência de menção explícita à AED nos votos dos outros Ministros não significa necessariamente que eles rejeitem a aplicação dessa abordagem no Direito Penal. A divergência principal entre eles reside sobretudo na interpretação da colaboração premiada e nos seus limites em relação aos direitos fundamentais.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

O uso da Análise Econômica do Direito no julgado da ADI n. 5567, especificamente no voto do Ministro Gilmar Mendes, pode ser alvo de algumas críticas. Entre elas, o fato de que a AED frequentemente opera sob a premissa de que os indivíduos atuam como “agentes racionais”

que buscam maximizar seus próprios interesses. Essa visão pode ser considerada demasiadamente simplista para capturar a complexidade dos fatores que influenciam as decisões dos indivíduos, especialmente em um contexto criminal, no qual emoções, pressões sociais e outros elementos podem desempenhar um papel significativo.

A AED se apoia na mensuração de custos e em benefícios para avaliar a eficiência das normas. No entanto, no contexto do sistema de justiça criminal, muitos dos custos e benefícios são difíceis de ser quantificados. Por exemplo, como mensurar o valor da justiça, da dignidade humana ou da prevenção do crime? A dificuldade de mensuração em um caso como este pode levar a análises incompletas e a conclusões imprecisas.

A ênfase na eficiência como critério primordial para a avaliação das normas pode repercutir na instrumentalização do Direito, isto é, o Direito pode passar a ser visto como um mero instrumento para alcançar fins utilitaristas, capaz de negligenciar valores intrínsecos, como a justiça, a equidade e a dignidade da pessoa humana.

A aplicação da AED ao julgado se limita ao voto do Ministro Gilmar Mendes e não apresenta um debate mais aprofundado, sobre premissas, métodos e implicações da AED com os demais Ministros e uma ausência como esta pode limitar a legitimidade e a solidez da decisão.

A AED, em sua forma tradicional, tende a se concentrar na eficiência agregada, sem levar em conta questões distributivas. No caso da colaboração premiada, por exemplo, a Análise Econômica do Direito pode justificar a concessão de benefícios a criminosos poderosos em detrimento de outros réus, o que pode gerar desigualdades e injustiças.

É importante, assim, destacar que a crítica à aplicação da AED no julgado não implica a rejeição da AED como ferramenta de análise jurídica. Trata-se de uma preocupação direcionada à forma como a AED foi utilizada, sem a devida consideração de seus limites e de potenciais problemas.

5.3.13 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.545¹¹¹

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Civil

¹¹¹ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.545 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 13/04/2023. Publicado em 16/06/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768636835>. Acesso em: 16 set. 2024.

2) Resumo do julgado

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra uma lei¹¹² do estado do Rio de Janeiro que obrigava hospitais a coletarem e armazenarem material genético de mães e recém-nascidos para fins de identificação em caso de troca de bebês.

O STF julgou a lei inconstitucional, argumentando que ela viola o direito à privacidade e à intimidade dos indivíduos, além de ser desproporcional e inadequada em relação aos seus objetivos. O Órgão também destacou a importância de um consentimento informado e de mecanismos de proteção de dados genéticos.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito foi utilizada no voto do Ministro Luiz Fux para fundamentar a desproporcionalidade da medida imposta pela Lei n. 3.990/2002 do Estado do Rio de Janeiro. Para tanto, ele mencionou a AED na seção “III.1. A DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA E A VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO”, de seu voto, para calcular custos e benefícios da coleta compulsória de material genético de mães e recém-nascidos.

Fux destacou que, além dos custos extraeconômicos, como a violação da privacidade e da intimidade da mãe e do bebê, a AED também considera custos econômicos envolvidos. No caso específico, a AED evidencia a desproporcionalidade da medida ao comparar os altos custos de implementação e de manutenção do banco de dados genético com os limitados benefícios em relação à identidade genética, considerando, no processo, a possibilidade de troca do material genético coletado.

O Ministro, entretanto, esclareceu que a AED neste caso poderia atuar como um instrumento complementar à argumentação, mas que a decisão final não se basearia tão somente nesse cálculo.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

O foco excessivo nos custos financeiros é uma das críticas proferidas a esta decisão. A AED, ao se concentrar nos custos de implementação e de manutenção de um banco de dados genético, pode negligenciar a complexidade dos direitos fundamentais em jogo. A crítica reside no

¹¹² Lei n. 3.990/2002, arts. 1º, parte final, e 2º, III do Rio de Janeiro.

fato de que a Análise Econômica do Direito, por vezes, simplifica a análise de direitos, entre eles, o direito à privacidade e à intimidade, reduzindo-os a meros valores monetários.

Embora o Ministro Fux reconheça os custos extraeconômicos da coleta compulsória de material genético como uma violação da privacidade e da intimidade, a AED enfrenta dificuldades para mensurar e comparar esses custos aos custos financeiros. Trata-se de uma subjetividade inerente a esses direitos que torna complexa a sua tradução em valores monetários.

A ênfase nos custos e benefícios econômicos pode levar a uma minimização da importância dos direitos fundamentais, como a autodeterminação informativa e a integridade digital, que são protegidos pela Constituição Federal. A crítica aponta para o risco de a AED, ao priorizar a eficiência econômica, relegar a proteção desses direitos a segundo plano.

A abordagem econômica, no caso em questão, concentra-se em demonstrar a desproporcionalidade da medida existente, mas não se aprofunda na análise de alternativas que poderiam ser mais eficazes e menos invasivas. A AED nesse caso deveria ir além e contribuir para a construção de soluções mais adequadas do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais.

Observa-se que a ênfase em custos e benefícios econômicos pode levar a uma simplificação demasiada da análise de direitos fundamentais complexos e multifacetados. Portanto, é importante que essa abordagem de análise seja utilizada como instrumento complementar na análise jurídica, sem negligenciar a proteção da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

5.3.14 AG. REG. no RE n. 1.422.836¹¹³

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Tributário e Direito Processual Civil

2) Resumo do julgado

Trata-se o julgado de um Agravo Regimental em um Recurso Extraordinário interposto por uma empresa privada¹¹⁴ contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que

¹¹³ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 1.422.836 Rio Grande do Sul**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 12/09/2023. Publicado em 15/09/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770755679>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹¹⁴ ALL - América Latina Logística Malha Sul S.A

confirmou a cobrança de IPTU sobre um imóvel que a empresa utiliza para a prestação de serviços de transporte ferroviário de cargas em regime de concessão da União.

A referida empresa argumentou que a imunidade tributária recíproca, já prevista pela Constituição, se aplica à sua situação, visto que o imóvel está afetado à prestação de serviço público, o que seria prejudicado pela cobrança do imposto.

O Ministro Luiz Fux, divergindo da Relatora, a Ministra Cármen Lúcia, entendeu que a imunidade não se aplica, considerando que a empresa, apesar de prestar serviço público, também visa lucro e, portanto, possui capacidade contributiva. O voto do Ministro Fux aborda, de forma bastante extensa, a evolução da legislação e da jurisprudência a respeito da imunidade tributária, com especial enfoque na questão da participação de empresas públicas em Bolsas de Valores. O voto argumenta ainda que a imposição do tributo poderia prejudicar o equilíbrio do mercado e a consecução de direitos fundamentais, como o acesso a serviços públicos de qualidade.

O recurso, porém, foi julgado improcedente. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, negar provimento ao agravo regimental interposto pela ALL - América Latina Logística Malha Sul S.A. O Ministro Luiz Fux foi o único voto vencido. A ALL alegava que o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul era nulo porque não havia se manifestado sobre argumentos essenciais para a resolução da controvérsia, mesmo após a apresentação de embargos de declaração. A empresa argumentava que utilizava o bem público em questão para a prestação do serviço público de transporte ferroviário de cargas, em regime de exclusividade, por meio de concessão da União, o que diferenciaria o caso dos precedentes que embasaram a decisão do TJRS.

A Ministra Cármen Lúcia, relatora do caso, votou pelo desprovimento do recurso, argumentando que o acórdão recorrido estava em harmonia com os Temas 385 e 437 da repercussão geral, os quais estabelecem a incidência de IPTU sobre imóveis de pessoa jurídica de direito público cedidos à pessoa jurídica de direito privado para fins lucrativos. Apesar da divergência do Ministro Fux, prevaleceu o voto da relatora, mantendo a decisão de negar provimento ao agravo regimental.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito apareceu no voto-vista (vencido) do Ministro Luiz Fux, que discordou da relatora, Ministra Cármen Lúcia. O Ministro utilizou a AED para defender a

imunidade tributária da ALL em relação ao IPTU sobre o imóvel utilizado para a prestação do serviço público de transporte ferroviário. Sua argumentação se baseou na ideia de que a cobrança do IPTU, nesse caso, levaria a um aumento no custo do serviço para a população, prejudicando a eficiência na alocação dos recursos.

Para embasar sua argumentação, o Ministro Fux citou Richard Posner:

Em uma Análise Econômica do Direito, a melhor decisão a ser tomada será aquela que resulte na melhor alocação de recursos com o menor dispêndio possível. É dizer que em uma economia normativa, a escolha deve recair sobre a opção que se mostre mais eficiente, ou seja, uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem-estar social.¹¹⁵

Aplicando esse princípio ao caso em questão, o Ministro Fux concluiu que a isenção do IPTU para a ALL resultaria em um serviço mais barato para a população, promovendo uma alocação mais eficiente dos recursos. E, para sustentar sua tese, apresentou dados de estudos que demonstram o impacto da cobrança de IPTU sobre o preço de serviços públicos, como transporte rodoviário e iluminação pública. Ele argumentou que a cobrança do IPTU levaria a um aumento no preço das tarifas desses serviços, prejudicando os usuários. Em seguida, esclareceu que a arrecadação do IPTU pelos municípios, neste caso, não seria significativa o suficiente para compensar o aumento no custo dos serviços públicos para a população.

Por fim, apesar da argumentação do Ministro Fux, o voto da relatora, que não utilizou a AED em sua análise, prevaleceu, e o recurso da ALL foi negado.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

O uso da Análise Econômica do Direito no voto do Ministro Luiz Fux levanta algumas questões e pode ser alvo de críticas, entre as quais se destaca a aplicação limitada da AED, que se restringiu, no caso, à análise de custos e benefícios da cobrança do IPTU. Embora o Ministro Fux cite Richard Posner e busque a solução mais eficiente em termos de alocação de recursos, sua análise se concentra apenas no impacto da cobrança de IPTU sobre o preço do serviço.

Aspectos importantes que poderiam ter sido abordados sob a ótica da AED foram ignorados. Um deles é o impacto da isenção do IPTU sobre a arrecadação municipal e o financiamento de

¹¹⁵ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.422.836 Rio Grande do Sul**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 12/09/2023. Publicado em 15/09/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770755679>. Acesso em: 16 set. 2024.

outros serviços públicos. A isenção de um contribuinte pode levar à necessidade de aumentar a carga tributária sobre outros ou à redução de investimentos em áreas essenciais.

Além disso, a AED poderia ter sido utilizada para avaliar se a isenção do IPTU criaria incentivos para a empresa concessionária buscar maior eficiência em suas operações, reduzindo custos e aprimorando a qualidade do serviço. De outra forma, a AED poderia ter sido útil na avaliação de alternativas para garantir a modicidade tarifária e a eficiência na prestação do serviço, como a concessão de subsídios diretos à empresa ou a implementação de mecanismos de regulação tarifária.

A ausência de uma análise mais abrangente, considerando os diversos aspectos econômicos envolvidos na questão, limitou, neste caso, o potencial da AED como ferramenta de auxílio à decisão judicial. Adicionalmente, a abordagem econômica foi utilizada de forma isolada no voto do Ministro Fux, sem um diálogo com os demais argumentos jurídicos tradicionalmente utilizados no debate sobre a imunidade tributária.

Observa-se que a simples comparação entre o custo do serviço com e sem o IPTU pode levar a conclusões simplistas, ignorando a complexidade do sistema tributário e as diversas finalidades da tributação.

Por fim, cabe destacar que voto do Ministro Luiz Fux foi vencido, tendo a decisão da Primeira Turma do STF sido baseada em argumentos jurídicos tradicionais, demonstrando a resistência que a AED ainda enfrenta na jurisprudência brasileira.

5.3.15 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.785¹¹⁶

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Tributário, Direito Financeiro, Direito Administrativo e Direito Ambiental

2) Resumo do julgado

Trata-se de uma ADI do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de uma taxa estadual de controle, monitoramento e fiscalização das atividades de mineração. A Confederação Nacional da Indústria (CNI) questionou a Lei n. 19.976/2011, do estado de Minas Gerais, alegando

¹¹⁶ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.785 Minas Gerais**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 01/08/2022. Publicada em 14/10/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763770434>. Acesso em: 16 set. 2024.

que a taxa era inconstitucional por violar a competência privativa da União para legislar sobre mineração, por ter uma base de cálculo desproporcional e por conter uma discriminação tributária em relação ao destino dos recursos minerais.

O STF, por maioria, decidiu que a taxa é constitucional, tendo em vista que os estados podem exercer atividades de fiscalização sobre a mineração de forma subsidiária e a base de cálculo da taxa é proporcional ao custo da atividade estatal. A Suprema Corte considerou ainda que a discriminação tributária em relação ao destino dos recursos minerais havia sido revogada por lei estadual.

3) Como a AED aparece no julgado

A AED apareceu no julgamento da ADI n. 4.785 de forma sutil, principalmente nos votos dos Ministros Luiz Fux e Alexandre de Moraes. Em seu voto, Fux faz referência direta à AED, citando a “Teoria dos Jogos” e o conceito de “*jeu de domination avec paiement de tribut*”¹¹⁷ para explicar como a base de cálculo das taxas pode ser calibrada para alcançar a máxima efetividade na consecução dos interesses da sociedade. A defesa do Ministro é de que o Estado e os contribuintes, como jogadores em um jogo, podem chegar a um acordo que beneficie a ambos, por meio de um pagamento (a taxa) que funcione como um prêmio. Essa abordagem sugere que a tributação pode ser vista como uma ferramenta para incentivar o comportamento desejável por parte dos agentes econômicos.

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, menciona a AED para justificar a constitucionalidade da taxa em questão, argumentando que sua aplicação se baseia em critérios de eficiência. Ele destaca a dificuldade da jurisdição constitucional em avaliar a proporcionalidade da taxa, considerando a complexidade da atividade estatal e a dificuldade de determinar o custo preciso da fiscalização. No entanto, argumenta o Ministro Moraes, que a jurisprudência do STF tem se valido de critérios razoáveis, como a capacidade contributiva das empresas, para determinar a validade das taxas. Essa argumentação se aproxima da lógica da AED, que busca a alocação eficiente de recursos e a maximização do bem-estar social.

Além dessas referências explícitas, o julgado reflete inteiramente a preocupação com a eficácia da política pública e com a busca por soluções que minimizem os custos sociais e maximizem os benefícios. Essa perspectiva se manifesta na análise da proporcionalidade da taxa,

¹¹⁷ Jogo de dominação com pagamento de tributo, em nossa tradução.

na consideração dos impactos econômicos da atividade minerária e na busca por um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental.

A ênfase na necessidade de fiscalização eficiente da atividade minerária, considerando os riscos ambientais e sociais associados, também se alinha com a lógica da AED, que busca prevenir externalidades negativas e promover a internalização dos custos sociais da atividade econômica.

É importante notar que a AED não foi utilizada como o único fundamento para a decisão, mas sim como um elemento auxiliar na interpretação das normas constitucionais e na análise da política pública. O julgado se baseou em diversos outros argumentos, como a competência tributária dos estados, a natureza jurídica das taxas e a jurisprudência do STF.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Embora a Análise Econômica do Direito seja mencionada nos votos dos Ministros Luiz Fux e Alexandre de Moraes, sua aplicação ao julgado da ADI n. 4.785 pode ser criticada por uma determinada superficialidade e por não explorar profundamente as complexas questões econômicas e sociais envolvidas na tributação da atividade minerária.

O Ministro Luiz Fux utiliza o conceito de “*jeu de domination avec paiement de tribut*” da Teoria dos Jogos para justificar a calibragem da base de cálculo da taxa; no entanto, essa aplicação é superficial e não considera a assimetria de poder existente entre o Estado e as empresas mineradoras.

A Teoria dos Jogos assume que os jogadores têm poder de barganha similar, o que não se aplica à relação entre Estado (que detém o poder de tributar) e empresas, que buscam maximizar seus lucros. A mera menção à Teoria dos Jogos, sem uma análise profunda das relações de poder e dos incentivos de cada ator, não contribui para uma compreensão mais sofisticada da problemática.

O Ministro Alexandre de Moraes argumenta que a jurisprudência do STF se baseia em critérios razoáveis, como a capacidade contributiva das empresas para determinar a validade das taxas. No entanto, a capacidade contributiva, por si só, não garante a proporcionalidade da taxa em relação ao custo da atividade estatal. A AED, neste caso, poderia ter sido respaldo para uma análise mais contundente da relação entre o valor da taxa, o custo da fiscalização e os benefícios gerados para a sociedade. Além disso, a análise poderia ter considerado, por exemplo, os custos sociais e ambientais da atividade minerária e a necessidade de internalizar esses custos por meio da tributação.

Nota-se que o julgado não explora a questão das externalidades negativas da atividade minerária, como poluição, desmatamento e riscos de acidentes, como os ocorridos em Mariana e Brumadinho, mencionados pelo Ministro Edson Fachin. Ademais, a AED poderia ter sido útil à análise dos mecanismos de precificação dessas externalidades e à avaliação da eficácia da taxa como instrumento para internalizar os custos sociais da atividade minerária. A discussão sobre a necessidade de uma fiscalização rigorosa, presente em alguns votos, poderia ter sido melhor explorada com base na AED, analisando-se os custos e benefícios da fiscalização e os incentivos para o cumprimento da legislação ambiental.

O Ministro Luiz Fux menciona ainda as “taxas pigouvianas” como exemplos de tributação ambiental; contudo, a aplicação prática da Teoria de Pigou enfrenta diversos desafios, como a dificuldade em determinar o valor preciso da externalidade e a possibilidade de gerar efeitos regressivos sobre os consumidores. Não há uma discussão dessas limitações no julgado que também não apresenta uma análise crítica da viabilidade da aplicação da Teoria de Pigou no caso concreto.

Por fim, a AED poderia ter sido utilizada de forma mais abrangente e sofisticada no julgado da ADI n. 4.785, proporcionando a problematização das relações de poder entre os atores, em relação aos custos e benefícios da fiscalização, na internalização das externalidades negativas e nas limitações da Teoria de Pigou. Uma aplicação mais robusta da AED teria contribuído para um debate mais qualificado sobre a tributação da atividade minerária e para a busca por soluções mais eficientes e justas.

5.3.16 Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 1.403.904¹¹⁸

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito do Trabalho

2) Resumo do julgado

Trata-se de um Agravo Regimental em Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do art. 386 da Consolidação das Leis do Trabalho e sua

¹¹⁸ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.403.904 Santa Catarina**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 04/09/2023. Publicado em 23/10/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771913877>. Acesso em: 16 set. 2024.

compatibilidade com a Lei n. 10.101/2000 que autoriza o trabalho aos domingos no comércio. A discussão central, neste caso, é a constitucionalidade da escala de revezamento quinzenal para mulheres que trabalham no comércio, prevista no art. 386 da CLT¹¹⁹, em relação ao princípio da isonomia e à proteção do mercado de trabalho feminino.

O STF, por maioria, negou provimento ao Agravo Regimental, reafirmando que a proteção diferenciada às mulheres no trabalho, mediante a escala quinzenal, não ofende o princípio da isonomia, sendo compatível com a Constituição e a jurisprudência do Tribunal.

3) Como a AED aparece no julgado

O Ministro Luiz Fux, em seu voto-vista, utilizou a Análise Econômica do Direito para argumentar contra a manutenção da obrigatoriedade do descanso aos domingos para mulheres que trabalham no comércio. Ele argumentou que, sob a ótica da AED, essa política pública pode intensificar as desigualdades de gênero no mercado de trabalho.

Em seu voto, o Ministro Fux fez uso dos seguintes argumentos. A obrigatoriedade do descanso dominical, apesar de pretender proteger as mulheres, acaba incentivando que o trabalho doméstico não remunerado recaia sobre elas. Além disso, essa situação impede que as mulheres direcionem seu tempo para o trabalho remunerado e para o seu desenvolvimento profissional, limitando suas possibilidades de crescimento e independência, segundo o Ministro.

Para embasar seus argumentos, o Ministro Fux citou o conceito de “Produto Interno Bruto Subvalorizado (PIBS)”, criado pela economista Marilyn Waring, o qual busca mensurar o impacto do trabalho doméstico não remunerado na economia. Ademais, ele próprio destacou seu dever de analisar as consequências de suas decisões na realidade social, utilizando a AED como ferramenta para essa análise.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Embora o Ministro Luiz Fux utilize a AED para defender a igualdade de gênero no mercado de trabalho, sua argumentação pode ser considerada simplista e superficial. Ao focar apenas no

¹¹⁹ A CLT no Capítulo III, sobre a Proteção do Trabalho da Mulher, no art. 386, trata: Havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical. (BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.)

aspecto econômico da dupla jornada feminina, o Ministro desconsidera outros fatores relevantes para a desigualdade de gênero.

O primeiro deles é o de que trabalho doméstico voltado às mulheres está enraizado em normas sociais e culturais que não são consideradas na análise do Ministro. Além disso, a sobrecarga de trabalho e a pressão social podem gerar impactos negativos na saúde mental das mulheres, o que também não é levado em conta.

Quando aplicada de forma isolada, a AED pode levar a conclusões que reforçam estereótipos de gênero. Na argumentação, por exemplo, de que a folga dominical impede o desenvolvimento profissional das mulheres, o Ministro indiretamente reafirma a ideia de que o trabalho doméstico é uma responsabilidade exclusivamente feminina. A falta de dados concretos que sustentem a afirmação de que a folga dominical prejudica as mulheres no mercado de trabalho enfraquece a argumentação de Fux baseada na AED.

A crítica apresentada aponta, então, as limitações da AED quando esta é aplicada de forma isolada e sem considerar outros fatores relevantes para a questão. Embora seja útil a análise sobre implicações econômicas de políticas públicas, sua aplicação precisa ocorrer de forma crítica e contundente, sempre considerando outros aspectos sociais, culturais e psicológicos envolvidos.

5.3.17 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.858¹²⁰

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Tributário

2) Resumo do julgado

ADI n. 4858 ataca a Resolução n. 13/2012 do Senado Federal, a qual estabelecia uma alíquota única para operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior. A ADI argumentava que a resolução era inconstitucional por violar princípios, como a igualdade tributária e a seletividade, em função da essencialidade das mercadorias.

¹²⁰ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.858 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17/08/2021. Publicado em 20/10/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757813862>. Acesso em: 16 set. 2024.

A ação foi julgada improcedente pelo STF, para quem a Resolução era constitucional e para quem o Senado tinha competência para fixar as alíquotas interestaduais, buscando combater a “Guerra dos Portos”, que consiste em uma competição fiscal desleal entre os estados, com o objetivo de atrair investimentos.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito aparece no julgado da ADI n. 4858 durante a argumentação utilizada para justificar a constitucionalidade da Resolução do Senado Federal n. 13/2012. Esta resolução, que reduziu a alíquota interestadual do ICMS sobre bens e mercadorias importados do exterior, visava combater a chamada “Guerra dos Portos”, um problema clássico analisado pela AED, que consistia na concessão de incentivos fiscais por estados brasileiros para atrair empresas importadoras, gerando uma competição predatória que prejudicava a arrecadação de outros estados e a estabilidade federativa.

A Resolução é defendida por promover a eficiência econômica e o bem-estar social ao combater a guerra fiscal, que causa distorções no mercado e prejudica a alocação eficiente de recursos. O julgado reconhece que a redução da alíquota interestadual desestimula a concessão de incentivos fiscais predatórios pelos estados, alterando o comportamento dos agentes em busca de um equilíbrio federativo.

A “Guerra dos Portos”, por sua vez, é apontada como geradora de custos de transação excessivos para empresas e para o sistema tributário e a Resolução, ao simplificar as alíquotas, visa reduzir esses custos.

Observa-se que o julgado, implicitamente, realiza uma análise custo-benefício ao ponderar os benefícios da Resolução em termos de redução da guerra fiscal e os custos em termos de eventual discriminação de produtos importados. Mas é importante ressaltar que a AED não foi a única base da decisão, a qual se fundamenta em diversos preceitos constitucionais e na jurisprudência do STF.

A argumentação do Ministro Gilmar Mendes, que conduziu a divergência vencedora, se concentra na competência do Senado Federal para regular as alíquotas interestaduais e na necessidade de se interpretar a Constituição de forma a permitir a solução de problemas complexos como a “Guerra dos Portos”.

O julgado da ADI n. 4858 demonstra como a AED pode ser utilizada como ferramenta auxiliar na interpretação do Direito e na tomada de decisões judiciais, especialmente em casos com

forte impacto econômico. Os princípios dessa abordagem se manifestaram na tentativa de alinhar os incentivos econômicos entre os estados, impedindo que ações isoladas resultassem em prejuízos sistêmicos para a federação.

A decisão também destacou que a guerra fiscal levava a uma distorção no fluxo de comércio interestadual, incentivando decisões econômicas que não maximizavam o bem-estar geral. Ao uniformizar as alíquotas, visou-se evitar uma “corrida para o fundo” em termos de incentivos tributários, promovendo maior segurança jurídica e previsibilidade no sistema tributário.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Embora a AED esteja presente na argumentação de alguns Ministros, entre eles o Ministro Barroso e o Ministro Toffoli, o julgado da ADI n. 4858 não se aprofunda em uma análise econômica robusta. A crítica mais expressa, neste caso, reside na superficialidade da aplicação da AED, que se limita a breves menções a conceitos, como guerra fiscal, eficiência econômica e custos de transação, sem uma análise aprofundada dos impactos da Resolução n. 13/2012.

Alguns pontos poderiam ter sido explorados com maior profundidade no que se refere à aplicação da AED ao julgado. Primeiramente, para análise dos efeitos da redução da alíquota sobre a arrecadação dos estados, a competitividade da indústria nacional e o preço final dos produtos importados, essa abordagem teria sido bastante interessante. A AED também teria sido útil para comparar a Resolução n. 13/2012 com outras medidas para combater a “Guerra dos Portos”, como a harmonização de incentivos fiscais entre os estados ou a criação de mecanismos de compensação fiscal.

Para além disso, o julgado poderia ter empregado a AED na análise sobre a distribuição dos custos e benefícios da resolução entre os diferentes atores envolvidos (estados, importadores, consumidores etc.). Também teria sido útil se os Ministros tivessem usado a AED para avaliar os efeitos, a longo prazo, da Resolução, considerando as possíveis reações do mercado e as adaptações dos agentes econômicos.

Sendo assim, falta de uma análise econômica mais aprofundada impede uma avaliação completa dos impactos da Resolução n. 13/2012. E a decisão do STF se baseou majoritariamente na competência do Senado Federal para regular as alíquotas interestaduais e na necessidade de se combater a “Guerra dos Portos”. Nesse sentido, a crítica à aplicação da AED no julgado não implica necessariamente a inconstitucionalidade da Resolução n. 13/2012, mas se direciona à oportunidade

perdida de se utilizar a AED como ferramenta para uma análise mais completa e informada dos efeitos da medida.

5.3.18 Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.415.924¹²¹

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Tributário

2) Resumo do julgado

Trata de imunidade tributária recíproca em relação ao IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) aplicado a bens imóveis de propriedade da União e utilizados por concessionárias de serviços públicos, no caso, uma empresa ferroviária privada. Neste caso, o STF discute se a empresa concessionária tem direito à imunidade tributária, mesmo sendo privada e tendo fins lucrativos, ou se o município pode cobrar o IPTU.

O Acórdão aborda a jurisprudência do STF sobre a matéria, examinando precedentes e a aplicação de temas de repercussão geral e apresenta diferentes posicionamentos dos Ministros sobre a questão. Também traz elementos da Análise Econômica do Direito para ponderar os custos e benefícios da tributação sobre o serviço público prestado, bem como os impactos sobre os direitos fundamentais dos usuários. Entretanto, foi voto vencido e, por maioria, foi negado provimento ao agravo interno, nos termos do voto relator.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito aparece no voto-vista (vencido) do Ministro Luiz Fux no julgamento do ARE 1415924 AGR/MG, especificamente na discussão sobre a imunidade tributária recíproca do IPTU em imóveis afetados à prestação de serviços públicos por empresas concessionárias.

Fux argumenta que a melhor decisão, sob a ótica da AED, é aquela que resulta na alocação mais eficiente de recursos, com o menor dispêndio possível. No caso em questão, o Ministro pondera se a tributação pelo IPTU seria mais prejudicial à sociedade ao onerar a empresa

¹²¹ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.415.924 Minas Gerais**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 04/09/2023. Publicado em 12/09/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770650785>. Acesso em: 16 set. 2024.

concessionária e, conseqüentemente, aumentar o custo do serviço prestado, ou se seria mais benéfica ao gerar receita para o município. Para embasar sua análise, o Ministro Fux cita o economista Richard Posner, para quem a escolha em uma economia normativa deve recair sobre a opção mais eficiente para a promoção do bem-estar social.

Utilizando a AED para contrapor o argumento da capacidade contributiva das empresas concessionárias com a necessidade de oferecer um serviço público menos oneroso à população, ele conclui que a isenção do IPTU, nesse caso, resultaria em uma alocação mais eficiente de recursos, beneficiando a coletividade com um serviço mais acessível. Em seu voto, Fux ainda destaca um estudo que demonstra o subaproveitamento do IPTU pelos municípios brasileiros, sugerindo que a tributação das empresas concessionárias não representaria um ganho significativo para os cofres públicos.

Em suma, o Ministro Luiz Fux utiliza a Análise Econômica do Direito como ferramenta para defender a imunidade tributária recíproca do IPTU para empresas concessionárias de serviços públicos, com o objetivo de garantir a máxima qualidade do serviço com o menor custo para a população.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

O Ministro Luiz Fux utiliza a Análise Econômica do Direito em seu voto para defender a imunidade tributária da Ferrovia Centro-Atlântica S.A. em relação ao IPTU sobre imóveis afetados à concessão de serviço público de transporte ferroviário. Sua argumentação central se baseia na busca pela alocação mais eficiente de recursos, com vistas à máxima qualidade do serviço com o menor custo para a população.

No entanto, a aplicação pode ser criticada em alguns aspectos. O Ministro sustenta que a isenção do IPTU resultaria em um serviço mais acessível à população, mas não apresenta dados concretos que corroborem essa afirmação. Não há, por exemplo, nenhuma garantia de que a empresa repassaria a economia gerada pela isenção para as tarifas cobradas dos usuários.

Além disso, a análise do Ministro se concentra apenas no impacto da tributação sobre o custo do serviço, ignorando outros fatores relevantes para a alocação eficiente de recursos. A arrecadação do IPTU, por exemplo, poderia ser utilizada pelo município para financiar investimentos em infraestrutura e políticas públicas que beneficiariam a população, inclusive os usuários do transporte ferroviário.

O estudo citado pelo Ministro, que aponta o subaproveitamento do IPTU pelos municípios brasileiros, não necessariamente justifica a isenção da Ferrovia Centro-Atlântica S.A. A ineficiência na gestão do IPTU por parte de alguns municípios não invalida a importância desse imposto para a arrecadação municipal e o financiamento de serviços públicos.

A aplicação da AED no julgado se mostra superficial e limitada, deixando de considerar diversos aspectos relevantes para uma análise completa da alocação eficiente de recursos. A decisão de isentar a empresa do IPTU pode, na verdade, ter um impacto negativo sobre o bem-estar social, ao privar o município de recursos importantes para a promoção de políticas públicas e investimentos em infraestrutura.

Com isso, conclui-se que uma análise mais aprofundada da questão demandaria a busca por dados adicionais acerca do impacto da tributação e da isenção do IPTU sobre a empresa, os usuários do transporte ferroviário e o município de Itaúna.

5.3.19 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298¹²²

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Tributário

2) Resumo do julgado

O acórdão discute a questão da imunidade tributária recíproca, especificamente em relação ao Imposto Predial e Territorial Urbano incidente sobre bens imóveis afetados à prestação de serviços públicos, objeto de concessão. A discussão se concentra em torno da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da imunidade tributária a empresas privadas concessionárias de serviços públicos, analisando precedentes e argumentos a favor e contra a aplicação da imunidade.

O julgado também considera a evolução do conceito de serviço público e a necessidade de conciliar os direitos dos usuários com a capacidade contributiva das empresas concessionárias. O STF decidiu, por maioria, negar provimento ao Agravo Interno da Ferrovia Centro-Atlântica S.A.,

¹²²STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24/08/2023. Publicado em 19/12/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>. Acesso em: 16 set. 2024.

mantendo a decisão que permite a cobrança de IPTU¹²³ sobre imóveis da União cedidos à empresa para exploração de atividades econômicas.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito aparece no voto-vista do Ministro Luiz Fux, que divergiu do relator para dar provimento ao Agravo Interno da Ferrovia Centro-Atlântica S.A. O Ministro utiliza a AED para justificar a aplicação da imunidade tributária recíproca no caso de empresas concessionárias de serviços públicos, mesmo que estas empresas sejam privadas e tenham fins lucrativos.

Na visão de Fux, a AED busca a alocação eficiente de recursos, com o menor dispêndio possível, visando o bem-estar social. No caso em questão, o Ministro argumenta que a cobrança do IPTU sobre bens de serviço público concedidos à iniciativa privada impacta negativamente o custo final do serviço prestado à população. Para embasar sua argumentação, ele cita o trabalho do economista Sam Peltzman sobre a Teoria Econômica da Regulação. Segundo Peltzman, em mercados regulados, como o de concessão de serviços públicos, a tendência é que o regulador ajuste o preço do serviço para garantir o lucro do fornecedor, mesmo que isso represente um custo maior para o consumidor final.

Fux aplica então essa teoria ao caso do IPTU sobre as ferrovias, argumentando que a cobrança do imposto levaria a um aumento das tarifas pagas pelos usuários. Ele cita um estudo da Advocacia-Geral da União que estimou o impacto da cobrança de IPTU sobre o patrimônio imobiliário administrado por concessionárias de rodovias. De acordo com esse estudo, a cobrança do imposto resultaria em um aumento significativo nas tarifas de pedágio.

Além disso, o Ministro Luiz Fux destaca a importância da qualidade dos serviços públicos para a população e, nesse sentido, cita estudos que demonstram a melhoria na qualidade dos serviços de transporte e iluminação pública após a concessão à iniciativa privada. Argumentando que a cobrança do IPTU poderia comprometer a qualidade dos serviços prestados, o Ministro defende a aplicação da imunidade tributária para as concessionárias.

¹²³ Esse entendimento foi mantido pelo STF, que citou os Temas 385 e 437 da Repercussão Geral como precedentes. O Tema 385 define que a imunidade recíproca não se estende a empresas privadas arrendatárias de imóvel público quando exploradoras de atividade econômica com fins lucrativos. O Tema 437, por sua vez, estabelece que incide IPTU sobre imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido à pessoa jurídica de direito privado.

Concluindo seu voto, o Fux pondera que a capacidade contributiva das empresas concessionárias não se sobrepõe à necessidade de garantir a eficiência e o baixo custo dos serviços públicos. Para balizar seu raciocínio, utiliza dados de um estudo do IDP e da FGV para demonstrar que o IPTU é um imposto subaproveitado pelos municípios brasileiros. Portanto, em sua visão, a isenção do IPTU para as concessionárias não representaria um prejuízo significativo para as finanças municipais, ao mesmo tempo que contribuiria para a qualidade e acessibilidade dos serviços públicos.

A Análise Econômica do Direito é utilizada por Luiz Fux para defender a imunidade tributária recíproca para empresas concessionárias de serviços públicos, com base na premissa de que a cobrança do IPTU impactaria negativamente o custo e a qualidade dos serviços prestados à população.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

O uso da Análise Econômica do Direito no voto do Ministro Luiz Fux levanta alguns pontos que merecem reavaliação. No que diz respeito à ênfase na eficiência em detrimento da justiça fiscal, a argumentação central do Ministro Fux se concentra na busca pela eficiência alocativa de recursos, visando a maximização da qualidade do serviço, com o menor custo para o usuário. No entanto, essa abordagem negligencia o princípio da justiça fiscal, que visa a distribuição equitativa do ônus tributário entre os cidadãos.

A AED, ao priorizar a eficiência, ignora a questão da capacidade contributiva das empresas concessionárias que, em muitos casos, auferem lucros consideráveis com a exploração de serviços públicos. Adicionalmente, a isenção do IPTU para essas empresas pode resultar em uma transferência de renda dos contribuintes para empresas privadas, o que pode ser considerado injusto do ponto de vista da justiça fiscal.

Um segundo ponto é que o Ministro Fux se baseia em um estudo da Advocacia-Geral da União sobre o impacto da cobrança de IPTU nas tarifas de pedágio para justificar a aplicação da imunidade tributária às concessionárias de ferrovias. Mas é questionável a generalização das conclusões de um estudo sobre rodovias para o caso de ferrovias, além de que as características dos mercados de transporte rodoviário e ferroviário são distintas, podendo resultar em impactos diferentes da cobrança do IPTU.

A falta de consideração de alternativas para minimizar o impacto tarifário é mais uma questão que merece ser reavaliada. A argumentação do Ministro Fux assume que a cobrança do IPTU levaria inevitavelmente ao aumento das tarifas, mas, nas verdade, existem alternativas que poderiam minimizar o impacto do imposto sobre os usuários. Por exemplo, os municípios poderiam oferecer incentivos fiscais às concessionárias que investissem na melhoria da qualidade dos serviços ou que praticassem tarifas mais baixas. Além disso, a regulação dos preços dos serviços concedidos poderia levar em consideração a cobrança do IPTU, evitando aumentos abusivos das tarifas.

A AED utilizada pelo Ministro Fux se baseia na premissa de que o regulador atua para proteger o lucro do fornecedor, mesmo em detrimento do consumidor final. No entanto, essa visão ignora a complexidade do papel do regulador que deve equilibrar os interesses de diferentes atores, incluindo os consumidores, as empresas concessionárias e o próprio Estado. A regulação eficiente busca garantir a qualidade e a acessibilidade dos serviços públicos, ao mesmo tempo em que assegura a viabilidade econômica das empresas concessionárias.

Em resumo, a aplicação da AED no caso da Ferrovia Centro-Atlântica, apesar de apresentar argumentos relevantes sobre a eficiência alocativa de recursos, carece de uma análise mais acurada sobre os impactos da isenção do IPTU para a justiça fiscal e para a distribuição equitativa do ônus tributário. Além disso, a argumentação do Ministro Fux se baseia em generalizações e em uma visão simplificada do papel do regulador, o que limita o alcance de suas conclusões.

5.3.20 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508¹²⁴

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Processual Penal

2) Resumo do julgado

Refere-se ao Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra os §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013. Neste caso, a ADI questiona a constitucionalidade da possibilidade de delegados de polícia celebrarem

¹²⁴ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgada em 20/06/2018. Publicada em 05/11/2019. Disponível em; <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751303490>. Acesso em: 16 set. 2024.

acordos de colaboração premiada com investigados, afirmando que essa atribuição seria privativa do Ministério Público, tendo em vista que a Constituição Federal define a ação penal pública como sendo de responsabilidade exclusiva desse órgão.

As argumentações apresentadas pela PGR, Presidência da República, Advocacia-Geral da União e pelos Ministros do STF, durante o julgamento da ação, abordam aspectos históricos, doutrinários e jurisprudenciais relacionados à colaboração premiada no Brasil e em outros países, bem como a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada e as competências dos órgãos do Estado na fase de investigação e persecução penal.

Nesse cenário, o STF decidiu pela improcedência da referida ADI, reconhecendo a legitimidade da autoridade policial para firmar acordos de colaboração premiada na fase de investigação, sob a condição de que o Ministério Público manifeste sua concordância com o mencionado acordo.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito aparece em alguns trechos do voto da Ministra Rosa Weber, com conceitos e argumentos que se conectam com essa área do conhecimento, entre eles, a Teoria dos Jogos e o Dilema do Prisioneiro.

A Ministra Rosa Weber cita Teoria dos Jogos presente em *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*, de Sabrina Maria Fadel Becue. A autora define a Teoria dos Jogos como o estudo de interações entre “agentes racionais que se comportam estrategicamente.” Ela também utiliza essa teoria para analisar a dinâmica da colaboração premiada, tomando como exemplo o clássico problema do Dilema do Prisioneiro.

No Dilema do Prisioneiro, dois suspeitos são presos e interrogados separadamente. Cada um tem a opção de confessar ou negar o crime. Dessa forma, se ambos confessarem, eles recebem uma pena menor; se um confessar e o outro negar, o que confessou recebe a menor pena e o que negou a maior pena; e por fim se ambos negarem, eles recebem uma pena intermediária.

A lógica da Teoria dos Jogos aplicada à colaboração premiada sugere que, se os criminosos forem agentes racionais, tenderão a buscar o benefício individual da delação, mesmo que isso implique em prejudicar o grupo como um todo. A anistia para o primeiro a colaborar, prevista na Lei n. 12.850/2013, é apontada como um incentivo a esse comportamento, criando um cenário similar ao Dilema do Prisioneiro.

A Ministra Rosa Weber destaca que a Lei n. 12.850/13 busca a efetividade da colaboração premiada, o que exige a valoração das informações fornecidas e a análise da sua relevância e ineditismo. Esse argumento se conecta com a AED ao enfatizar a busca por resultados concretos e mensuráveis no sistema de justiça criminal.

A lógica da AED se baseia na análise de custos e benefícios. No contexto da colaboração premiada, a AED pode ser utilizada para avaliar os custos e benefícios da concessão de benefícios a criminosos em troca de informações relevantes para a investigação. Na situação descrita, a Ministra Rosa Weber cita a necessidade de avaliar a relevância e o ineditismo das informações e, implicitamente, reconhece a necessidade de balancear os custos da concessão de benefícios com os benefícios da obtenção de provas.

Por fim, a análise da dinâmica da colaboração premiada sob a ótica da Teoria dos Jogos, com ênfase na efetividade e na valoração das informações fornecidas pelos colaboradores, sugere a presença de uma perspectiva econômica subjacente ao raciocínio da Ministra Rosa Weber.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

O julgado não apresenta uma análise aprofundada sobre custos e benefícios da colaboração premiada. Entre os custos da concessão de benefícios, estão: redução da pena, perdão judicial, etc. E entre os benefícios da obtenção de provas, estão: elucidação de crimes, recuperação de ativos, etc.

Uma análise mais robusta dos custos e benefícios, neste sentido, poderia auxiliar na formulação de políticas públicas mais eficientes para o combate à criminalidade organizada. A simples menção à efetividade da colaboração, como fora feito pela Ministra Rosa Weber em seu voto, não é suficiente para garantir que os benefícios superem os custos.

A Lei n. 12.850/2013, ao prever a anistia para o primeiro a colaborar, pode gerar distorções em sua aplicação, incentivando delações falsas ou inconsistentes em busca de benefícios. A AED, por meio da Teoria dos Jogos, poderia ser útil no sentido de auxiliar na identificação e mitigação dessas distorções. A abordagem poderia, assim, contribuir para a formulação de mecanismos que garantam maior publicidade e maior controle social sobre os acordos, evitando abusos e negociatas.

É preciso mencionar, finalmente, que o julgado não analisa o impacto da colaboração premiada na economia. Conclui-se, por conseguinte, que utilização da AED seria contributiva para promover uma aplicação mais eficiente e justa da colaboração premiada, se aplicada em conjunto

com outras ferramentas. Preconiza-se que sua aplicação na colaboração premiada deve levar em consideração os direitos fundamentais dos envolvidos e a busca pela justiça.

5.3.21 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.529¹²⁵

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Empresarial

2) Resumo do julgado

Esta decisão é referente à ADI n. 5.529 que questiona a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 40 da Lei n. 9.279/1996, a qual trata da prorrogação do prazo de vigência das patentes. A discussão central concerne à validade dessa prorrogação, que pode estender o prazo de proteção da patente por período indeterminado, além dos 20 anos previstos para patentes de invenção e de 15 anos para patentes de modelo de utilidade.

Neste julgado, o STF analisa os argumentos do Procurador-Geral da República, do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e de diversas entidades e especialistas, considerando aspectos históricos, legais e comparativos, além de impactos da prorrogação para a economia, saúde pública e desenvolvimento tecnológico.

O julgamento da ADI n. 5529 resultou na declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial (LPI); a decisão foi tomada por maioria de votos, com os Ministros Roberto Barroso e Luiz Fux (Presidente) vencidos.

Observa-se que o parágrafo único do art. 40 da LPI previa a extensão do prazo de vigência das patentes por um período mínimo de 10 anos, para invenção, e de 7 anos, para modelo de utilidade, a partir da data de concessão, caso houvesse demora na análise do pedido pelo INPI¹²⁶.

¹²⁵ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529 Distrito Federal**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgada em 12/05/2021. Publicada em 01/09/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757080156>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹²⁶ Da Vigência da Patente “Da Vigência da Patente Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito. Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior.”

A extensão automática e indiscriminada do prazo de vigência das patentes foi considerada incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a Corte reconheceu que o dispositivo questionado causava diversos problemas. Um deles é a insegurança jurídica, pois a indefinição do prazo final de vigência da patente impedia que os agentes econômicos previssem quando poderiam investir, sem, entretanto, violarem direitos de terceiros, impactando a tomada de decisões estratégicas e os investimentos. A segunda questão está ligada à formação de monopólios por tempo indeterminado. A extensão automática do prazo de vigência possibilitava a perpetuação de monopólios, prejudicando a livre concorrência e a defesa do consumidor. Além desses, há um terceiro problema vinculado: a violação do princípio da eficiência da Administração Pública, já que a norma retroalimentava a demora na análise dos pedidos de patente pelo INPI, incentivando a ineficiência do órgão.

Em relação à modulação dos efeitos da decisão, após declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40, o STF decidiu modular os efeitos da decisão, a fim de mitigar os impactos da mudança abrupta na legislação sobre a segurança jurídica e a economia.

Em relação aos efeitos *ex nunc*, a decisão tem efeitos prospectivos, ou seja, a partir da publicação da ata do julgamento, aplica-se à maioria das patentes (88,79%), preservando as extensões de prazo já concedidas.

No que se refere aos efeitos *ex tunc*, a decisão terá efeitos retroativos, ou seja, desde a data da concessão da patente, para: a) patentes que, na data da publicação da ata do julgamento, estiverem vigendo com extensão de prazo e sejam relacionadas a produtos e processos farmacêuticos e a equipamentos e/ou materiais de uso em saúde; b) ações judiciais propostas até o dia 7 de abril de 2021 que tenham como objeto a constitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da LPI.

Essa modulação buscou equilibrar a necessidade de corrigir a inconstitucionalidade da norma com a preservação da segurança jurídica e a proteção de investimentos já realizados.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito aparece de forma importante no julgado da ADI n. 5.529, principalmente nos votos do Ministro Dias Toffoli (Relator) e do Ministro Gilmar Mendes. Ambos utilizam princípios da AED para fundamentar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Industrial (LPI).

O Ministro Dias Toffoli argumenta que a extensão automática e indiscriminada do prazo de vigência das patentes, prevista no parágrafo único do art. 40 da LPI, distorce o mercado e causa prejuízos à economia. Ele destaca que a norma não leva em consideração as variáveis regulatórias e econômicas envolvidas na extensão da patente, o que impede o INPI de exercer sua função regulatória em prol do desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil.

Toffoli também aponta que a norma gera insegurança jurídica, pois os agentes econômicos não conseguem prever o prazo de vigência das patentes, o que impacta negativamente a tomada de decisões estratégicas e os investimentos.

Nesse sentido, a previsibilidade é fundamental para que os agentes de mercado (depositantes, potenciais concorrentes e investidores) possam fazer escolhas racionais. Por outro lado, a falta de previsibilidade e a possibilidade de exploração oportunista das regras do jogo, como estratégias para prolongar o prazo de exclusividade, prejudicam a livre concorrência e a defesa do consumidor.

O Ministro Toffoli usa o exemplo da indústria farmacêutica para demonstrar como a extensão do prazo de patentes impacta os preços dos medicamentos e a sustentabilidade das políticas de assistência farmacêutica.

Já o Ministro Gilmar Mendes expressa preocupação com os efeitos sistêmicos da decisão e a necessidade de se considerar o “Risco Brasi”¹²⁷ e a possível fuga de investidores. Ele argumenta que a indefinição do prazo final de vigência da patente impede que os agentes econômicos definam quando é possível realizar um investimento, sem violar direitos de terceiros.

Segundo o Ministro, isso fere a segurança jurídica, a eficiência da Administração, a impessoalidade e a livre concorrência, princípios da ordem econômica. Mendes defende a modulação dos efeitos da decisão para evitar a frustração de expectativas e investimentos realizados com base na extensão do prazo anteriormente assegurado.

Em suma, os votos dos ministros Toffoli e Mendes demonstram como a AED pode ser utilizada para analisar a constitucionalidade de normas jurídicas, levando em consideração seus impactos sobre o mercado, a concorrência, os consumidores e a economia como um todo. É importante ressaltar, contudo, que, apesar da forte presença da AED no julgado, a decisão final do STF considerou outros fatores além dos argumentos econômicos.

¹²⁷ O Risco Brasil é amplamente utilizado por investidores, agências de classificação de risco e analistas econômicos para determinar o grau de atratividade do país como destino de investimentos. Um Alto Risco Brasil tende a encarecer o crédito externo, dificultando o acesso do governo e das empresas brasileiras ao financiamento internacional.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Apesar de ter sido fundamental para a decisão final, a aplicação da AED neste caso não fica imune a críticas. O voto do Ministro Gilmar Mendes, em particular, suscita algumas considerações a respeito de como a AED foi utilizada para justificar a modulação dos efeitos da decisão.

É preciso mencionar inicialmente que, ao enfatizar o “Risco Brasil” e a possível fuga de investidores como consequência da declaração de inconstitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes levanta a preocupação de que a AED possa ser utilizada para proteger interesses econômicos em detrimento de outros valores constitucionais, como o direito à saúde e o acesso a medicamentos.

Em seguida, a argumentação de que o legislador detém melhor posição institucional e técnica para avaliar a questão dos prazos de patentes e que, portanto, a Corte deveria se abster de interferir na decisão legislativa, ignora o papel do Judiciário como guardião da Constituição e a necessidade de proteger direitos fundamentais que podem ser violados por leis que, embora democraticamente aprovadas, se mostrem incompatíveis com a Carta Magna.

Outro ponto questionável é a modulação dos efeitos da decisão, justificada pela necessidade de preservar a segurança jurídica e evitar perdas para os titulares de patentes, a qual pode ser vista como uma forma de limitar a efetividade da decisão judicial e de perpetuar os efeitos negativos da norma inconstitucional por um período adicional, especialmente em relação a setores como a saúde.

Além das críticas específicas ao voto do Ministro Gilmar Mendes, a aplicação da AED no julgamento da ADI n. 5.529 também pode ser questionada sob a perspectiva da complexidade do sistema de patentes e da dificuldade de se prever com precisão os impactos econômicos da decisão judicial. A AED, por vezes, simplifica a realidade e ignora nuances importantes, o que pode levar a conclusões equivocadas.

E suma, o uso da AED na ADI n. 5.529 demonstra que é preciso cautela para evitar que a análise econômica se sobreponha a outros valores relevantes e que a busca por eficiência econômica não resulte na proteção de interesses privados em detrimento do interesse público. É fundamental, então, que essa abordagem seja utilizada como um instrumento auxiliar na interpretação do Direito e que a decisão judicial seja baseada em uma ponderação cuidadosa de todos os valores e princípios em jogo, sem se limitar a uma análise meramente econômica.

5.3.22 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.261¹²⁸

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Tributário e Direito Financeiro

2) Resumo do julgado

O foco principal deste julgado está na discussão sobre a autonomia financeira do Poder Legislativo, Judiciário e do Ministério Público, com questionamentos sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e como ela afeta o princípio da separação de Poderes e o federalismo. A análise também inclui aspectos relacionados à dívida pública, ao orçamento público, aos limites de gastos com pessoal, à estabilidade dos servidores e ao funcionamento do Banco Central.

A conclusão do julgado é de que a Lei de Responsabilidade Fiscal é, em sua maior parte, constitucional, mas precisa de adaptações para assegurar a harmonia entre os Poderes e a autonomia financeira dos órgãos. O STF julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei em 21 de agosto de 2019.

Ao todo, 8 processos objetivos, incluindo 7 ADIs e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) questionaram a constitucionalidade da LRF. Embora sejam relevantes, elas não serão, todas, comentadas todas aqui.

A ADI n. 2.238, ajuizada por três partidos políticos, foi a mais abrangente e alegou a inconstitucionalidade formal de toda a LRF, além da inconstitucionalidade material de vários dispositivos.

A ADI n. 2.261, por sua vez, também alegou inconstitucionalidade formal da LRF. Esta Ação de Direta Inconstitucionalidade foi a escolhida para ser comentada nesta dissertação, uma vez que abrangeu tanto o pedido de inconstitucionalidade material quanto o pedido de inconstitucionalidade formal.

A decisão final do STF, neste caso, foi unânime no sentido de considerar a LRF formalmente constitucional e a maioria dos seus artigos, materialmente constitucionais. Alguns

¹²⁸ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.261 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgada em 21/08/2019. Publicada em 28/08/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753645555>. Acesso em: 16 set. 2024.

artigos específicos da LRF foram considerados inconstitucionais ou receberam interpretação conforme a Constituição.¹²⁹ O STF não declarou a LRF inconstitucional, tendo apenas declarado a inconstitucionalidade de alguns artigos específicos e realizado interpretação de acordo com a Constituição em outros. A LRF continua em vigor e serve como importante instrumento para a gestão fiscal responsável no Brasil.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito é utilizada como base para justificar a constitucionalidade de alguns artigos da Lei de Responsabilidade Fiscal. O Ministro Alexandre de Moraes, relator do processo, utiliza conceitos da AED para fundamentar a validade de dispositivos que impõem restrições aos entes federativos.¹³⁰

O Ministro Alexandre de Moraes cita as teorias do federalismo fiscal que buscam explicar a eficiência dos gastos públicos, destacando o fenômeno do “efeito *flypaper*”¹³¹, comum no Brasil, que causa distorções na federação. Esse efeito demonstra que gastos públicos financiados por transferências intergovernamentais tendem a ser menos eficientes do que aqueles custeados por recursos próprios, justificando a restrição imposta pelo art. 11.

Outro exemplo da influência da AED no julgado é a discussão sobre a constitucionalidade formal da LRF, quando o Ministro Alexandre de Moraes diferencia o Direito Financeiro das

¹²⁹ Art. 9º, § 3º: Declarado inconstitucional. Esse artigo permitia ao Poder Executivo limitar os valores financeiros do Legislativo, Judiciário e Ministério Público em caso de frustração de receita, o que o STF considerou uma violação ao princípio da separação de poderes.

Art. 23, §§ 1º e 2º: O STF declarou inconstitucional a expressão "quanto pela redução dos valores a eles atribuídos" do § 1º e a integralidade do § 2º. Esses parágrafos permitiam a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos, o que foi considerado violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Art. 56, caput, e Art. 57, caput: Declarados inconstitucionais. Esses artigos atribuíam aos Tribunais de Contas a emissão de parecer prévio conclusivo sobre as contas do Legislativo, Judiciário e Ministério Público, o que o STF considerou uma limitação da competência dos Tribunais de Contas.

Art. 12, § 2º e Art. 21, II: Receberam interpretação conforme à Constituição.

¹³⁰ Exemplo: Art. 11, parágrafo único, da LRF: Este artigo veda transferências voluntárias para entes federativos que não observem o disposto no caput, no que se refere aos impostos. A justificativa para a constitucionalidade desse dispositivo se ancora em argumentos jurídicos e em "evidências históricas levantadas pela economia política".

¹³¹ Acórdão da ADI n. 2.261: Parte desse trabalho pressupõe a identificação de efeitos adversos (externalidades) gerados em determinados modelos de financiamento e a elaboração de propostas de superação. Uma das perplexidades captadas pela Ciência Econômica é pertinente à baixa eficiência dos gastos públicos bancados por transferências intergovernamentais, em relação àqueles sustentados por recursos próprios. Esse fenômeno (efeito *flypaper*) é muito comum na realidade municipal brasileira e causa distorções graves na experiência federativa nacional. As transferências voluntárias da União, componente importante da receita municipal, desempenham papel significativo no propósito de superação de desigualdades regionais, objetivo fundamental da República. É válido consignar, aliás, que esse modelo de financiamento complementar, que é uma das bases do federalismo cooperativo brasileiro, ganharia bastante em qualidade, previsibilidade e efetividade, caso fosse regido por regras gerais estabelecidas em lei complementar, diminuindo-se o excessivo subjetivismo da União.

Finanças Públicas. Para ele, enquanto o Direito Financeiro se preocupa com o aspecto jurídico, as Finanças Públicas se ocupam dos efeitos da atividade financeira do Estado, buscando o melhor modelo para a sua atuação na economia. Essa distinção, com base em conceitos econômicos, reforça a validade da LRF, demonstrando que a lei se insere no campo das Finanças Públicas e não interfere na estrutura do Sistema Financeiro Nacional, como alegado pelos autores da ADI n. 2.238.

A AED, mesmo sem ser diretamente citada, serve como fundamento para a decisão do STF na ADI n. 2.261. A análise econômica de conceitos, como federalismo fiscal e eficiência dos gastos públicos, ajuda a justificar a constitucionalidade de dispositivos da LRF que impõem limites à autonomia dos entes federativos.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

A ADI n. 2261, que avalia a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) enfrenta críticas em três aspectos principais. O primeiro relacionado à falta de profundidade na análise econômica: o julgamento faz apenas menções superficiais a conceitos como “efeito *flypaper*” e eficiência dos gastos públicos, sem desenvolver uma análise detalhada dos dispositivos da LRF. Uma abordagem mais robusta, baseada em dados empíricos e modelos econômicos, poderia ter fornecido uma construção teórica mais sólida para a decisão do STF.

O segundo é o risco de simplificação excessiva da AED, que precisa evitar reducionismos quando aplicada ao Direito, uma vez que a ênfase excessiva na eficiência econômica pode ignorar outros valores constitucionais, como a justiça social e os direitos fundamentais. No caso, a ADI n. 2.261, ao priorizar a eficiência dos gastos públicos sem a devida ponderação desses princípios, pode resultar em políticas prejudiciais aos mais vulneráveis.

Por fim, a falta de transparência na utilização da AED é problemática, pois o método não é explicitamente mencionado no julgamento, dificultando a identificação de sua influência. A transparência, com a indicação clara das fontes e dos métodos utilizados, aumentaria a legitimidade da decisão e permitiria um debate mais qualificado sobre a aplicação da AED no Direito.

Portanto, para fortalecer a aplicação da AED no contexto jurídico brasileiro, seria essencial incorporar uma análise econômica mais detalhada e transparente, ponderando princípios constitucionais para evitar simplificações e garantir decisões mais robustas.

5.3.23 Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.989¹³²

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Penal.

2) Resumo do julgado

O Recurso Extraordinário com Agravo envolvendo a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) discute as alterações introduzidas pela Lei n. 14.230/2021, principalmente sobre a natureza civil dos atos de improbidade administrativa, a prescrição e o elemento subjetivo (dolo ou culpa) para a caracterização do ato ímprobo. O Acórdão analisa o caso concreto de uma ação de improbidade movida pelo INSS contra uma advogada credenciada, que teve o processo extinto por prescrição.

O STF define as alterações da Lei de Improbidade e estabelece sua aplicabilidade temporal, reconhecendo a irretroatividade de alguns pontos e a aplicação imediata de outros, inclusive aos processos em curso, com base nos princípios da segurança jurídica e do direito adquirido. O Recurso Extraordinário com Agravo 843.989 foi provido e a ação foi extinta.

O Tribunal decidiu que a Lei n. 14.230/2021, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa, não se aplica retroativamente. Isso significa que ela não pode ser usada para beneficiar pessoas que cometeram atos de improbidade administrativa antes de sua entrada em vigor, em 25 de outubro de 2021.

No caso específico do processo n. 843.989, o INSS ajuizou uma ação civil pública contra Rosmery Terezinha Cordova em 2006, alegando que ela havia cometido ato de improbidade culposa enquanto atuava como procuradora contratada. O Tribunal reconheceu que a conduta imputada à recorrente se configurava como ilícito civil, mas considerou a pretensão prescrita, pois mais de cinco anos se passaram entre a data da perda da função pública e o ajuizamento da ação.

O julgamento, iniciado após o voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes, foi suspenso e retomado em diversas ocasiões e diversos Ministros apresentaram seus votos e esclarecimentos sobre a matéria. A decisão final foi pela irretroatividade da lei em relação aos atos de improbidade

¹³² STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 843.989 Paraná**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 18/08/2022. Publicado em 12/12/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764875895>. Acesso em: 16 set. 2024.

culposa, com a extinção da ação. O Ministro Alexandre de Moraes, relator do caso, propôs a fixação de uma tese com quatro itens, que foi aprovada pela maioria dos Ministros.

O Ministro Edson Fachin divergiu do relator em relação à aplicação do princípio da ultratividade, argumentando que a nova lei não deveria incidir sobre os processos em curso. Já o Ministro Nunes Marques acompanhou o relator em três dos quatro itens propostos, divergindo apenas em relação à retroatividade da lei, defendendo que ela não deveria retroagir em nenhuma hipótese. E o Ministro Dias Toffoli votou pela aplicação da nova lei aos processos em curso e às execuções de penas, adotando a mesma lógica em relação aos prazos de prescrição.

Por fim, a decisão final do STF estabeleceu um precedente importante para as ações de improbidade administrativa no Brasil, definindo que a Lei n. 14.230/2021 não se aplicava a casos anteriores à sua vigência.

3) Como a AED aparece no julgado

Alguns argumentos utilizados pelos Ministros, especialmente no voto do Ministro Luiz Fux, se aproximam de conceitos e da abordagem da AED.

Em seu voto, Fux destaca a necessidade de um enfoque pragmático na análise da Lei de Improbidade Administrativa, considerando a realidade da Administração Pública brasileira. Ele defende a busca por um “ponto ótimo de ponderação” entre a punição dos agentes e a leniência excessiva. A preocupação com o equilíbrio entre a repressão à improbidade e a eficiência da Administração Pública se assemelha à análise de custo-benefício presente na AED, que busca avaliar as consequências econômicas e sociais das normas jurídicas. A AED se concentra em analisar se a intervenção estatal, por meio de leis e sanções, é realmente eficiente para atingir os objetivos pretendidos, ou se os custos dessa intervenção superam os benefícios.

O Ministro Fux, ao defender um enfoque pragmático e ponderado, demonstra uma preocupação similar à da AED, buscando evitar o excesso de punição, que pode gerar ineficiência e paralisia na Administração, e a leniência, que pode comprometer a probidade e a integridade do patrimônio público.

No debate sobre a retroatividade da Lei n. 14.230/2021, o princípio da segurança jurídica é um dos argumentos centrais. Diversos Ministros defendem a irretroatividade da lei, argumentando que a aplicação de leis novas a fatos passados pode gerar instabilidade e prejudicar a confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico.

A AED também reconhece a importância da segurança jurídica para o bom funcionamento do sistema econômico. A previsibilidade das normas e a estabilidade das relações jurídicas são essenciais para que os agentes econômicos possam tomar decisões racionais e eficientes. E a aplicação retroativa de leis, especialmente em matéria sancionadora, pode gerar incerteza e desincentivar investimentos e atividades econômicas, pois os agentes ficam inseguros sobre as regras que serão aplicadas a seus atos.

O Ministro Fux, em seu voto, cita uma pesquisa empírica realizada pelo CNJ em 2015, que analisou o tempo médio de duração das ações de improbidade administrativa. Ele utiliza esses dados com o objetivo de demonstrar os desafios práticos da aplicação da Lei de Improbidade, argumentando que a prescrição intercorrente pode ser um instrumento importante para garantir a efetividade da Justiça. A utilização de dados empíricos para fundamentar decisões judiciais é uma prática cada vez mais comum e defendida pela AED, que se pauta em métodos estatísticos e econométricos para avaliar o impacto das normas jurídicas e auxiliar na tomada de decisão.

A pesquisa citada pelo Ministro Fux demonstra como a AED pode contribuir para o aprimoramento do sistema jurídico, fornecendo informações relevantes sobre o funcionamento das leis na prática e subsidiando a formulação de políticas públicas mais eficientes.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Alguns trechos dos votos, principalmente no voto do Ministro Luiz Fux, sugerem a utilização de conceitos e raciocínios da Análise Econômica do Direito. No entanto, a aplicação da AED neste caso pode ser criticada pelos seguintes pontos.

Houve um uso implícito e superficial da AED, a qual não foi diretamente mencionada no julgamento e teve apenas alguns de seus argumentos mencionados isoladamente. Nota-se que a AED foi utilizada de forma superficial, sem a devida exploração de seus métodos e conceitos.

O Ministro Fux utiliza dados empíricos sobre a duração dos processos de improbidade para defender a prescrição intercorrente, no entanto, a análise se limita a esse aspecto, sem considerar outros fatores relevantes, como os custos da corrupção, a efetividade das sanções e o impacto da Lei de Improbidade na Administração Pública. Para ser aplicada de forma completa, a AED precisa de uma maior abrangência de dados, considerando todas as variáveis relevantes para a tomada de decisão.

Outro aspecto questionável é a Ênfase na Eficiência em Detrimento de Outros Valores: a AED, por vezes, prioriza a eficiência econômica em detrimento de outros valores importantes, como a justiça, a equidade e a moralidade. No caso do ARE n. 843.989, a ênfase na necessidade de evitar a paralisia da Administração Pública pode ter ofuscado a importância da punição dos agentes corruptos e da proteção do patrimônio público. Nesse sentido, é preciso que haja o equilíbrio entre a busca pela eficiência e a proteção de outros valores relevantes para o caso em questão.

Cabe, por fim, mencionar que no ARE n. 843.989, a AED foi utilizada para defender a limitação do poder punitivo do Estado, o que pode ser visto como uma posição favorável aos réus em ações de improbidade, sendo, por isso, fundamental garantir que a abordagem seja aplicada imparcial e objetivamente.

5.3.24 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.625¹³³

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito do Trabalho

2) Resumo do julgado

Trata-se de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei n. 13.352/2016, que institui o contrato de parceria para profissionais de beleza e estética. A lei foi contestada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade (CONTRATUH) no que se refere à violação de direitos trabalhistas e da função social do trabalho.

O STF, por maioria, decidiu que a lei é constitucional, defendendo que o contrato de parceria permite maior flexibilidade no mercado de trabalho e que não se configura como uma forma de precarização. O STF também decidiu que o contrato de parceria deve ser verdadeiramente um contrato de parceria e não um simulacro de relação de emprego, devendo a Justiça do Trabalho verificar se há subordinação jurídica e econômica na relação.

3) Como a AED aparece no julgado

¹³³ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.625 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 28/10/2021. Publicada em 29/03/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759942773>. Acesso em: 16 set. 2024.

A Análise Econômica do Direito é utilizada no voto do Ministro Luiz Fux para defender a constitucionalidade da Lei do Salão-Parceiro. O Ministro utiliza os princípios da AED para analisar os efeitos da lei sob a ótica da eficiência e da justiça.

Entre os argumentos utilizados no voto e baseados na AED, estão os seguintes: a) eficiência: a lei é vista como uma política econômica que promove o pleno emprego e a valorização social do trabalho ao desburocratizar as relações contratuais, reduzir custos de transação e conferir maior eficiência à gestão das atividades no setor de beleza; b) efeitos positivos: o Ministro Fux destaca que a permissão para a formalização de contratos de parceria incentiva a criação de novos postos de trabalho e a manutenção dos já existentes; c) liberdade econômica: a Lei do Salão-Parceiro é enquadrada em um contexto mais amplo de incentivo à liberdade econômica e ao empreendedorismo no Brasil, exemplificado por outras leis, como a Reforma Trabalhista e a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; d) intervenção estatal subsidiária: a lei se alinha com a tendência de limitar a intervenção estatal na economia, defendendo que ela deve ser subsidiária e excepcional, conforme previsto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; e) segurança jurídica: a lei visa a proporcionar segurança jurídica aos contratos e investimentos, em alinhamento com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de exercício profissional.

O Ministro Fux utiliza ainda as três vertentes metodológicas da AED para fundamentar seu voto: a) Heurística: busca compreender as razões econômicas e sociais que justificam a existência de diferentes tipos de contratos no setor de beleza; b) Descritiva: analisa os efeitos da lei na sociedade, avaliando os incentivos e desincentivos que os contratos de parceria geram para empregadores e trabalhadores; c) Normativa: a partir da análise dos efeitos da lei, propõe-se que a flexibilização das relações de trabalho por meio de contratos de parceria é socialmente desejável.

O voto do Ministro Luiz Fux demonstra como a AED pode ser utilizada na análise da constitucionalidade de leis, considerando seus impactos na economia e na sociedade. Nesse sentido, a AED fornece um *framework* para avaliar a lei não apenas sob a ótica da justiça social, mas também da eficiência, da liberdade econômica e da segurança jurídica.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

A aplicação da Análise Econômica do Direito no voto do Ministro Luiz Fux, favorável à constitucionalidade da Lei do Salão-Parceiro, pode ser alvo de algumas críticas. Primeiro, o

Ministro argumenta que a Lei do Salão-Parceiro promove o pleno emprego e a valorização social do trabalho por meio da desburocratização e da eficiência. Trata-se de uma visão que prioriza a lógica do mercado e a livre iniciativa, podendo negligenciar a necessidade de proteção aos trabalhadores, que muitas vezes se encontram em posição de vulnerabilidade.

Primeiro, a AED, nesse caso, parece ser utilizada para justificar a flexibilização das leis trabalhistas, sem considerar contundentemente os riscos de precarização das condições de trabalho. A ênfase na redução de custos de transação e no aumento da eficiência pode levar à redução de direitos e à perda de garantias trabalhistas, como férias, 13º salário e FGTS.

Segundo, o Ministro Fux utiliza a Lei do Salão-Parceiro como um exemplo positivo de política econômica voltada para o empreendedorismo, no entanto, a realidade do setor de beleza é complexa e diversa e a generalização de um modelo de contratação pode não ser adequada para todos os casos.

A AED, nesse contexto, corre o risco de simplificar a análise das relações de trabalho, ignorando as especificidades do setor e as diferentes formas de organização do trabalho existentes. É importante, então, considerar que a lei pode impactar diferentemente os diversos profissionais do setor, dependendo de sua qualificação, experiência e poder de barganha.

Terceiro, embora a AED, em sua busca pela eficiência, assume muitas vezes que as partes envolvidas em uma transação econômica possuem o mesmo poder de negociação, nas relações de trabalho, essa premissa nem sempre é verdadeira. Os trabalhadores, especialmente em setores como o de beleza, frequentemente se encontram em posição de desvantagem em relação aos empregadores, o que pode levar à aceitação de condições de trabalho precárias.

A aplicação da abordagem econômica no caso da Lei do Salão-Parceiro nesse mérito deveria levar em consideração as assimetrias de poder, garantindo que a flexibilização dos contratos não resultasse em exploração da mão de obra e nem em perda de direitos.

Quarto, o Ministro Fux menciona dados da pesquisa “Sebrae Profissional da Beleza – 2021” para sustentar que a lei foi bem assimilada pelo setor. No entanto, a mera apresentação de dados quantitativos não é suficiente para comprovar os efeitos da lei na prática. É fundamental realizar análises qualitativas e estudos de caso para verificar se a lei realmente está cumprindo seus objetivos e se os trabalhadores estão sendo beneficiados.

A AED, para ser aplicada de forma consistente, necessita de uma base empírica sólida que demonstre os reais impactos das normas jurídicas na economia e na sociedade. A falta de dados e de análises aprofundadas pode comprometer a validade das conclusões obtidas.

No caso da Lei do Salão-Parceiro, é possível que AED seja útil ao debate, mas ela não deve ser utilizada como único parâmetro para a tomada de decisão. É fundamental que a análise jurídica leve em conta outros fatores, como a justiça social, a dignidade da pessoa humana e a proteção aos direitos trabalhistas, para garantir que a flexibilização das relações de trabalho não resulte em precarização e em perda de direitos.

5.3.25 Quarto Ag. Reg. no Inquérito n. 4.435¹³⁴

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Eleitoral e Direito Penal

2) Resumo do julgado

O Acórdão STF discute a competência para processar e julgar o ex-prefeito do Rio de Janeiro, Eduardo Paes, e o deputado federal, Pedro Paulo, acusados de crimes eleitorais e conexos. O STF debate se a investigação e o julgamento devem ser realizados pela Justiça Federal, pela Justiça Eleitoral ou pelo próprio STF, com base no princípio do juiz natural e no entendimento sobre a conexão entre crimes eleitorais e comuns.

O debate se centra no questionamento sobre a capacidade da Justiça Eleitoral de lidar com crimes complexos, como corrupção e lavagem de dinheiro, e se o STF deve manter a investigação sob sua jurisdição, mesmo que os crimes não estejam diretamente relacionados às funções dos investigados.

A decisão do STF, em última análise, definiria que Órgão teria a responsabilidade de conduzir o processo e julgar os acusados, tendo decidido, por maioria, manter sua jurisprudência, dando provimento parcial ao agravo interposto pelos investigados. Em relação ao evento de 2014, o STF firmou a decisão de que a competência para supervisionar a investigação era do próprio Supremo Tribunal Federal.

¹³⁴ STF. Supremo Tribunal Federal. **Quarto AG. Reg. no Inquérito 4.435 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 14/03/2019. Publicado em 21/08/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750577279>. Acesso em: 16 set. 2024.

Em relação aos supostos crimes cometidos em 2010 e 2012, o Tribunal decidiu declinar da competência para a Justiça Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro. O agravo regimental interposto pelo Ministério Público, que visava a fixação da competência para a Justiça Federal relativamente ao crime de evasão de divisas, foi julgado prejudicado.

Os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia foram vencidos, pois entendiam que os fatos apurados no inquérito deveriam ser divididos e que uma cópia dos autos deveria ser enviada à Justiça Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro para apuração dos supostos crimes de falsidade ideológica eleitoral ocorridos em 2010, 2012 e 2014.

Os mesmos Ministros também votaram pelo envio dos autos para a Seção Judiciária do Rio de Janeiro e apuração dos supostos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas ocorridos em 2012.

3) Como a AED aparece no julgado

O Ministro Luiz Fux fez menção à Análise Econômica do Direito durante o julgamento do Quarto Agravo Regimental no Inquérito ao introduzi-la como uma “nova escola de pensamento jurídico que visa a eficiência”.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, discordou dessa abordagem e caracterizou a Análise Econômica do Direito como “uma visão utilitarista do Direito”, proveniente das escolas utilitaristas. O debate levantado pelo julgado e pelo Ministro Lewandowski é muito relevante, pois demonstra a resistência que a Análise Econômica do Direito ainda encontra no Brasil.

O Ministro Fux argumentou que um dos pilares da Análise Econômica do Direito é a busca pela eficiência e a prestação da justiça. Ele também mencionou a economia comportamental, um segmento da Análise Econômica do Direito, segundo a qual os métodos alternativos de resolução de litígios devem visar a sensação de justiça e a felicidade do indivíduo.

A menção à Análise Econômica do Direito no julgado foi breve e não teve um impacto direto na decisão do caso. Embora o Ministro Luiz Fux a tenha utilizado como um argumento para defender a competência da Justiça Eleitoral, a discussão não se aprofundou nesse sentido.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

O Ministro Luiz Fux utilizou a Análise Econômica do Direito para defender a competência da Justiça Eleitoral, argumentando que a AED visa à eficiência na prestação da justiça, contudo, essa aplicação da AED pode repensada com base em algumas razões.

A ênfase na eficiência mencionada ignora outros valores importantes no sistema judicial, como a justiça, a equidade e o devido processo legal. O Ministro Lewandowski, em sua crítica à AED, chama de utilitarista essa abordagem, assinalando que ela pode levar à desconsideração de valores, como justiça social e proteção de direitos individuais.

A AED pode ser útil para avaliar a eficiência de diferentes procedimentos ou de estruturas judiciárias, mas sua aplicação para definir a competência em um caso específico é questionável. Além disso, a competência deve ser definida com base em critérios jurídicos e constitucionais e não em argumentos de eficiência.

Nesse julgado do STF, a menção à AED foi superficial e não aprofundou a análise dos custos e benefícios de cada alternativa. Uma aplicação mais rigorosa da AED exigiria a análise detalhada dos recursos, da estrutura e da capacidade de cada órgão judicial para lidar com o caso em questão.

A ênfase na eficiência proposta pela AED pode ser utilizada para justificar a concentração de poder em determinados órgãos, como ocorreu na discussão sobre a competência da Justiça Federal. Mas, sabe-se também que a busca pela eficiência, sem a devida ponderação com outros valores, pode servir como pretexto para a criação de “supervaras” ou tribunais de exceção.

Em resumo, a aplicação da AED no julgamento do Quarto Agravo Regimental no Inquérito n. 4.435 foi superficial, desconsiderou outros valores relevantes e, de certa forma, instrumentalizou a busca por eficiência para justificar decisões relativas a poder em detrimento de outros órgãos judiciais.

5.3.26 Recurso Extraordinário n. 949.297¹³⁵

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Tributário

¹³⁵ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 949.297 Ceará**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 08/02/2023. Publicado em 02/05/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767314567>. Acesso em: 16 set. 2024.

2) Resumo do julgado

O Recurso Extraordinário tratava da questão dos limites da coisa julgada em matéria tributária, particularmente em relação a decisões em controle concentrado de constitucionalidade proferidas pelo STF, que declaravam a constitucionalidade de um tributo anteriormente considerado inconstitucional em ação individual.

O STF decidiu que a coisa julgada em relação a tributos de trato sucessivo (como a contribuição social sobre o lucro líquido - CSLL) possui condição resolutiva que se implementa com a publicação da ata de julgamento de uma decisão em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, quando os comandos decisoriais são opostos.

Em outras palavras, uma decisão do STF em controle concentrado pode retroativamente invalidar a coisa julgada em casos anteriores, desde que sejam observados os princípios constitucionais da irretroatividade, anterioridade anual e nonagesimal ou anterioridade nonagesimal, de acordo com a espécie tributária em questão.

Em decisão final, o STF, por unanimidade, deu provimento ao Recurso Extraordinário da União, não modulou os efeitos da decisão, aplicou limites constitucionais temporais ao poder de tributar e fixou algumas teses.¹³⁶

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito foi utilizada nesse julgado para justificar a modulação dos efeitos da decisão, a fim de proteger a segurança jurídica dos contribuintes, mas a tese não foi acolhida ao final.

O Ministro Nunes Marques, em seu voto, argumenta que a jurisprudência pode ser vista como um estoque de capital que aumenta a eficiência das decisões judiciais futuras. Observa-se que é responsabilidade dos Juízes garantir que esse capital não se deteriore, adaptando-o às mudanças sociais e criando precedentes bem fundamentados. O STF, como guardião da segurança jurídica, precisa garantir um ambiente de negócios estável, especialmente na área tributária, em que a previsibilidade é muito importante.

¹³⁶ Tema 881 com repercussão geral. “1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. 2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.”

A decisão de modular os efeitos da decisão para que a tese se aplique apenas a partir da publicação da ata do julgamento, respeitando as decisões anteriores, foi tomada com base na AED e na necessidade de proteger a segurança jurídica.

Em resumo, a AED foi utilizada para defender a modulação dos efeitos da decisão como forma de proteger a segurança jurídica dos contribuintes e garantir a estabilidade do ambiente de negócios, evitando surpresas e prejuízos para os contribuintes. Foi objeto, inclusive, de embargos de declaração em 04/04/2024, com publicação em 20/08/2024 e mais uma vez se decidiu pela não modulação da decisão.¹³⁷

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, discordou da aplicação da AED para justificar a modulação dos efeitos da decisão com base na anterioridade tributária. Ele argumentou que as anterioridades tributárias se aplicam quando há instituição ou aumento de tributos, mas, neste caso, o Tribunal estava apenas declarando a constitucionalidade de uma norma tributária que já havia passado por todo o processo legislativo necessário para ser aplicada. Então, aplicar as anterioridades, nesse caso, significaria uma dupla aplicação dessas garantias, o que seria inadequado.

O Ministro Gilmar Mendes também expressou preocupação com a ideia de adotar uma cláusula geral de anterioridade para todos os casos de declaração de constitucionalidade de tributos, argumentando que a análise deve ser feita caso a caso, considerando as particularidades de cada julgamento.

Além dele, a Ministra Cármen Lúcia criticou a aplicação da AED, argumentando que a decisão do STF de declarar a constitucionalidade do tributo em 2007 já era um indicativo de que o tributo era devido e que os contribuintes deveriam ter se precavido. Ela defendeu que a retroatividade da cobrança do tributo até 2007 seria a solução mais justa, uma vez que os contribuintes já possuíam conhecimento do posicionamento do STF sobre a matéria.

Em resumo, as críticas à aplicação da AED neste julgado se concentram na discordância quanto à aplicação das anterioridades tributárias e na defesa de que a decisão do STF em 2007 já era suficiente para gerar segurança jurídica para os contribuintes.

¹³⁷ STF. Supremo Tribunal Federal. **Emb.Decl. no Recurso Extraordinário n. 949.297 Ceará**. Julgado em: 08/02/2023. Publicado em 02/05/2023. Disponível em: disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=779236094>. Acesso em: 16 set. 2024.

5.3.27 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.066¹³⁸

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Ambiental e Direito do Trabalho

2) Resumo do julgado

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.066 questionava a constitucionalidade do artigo 2º da Lei n. 9.055/1995, a qual autorizava o uso controlado do amianto crisotila no Brasil. O acórdão discute se a lei em questão viola direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente, levando em consideração o consenso científico sobre a nocividade do amianto, além de tratados internacionais e a necessidade de proteção à saúde pública.

As entidades proponentes da ADI argumentavam que o amianto, em qualquer tipo e nível de exposição, é cancerígeno, e que a legislação brasileira deveria se alinhar com a posição da Organização Mundial da Saúde (OMS), que preconizava a eliminação total do uso do amianto.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão, ponderou a necessidade de proteger a saúde e o meio ambiente com a necessidade de desenvolvimento econômico e social do país. O Acórdão então concluiu pela constitucionalidade da lei que permite o uso controlado do amianto crisotila, reconhecendo a validade da decisão do legislador em permitir a exploração do mineral, em conjunto com medidas de segurança para a saúde dos trabalhadores e do meio ambiente.¹³⁹

3) Como a AED aparece no julgado

¹³⁸ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 Distrito Federal**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgado em 24/08/2017. Publicado em 07/03/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹³⁹¹³⁹¹³⁹ O Portal do STF menciona cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 3356, 3357, 3937, 3406 e 3470) e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 109, ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) em face de leis que restringiam como os Estados de Pernambuco, Rio Grande do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro e do Município de São Paulo. O principal tema era a impossibilidade de legislações estaduais e municipais disciplinarem o assunto de modo contrário a legislação federal. Na ADIn. 4.066, aqui comentada, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) questionava a lei federal que permitia o amianto crisotila. Para o STF, em notícia datada de 19/06/2023, o artigo 2º da Lei Federal 9.055/1995 passou por um processo de “inconstitucionalização” decorrente da alteração dos aspectos concretos que haviam embasado a sua edição, tornando-a incompatível com a Constituição Federal. Notícias demonstram que, na época da edição da lei, já se falava dos possíveis riscos que o amianto crisotila poderia causar à saúde e ao meio ambiente, mas, com o passar do tempo, chegou-se ao consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral. Órgãos nacionais e internacionais com autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador concluíram que é inviável o uso desse material de forma efetivamente segura. (STF. Supremo Tribunal Federal. **Especial Meio Ambiente**: STF proíbe extração e venda de amianto crisotila. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509089&ori=1>. Acesso em: 05 abr. 2024.)

A Análise Econômica do Direito não é um fator determinante na decisão da ADI n. 4066, tendo em vista que o foco principal do julgamento gira em torno da ponderação entre os princípios constitucionais de proteção da saúde e do meio ambiente, contrastados com o princípio da livre iniciativa, na questão da exploração do amianto crisotila. Contudo, alguns Ministros, ao defenderem a constitucionalidade da Lei n. 9.055/1995, que permitia o uso controlado do amianto crisotila, abordaram argumentos que tangenciam a Análise Econômica do Direito.

O Ministro Alexandre de Moraes, por exemplo, argumenta que a decisão do legislador em permitir o uso controlado do amianto crisotila levou em consideração questões econômicas, como emprego, extração e concorrência.

Já o Ministro Luiz Fux, em aparte, também menciona o impacto econômico da proibição do amianto, questionando o efeito dessa questão sobre o Produto Interno Bruto e a possibilidade de falência de empresas.

E o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, destaca a necessidade de sopesar os benefícios e os riscos da proibição do amianto, considerando as consequências econômicas de retirar agentes econômicos relevantes do mercado.

Apesar de esses argumentos apontarem para a relevância de fatores econômicos na decisão legislativa, a Análise Econômica do Direito não figura como metodologia central na decisão da ADI n. 4066. O julgamento se concentra principalmente na ponderação de princípios constitucionais e na avaliação da legitimidade do Judiciário em invalidar a escolha legislativa em temas com alto grau de complexidade técnica e científica.

Importante notar o fato de alguns Ministros argumentarem que a proibição total do amianto crisotila poderia resultar em incerteza sistêmica e prejudicar a previsibilidade do Direito. Esse argumento se assemelha à preocupação com a segurança jurídica, importante conceito na Análise Econômica do Direito, que busca garantir a estabilidade das relações jurídicas e econômicas.

Por fim, vale ressaltar que a ADI n. 4.066 evidencia um debate complexo sobre a interação entre Direito e Ciência, sobre a delimitação das competências dos Poderes e sobre a busca por um equilíbrio entre a proteção da saúde pública e o desenvolvimento econômico. A Análise Econômica do Direito, embora não seja o foco central do julgado, poderia ter contribuído para uma análise mais profunda dos custos e benefícios das diferentes opções regulatórias em relação ao amianto crisotila.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

A Análise Econômica do Direito não foi utilizada como metodologia central na decisão da ADI n. 4066, apesar de alguns Ministros terem considerado fatores econômicos em seus votos. A ausência de uma aplicação sistemática da AED, especialmente em um caso com grande impacto econômico, como a proibição do amianto crisotila, pode ser objeto de crítica.

De início, a AED poderia ter sido utilizada para realizar uma análise mais robusta dos custos e benefícios acerca da proibição total do amianto crisotila, comparando-a com a alternativa do uso controlado. A decisão majoritária, com base principalmente em argumentos de saúde pública e meio ambiente, não explorou em profundidade os potenciais impactos econômicos da proibição, como a perda de empregos e a elevação dos custos de produção em setores que utilizam o amianto.

Tendo em vista que a AED defende a realização de Avaliações de Impacto Regulatório (AIR) para subsidiar a tomada de decisão em políticas públicas, neste caso, uma AIR poderia ter estimado os efeitos da proibição do amianto sobre: setores da economia, competitividade das empresas, mercado de trabalho e finanças públicas. A ausência de uma AIR mais completa pode ter limitado a capacidade do Supremo em avaliar as consequências econômicas da decisão.

Nota-se que houve pouca consideração à eficiência econômica. No caso do amianto, a proibição total pode ter gerado custos desproporcionais em relação aos benefícios, especialmente se considerarmos que existem possibilidades de alternativas tecnológicas e medidas de segurança que minimizariam os riscos à saúde. A decisão, de priorizar a proteção à saúde em detrimento de outros valores, como o desenvolvimento econômico, pode ter negligenciado a busca por uma solução mais eficiente.

É questionável também a desconsideração aos incentivos econômicos que moldam o comportamento dos agentes. A proibição total do amianto, sem a devida consideração aos incentivos para a inovação e o desenvolvimento de alternativas mais seguras, pode ter desestimulado investimentos em novas tecnologias e perpetuado a dependência do amianto em certos setores.

Cita-se, por fim, o alerta para o risco de captura regulatória, ou seja, de influência indevida de grupos de interesse sobre a regulação estatal. No caso do amianto, a decisão judicial pode ter sido influenciada por grupos de defesa da saúde e do meio ambiente, sem a devida ponderação com os interesses da indústria e dos trabalhadores do setor.

Uma aplicação mais consistente da AED na ADI n. 4.066 poderia ter contribuído para uma decisão mais informada, equilibrada e eficiente, considerando não apenas os aspectos de saúde pública e meio ambiente, mas também as complexas implicações econômicas da proibição do amianto crisotila.

É importante salientar que a crítica à aplicação da AED não implica necessariamente na defesa da constitucionalidade da lei que permitia o uso controlado do amianto. A crítica se concentra na forma como a análise econômica foi utilizada (ou não utilizada) durante o julgamento, e não na decisão em si. Até porque, como se observa em nota de rodapé anterior, houve um processo de “inconstitucionalização” das leis que permitiam a utilização do amianto crisotila.

5.3.28 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42¹⁴⁰

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Ambiental

2) Resumo do julgado

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC n. 42), proposta pelo Partido Progressista (PP), e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901/DF, 4902/DF, 4903/DF e 4937/DF, propostas pelo Procurador-Geral da República e pelo Partido Socialismo e Luta (PSOL), discutem a constitucionalidade de diversos dispositivos do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012).

O debate central gira em torno da compatibilidade do novo código com os princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente, especialmente em relação à área de preservação permanente (APP) e à reserva legal. As ações analisam, por exemplo, a dispensa de recomposição de áreas desmatadas antes da entrada em vigor do código, a permissão para atividades em áreas de preservação permanente, a compensação da reserva legal em áreas com diferentes características ecológicas e o controle da poluição eletromagnética proveniente de linhas de transmissão de energia.

A decisão da Suprema Corte analisou cada dispositivo individualmente, declarando a constitucionalidade de alguns e a inconstitucionalidade de outros, concedendo interpretação

¹⁴⁰ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 28/02/2018. Publicada em 13/08/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>. Acesso em: 16 set. 2024.

conforme a Constituição em alguns casos e garantindo a prevalência do Direito Ambiental sobre o desenvolvimento econômico em outras situações.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito aparece implicitamente em várias partes do julgado da ADC n. 42, principalmente nos argumentos que defendem a constitucionalidade do novo Código Florestal. A AED utiliza princípios econômicos para analisar o Direito, buscando, por exemplo, maximizar a eficiência das normas jurídicas. Embora o termo “Análise Econômica do Direito” não seja explicitamente mencionado no texto, alguns dos argumentos utilizados pelos Ministros se alinham com os princípios da AED, conforme se explicita abaixo.

3.1) Ponderação de custos e benefícios

Em diversos momentos, o julgado menciona a necessidade de equilibrar a proteção ambiental com outros interesses legítimos, como o desenvolvimento econômico, sendo essa ponderação de custos e benefícios um dos pilares da AED.

O Ministro Luiz Fux argumenta que a revisão judicial de políticas públicas, especialmente quando estabelecidas pelo legislador democrático, deve ser excepcional e baseada em evidências empíricas que demonstrem a irracionalidade da medida. Essa abordagem sugere a necessidade de analisar as consequências econômicas e sociais da intervenção judicial em políticas públicas, o que é um dos objetivos da AED.

O Ministro Gilmar Mendes, por seu turno, destaca a necessidade de considerar a “composição dos avanços protetivos e da segurança jurídica” na análise da constitucionalidade do Código Florestal, demonstrando a importância de se ponderar sobre os diversos interesses em jogo.

Já o Ministro Dias Toffoli menciona a necessidade de se recorrer a dados empíricos para avaliar o impacto de políticas públicas, o que se alinha com a busca da AED por evidências para fundamentar as decisões.

3.2) Eficiência e segurança jurídica

O julgado reconhece a importância da segurança jurídica para a efetividade do Direito, argumentando que a anulação de normas válidas e a imposição de novos procedimentos administrativos podem gerar custos e burocracia desnecessários sem ganhos de eficiência. Tanto

a busca por eficiência quanto a previsibilidade das normas jurídicas são valores importantes para a AED.

A Ministra Cármen Lúcia defende que a segurança jurídica não pode justificar a desobrigação eterna do proprietário em relação à preservação ambiental, demonstrando a necessidade de se equilibrar a previsibilidade com a efetividade das normas ambientais.

3.3) Incentivos e programas de regularização

O julgado reconhece a legitimidade dos incentivos criados pelo Código Florestal para a adesão ao Programa de Regularização Ambiental, como a suspensão de sanções e a conversão de multas em serviços ambientais. A AED analisa como as normas jurídicas influenciam o comportamento dos indivíduos e busca criar incentivos para a conduta desejada.

3.4) Análise do impacto de políticas públicas

O julgado menciona a necessidade de avaliar o impacto real das políticas públicas sobre o meio ambiente. Por exemplo, ao analisar o art. 78-A, que condiciona a concessão de crédito agrícola à inscrição no Cadastro Ambiental Rural, o Ministro Luiz Fux destaca que o sucesso na implementação do cadastro demonstra que a norma não fragilizou a proteção ambiental. A AED busca analisar as consequências das normas e políticas públicas, utilizando dados e evidências para embasar as decisões.

Finalmente, é importante notar que a AED não é o único paradigma utilizado no julgado. Princípios de Direito Ambiental, tais como o princípio da precaução e o princípio da vedação do retrocesso, também são amplamente discutidos. A presença de argumentos alinhados à AED demonstra a crescente influência dessa abordagem na jurisprudência brasileira.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Entre os pontos que poderiam ser levantados como crítica à aplicação da AED na ADC n. 42, com base em conhecimentos gerais sobre o tema e não nas fontes fornecidas, citam-se alguns a seguir.

Primeiramente, é preciso fazer referência à dificuldade em mensurar valores ambientais: a mensuração de valores ambientais, como a biodiversidade ou a qualidade da água, é complexa e pode ser subjetiva. O fato de a AED se basear na comparação entre custos e benefícios pode

simplificar excessivamente a valoração ambiental, levando a decisões que privilegiam interesses econômicos em detrimento da proteção ambiental.

Em segundo lugar, a desigualdade na distribuição de custos e benefícios: apesar de AED buscar a eficiência, isso não necessariamente repercute em uma justiça distributiva. Portanto, a aplicação simplificada da abordagem pode resultar em decisões que beneficiam grupos economicamente mais poderosos, enquanto os custos da degradação ambiental são arcados desproporcionalmente por comunidades vulneráveis.

Em seguida, pode-se citar o risco de captura regulatória: a AED pode ser influenciada por grupos de interesse que buscam moldar as normas jurídicas em seu benefício, portanto, sua aplicação no contexto ambiental pode estar suscetível à captura por setores econômicos que desejam flexibilizar a legislação ambiental.

Em quarto, tem-se a limitação da participação democrática: a AED pode ser vista como uma abordagem tecnocrática que limita o espaço para a participação democrática na formulação de políticas públicas. Assim, a abordagem pode obscurecer as escolhas políticas subjacentes às decisões sobre o meio ambiente.

5.3.29 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 17¹⁴¹

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

2) Resumo do julgado

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC n. 17) foi ajuizada pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, questionando a constitucionalidade dos artigos 24, II, 31 e 32, *caput*, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), que fixam a idade mínima de seis anos para o ingresso no ensino fundamental e se a lei é compatível com a Constituição Federal.

Em relação ao caso, a maioria dos Ministros da Suprema Corte votou a favor da constitucionalidade da lei, mas apresentaram diferentes interpretações sobre a aplicação do corte etário.

¹⁴¹ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 17 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 01/08/2018. Publicada em 29/07/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753348406>. Acesso em: 16 set. 2024.

3) Como a AED aparece no julgado

O julgado tangenciou a Análise Econômica do Direito, utilizando-se de conceitos e típicos dessa área do conhecimento. Entre os argumentos utilizados, alguns merecem destaque nesta dissertação.

A preocupação demonstrada em relação à desordem no sistema educacional, caso a fixação da data de corte (31 de março) fosse considerada inconstitucional, reflete uma preocupação com a eficiência na alocação de recursos públicos. Nesse mérito, a Ministra Cármen Lúcia destaca a necessidade de organização do sistema para garantir o acesso à educação em igualdade de condições para todas as crianças. Essa ordenação sistemática e utilização de recursos de forma eficiente é inclusive um tema central na AED.

A discussão sobre a disponibilidade de vagas nas escolas, caso a data de corte fosse alterada, também se relaciona à AED, especificamente à análise de custos e benefícios. Nesse caso, o Ministro Gilmar Mendes questiona se haveria, de fato, vagas suficientes para todas as crianças que passariam a ter direito à matrícula, demonstrando a importância de se considerar os custos de uma decisão judicial dessa natureza.

No que diz respeito ao impacto econômico de políticas públicas, o Ministro Marco Aurélio menciona a necessidade de o Judiciário ter prudência ao analisar políticas públicas, considerando os dados e as previsões orçamentárias. Essa deferência às instâncias responsáveis pela formulação de políticas públicas, reconhecendo suas capacidades institucionais, é um ponto importante na AED, que busca analisar o impacto econômico e social das decisões governamentais.

Deve-se observar que a AED, como ferramenta de análise, não se limita a questões explicitamente econômicas. A aplicação de seus princípios e métodos pode ser útil em diversas áreas do Direito, inclusive a debates sobre políticas públicas, como a educação.

No caso da ADC n. 17, a ausência de uma aplicação direta da AED não significa que seus conceitos e preocupações não tenham sido utilizados. Alguns Ministros argumentaram especialmente em relação à organização do sistema educacional, à disponibilidade de recursos e à necessidade de se considerarem os custos e benefícios de uma decisão, o que demonstra uma reconhecida sensibilidade a questões típicas da AED.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Os argumentos dos Ministros se aproximam de conceitos da AED, mas esta aplicação implícita, contudo, apresenta pontos de divergência, tendo em vista a sua superficialidade e a não menção do potencial da AED para a análise de políticas públicas complexas, a exemplo da educação.

A discussão sobre a “desordem no sistema” e sobre a disponibilidade de vagas carece de dados concretos. A AED, em sua forma completa, se baseia em análises quantitativas de custos e benefícios, utilizando métodos estatísticos e econométricos para estimar o impacto de diferentes políticas. Por isso, a simples menção à “desordem” ou à falta de vagas, sem que se quantifiquem esses problemas, não oferece base para a tomada de decisão.

Outra discussão, sobre custos, por exemplo, se concentra apenas na disponibilidade de vagas, ignorando custos relevantes, tais como: custos de adaptação do sistema, treinamento de professores, adequação de materiais didáticos, ou ainda os custos de oportunidade para as crianças, a exemplo do impacto da antecipação da matrícula no desenvolvimento infantil e nas atividades lúdicas. Há ainda que se mencionar os custos sociais da evasão escolar que geram impacto a longo prazo no capital humano e na produtividade.

No caso da data de corte, a alteração do critério pode gerar incentivos para os pais matriculem seus filhos mais cedo na escola, mesmo que as crianças não estejam preparadas, o que pode repercutir na qualidade do ensino.

5.3.30 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324¹⁴²

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Administrativo

2) Resumo do julgado

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324 trata da constitucionalidade da terceirização no Brasil. O debate é sobre a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que proíbe a terceirização de atividades-fim das empresas.

¹⁴² STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 Distrito Federal**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgada em 30/08/2018. Publicada em 06/09/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>. Acesso em: 16 set. 2024.

O Ministro Roberto Barroso e outros Ministros defendem que a terceirização é um mecanismo moderno e eficiente de organização empresarial e, portanto, não causa precarização do trabalho, desde que respeitados os direitos dos trabalhadores.

O julgamento da ADPF n. 324 decidiu que a terceirização de qualquer atividade, seja fim ou meio, é lícita, não estabelecendo relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. Além disso, a decisão esclareceu que isso não impacta automaticamente os processos com coisa julgada.

A votação teve como vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que consideraram a ação improcedente. O Ministro Barroso, relator da ADPF, e o Ministro Fux, relator do Recurso Extraordinário n. 958.252 (julgado em conjunto), por sua vez, votaram pela procedência. A Procuradoria-Geral da República e a Advocacia-Geral da União questionaram a admissibilidade da ação, mas as preliminares foram rejeitadas.

A aprovação das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, que regulamentavam a terceirização, não levou à perda de objeto da ação, pois o padrão decisório da Justiça do Trabalho se manteve e a Súmula 331 do TST não foi revogada.

A decisão proferida pela Suprema Corte estabelece que a contratante deve verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada, além de responder subsidiariamente por descumprimento de normas trabalhistas e obrigações previdenciárias.

O Ministro Gilmar Mendes destacou a necessidade de flexibilização das relações trabalhistas e os resultados positivos observados em reformas trabalhistas de outros países. Isso porque o caráter globalizado do mercado de trabalho atual demanda novas formas de organização.

Os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber ponderaram pela importância dos direitos sociais e pela necessidade de proteção aos trabalhadores, considerando o risco de precarização das condições de trabalho, mediante a terceirização irrestrita. Importante notar que a relevância da jurisprudência consolidada na Súmula 331 do TST se refletira na interpretação do Direito do Trabalho como um todo.

E embora a decisão final tenha favorecido a terceirização irrestrita, o julgamento da ADPF n. 324 evidenciou a complexidade do tema e a existência de diferentes perspectivas sobre a relação entre terceirização e direitos trabalhistas.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito aparece no julgado da ADPF n. 324 em diversos momentos, principalmente nos votos dos Ministros que se posicionaram a favor da constitucionalidade da terceirização irrestrita. Outros Ministros, todavia, argumentam que a terceirização permite às empresas focarem em suas atividades principais, reduzir custos e aumentar a competitividade, o que, por sua vez, beneficia a economia como um todo. Parte-se do princípio de que a alocação eficiente de recursos leva a um maior bem-estar social.

A permissão da terceirização irrestrita é defendida como uma forma de promover a livre iniciativa e a livre concorrência, princípios basilares da economia de mercado. Alguns Ministros contestam a alegação de que a terceirização precariza as relações de trabalho e causa desemprego e, para isso, citam estudos econômicos que indicam que a terceirização pode, na verdade, reduzir o desemprego, aumentar a estabilidade no trabalho e elevar os salários. Contextualizada como uma tendência global, necessária para que as empresas brasileiras se mantenham competitivas em um mercado internacionalizado, a AED reconhece a influência da globalização nas relações econômicas e trabalhistas.

A imprevisibilidade gerada pela Súmula n. 331 do TST, que restringia a terceirização, é apontada como um fator negativo para o ambiente de negócios.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Embora presente em diversos argumentos, principalmente nos votos favoráveis à terceirização irrestrita, alguns pontos divergentes na aplicação da AED a este caso merecem uma breve discussão, entre eles, a priorização da eficiência econômica em detrimento de direitos sociais - que relega a segundo plano a proteção aos trabalhadores - e a justiça social, ambos pilares do Direito do Trabalho.

Além disso, a ênfase na livre iniciativa e na livre concorrência, embora importantes, não podem se sobrepor à dignidade do trabalhador e nem à garantia de condições justas de trabalho. A desconsideração dos riscos de precarização das relações de trabalho, como a redução salarial e a maior vulnerabilidade a acidentes, demonstra uma visão limitada da AED, que desconsidera os custos sociais da terceirização.

A afirmação de que a terceirização gera empregos e aumenta salários se baseia em estudos econômicos, cujos resultados são controversos e dependem de diversos outros fatores contextuais para uma conclusão acurada. A falta de dados concretos e abrangentes sobre o impacto da

terceirização no mercado de trabalho brasileiro acaba por fragilizar os argumentos baseados na AED.

Além disso, a realidade das condições de trabalho dos terceirizados, muitas vezes precárias e inseguras, contrasta com a visão idealizada da terceirização, desconsiderando a assimetria de poder nas relações de trabalho. A pressuposição da igualdade entre as partes nas relações contratuais não se aplica às relações de trabalho, marcadas pela hipossuficiência do trabalhador.

Ainda, a liberdade contratual, defendida pela AED, pode ser ilusória para o trabalhador terceirizado, que se vê obrigado a aceitar condições desfavoráveis por falta de alternativas, o que acentua a fragmentação da classe trabalhadora e dificulta a organização sindical, enfraquecendo a capacidade de negociação dos trabalhadores.

É importante notar que a AED não é uma ciência exata e que existem diferentes escolas de pensamento dentro dessa área. No julgamento da ADPF n. 324, a abordagem foi utilizada para justificar a decisão de permitir a terceirização irrestrita, mas é fundamental que se considerem também os argumentos sociais e trabalhistas que se contrapõem a essa visão.

Reduzir o Direito do Trabalho a um instrumento de regulação econômica ignora sua função social de proteger os trabalhadores e promover a justiça social. Uma visão individualista e contratualista da AED se choca com a perspectiva coletiva e protetiva, representando um retrocesso na proteção trabalhista e um enfraquecimento do Direito do Trabalho como um todo.

A tendência internacional em relação à terceirização é a de regulamentar e limitar sua aplicação, buscando proteger os trabalhadores e evitar a precarização das relações de trabalho. A Organização Internacional do Trabalho (OIT), por exemplo, reconhece os riscos da terceirização para os direitos trabalhistas e defende a responsabilidade da empresa contratante pelas condições de trabalho dos terceirizados. Nesse sentido, a decisão da ADPF n.324, ao permitir a terceirização irrestrita, coloca o Brasil na contramão da tendência internacional de proteção aos trabalhadores terceirizados.

A AED, embora possa ser uma ferramenta útil para a análise de questões jurídicas, não pode ser aplicada de forma isolada e descontextualizada, especialmente no que se refere a direitos sociais. A simples transposição de princípios econômicos para o campo do Direito do Trabalho, sem levar em conta as especificidades das relações trabalhistas e a necessidade de proteger os trabalhadores, pode ter consequências negativas para a justiça social e para a própria democracia.

5.3.31 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.995¹⁴³

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Constitucional e Direito Processual do Trabalho

2) Resumo do julgado

Esta decisão do STF trata da constitucionalidade da exigência de depósito prévio para o ajuizamento de ação rescisória no âmbito da Justiça do Trabalho. O relator, Ministro Roberto Barroso, argumenta que a norma é constitucional, pois é um mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou pedidos rescisórios aventureiros. O Ministro entende que utilização do Judiciário de forma abusiva pode prejudicar a qualidade e a efetividade da prestação jurisdicional.

A fixação de um depósito prévio, como condição de procedibilidade da ação rescisória, é uma medida proporcional para evitar a litigância excessiva. A maioria dos Ministros acompanhou o voto do relator, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio, que defendeu a procedência do pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito aparece na decisão para justificar a constitucionalidade do depósito prévio para o ajuizamento de ação rescisória na Justiça do Trabalho. O Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, utiliza conceitos da AED para defender a ideia de que as normas processuais devem criar incentivos e desincentivos para a litigância, buscando um equilíbrio entre o acesso à justiça e a eficiência do sistema judiciário.

Barroso argumenta que as pessoas, ao decidirem se ingressam ou não com uma ação judicial, fazem uma análise de custo-benefício, considerando a probabilidade de sucesso, o valor da causa e os custos do processo. Nesse sentido, ele reconhece que a litigância tem custos tanto individuais, para as partes, quanto sociais, para o sistema judiciário.

Então, se o custo de litigar for muito baixo, as pessoas se sentem incentivadas a ingressar com ações judiciais, mesmo quando as chances de sucesso são remotas. A consequência disso é a

¹⁴³ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.995 Distrito Federal**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgada em 13/12/2018. Publicada em 01/03/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749267870>. Acesso em: 16 set. 2024.

sobreutilização do Judiciário, o que leva ao congestionamento do sistema, comprometendo a celeridade e a qualidade da prestação jurisdicional, além de gerar custos excessivos para a sociedade.

Observa-se que o excesso de litigância e a sobrecarga do Judiciário podem contribuir para a produção de decisões contraditórias e inconsistentes, o que gera insegurança jurídica e incentiva ainda mais a litigância, criando um ciclo vicioso.

Para garantir a efetividade do sistema, é necessário criar mecanismos que desincentivem a propositura de ações judiciais aventureiras ou descabidas. A exigência de depósito prévio para o ajuizamento de ação rescisória, nesse contexto, é um mecanismo legítimo que evita a litigância excessiva e protege a coisa julgada.

O Ministro Barroso recorre à AED para contra-argumentar a alegação de que o depósito prévio viola o princípio do acesso à justiça, que não é um direito absoluto e deve ser ponderado com outros valores constitucionais, como a efetividade da tutela jurisdicional. Quando exercido de forma abusiva, pode gerar a denegação do próprio acesso à justiça, na medida em que prejudica a efetividade do sistema.

Para ele, o depósito prévio não viola o princípio da isonomia, pois a norma prevê a isenção do depósito para os hipossuficientes e a diferenciação entre trabalhadores e empregadores é legítima, considerando as diferentes condições de cada grupo. Barroso também rejeita a alegação de que a norma viola o princípio da proporcionalidade, sustentando que 20% do valor da causa não é excessivo e que o depósito só é revertido para o réu em caso de improcedência da ação.

O julgamento da ADI n. 3995 demonstra como a Análise Econômica do Direito pode ser utilizada para justificar decisões judiciais, especialmente em casos que envolvem a ponderação de princípios constitucionais e a busca por um sistema judicial mais eficiente e justo.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

A argumentação do Ministro Barroso, baseada na AED, foca na eficiência do sistema judicial, buscando reduzir a litigiosidade e os custos da máquina judiciária. Essa perspectiva, contudo, pode negligenciar a complexidade do acesso à justiça, que vai além da mera resolução de disputas, envolvendo questões de igualdade, dignidade e efetivação de direitos.

A Análise Econômica do Direito, em sua forma tradicional, tende a tratar os indivíduos como agentes racionais que buscam maximizar seus ganhos. Entretanto, essa premissa pode ser

problemática no contexto brasileiro, marcado por profundas desigualdades socioeconômicas. A exigência de um depósito prévio, mesmo que considerada “razoável” pelo Ministro Lewandowski, pode representar um obstáculo significativo para o acesso à justiça por parte de pessoas com recursos financeiros limitados.

A argumentação do Ministro Fux, ao destacar a importância da coisa julgada, coloca em segundo plano a possibilidade de erro judicial e a necessidade de correção de decisões injustas. A ação rescisória, embora excepcional, cumpre um papel fundamental na garantia da justiça material, e a imposição de barreiras financeiras pode inibir a busca por reparação em casos de injustiças.

Embora contribua para o debate sobre a eficiência do sistema judicial, a forma como a AED foi aplicada é criticada por sua visão simplificada do acesso à justiça e por negligenciar as desigualdades socioeconômicas e a busca pela justiça material. A crítica, portanto, não se dirige à AED em si, mas à forma como ela foi utilizada no julgamento, sem a devida contextualização e ponderação de outros valores constitucionais relevantes.

5.3.32 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 449¹⁴⁴

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Administrativo e Direito do Consumidor.

2) Resumo do julgado

Diz respeito a um Acórdão do STF sobre a constitucionalidade de uma lei municipal que proibia o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte individual de passageiros em Fortaleza. O STF considerou a lei inconstitucional por violar a liberdade de iniciativa, a livre concorrência e a livre escolha do consumidor, além de violar a competência da União para legislar sobre transportes.

O Acórdão destaca a necessidade de se reconhecer o impacto positivo da tecnologia e da economia compartilhada no setor de transportes e defende a necessidade de adaptação da regulamentação para atender às novas realidades, sem impedir o progresso e a inovação. O STF também argumentou que a legislação tradicional do transporte individual, com o monopólio de fato

¹⁴⁴ STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 08/05/2019. Publicada em 02/09/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750684777>. Acesso em: 16 set. 2024.

do serviço de táxi, estava obsoleta e precisava ser repensada, pois não garantia uma competição justa e nem mesmo a melhor qualidade de serviço para o consumidor.

O julgamento da ADPF n. 449 resultou na declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal de Fortaleza n. 10.553/2016 que proibia o uso de carros particulares, cadastrados ou não, em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas na cidade de Fortaleza.

A decisão pela inconstitucionalidade foi tomada após a revogação expressa daquela lei a partir da publicação da Lei n. 10.751/2018 do Município de Fortaleza. No entanto, o STF decidiu prosseguir com o julgamento da ADPF para estabelecer o regime aplicável às relações jurídicas estabelecidas durante a vigência da lei e para leis semelhantes aprovadas em outros municípios.

Entre os argumentos que fundamentaram os votos de vários Ministros que votaram pela procedência da ADPF, estão alguns destacados a seguir.

O Ministro Luiz Fux, relator da ADPF, argumentou que a lei municipal violava os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor. Já o Ministro Luís Roberto Barroso argumentou que a proibição da atividade de transporte remunerado individual por motoristas cadastrados em aplicativos era inconstitucional por violar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

O Ministro Edson Fachin, por sua vez, votou pela procedência da ADPF, com base no vício formal da lei municipal, argumentando que a União detém a competência para regulamentar o transporte.

O Ministro Alexandre de Moraes julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a nulidade do dispositivo impugnado, retirando do seu âmbito de incidência os serviços de transporte remunerado privado e individual de passageiros, tal como definido na legislação federal.

Já a Ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do Ministro Barroso, em relação ao não provimento do Recurso Extraordinário, e o voto do Ministro Fux na ADPF, considerando que os efeitos da lei municipal não se exauriram, mesmo após sua substituição.

Os Ministros Rosa Weber e Marco Aurélio votaram pelo não conhecimento da ADPF, considerando que a revogação da lei municipal gerava a perda do objeto da ação. No entanto, ambos acompanharam o voto do Ministro Barroso no Recurso Extraordinário, que tratava da mesma matéria.

A decisão do STF na ADPF n. 449 estabeleceu um precedente importante para a regulamentação do transporte privado individual de passageiros por meio de aplicativos no Brasil, reconhecendo a sua legalidade e a impossibilidade de sua proibição por leis municipais.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito teve um papel fundamental no julgamento da ADPF n. 449, permeando diversos votos e influenciando a decisão final do Supremo. O Ministro Luiz Fux, relator da ADPF, utilizou extensivamente conceitos da AED para fundamentar sua decisão, conforme demonstrado a seguir.

De início, Fux argumentou que a Lei Municipal de Fortaleza n. 10.553/2016, que proibia o transporte remunerado individual de passageiros por carros particulares, visava a proteger os interesses dos taxistas, configurando-se como um caso de captura regulatória. Ele citou a Teoria da Escolha Pública (*Public Choice Theory*) para explicar como grupos de interesse podem influenciar o processo legislativo em benefício próprio. A captura regulatória, segundo Fux, torna suspeita a restrição de novos entrantes no mercado, violando princípios constitucionais, entre os quais a igualdade e a livre iniciativa.

O Ministro Luiz Fux utiliza o conceito de excedente do consumidor (*consumer surplus*) para demonstrar os benefícios econômicos gerados pelos aplicativos de transporte. A proibição dos aplicativos, segundo ele, resultaria em um prejuízo aos consumidores, contrariando o princípio da defesa do consumidor.

Fux se baseia em estudos empíricos para fortalecer seus argumentos. Ele cita um estudo do CADE, segundo o qual a entrada do Uber no mercado de transporte individual não diminuiu a renda dos taxistas, mas auxiliou em uma expansão do mercado, atraindo novos consumidores.

O Ministro argumenta ainda que a proibição do transporte por aplicativos é uma medida desproporcional, considerando os custos e benefícios da regulação. Para tanto, destaca a importância de se considerarem os benefícios da inovação tecnológica e as alternativas menos gravosas para lidar com as preocupações de trânsito e urbanísticas.

Outros Ministros incorporaram elementos da AED em seus votos. Um deles é o Ministro Luís Roberto Barroso, que enfatizou a importância da livre concorrência e da liberdade de escolha dos consumidores.

A AED forneceu, neste julgado, uma fundamentação teórica e empírica para que o STF analisasse a constitucionalidade da Lei Municipal de Fortaleza, demonstrando como a restrição à livre iniciativa e à concorrência, motivada por interesses de grupos específicos, pode prejudicar o bem-estar dos consumidores e a economia como um todo.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Apesar da forte presença da Análise Econômica do Direito na ADPF n. 449, sua aplicação neste caso não passou imune a críticas, sendo possível, então, levantar alguns pontos que merecem atenção.

O primeiro ponto é uma visão simplificada do mercado. A argumentação baseada na AED, especialmente nos votos dos Ministros Fux e Barroso, foca majoritariamente nos benefícios da livre concorrência e na liberdade de escolha dos consumidores, simplificando a complexidade do mercado de transporte. Essa visão não considera, por exemplo, a possibilidade de externalidades negativas geradas pelo transporte privado por aplicativos, como o aumento do tráfego e a precarização das condições de trabalho dos motoristas.

A ênfase na eficiência econômica como principal critério de avaliação ignora questões distributivas relevantes e a AED, da forma como foi aplicada, não se pautou em uma análise sobre como a entrada dos aplicativos de transporte poderia impactar a renda dos taxistas e a estrutura do mercado de trabalho no setor.

A defesa da livre concorrência como solução ideal para o mercado de transporte pode levar a uma limitação excessiva da função regulatória do Estado e o uso da AED, nesse caso, parece negligenciar o papel do Estado na correção de falhas de mercado, na proteção dos direitos dos trabalhadores e na garantia de um serviço de transporte público de qualidade.

O segundo ponto faz referência à falta de debate sobre alternativas regulatórias: o julgamento se concentrou na dicotomia entre proibição e liberação total do transporte por aplicativos, sem aprofundar o debate sobre alternativas regulatórias. Nessa instância, a AED poderia ter sido utilizada para analisar diferentes modelos de regulação, buscando um equilíbrio entre a livre iniciativa, a proteção dos consumidores e a garantia de um serviço de transporte público eficiente e justo.

Vale ressaltar que alguns Ministros, como Cármen Lúcia, reconheceram a necessidade de regulação estatal, mesmo em um ambiente de livre mercado, todavia a discussão sobre o modelo regulatório ideal ficou em segundo plano no julgamento.

A crítica à forma como a AED foi utilizada na ADPF n. 449, mais uma vez, não visa invalidar a decisão ou negar os benefícios da livre concorrência, mas sim estimular um debate mais amplo e complexo sobre a regulação do mercado de transporte, considerando não apenas a eficiência econômica, mas também questões sociais, distributivas e a importância da função regulatória do Estado.

5.3.33 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.800¹⁴⁵

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito do Consumidor, Direito Empresarial e Direito Civil

2) Resumo do julgado

Refere-se a um Acórdão do Supremo Tribunal Federal que declara inconstitucional a Lei n. 92/2010 do Estado do Amazonas. A referida lei isentava instituições filantrópicas do pagamento de direitos autorais ao ECAD e invadiu a competência privativa da União para legislar sobre direito civil e direitos de propriedade intelectual, dos autores das obras musicais.

3) Como a AED aparece no julgado

O julgado ADI n. 5.800 utiliza a Análise Econômica do Direito para justificar a inconstitucionalidade da Lei n. 92/2010 do Estado do Amazonas, que isentava instituições filantrópicas do pagamento de direitos autorais ao ECAD. O Ministro Luiz Fux, relator do caso, usa argumentos da AED em sua decisão, especialmente ao tratar da inconstitucionalidade material da lei. Ele argumenta sobre a importância da exclusividade do direito autoral como incentivo à criação intelectual; sem a possibilidade de o autor obter benefício superior ao custo de reprodução da obra, haveria pouco investimento em produção intelectual. Ao isentar as instituições do pagamento, reduzir-se-ia o retorno financeiro dos autores, comprometendo esse incentivo.

¹⁴⁵ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.800 Amazonas**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 08/05/2019. Publicada em 22/05/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749883225>. Acesso em: 16 set. 2024.

Em relação aos custos de transação, Fux recorre a argumentos do estudioso Ronald Coase: trata-se de recursos gastos para encontrar a contraparte em uma negociação, definir os termos do contrato e monitorar o cumprimento do acordo. Sendo assim, o Ministro argumenta que altos custos de transação prejudicam o sistema de incentivos à produção intelectual.

4) Crítica à forma que a AED foi aplicada

Uma crítica possível seria de que a decisão se concentra excessivamente na dimensão econômica dos direitos autorais, em detrimento de outros aspectos relevantes, como a proteção da expressão individual e o fomento da diversidade cultural. Com isso, a decisão assume uma relação direta e simplista entre a redução dos custos de transação e o aumento da produção intelectual, sem considerar outros fatores complexos que influenciam a criação artística. O julgado também não examina de forma adequada os potenciais benefícios da isenção para as instituições filantrópicas e o acesso à cultura por parte da população.

5.3.34 Recurso Extraordinário n. 843.112¹⁴⁶

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Administrativo

2) Resumo do julgado

Refere-se ao Recurso Extraordinário n. 843.112, que discutia o papel do Poder Judiciário na efetivação da revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, prevista no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal. Decidiu-se que o Poder Judiciário não possui competência para determinar, ao Poder Executivo, a apresentação de projeto de lei que vise promover a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, nem para fixar o respectivo índice de correção.

O acórdão analisou a questão da separação de poderes, a natureza do direito à revisão geral anual e a possibilidade de o Poder Judiciário preencher lacunas legislativas por meio de sentenças aditivas, concluindo que, nesse caso, não se justificaria a atuação concretista do Judiciário.

¹⁴⁶ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 843.112. São Paulo**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 22/09/2020. Publicado em 01/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754271470>. Acesso em: 16 set. 2024.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito aparece de forma implícita em diversos argumentos do julgado do RE n. 843.112, principalmente naqueles referentes à *expertise* do Poder Executivo em gerir os cofres públicos e nos que dizem respeito ao impacto econômico da revisão geral anual dos servidores.

O Relator, Ministro Luiz Fux, argumenta que a definição do índice de revisão geral anual cabe aos poderes políticos, pois eles possuem maior *expertise* técnica na gestão dos recursos públicos e do funcionalismo estatal. Essa ênfase na técnica, que leva em consideração os custos e benefícios de uma decisão, é um elemento central da Análise Econômica do Direito.

Fux pondera ainda que fixar um índice de revisão por decisão judicial envolve custos de decisão e de erro muito elevados, especialmente em comparação aos custos enfrentados pelos poderes eleitos. E destaca que a delimitação das condições para a concessão da revisão pressupõe *expertise* técnica e financeira para lidar com questões, como parcelamento, restrições orçamentárias, ajustes fiscais e compensações por outros aumentos.

O julgado reconhece o impacto econômico da revisão geral anual dos servidores, principalmente considerando a sistemática da repercussão geral, que estende os efeitos da decisão para além do município de Leme, a exemplo do julgado.

A citação à obra *Interpretation and Institutions*, de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, demonstra a importância de se considerarem as capacidades institucionais na definição dos limites da atuação jurisdicional. No livro, podem-se encontrar argumentos de que os custos de erro e os custos de decisão são relevantes para determinar qual instituição está mais bem preparada para lidar com determinada questão. A análise das capacidades institucionais, considerando seus custos e eficiência, é, portanto, um elemento fundamental da Análise Econômica do Direito.

O Ministro Fux também menciona, em seu voto, a Teoria das Escolhas Racionais, uma ferramenta da AED, sugerindo que o Judiciário poderia fixar um índice inflacionário para a revisão como forma de estimular o Executivo a apresentar uma proposta menos onerosa. Essa estratégia se baseia na premissa de que os agentes políticos agem racionalmente, buscando maximizar seus benefícios e minimizar seus custos.

Em resumo, o RE n. 843.112 utiliza diversos argumentos que se apoiam em princípios e métodos calcados na análise de custos e benefícios, com consideração às capacidades institucionais, à *expertise* técnica do Executivo e à aplicação da Teoria das Escolhas Racionais.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

A argumentação do Ministro Marco Aurélio, em seu voto divergente, fornece alguns pontos passíveis de uma avaliação crítica. Ele critica a ênfase nos custos econômicos para o Estado, em detrimento da proteção dos direitos dos servidores públicos, argumentando que a Constituição garante a revisão geral anual como forma de proteger os servidores dos efeitos da inflação. Essa postura sugere que a aplicação de pressupostos da Análise Econômica do Direito, no caso em questão, priorizou os interesses do Estado em detrimento dos direitos dos servidores, negligenciando a dimensão social da questão.

O Ministro também assinala que a relação entre o Estado e o servidor público é comutativa e sinalagmática, ou seja, envolve direitos e obrigações recíprocos. Para tanto, ele argumenta que a revisão geral anual visa assegurar o equilíbrio dessa relação, garantindo que os servidores recebam uma remuneração justa pelos serviços prestados. Ao focar apenas nos custos para o Estado, a Análise Econômica do Direito ignora a natureza comutativa da relação, ignorando também a importância de se garantir a justiça contratual.

Em relação ao fato de que os servidores públicos possuem menor poder de barganha em comparação aos trabalhadores da iniciativa privada, Marco Aurélio destaca a dificuldade de se realizarem greves no serviço público e a consequente redução da efetividade desse instrumento de negociação. Nesse contexto, a revisão geral anual, assegurada pela Constituição, serve como um mecanismo de proteção para os servidores, garantindo a manutenção de seus patamares remuneratórios. E a crítica é de que a Análise Econômica do Direito, ao desconsiderar essa disparidade de poder de barganha, contribui para a precarização das condições de trabalho dos servidores públicos.

5.3.35 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766¹⁴⁷

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho

¹⁴⁷ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766**. Distrito Federal. Julgada em 20/10/2021. Publicada em 03/05/2022. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760521561>. Acesso em: 16 set. 2024.

2) Resumo do julgado

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766 trata da constitucionalidade de alterações na Consolidação das Leis do Trabalho em relação à gratuidade da justiça. A Lei n. 13.467/2017, chamada de Reforma Trabalhista, viola direitos fundamentais: ao condicionar a gratuidade da justiça para trabalhadores à obtenção de recursos em outros processos; ao exigir o pagamento de honorários periciais e custas por falta justificada à audiência e; ao determinar que a parte reclamante que não pagar as custas da ação arquivada não poderá propor nova demanda.

O debate, com diferentes posicionamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal está centrado na busca pelo equilíbrio entre o acesso à justiça, o combate à litigância temerária, a eficiência da Justiça do Trabalho e a proteção do trabalhador.

O Tribunal julgou o caso em 20 de outubro de 2021 e decidiu que partes dos artigos 790-B, 791-A e 844 da Consolidação das Leis do Trabalho eram inconstitucionais. A Corte decidiu, por maioria, que os artigos 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT eram inconstitucionais. Os Ministros Roberto Barroso (Relator), Luiz Fux (Presidente), Nunes Marques e Gilmar Mendes discordaram, em parte, da decisão.

A Suprema Corte também decidiu, por maioria, que o art. 844, § 2º, da CLT era constitucional. E os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber discordaram dessa decisão.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito emergiu como um ponto central de debate no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766 que questionou a constitucionalidade de dispositivos da Reforma Trabalhista de 2017.

O Ministro Roberto Barroso, em seu voto, utilizou a AED como fundamento para defender a necessidade de mecanismos que desestimulem a litigância excessiva na Justiça do Trabalho. Ele argumentou que a imposição de ônus sucumbenciais aos beneficiários da justiça gratuita, como previsto na Reforma, atua como um desincentivo econômico à propositura de ações frívolas, contribuindo para a eficiência do sistema judicial.

Essa perspectiva foi contestada por outros Ministros, que questionaram a aplicabilidade da AED em casos que envolvem direitos fundamentais. O Ministro Ricardo Lewandowski argumentou que princípios constitucionais, como a dignidade humana e os direitos de cidadania,

não devem ser interpretados sob a ótica da eficiência e do utilitarismo, como propõe a AED. E defendeu também uma hermenêutica jurídica que priorize valores constitucionais, em detrimento de uma análise meramente numérica e econômica.

O debate sobre a AED se intensificou com a intervenção do Ministro Luiz Fux, que buscou diferenciar a AED do movimento “Direito e Economia”, a partir do argumento de que a AED se concentra na análise do sistema jurídico sob a perspectiva da eficiência, buscando identificar as causas da ineficiência na prestação jurisdicional. Para Fux, demandas frívolas e aventuras judiciais que congestionam o sistema judicial são o principal alvo da AED, que visa otimizar o funcionamento da justiça.

A decisão final do julgamento, embora reconhecendo a constitucionalidade de alguns dispositivos da Reforma Trabalhista, impôs limites à cobrança de ônus sucumbenciais aos beneficiários da justiça gratuita, buscando equilibrar a necessidade de conter a litigância excessiva com a garantia do acesso à justiça.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

As objeções se concentram na forma como a AED foi empregada para justificar a imposição de ônus aos beneficiários da justiça gratuita, sob o argumento de desincentivar a litigância excessiva. A principal crítica reside na preocupação de que a AED, ao priorizar a eficiência do sistema judicial, negligencia princípios constitucionais basilares, como a dignidade humana e o acesso à justiça.

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, advertiu que a hermenêutica constitucional não deve se curvar a uma lógica consequencialista ou utilitarista, como a que embasa a AED. Para ele, a busca pela eficiência não pode se sobrepor à garantia de direitos fundamentais, especialmente em um contexto de profunda desigualdade social como o Brasil.

A imposição de custos aos beneficiários da justiça gratuita, mesmo com a ressalva de que se trata de um mecanismo para coibir a litigância de má-fé, pode, na prática, representar um obstáculo ao acesso à justiça para aqueles que mais necessitam.

Nesse sentido, a fragilidade dos dados empíricos utilizados para sustentar a tese de que a gratuidade de justiça incentiva a litigância excessiva na Justiça do Trabalho foi questionada pela Ministra Rosa Weber, pois, segundo ela, há uma generalização ao se afirmar que a maioria dos processos trabalhistas são improcedentes ou desprovidos de fundamento, ressaltando a importância

de se analisar cada caso individualmente. Não há uma base de dados robusta que comprove que a relação direta entre a gratuidade de justiça e a litigância excessiva fragiliza o argumento.

Adicionalmente, a Ministra Rosa Weber aponta que a imposição de ônus sucumbenciais, mesmo com as condicionantes propostas pelo Relator, pode comprometer o mínimo existencial do trabalhador e de sua família, violando o princípio da dignidade da pessoa humana.

5.3.36 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492¹⁴⁸

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Administrativo e Direito Regulatório

2) Resumo do julgado:

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492 questionava a Lei n. 14.026/2020, conhecida como o Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Sobre a questão, o STF concluiu pela constitucionalidade da lei, rejeitando os argumentos dos autores da ADI.

3) Como a AED aparece no julgado

Há reflexos de uma perspectiva econômica na análise da constitucionalidade da Lei n. 14.026/2020, uma vez que se reconhece a busca por maior eficiência na prestação dos serviços de saneamento básico como um dos objetivos centrais da Lei n. 14.026/2020. Com ênfase na eficiência, um conceito central na AED, a lei acima apresenta uma lógica de maximização de resultados com os recursos disponíveis.

A vontade política de fomentar a concorrência nos mercados de saneamento básico é apontada como um dos pilares da nova lei. Aqui é importante ressaltar que a AED tradicionalmente defende a concorrência como mecanismo para aumentar a eficiência e reduzir custos, o que corrobora a interpretação de uma influência da AED na formulação da Lei n. 14.026/2020.

Além disso, também se reconhece a existência de um monopólio natural no setor de saneamento básico, devido aos altos custos de implementação e operação da infraestrutura. Por isso, é necessária a regulação estatal em setores com características de monopólio natural, para

¹⁴⁸ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492. Distrito Federal.** Julgada em 02/12/2021. Publicada em 25/05/2022. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760946124>. Acesso em: 16 set. 2024.

evitar abusos e garantir a eficiência. A Lei n. 14.026/2020, ao fortalecer o papel da Agência Nacional de Águas na regulação do setor, parece incorporar essa lógica, buscando equilibrar a necessidade de investimentos com a proteção dos usuários.

O julgado destaca a importância da segurança jurídica para atrair investimentos privados para o setor e, nesse caminho, a AED enfatiza a importância de um ambiente regulatório estável e previsível para incentivar investimentos e promover o crescimento econômico.

A necessidade de realizar análises de impacto regulatório é mencionada no julgado, o que indica a preocupação em avaliar as consequências econômicas das normas. Essa prática é consistente com a abordagem da AED, que busca mensurar os custos e benefícios das intervenções regulatórias.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

A aplicação da AED no julgado pode ser criticada em diversos aspectos, especialmente pela forma como lida com a complexidade do tema e com os impactos sociais da lei. A busca pela eficiência econômica, embora importante, não pode ser o único critério para avaliar a Lei n. 14.026/2020, tendo em vista que a justiça social e a equidade no acesso aos serviços também devem ser buscadas.

No caso do saneamento básico, um direito humano fundamental, a ênfase na eficiência pode levar à exclusão de comunidades vulneráveis, que podem não ser atrativas para o mercado. O julgado, ao focar na eficiência e na atratividade para investimentos privados, corre o risco de perpetuar desigualdades no acesso ao saneamento básico.

Adicionalmente, o julgado reconhece a existência de um monopólio natural no setor de saneamento básico, contudo, a aposta na concorrência como solução para o problema pode ser questionada, pois não necessariamente isso levará à redução de custos e à melhoria da qualidade dos serviços. Em um setor com altos custos fixos e infraestrutura complexa, a concorrência pode levar à fragmentação do sistema, dificultando a universalização do acesso e o planejamento integrado. A análise dos riscos e desafios específicos do setor podem comprometer a efetividade da lei na garantia do direito ao saneamento básico para todos.

A decisão valida a imposição de um modelo único de prestação de serviços, ignorando a diversidade do país e a necessidade de soluções adaptadas às realidades locais. Mas é preciso

observar que a centralização excessiva pode levar à ineficiência e à desresponsabilização dos municípios, comprometendo a qualidade dos serviços e o controle social.

No caso do saneamento básico, a AED precisa ser aplicada com cautela, considerando as externalidades positivas do serviço, como a redução de doenças, a melhoria da qualidade de vida e a inclusão social. O julgado, ao não se aprofundar neste sentido, corre o risco de promover uma visão reducionista acerca do problema, focada apenas em indicadores econômicos.

A aplicação da AED no contexto desta ADI careceu de uma análise mais crítica e abrangente. A ênfase excessiva na eficiência econômica, a aposta na concorrência em um setor com características de monopólio natural e a limitação da autonomia municipal são pontos que merecem atenção. Para ser aplicada de forma justa e efetiva no caso do saneamento básico, a AED precisa ser combinada com uma análise profunda e contundente dos impactos sociais e das particularidades locais, buscando soluções que garantam o acesso universal a esse direito humano fundamental, sem comprometer a sustentabilidade do sistema e a justiça social.

5.3.37 Recurso Extraordinário 1.014.286¹⁴⁹

1) Área do direito em que a AED foi aplicada

Direito Previdenciário

2) Resumo do julgado

O Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal desafia a possibilidade de servidores públicos averbarem o tempo de serviço prestado em atividades nocivas à saúde, com conversão em tempo comum, para fins de aposentadoria especial. Com a maioria dos votos, o STF decidiu que, até a edição da Emenda Constitucional 103/2019, a conversão era possível com base nas regras do regime geral de previdência social, mas, após referida emenda, essa possibilidade passou a depender de lei complementar dos entes federados.

O Ministro Luiz Fux, relator do caso, votou pela impossibilidade da conversão, argumentando que o direito à aposentadoria especial não implica automaticamente o direito à conversão do tempo de serviço, e que a contagem de tempo ficto é vedada pela Constituição.

¹⁴⁹ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.014.286**. São Paulo. Julgado em 31/08/2020. Publicado em 24/09/2020. Relator: Min. Luiz Fux. Relator para o Acórdão: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910281>. Acesso em: 16 set. 2024.

Já o Ministro Edson Fachin, em seu voto, divergiu do relator, defendendo a possibilidade da conversão e argumentando que a EC 103/2019 não impede essa prática. Além disso, para ele, a conversão é um ajuste necessário para proteger os servidores que trabalham em condições especiais. Assim, o Recurso Extraordinário n. 1.014.286 foi negado por maioria, de acordo com a ata de julgamento do Supremo Tribunal Federal, tendo sido o Ministro Edson Fachin o redator do acórdão e o Ministro Luiz Fux, o relator original do caso e voto vencido.

3) Como a AED aparece no julgado

O Ministro Luiz Fux, em seu voto vencido, utilizou a Análise Econômica do Direito para argumentar contra a concessão do direito à contagem diferenciada de tempo de serviço para fins de aposentadoria especial aos servidores públicos. Ele defendeu que o equilíbrio atuarial da previdência e a necessidade do seu custeio são imprescindíveis para a subsistência do sistema e para assegurar benefícios dignos às gerações futuras. Enfatizou também a escassez de recursos públicos e a necessidade de o Judiciário considerar o impacto econômico de suas decisões, especialmente no âmbito previdenciário.

Em seu voto, Fux citou os estudiosos Cass Sunstein e Stephen Holmes, para quem a proteção de qualquer direito impõe custos ao Estado e demanda alocação de recursos escassos. O Ministro do STF fez ainda referência a Richard Posner, que defende a aplicação da Teoria Econômica ao Direito para aumentar a eficiência e mitigar os efeitos negativos da legislação.

Com base nesses argumentos, Luiz Fux concluiu que o Judiciário deve adotar uma postura de autocontenção e evitar conceder benefícios sem autorização constitucional ou legal, especialmente em casos que podem impactar o equilíbrio econômico-financeiro do sistema previdenciário.

Os Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Marco Aurélio votaram a favor da concessão do benefício, com base em argumentos de isonomia e justiça social. A decisão final, por maioria, negou provimento ao Recurso Extraordinário, reconhecendo o direito à conversão de tempo especial em comum para servidores públicos até a edição da Emenda Constitucional n. 103/2019.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Uma possível crítica em relação à aplicação da AED no RE n. 1.014.286 é que a argumentação de Fux prioriza o impacto financeiro da decisão, em detrimento de outros valores constitucionais relevantes, entre os quais: a isonomia, a dignidade da pessoa humana e a justiça social. A ênfase na escassez de recursos públicos e no equilíbrio atuarial pode obscurecer a necessidade de proteger direitos trabalhistas e previdenciários, especialmente de trabalhadores que desempenharam atividades de risco em benefício da sociedade.

Houve no caso deste julgado uma redução do Direito a uma mera ferramenta de gestão econômica, negligenciando sua função de promover justiça e garantir direitos fundamentais. Entende-se que a busca pela eficiência econômica jamais deve se sobrepor à proteção de direitos individuais e sociais.

Em sua argumentação, o Ministro Luiz Fux se concentra na natureza contributiva da previdência, sem dar a devida importância ao princípio da solidariedade, que também norteia o sistema previdenciário brasileiro. Esse princípio, presente no art. 40 da Constituição, pressupõe que a sociedade, por meio do Estado, deve garantir a proteção social aos indivíduos, especialmente em situações de vulnerabilidade, como a velhice e a doença.

A decisão final da Suprema Corte, negando provimento ao Recurso Extraordinário e reconhecendo o direito à conversão de tempo especial em comum, demonstra a prevalência de valores constitucionais em detrimento de uma visão estritamente economicista da previdência.

5.3.38 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.874¹⁵⁰

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Penal

2) Resumo do julgado:

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5874 questionou a constitucionalidade do Decreto n. 9.246/2017, que concedeu indulto natalino e comutação de penas. A Procuradoria-Geral da República argumentou que o decreto violava a separação de Poderes, o princípio da

¹⁵⁰ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.874 Distrito Federal**. Julgado em 09/05/2019. Publicado em 05/11/2020. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>. Acesso em: 16 set. 2024.

individualização da pena, a moralidade administrativa e o princípio republicano. ADI foi julgada improcedente, revogando a medida cautelar que suspendia o decreto, tendo prevalecido o entendimento de que o indulto é uma prerrogativa do Presidente da República, com base no art. 84, XII, da Constituição Federal. O Decreto n. 9.246/2017 foi, então, declarado constitucional.

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito foi utilizada no caso do indulto para avaliar a constitucionalidade do Decreto Presidencial n. 9.246/2017. O Ministro Luiz Fux, em seu voto, recorreu a essa metodologia para argumentar que o decreto era inconstitucional por violar princípios, como a separação de Poderes, a individualização da pena e o princípio republicano. A AED neste caso visou a minimizar os custos sociais relacionados à delinquência, objetivo alcançado por meio da dissuasão de comportamentos indesejados e da aplicação de penas que causam “desutilidade” ao criminoso, proporcional ao proveito obtido com o crime.

O Ministro argumentou que o indulto só se justifica quando os custos da aplicação da pena superam os benefícios sociais que ela proporciona; em outras palavras, o perdão da pena só é economicamente justificável quando o encarceramento causa mais prejuízos do que benefícios para a sociedade.

No caso do Decreto n. 9.246/2017, Fux defendeu que o indulto foi concedido de forma indiscriminada e arbitrária, sem levar em consideração os custos e benefícios da aplicação da pena. Ele destacou que a redução da pena em 4/5 (quatro quintos) torna a reprimenda penal praticamente nula, diluindo o efeito dissuasório da lei e destruindo o sistema de incentivos para a observância da lei.

O Ministro ponderou ainda que o indulto concedido a indivíduos que já foram beneficiados com penas alternativas – como regime aberto, substituição por penas restritivas de direito, *sursis* processual ou livramento condicional – é desproporcional e arbitrário. Isso ocorre porque, nesses casos, a aplicação da pena corporal já foi considerada desnecessária pelo Judiciário e a concessão do indulto não traz nenhum benefício social correspondente.

A Análise Econômica do Direito foi utilizada no caso do indulto para demonstrar que a concessão do benefício de forma indiscriminada e arbitrária viola princípios constitucionais e compromete a eficácia do Direito Penal na minimização dos custos sociais da criminalidade.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

Neste caso a AED foi usada como forma de simplificar em excesso a complexa questão da concessão de indulto, reduzindo-a a uma análise de custos e benefícios. A dificuldade de quantificar os custos e benefícios da aplicação da pena e do indulto, especialmente em relação aos seus aspectos sociais e humanos, se apoia uma postura utilitarista que desconsidera a dignidade humana e a finalidade ressocializadora da pena, previstas na Constituição Federal.

No que se refere à ideia, de que a redução da pena em 4/5 (quatro quintos) torna a reprimenda penal praticamente nula e compromete o efeito dissuasório da lei, questiona-se se essa análise não ignora o fato de que o indulto é um instrumento de política criminal que visa, entre outros objetivos, aliviar a superlotação carcerária e promover a reinserção social do condenado. A simples quantificação da redução da pena, sem considerar o contexto social e individual de cada caso, leva a uma conclusão simplista e descontextualizada.

A crítica do Ministro Fux à concessão de indulto para indivíduos que já foram beneficiados com penas alternativas, como regime aberto, também se baseia em uma análise quantitativa que desconsidera a finalidade ressocializadora da pena e a individualização da execução penal. O fato de um indivíduo ter sido condenado a uma pena alternativa não significa que ele não possa ser beneficiado pelo indulto, desde que preenchidos os requisitos legais e avaliada a sua situação individual.

Outro ponto de questionamento é o fato de Luiz Fux ignorar o papel do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) na elaboração do Decreto de Indulto. O CNPCP é um órgão consultivo do Ministério da Justiça, composto por especialistas de diversas áreas, que tem a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política criminal.

Em suma, a Análise Econômica do Direito utilizada no voto do Ministro Fux desconsidera a *expertise* do CNPCP e a complexidade do debate técnico e social que envolve a concessão do indulto. A AED não se mostra, então, adequada para a análise da constitucionalidade do Decreto de Indulto, dada a complexidade do tema e a impossibilidade de quantificar os seus múltiplos aspectos.

5.3.39 Ag. Reg. no Mandado de Injunção 6.951¹⁵¹

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Administrativo e Direito Previdenciário

2) Resumo do julgado

O texto trata de um Agravo Regimental em um Mandado de Injunção, no qual um guarda do município de Novo Hamburgo pleiteia o direito à aposentadoria especial, alegando que sua atividade é de risco. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso, entendeu que a exposição eventual a situações de risco não garante direito subjetivo constitucional à aposentadoria especial. A Suprema Corte concluiu que a função de guarda municipal, prevista constitucionalmente para proteger bens, serviços e instalações do município não se equipara a atividades de risco inerentes à polícia e aos agentes penitenciários.¹⁵²

3) Como a AED aparece no julgado

A Análise Econômica do Direito é expressa no julgado de forma sutil, especificamente no voto-vista do Ministro Luiz Fux, o qual argumenta que a concessão de aposentadorias especiais deve ser considerada com cautela, especialmente no contexto de aumento da expectativa de vida e de desafios econômicos.

Fux destaca a necessidade de equilibrar o princípio da isonomia com a sustentabilidade financeira do sistema previdenciário; ele expressa a preocupação de que a proliferação de aposentadorias precoces pode gerar um ônus insustentável para as gerações futuras.

Ao referenciar o teórico Richard Posner, o Ministro Fux reconhece a importância de se considerarem os impactos econômicos das decisões judiciais. Os preceitos teóricos citados dão suporte à sua defesa de que a aposentadoria especial deve ser uma medida excepcional, concedida

¹⁵¹ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Mandado de Injunção 6.951**. Distrito Federal. Julgado em 20/09/2019. Publicado em 15/10/2019. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751151471>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹⁵² O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 995, decidiu que os guardas municipais integram o sistema de segurança pública. A possibilidade ou não de concessão de aposentadoria especial nos moldes do § 4º-B do artigo 40 da Constituição Federal ressurgiu. Mas o fato de integrar o sistema de segurança pública não produz efeitos imediatos relacionados à política pública.

apenas em casos de real necessidade para garantir a isonomia, e não para servir como um complemento de renda para aqueles que ainda podem trabalhar.

O julgado se concentra principalmente na interpretação constitucional do direito à aposentadoria especial para guardas municipais, no entanto, a argumentação do Ministro Fux demonstra a influência do pensamento da AED na condução de trabalhos do STF.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

A aplicação da Análise Econômica do Direito no voto do Ministro Luiz Fux pode ser criticada sob alguns aspectos.

Ao concentrar sua argumentação na necessidade de proteger a sustentabilidade financeira do sistema previdenciário, o Ministro Fux prioriza o equilíbrio atuarial em detrimento da proteção social dos guardas municipais. Essa ênfase é uma aplicação limitada da AED, que negligencia outros valores importantes, como a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Ao argumentar que a aposentadoria não deve ser um “complemento de renda de quem tem plenas condições de trabalhar”, o Ministro Fux parece adotar uma visão reducionista do trabalho, desconsiderando os riscos e as dificuldades inerentes à profissão de guarda municipal.

A AED, quando aplicada de forma crítica, deve considerar as particularidades de cada profissão e os impactos do trabalho na saúde e na vida dos trabalhadores. Isso poderia ser feito a partir da apresentação de dados empíricos para sustentar sua afirmação de que a concessão de aposentadorias especiais para esta categoria representaria um risco para o sistema previdenciário.

Uma análise econômica completa exigiria a apresentação de dados sobre o número de guardas municipais, a taxa de mortalidade na profissão, o impacto financeiro da concessão do benefício, entre outros fatores relevantes.

Ao defender a deferência ao Legislativo para a definição da aposentadoria especial dos guardas municipais, o Ministro Fux limita a função do Judiciário na proteção dos direitos sociais. A AED não deve ser utilizada para restringir o papel do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais, especialmente quando há omissão do Legislativo.

A crítica aqui construída não tem como objetivo desmerecer o trabalho do Ministro Luiz Fux ou do Supremo Tribunal Federal, mas de promover uma reflexão sobre a aplicação da AED no contexto do Direito Previdenciário.

5.3.40 Segundos Emb. Decl. no Recurso Extraordinário n. 661.256¹⁵³

1) Área do Direito em que a AED foi aplicada

Direito Previdenciário

2) Resumo do julgado

Refere-se a Embargos de Declaração opostos contra Acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre a desaposentação e reaposentação no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). A desaposentação, conforme debatido no processo, consiste na renúncia de um benefício de aposentadoria, com o objetivo de requerer um novo, incorporando o tempo de contribuição posterior à primeira aposentadoria. Já a reaposentação, também abordada no julgado, se difere da desaposentação por não utilizar o tempo de contribuição anterior à primeira aposentadoria, levando em consideração apenas o período posterior.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, negar tanto a desaposentação quanto a reaposentação, considerando que esses institutos não possuem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Na votação, diversos argumentos foram utilizados para fundamentar a decisão.

A reserva de lei formal foi um ponto central, com os Ministros argumentando que a criação de benefícios previdenciários é prerrogativa do legislador, não cabendo ao Judiciário concedê-los sem a devida previsão legal. O princípio da solidariedade também foi invocado, sustentando que a concessão de benefícios sem lastro legal comprometeria o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS.

Apesar de negar a desaposentação e a reaposentação, o STF decidiu que os segurados que receberam valores a título de desaposentação, com base em decisões judiciais anteriores, não precisam devolvê-los, considerando o princípio da boa-fé. A Corte também rejeitou a modulação dos efeitos da decisão para preservar benefícios concedidos em decisões transitadas em julgado, argumentando que não haveria ameaça à segurança jurídica, pois os casos já decididos poderiam ser revistos via ação rescisória ou revisional.

¹⁵³ STF. Supremo Tribunal Federal. **Segundos Emb. Decl. no Recurso Extraordinário n. 661.256**. Santa Catarina. Julgado em 06/02/2020. Publicado em 13/11/2020. Relator: Min. Dias Toffoli. Relator para o Acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754370065>. Acesso em: 16 set. 2024.

Ao fim do julgamento, o STF alterou a tese de Repercussão Geral (Tema 503) para incluir a reaposentação:

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação' ou à 'reaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Ao negar a desaposentação e a reaposentação, o a Suprema Corte buscou garantir a segurança jurídica e a sustentabilidade do sistema previdenciário, respeitando a reserva de lei formal e o princípio da solidariedade.

3) Como a AED aparece no julgado

O julgado aborda a questão da desaposentação e da reaposentação no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e, embora o texto não mencione explicitamente a Análise Econômica do Direito, alguns argumentos utilizados pelos Ministros podem ser relacionados a essa perspectiva.

A preocupação com o impacto financeiro da desaposentação e reaposentação para o sistema previdenciário é um ponto central no julgamento. Isso porque diversos Ministros argumentaram que a concessão desses benefícios, sem previsão legal, geraria um ônus bilionário para o erário, comprometendo o equilíbrio atuarial do RGPS. Trata-se de argumento relacionado à Análise Econômica do Direito, na medida em que considera os custos e benefícios da decisão para a sustentabilidade do sistema previdenciário.

Destaca-se que a possibilidade de desaposentação criaria um incentivo perverso para que os trabalhadores se aposentassem precocemente, buscando posteriormente um recálculo do benefício. A Constituição, por meio da EC 20/98, busca incentivar a postergação da aposentadoria, e a desaposentação seria incompatível com esse objetivo. Argumento este que pode ser associado à Análise Econômica do Direito, pois esta analisa como as normas jurídicas influenciam o comportamento dos agentes (no caso, os trabalhadores) e os incentivos que geram.

Adicionalmente, a argumentação de diversos Ministros se baseia no princípio da solidariedade, que norteia o sistema previdenciário brasileiro. A ideia central é que o custeio da Seguridade Social é responsabilidade de toda a sociedade e que a concessão de benefícios sem lastro legal comprometeria a justiça e a sustentabilidade do sistema. Portanto, a aplicação do

princípio da solidariedade pode ser vista como um elemento da Análise Econômica do Direito, na medida em que busca uma distribuição justa dos custos e benefícios da previdência social.

4) Crítica à forma como a AED foi aplicada

A argumentação com base no impacto financeiro da desaposentação e reaposentação para o sistema previdenciário, embora relevante, poderia ser criticada por negligenciar outros aspectos importantes, como a justiça social e o direito dos segurados que contribuíram para o sistema. Uma crítica possível seria a de que a decisão priorizou a sustentabilidade financeira em detrimento dos direitos individuais dos segurados.

A análise dos incentivos à postergação da aposentadoria pode ser considerada simplista. A decisão de se aposentar ou não é influenciada por diversos fatores, além da possibilidade de um futuro recálculo do benefício. Variáveis como saúde, oportunidades de trabalho e planejamento familiar também desempenham um papel importante na questão da aposentadoria. Uma crítica nesse ponto seria a de que o julgado não considerou a complexidade dos fatores que influenciam as decisões dos trabalhadores.

A avaliação do impacto das normas jurídicas sobre a distribuição de renda poderia ser objeto da AED. No caso da desaposentação, a decisão do STF pode ter um impacto regressivo, beneficiando desproporcionalmente os segurados com maiores rendimentos e, então, a ausência de uma análise sobre esse aspecto poderia ser objeto de crítica.

Vale notar que a Análise Econômica do Direito, como qualquer outra ferramenta de análise, possui suas limitações e deve ser utilizada com cautela, considerando o contexto social e os princípios jurídicos envolvidos em cada caso.

6 ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DOS JULGADOS

Seguindo a metodologia já explicitada nesta dissertação, foi realizado o levantamento das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal proferidas entre 2018 e 2024 e fixada a amostra quantitativa e qualitativa relacionada à Análise Econômica do Direito nos julgados pesquisados. Daqui por diante, são verificados os temas e as áreas em Direito que mais receberam a aplicação da AED, dentro da amostra de julgados.

Posteriormente a esta verificação, são explorados os níveis de profundidade e de relevância dos julgados (seção 6.2) para, em seguida, serem tecidas as críticas sobre a forma como a Análise Econômica do Direito foi empregada (seção 6.3), com indicação de possíveis formas de fortalecer e melhorar o seu uso, conciliado com a busca da eficiência econômica e com a proteção de direitos fundamentais.

6.1 TEMAS E ÁREAS DO DIREITO QUE RECEBERAM APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Esta seção sistematiza os temas e as áreas do Direito em que a Análise Econômica do Direito foi aplicada dentro da amostra de dados pesquisada. Inicialmente a proposta era tratar apenas das áreas em que a AED foi aplicada, mas devido à relevância de temas como a Lei de Diretrizes e bases, a Legislação Penal Especial (especificamente a Lei de Organização Criminosas) e o tema do Direito Regulatório, previsto na Lei n. 14.026/2020 que trata do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, optou-se por expandir a categorização das amostras para áreas e temas.

Com esse procedimento metodológico, busca-se confirmar a hipótese de que a aplicação da AED pelo STF, após 2018, ao estabelecer novos critérios de segurança jurídica, motivou uma abordagem econômica mais estruturada nas decisões judiciais e influenciou a interpretação e aplicação das normas. Na busca pela eficácia das decisões, com a preocupação de repercussão social, os julgados do STF, ao aplicarem esse método de interpretação, utiliza o instrumental econômico dentro do Direito, mas com princípios e regras próprios, refletindo não apenas os interesses das partes. Com isso, verificam-se impactos econômicos nas decisões sobre a sociedade e a promoção de maior justiça social e equidade.

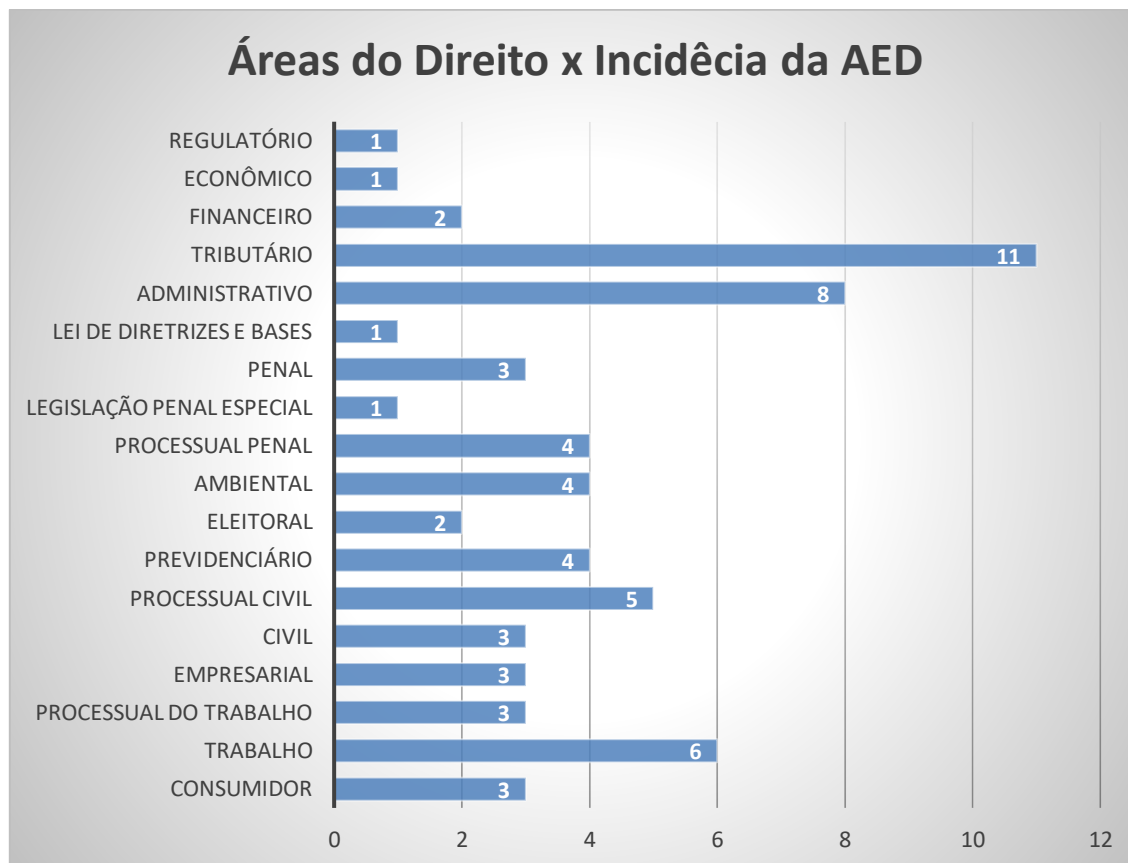
A tabela 1 e o gráfico 1, a seguir, apresentam os dados da amostragem em termos de áreas/temas que receberam a aplicação da AED, incidência (recorrência) da AED e localização da aplicação da AED na dissertação.

Tabela 1: Julgados categorizados por área/tema, incidência e localização na dissertação

Área do Direito	Incidência	Apareceu na seção 5.3
Consumidor	3	5.3.1, 5.3.32, 5.3.33
Trabalho	6	5.3.1, 5.3.16, 5.3.24, 5.3.27, 5.3.30, 5.3.35
Processual do Trabalho	3	5.3.30, 5.3.31, 5.3.35
Empresarial	3	5.3.1, 5.3.21, 5.3.33
Civil	3	5.3.3, 5.3.13, 5.3.33
Processual Civil	5	5.3.2, 5.3.3, 5.3.4, 5.3.9, 5.3.14
Previdenciário	5	5.3.2, 5.3.39, 5.3.40, 5.3.37
Eleitoral	2	5.3.4, 5.3.25
Ambiental	4	5.3.5, 5.3.15, 5.3.27, 5.3.28
Processual Penal	4	5.3.7, 5.3.12, 5.3.20, 5.3.38
Legislação P. Especial	1	5.3.12
Penal	3	5.3.23, 5.3.25, 5.3.38
Lei de Diret. e Bases	1	5.3.29
Administrativo	7	5.3.10, 5.3.15, 5.3.23, 5.3.32, 5.3.34, 5.3.36, 5.3.39 5.3.5, 5.3.6, 5.3.8, 5.3.11, 5.3.14, 5.3.15, 5.3.17, 5.3.18, 5.3.19, 5.3.22,
Tributário	11	5.3.26
Financeiro	2	5.3.15, 5.3.22
Econômico	1	5.3.10
Regulatório	1	5.3.36
Total	65	

Fonte: Elaborado pelo próprio autor (2025)

Gráfico 1 – Área/Tema do Direito x Incidência da AED em julgados do STF entre 2018 e 2024



Fonte: Elaborado pelo próprio autor (2025)

Ressalta-se que o Direito Constitucional não foi incorporado à tabela nem ao gráfico, visto que as ações objetivas, aquelas cuja competência de julgamento é do STF, desafiam temas constitucionais, o que geraria sua incidência em todos os julgados, podendo consequentemente distorcer a análise.

Observa-se, ainda, dentro do campo amostral dos julgados selecionados, que o Direito Tributário e o Direito Administrativo, seguidos pelo Direito do Trabalho, Direito Processual Civil e Direito Previdenciário foram as áreas do Direito que mais tiveram aplicação da Análise Econômica do Direito. Muitos dos julgados nessas áreas continham menção à AED, em sua ementa ou na própria *ratio decidendi*, conforme análise do inteiro teor dos julgados.

Outras áreas, como Direito Ambiental, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Processual do Trabalho, Direito do Consumidor e Direito Penal, tiveram incidência intermediária da Análise Econômica do Direito. E a menor incidência da Análise Econômica do Direito ocorreu

em leis esparsas ou mesmo subáreas, como Direito Eleitoral, Direito Regulatório, Direito Econômico, Lei de Diretrizes e Bases e Legislação Penal Especial.

Na tabela 2 a seguir, verifica-se a incidência de aplicação da AED nos julgados por ano, considerando o período entre 2018 e 2024.:

Tabela 2: Incidência e recorrência da AED em julgados do STF entre 2018 e 2024

Natureza da ação	Ano
RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 839.950	2018
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 4.066	2018
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n. 324	2018
AG.REG. NA PETIÇÃO n. 8.002	2019
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 1.083.955	2019
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 5.508	2019
QUARTO AG. REG. NO INQUÉRITO n. 4.435	2019
AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE n. 42	2019
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 3.995	2019
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n. 449	2019
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 5.800	2019
AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO 6.951	2019
ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n. 167	2020
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 4.101	2020
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 5.485	2020
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 2.261	2020
AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE n. 17	2020
RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 843.112	2020
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.014.286	2020
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 5.874	2020
SEGUNDOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO	2020
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 4.858	2021
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 5.529	2021
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 5.625	2021
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 4.787	2022
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 4.785	2022
RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO n. 843.989	2022
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 5.766	2022
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 6.492	2022
EMB. DECL. NO AG. REG. NO REC. EXTRAORDINÁRIO COM AGR. 1.324.429	2023
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n.5.941	2023
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 5.545	2023
AG. REG. NO RE n. 1.422.836	2023
AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 1.403.904	2023

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO n. 1.415.924	2023
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 6.298	2023
RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 949.297	2023
RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 860.631	2024
AG. REG. NO RE n. 1.391.460	2024
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 5.567	2024

Fonte: Dados coletados no site do STF, referentes ao período de 2018 a 2024.

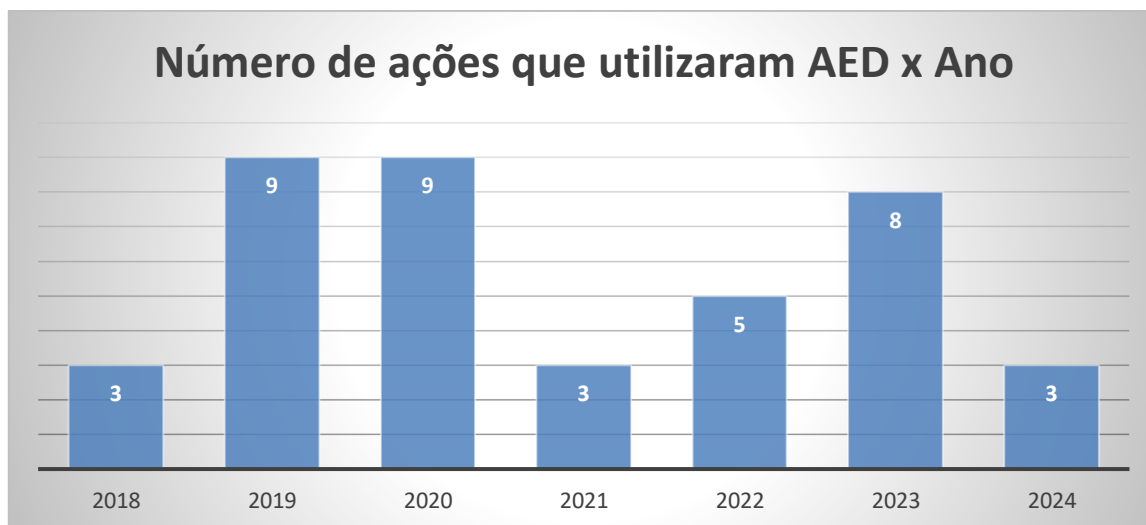
Resumidamente, é possível notar e contabilizar um considerável número de ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal que se utilizaram da metodologia da Análise Econômica do Direito entre 2018 e outubro de 2024.

Tabela 3: Quantidade de ações que aplicaram a AED por ano (2018-2024)

Ano	Nº de Ações
2018	3
2019	9
2020	9
2021	3
2022	5
2023	8
2024	3

Fonte: Elaborado pelo próprio autor (2025)

Gráfico 2 - Quantidade de ações que aplicaram a AED por ano (2018-2024)



Fonte: Elaborado pelo próprio autor (2025)

Por meio dessa tabela e gráficos, observa-se um aumento na utilização da Análise Econômica do Direito em decisões do STF, entre os anos de 2018 e 2020. Logo em seguida, no ano de 2021, observa-se a queda dessas aplicações em julgados pelo mesmo Órgão. Depois disso, um novo incremento é observado em 2023, seguido de outra redução em 2024.

Em outras palavras, nota-se a oscilação no uso dessa abordagem econômica nas decisões, mas com tendência geral de crescimento em termos tanto quantitativos quanto qualitativos. O referido crescimento não se restringe apenas ao número de julgados que empregaram a Análise Econômica do Direito, mas também à qualidade com que essa metodologia tem sido aplicada.

Ressalta-se que a investigação sobre as razões para essas flutuações não foi objeto de estudo desta dissertação. Apesar disso, pode-se especular que a queda de aplicações da AED entre 2020 e 2022 foi influenciada pela pandemia, mas esta é uma hipótese que carece de embasamento científico, sendo apenas uma suposição que poderia ser explorada em estudos futuros.

Dando continuidade à análise de áreas e temas jurídicos em julgados do STF que mais receberam a aplicação da Análise Econômica do Direito, elencamos a seguir, cada categoria, acompanhada de uma explanação.

6.1.1 Direito do Consumidor

A análise dos três julgados¹⁵⁴ no capítulo 5 (Análise econômica do Direito no âmbito do STF após 2018), especificamente na seção 5.3 (Julgados analisados de janeiro de 2018 a outubro de 2024), demonstra que a AED tem sido utilizada pelo STF em casos de Direito do Consumidor para defender a livre iniciativa e a liberdade de escolha dos consumidores, como no caso da proibição de aplicativos de transporte, ou ainda para justificar a proteção dos direitos de

¹⁵⁴ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 839.950 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24/10/2018. Publicado em 02/10/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752381260>. Acesso em: 16 set. 2024.
STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 08/05/2019. Publicada em 02/09/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750684777>. Acesso em: 16 set. 2024.
STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.800 Amazonas**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 08/05/2019. Publicada em 22/05/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749883225>. Acesso em: 16 set. 2024.

propriedade intelectual, como no caso da isenção do pagamento de direitos autorais por instituições filantrópicas.

No entanto, a aplicação da AED nesses casos também tem sido alvo de críticas por priorizar a eficiência econômica em detrimento de outros valores relevantes, como a segurança dos consumidores, as condições de trabalho dos prestadores de serviços e a proteção da cultura. Outras críticas são proferidas à abordagem econômica tendo em vista a simplificação da complexidade das relações de consumo, com consequente desconsideração dos impactos sociais das decisões judiciais.

6.1.2 Direito do Trabalho

A análise dos seis julgados¹⁵⁵ demonstra que, em casos de Direito do Trabalho, a AED foi utilizada para justificar a flexibilização das leis trabalhistas em nome da livre iniciativa, da eficiência econômica e da geração de empregos. A abordagem foi útil também para defender a constitucionalidade de normas que restringem o acesso à Justiça do Trabalho, como o depósito prévio para ações rescisórias e a limitação da gratuidade da justiça (julgado que envolveu aspectos de Direito Material e de Direito Processual).

No entanto, a aplicação da AED nesses casos também tem sido alvo de críticas por priorizar a eficiência econômica em detrimento da proteção dos trabalhadores e ainda por simplificar a complexidade das relações de trabalho e desconsiderar os impactos sociais das decisões judiciais,

¹⁵⁵ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 839.950 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24/10/2018. Publicado em 02/10/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752381260>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 1.403.904 Santa Catarina**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 04/09/2023. Publicado em 23/10/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771913877>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.625 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 28/10/2021. Publicada em 29/03/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759942773>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 Distrito Federal**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgado em 24/08/2017. Publicado em 07/03/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 Distrito Federal**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgada em 30/08/2018. Publicada em 06/09/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766. Distrito Federal**. Julgada em 20/10/2021. Publicada em 03/05/2022. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760521561>. Acesso em: 16 set. 2024.

negligenciando a função social do Direito do Trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana.

6.1.3 Processo do Trabalho

A análise dos três julgados¹⁵⁶ demonstra que a AED tem sido utilizada pela Suprema Corte em casos de Direito Processual do Trabalho para justificar a busca por eficiência no sistema judicial, com a redução de custos e o combate à litigância excessiva.

A aplicação da abordagem cria mecanismos processuais que desestimulam ações temerárias, como o depósito prévio em ações rescisórias e também defende a necessidade de ponderar o acesso à justiça com outros valores, como a eficiência econômica e a sustentabilidade do sistema judicial.

As críticas nesse mérito residem essencialmente na forma como esta visão potencialmente restringe o acesso à justiça para trabalhadores hipossuficientes, negligenciando a função social do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores em face da priorização da eficiência econômica e do detrimento da proteção social.

6.1.4 Direito Empresarial

A análise dos três julgados¹⁵⁷ demonstra que a AED tem sido utilizada pelo STF em casos de Direito Empresarial para defender o princípio da livre iniciativa e a liberdade contratual,

¹⁵⁶ STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 Distrito Federal**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgada em 30/08/2018. Publicada em 06/09/2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.995 Distrito Federal**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgada em 13/12/2018. Publicada em 01/03/2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749267870>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766**. Distrito Federal. Julgada em 20/10/2021. Publicada em 03/05/2022. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760521561>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹⁵⁷ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 839.950 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24/10/2018. Publicado em 02/10/2018. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752381260>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529 Distrito Federal**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgada em 12/05/2021. Publicada em 01/09/2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757080156>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.800 Amazonas**. Relator: Min. Luiz Fux.

buscando proteger a autonomia dos agentes econômicos e a eficiência do mercado. Adicionalmente, a abordagem busca analisar o impacto de normas sobre a segurança jurídica e o ambiente de negócios, na tentativa garantir a previsibilidade das regras e de incentivar investimentos ou justificar a proteção de direitos de propriedade intelectual, com base na necessidade de incentivos econômicos para a inovação e a criatividade.

No entanto, a aplicação da AED a esses casos também tem sido alvo de críticas por priorizar a eficiência econômica em detrimento da proteção de outros valores, como os direitos dos consumidores, o acesso à cultura e a justiça social, ou ainda, por simplificar a análise de questões complexas, reduzindo-as a uma investigação sobre custos e benefícios, sem consideração das diversas variáveis sociais e políticas envolvidas.

Potencialmente a aplicação da AED favorece interesses privados em detrimento do interesse público, especialmente quando utilizada para defender a desregulamentação de mercados e a redução da intervenção estatal na economia.

6.1.5 Direito Civil

Nos três julgados¹⁵⁸ relacionados ao Direito Civil, a AED foi útil como justificativa para a busca por eficiência no sistema judiciário e para a redução de custos. Sua aplicação também visou a avaliar a proporcionalidade de medidas que afetam os direitos individuais e defender a importância dos incentivos econômicos na proteção de direitos de propriedade intelectual.

A crítica nesses casos consiste no fato de que o STF priorizou, quando da utilização do instituto, a eficiência econômica em detrimento da proteção de direitos fundamentais, com notável simplificação de direitos complexos, reduzidos a meros valores monetários.

Julgada em 08/05/2019. Publicada em 22/05/2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749883225>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹⁵⁸ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 860.631 São Paulo**. Relator: Min. Luiz Fux. Repercussão Geral – Mérito (Tema 982). Julgado em 26/10/2023. Publicado em 14/02/2024. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774149231>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.545 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 13/04/2023. Publicado em 16/06/2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768636835>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.800 Amazonas**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 08/05/2019. Publicada em 22/05/2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749883225>. Acesso em: 16 set. 2024.

Observou-se uma necessidade em garantir a eficiência contratual no contexto regulado, mas, de fato, não se notou no texto dos acórdãos analisados uma exposição detalhada sobre como a Análise Econômica do Direito foi utilizada para justificar a flexibilidade ou a rigidez dos contratos.

Nesse cenário, contudo, é possível, sem extrapolar os limites dos julgados, interpretar as referências à eficiência contratual à luz de conceitos da AED. Sabe-se que a eficiência contratual está intrinsecamente associada à ideia de que os contratos devem ser desenhados e interpretados de forma a maximizar os benefícios para as partes envolvidas e para a coletividade, reduzindo custos de transação, incentivando o cumprimento voluntário das obrigações e prevenindo comportamentos oportunistas.

Ao mencionar a eficiência contratual nos julgados, a Suprema Corte parece ter adotado uma postura que reconhece a necessidade de equilíbrio entre a liberdade contratual (como princípio orientador dos contratos no sistema jurídico brasileiro) e as limitações impostas por normas de ordem pública. Nesse sentido, a flexibilidade contratual pode ser vista como um meio de permitir que as partes ajustem suas relações a necessidades específicas, aumentando o grau de eficiência. Por outro lado, a rigidez contratual, ao ser aplicada em determinadas circunstâncias, pode ser entendida como um mecanismo de proteção a interesses mais amplos, como o equilíbrio econômico do mercado ou a proteção de partes mais vulneráveis nas relações contratuais.

Entretanto, pode-se dizer que a ausência de um detalhamento explícito sobre a aplicação da AED não invalida a possibilidade de considerar que o Supremo vem, ao longo dos anos e implicitamente, observando e considerando os princípios da análise econômica no Direito em seus trabalhos.

Em resumo, ao buscar justificar a flexibilidade ou a rigidez contratual com base na AED, pode-se argumentar que a flexibilidade favorece a adaptabilidade e a eficiência das relações privadas, enquanto a rigidez pode ser necessária para preservar a segurança jurídica e a proteção de interesses coletivos. Em seus julgados, o STF parece ter buscado um ponto de equilíbrio entre essas duas abordagens, ainda que não tenha explicitado diretamente a utilização das ferramentas analíticas da AED.

6.1.6 Direito Processual Civil

A análise de cinco julgados¹⁵⁹ demonstra que a AED tem sido utilizada pelo STF em casos de Direito Processual Civil para justificar a busca pela eficiência do sistema judicial, demonstrando a importância da execução extrajudicial como meio para desafogar o judiciário e as medidas executivas atípicas como forma de coerção, a fim de dar maior efetividade às suas decisões.

A AED é utilizada no intuito de defender a importância da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais, como no caso da observância de precedentes no Novo Código de Processo Civil. Seu uso se faz útil nos julgados para ponderar custos e benefícios das decisões judiciais, como no caso da suspensão de processos com potencial impacto bilionário nas contas públicas.

No entanto, a aplicação da AED a esses casos também tem sido alvo de críticas por priorizar a eficiência do sistema judicial em detrimento da proteção de direitos fundamentais, a exemplo do acesso à justiça e do direito à ampla defesa. Outro ponto questionável é que o uso da Análise Econômica do Direito pode simplificar a complexidade das relações jurídicas ao desconsiderar os impactos sociais das decisões judiciais.

6.1.7 Direito Previdenciário

Os quatro julgados¹⁶⁰ relacionados ao Direito Previdenciário demonstram que a AED foi utilizada pelo STF, neste campo amostral, com a finalidade de avaliar a sustentabilidade financeira

¹⁵⁹ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Petição 8.002 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 12/03/2019. Publicado em 01/08/2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750304839>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 860.631 São Paulo**. Relator: Min. Luiz Fux. Repercussão Geral – Mérito (Tema 982). Julgado em 26/10/2023. Publicado em 14/02/2024. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774149231>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 167 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 07/03/2018. Publicado em 14/10/2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754086708>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 09/02/2023. Publicado em 28/04/2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767273122>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 1.422.836 Rio Grande do Sul**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 12/09/2023. Publicado em 15/09/2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770755679>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹⁶⁰ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Petição 8.002 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado

do sistema previdenciário e o impacto das decisões judiciais nas contas públicas, com fito no equilíbrio entre a concessão de benefícios previdenciários e a necessidade de garantir a eficiência na gestão dos recursos públicos.

A aplicação da AED nesses casos, todavia, tem sido alvo de críticas, pois o fato de priorizar o equilíbrio atuarial em detrimento da proteção social dos beneficiários pode incorrer na simplificação das complexas relações previdenciárias, em descon sideração aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. A AED foi utilizada, nesses casos, de forma pouco transparente e sem a devida explicitação dos métodos e pressupostos da análise econômica.

6.1.8 Direito Eleitoral

A análise destas duas decisões¹⁶¹ demonstra que a AED pode ser aplicada a casos eleitorais para defender a centralização da jurisdição eleitoral, com base em argumentos de segurança jurídica, previsibilidade e eficiência. A Análise Econômica do Direito foi utilizada ainda para justificar a competência da Justiça Eleitoral no julgamento de crimes comuns conexos a crimes eleitorais, com base em argumentos de economia processual.

Nota-se, entretanto, que a aplicação da AED a casos eleitorais enfrenta críticas e, em um exercício de especulação analítica, pode-se notar que o Ministro Luiz Fux a utiliza para fundamentar algo já decidido, recorrendo à teoria para dar ênfase à eficiência e à previsibilidade, o pode levar a uma visão formalista do Direito Eleitoral, em detrimento da justiça no caso concreto.

em 12/03/2019. Publicado em 01/08/2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750304839>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.014.286**. São Paulo. Julgado em 31/08/2020. Publicado em 24/09/2020. Relator: Min. Luiz Fux. Relator para o Acórdão: Min. Edson Fachin. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910281>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Mandado de Injunção 6.951**. Distrito Federal. Julgado em 20/09/2019. Publicado em 15/10/2019. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751151471>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Segundos Emb.Decl. no Recurso Extraordinário n. 661.256**. Santa Catarina. Julgado em 06/02/2020. Publicado em 13/11/2020. Relator: Min. Dias Toffoli. Relator para o Acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754370065>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹⁶¹ STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 167 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 07/03/2018. Publicado em 14/10/2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754086708>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Quarto AG. Reg. no Inquérito 4.435 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 14/03/2019. Publicado em 21/08/2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750577279>. Acesso em: 16 set. 2024.

A AED também pode, em algumas situações, ser utilizada para justificar a concentração de poder em determinados órgãos, o que acaba por comprometer o equilíbrio entre os Poderes.

6.1.9 Direito Ambiental

De maneira geral, nos quatro julgados¹⁶² que envolvem o Direito Ambiental, buscou-se justificar a cobrança de taxas para financiar a fiscalização ambiental e a internalização de custos. A AED nesses casos também foi aplicada no intuito de equilibrar a proteção ambiental com o desenvolvimento econômico, buscando soluções eficientes que minimizassem os impactos negativos sobre o meio ambiente. Trata-se de uma avaliação sobre o impacto de políticas públicas e criação incentivos para a conduta desejada.

Não houve, no que se refere a esses julgados, uma investigação ostensiva sobre custos e benefícios das decisões judiciais. Houve, sim, uma priorização dos interesses econômicos em detrimento da proteção ambiental e da justiça social, com limitação da participação democrática na formulação de políticas públicas, o que justifica as críticas à aplicação da abordagem econômica ao Direito.

Merecem destaque os custos sociais *versus* benefícios econômicos. A teoria de Ronald Coase é implicitamente pautada nas decisões, especialmente no que diz respeito à internalização de externalidades. Segundo o autor, em cenários onde existem externalidades, a atribuição clara de direitos de propriedade pode permitir que as partes negociem entre si para alcançar uma alocação eficiente de recursos.

No entanto, no caso concreto, o STF ressaltou que a gravidade dos danos ambientais e a assimetria de poder entre as partes impedem que a negociação privada alcance uma solução

¹⁶² STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.787 Amapá**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 01/08/2022. Publicada em 14/10/2022. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763771063>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.785 Minas Gerais**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 01/08/2022. Publicada em 14/10/2022. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763770434>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 Distrito Federal**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgado em 24/08/2017. Publicado em 07/03/2018. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 28/02/2018. Publicada em 13/08/2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>. Acesso em: 16 set. 2024.

eficiente. Dessa forma, o Tribunal vem decidindo que é necessário o uso de instrumentos regulatórios e a imposição de responsabilidades jurídicas para internalizar os custos das externalidades negativas.

Ao atribuir a responsabilidade objetiva ao empreendedor, por exemplo, o STF assegurou que os custos associados aos danos ambientais fossem internalizados pela atividade econômica que os gerou, evitando que recaíssem sobre a sociedade. Essa abordagem é coerente com a ideia de que, ao responsabilizar os agentes econômicos, cria-se um incentivo para que eles adotem tecnologias mais limpas e práticas empresariais sustentáveis, reduzindo os impactos ambientais futuros.

Embora o STF tenha utilizado argumentos de natureza econômica, sua análise carece de uma fundamentação empírica robusta. Não houve menção direta a estudos ou dados que quantificassem os impactos econômicos da responsabilidade objetiva, por exemplo, ou mesmo os custos sociais dos danos ambientais no caso específico. A fundamentação econômica baseou-se mais em conceitos gerais e no princípio do poluidor-pagador do que em análises empíricas detalhadas. A ausência de dados específicos nesses casos enfraquece a aplicação da Análise Econômica do Direito, pois deixa de explorar como as soluções propostas poderiam, de fato, maximizar a eficiência econômica e minimizar os impactos sociais.

Relacionando os julgados ao conceito de eficiência de Pareto – que ocorre quando nenhuma parte pode melhorar sua situação sem piorar a de outra – pode-se dizer que aquela eficiência não foi diretamente alcançada, pois a imposição de custos ao empreendedor inevitavelmente reduz seus lucros. No entanto, as decisões podem ser justificadas sob a noção de eficiência de Kaldor-Hicks, que admite transferências entre as partes, desde que o benefício coletivo seja maior que o custo individual.

Por fim, ao garantir a reparação dos danos ambientais e evitar que os custos recaiam sobre a sociedade, a abordagem da AED deve promover uma melhoria no bem-estar social que supera as perdas econômicas dos empreendedores. Essa é uma visão da abordagem econômica alinhada com a ideia de que o bem-estar ambiental da coletividade é prioritário em relação aos ganhos econômicos individuais.

6.1.10 Direito Processual Penal

A análise dos quatro julgados¹⁶³ demonstra que a AED tem sido utilizada em casos de Direito Processual Penal no STF para defender a “Justiça Negocial”, com base em argumentos de eficiência e redução de custos. A abordagem também serve à justificativa sobre a colaboração premiada como instrumento de combate à criminalidade organizada e à análise da proporcionalidade e da economicidade na aplicação da pena.

Uma crítica que pode ser feita a esta aplicação é a de que, ao se reduzir a complexidade do sistema de justiça criminal a uma questão meramente econômica ou ao negligenciarem-se os direitos fundamentais dos réus e os fins da pena, limita-se o papel do Judiciário na proteção dos direitos sociais.

6.1.11 Legislação Penal Especial

A Lei que trata a Organização Criminosa possui natureza mista de Direito Penal e Processo Penal e, por sua relevância, foi tratada de forma autônoma nesta dissertação.

Na ADI n. 5.567¹⁶⁴ que questionava a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13), a Análise Econômica do Direito foi utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes para fundamentar a constitucionalidade da colaboração premiada. Embora o foco principal do julgado não tenha sido a AED, o Ministro a utilizou para destacar a eficiência da colaboração premiada como instrumento de persecução penal.

¹⁶³ STF. Supremo Tribunal Federal. **Emb. Decl. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.324.429 Santa Catarina**. Julgado em 13/11/2023. Publicado em 06/12/2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773255004>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.567 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgada em 21/11/2023. Publicada em 24/01/2024. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773852939>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgada em 20/06/2018. Publicada em 05/11/2019. Disponível em;

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751303490>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.874**. Distrito Federal. Julgado em 09/05/2019. Publicado em 05/11/2020. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>. Acesso em 16 set. 2024.

¹⁶⁴ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.567 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgada em 21/11/2023. Publicada em 24/01/2024. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773852939>. Acesso em: 16 set. 2024.

A colaboração premiada é enquadrada como uma forma de “Justiça Negocial” ou “Premial”, que busca a gestão eficiente da Justiça Penal. No caso, o Ministro argumentou que a colaboração premiada, ao incentivar a cooperação do acusado, reduz os custos de transação do processo penal, diminuindo o tempo para a entrega da prestação jurisdicional e aumentando a probabilidade de condenação dos líderes de organizações criminosas.

Recorrendo à Teoria dos Jogos, o argumento utilizado contribui para a compreensão da lógica da colaboração premiada, que se assemelha ao Dilema do Prisioneiro. A colaboração premiada cria um incentivo para que os membros da organização criminosa busquem o benefício individual da delação, mesmo que isso prejudique o grupo como um todo, levando à desestruturação da organização.

Apesar da argumentação do Ministro Gilmar Mendes, a aplicação da AED à questão da colaboração premiada, ao focar na eficiência, pode ter negligenciado os riscos da colaboração premiada para os direitos fundamentais dos réus, entre eles o direito ao silêncio, à presunção de inocência e à garantia de um processo justo. É prudente lembrar que a busca por resultados rápidos e a minimização de custos não podem se sobrepor à proteção de direitos fundamentais.

Ao se analisarem os incentivos criados pela colaboração premiada, desconsidera-se o potencial desse instrumento para gerar falsas condenações, com base em depoimentos de réus que buscam apenas benefícios próprios. Mas a ênfase na eficiência não pode comprometer a busca pela verdade e a justiça no processo penal.

A aplicação da AED ignora a necessidade de garantir a justiça e a equidade na aplicação da colaboração premiada, evitando que esse instrumento seja utilizado de forma seletiva ou discriminatória. Mas a busca por eficiência não pode justificar a aplicação desigual da lei e a perpetuação de desigualdades sociais.

A crítica ao uso na Análise Econômica do Direito neste caso se direciona à forma de utilização da abordagem, sem a devida ponderação de outros valores constitucionais relevantes. A AED pode ser uma ferramenta útil para a análise de questões de Direito Processual Penal, mas sua aplicação deve ser feita com cautela, considerando os princípios e valores que orientam o sistema de justiça criminal.

6.1.12 Direito Penal

Os três julgados¹⁶⁵ analisados demonstram a crescente influência da AED sobre o Direito Penal brasileiro no sentido de: defender a segurança jurídica como elemento essencial para a economia; buscar a eficiência na prestação jurisdicional e alocação de recursos; analisar a proporcionalidade da pena e os custos e benefícios do indulto. No entanto, a aplicação da AED no Direito Penal enfrenta também diversos desafios. Alguns juristas a veem, por exemplo, sob a ótica utilitarista e reducionista do Direito. Uma das críticas proferidas à AED é a de que a abordagem econômica encontra dificuldades para quantificar valores complexos, como justiça, dignidade humana e ressocialização. Além disso, para os críticos, há sempre o risco de a Análise Econômica do Direito negligenciar os direitos fundamentais dos réus em nome da eficiência econômica.

6.1.13 Lei de Diretrizes e Bases

A Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 17¹⁶⁶ discute a constitucionalidade do corte etário para ingresso no ensino fundamental e apresenta reflexos da Análise Econômica do Direito, embora o termo não tenha sido explicitamente mencionado no julgado.

A Lei de Diretrizes e bases não é uma área específica do Direito, mas traz em seu conteúdo um tema inerente e ligado ao Direito Constitucional da Educação. Nesta dissertação, a lei foi tratada de forma apartada, como uma disciplina autônoma, dada a sua relevância e pertinência como Direito Social, em que a aplicação da Análise Econômica do Direito pode ser verificada.

A AED, ao analisar a eficiência e os custos de diferentes políticas públicas, contribui para a compreensão de questões complexas como o acesso à educação. Nesse sentido, a preocupação

¹⁶⁵ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 843.989 Paraná**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 18/08/2022. Publicado em 12/12/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764875895>.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Quarto AG. Reg. no Inquérito 4.435 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 14/03/2019. Publicado em 21/08/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750577279>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.874**. Distrito Federal. Julgado em 09/05/2019. Publicado em 05/11/2020. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>. Acesso em 16 set. 2024.

¹⁶⁶ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 17 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 01/08/2018. Publicada em 29/07/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753348406>. Acesso em: 16 set. 2024.

com a potencial “desordem no sistema”, caso a data de corte para ingresso no ensino fundamental fosse alterada, conforme expresso por alguns Ministros em seus votos, se relaciona à AED.

A mudança no critério etário poderia gerar um aumento repentino na demanda por vagas, impactando a capacidade do sistema de atender a todos os alunos de forma eficiente. O Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, questionou se haveria vagas suficientes, caso a data de corte fosse alterada, demonstrando a importância de se considerarem os custos de uma decisão judicial.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, destacou a necessidade de prudência do Judiciário ao analisar políticas públicas, considerando os dados e previsões orçamentárias. Essa deferência às instâncias políticas, reconhecendo suas capacidades institucionais, se alinha à AED, que busca analisar o impacto econômico e social das decisões governamentais. O contexto serve como um alerta para que o Judiciário evite interferir em políticas públicas complexas, sem considerar paralelamente as suas implicações orçamentárias.

As normas jurídicas influenciam o comportamento dos indivíduos e, no caso da ADC n. 17, a fixação da data de corte para o ingresso no ensino fundamental pode gerar incentivos para os pais matricularem seus filhos na idade estipulada. A alteração desse critério poderia gerar novos incentivos, com consequências imprevisíveis para o sistema educacional.

A discussão sobre a “desordem no sistema” e a disponibilidade de vagas carece de dados concretos e de análises quantitativas. A AED, em sua forma completa, se baseia em análises de custo-benefício, utilizando métodos estatísticos e econométricos para estimar o impacto de diferentes políticas. A simples menção à “desordem”, sem a devida quantificação dos custos e benefícios, enfraquece a argumentação.

Em uma análise de curto prazo, considera-se o impacto imediato da mudança de corte etário sobre a demanda por vagas. No entanto, a AED, uma análise mais ampla, considerando os efeitos de longo prazo da educação sobre o capital humano e a produtividade.

6.1.14 Direito Administrativo

Os sete julgados¹⁶⁷ analisados demonstram a crescente influência da AED no Direito Administrativo brasileiro. A Análise Econômica do Direito foi utilizada nessas decisões para:

¹⁶⁷ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.083.955 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 28/05/2019. Publicado em: 07/06/2019. Disponível em:

justificar a deferência do Judiciário a órgãos reguladores, como o CADE; defender a cobrança de taxas que incentivem o uso eficiente dos recursos naturais; argumentar a favor da livre concorrência em setores como o transporte; defender a *expertise* do Poder Executivo em matéria de política salarial e previdenciária.

Observa-se que a aplicação da abordagem econômica ao Direito Administrativo ainda enfrenta desafios, como o risco de captura regulatória e de priorização da eficiência econômica em detrimento da justiça social. É necessário que se considerem, então, outros valores além da eficiência econômica, como a proteção dos direitos fundamentais, a segurança pública e a qualidade dos serviços públicos. Além disso, é importante realizar análises econômicas robustas, com base em dados empíricos e em métodos quantitativos, para fundamentar as decisões judiciais.

6.1.15 Direito Tributário

Nos 11 julgados¹⁶⁸ analisados, a AED foi utilizada para justificar a cobrança da taxa, argumentando que esta visa cobrir os custos da atividade estatal de fiscalização, garantindo a sustentabilidade da atividade e a proteção do meio ambiente.

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>. Acesso em: 16 set. 2024.
STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.785 Minas Gerais**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 01/08/2022. Publicada em 14/10/2022. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763770434>. Acesso em: 16 set. 2024.
STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 843.989 Paraná**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 18/08/2022. Publicado em 12/12/2022. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764875895>.
STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 Distrito Federal**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgada em 30/08/2018. Publicada em 06/09/2019. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>. Acesso em: 16 set. 2024.
STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 08/05/2019. Publicada em 02/09/2019. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750684777>. Acesso em: 16 set. 2024.
Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 843.112 São Paulo**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 22/09/2020. Publicado em 01/11/2020. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754271470>. Acesso em: 16 set. 2024.
STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492 Distrito Federal**. Julgada em 02/12/2021. Publicada em 25/05/2022. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760946124>. Acesso em: 16 set. 2024.
STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Mandado de Injunção 6.951**. Distrito Federal. Julgado em 20/09/2019. Publicado em 15/10/2019. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751151471>. Acesso em: 16 set. 2024.
¹⁶⁸ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.787 Amapá**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 01/08/2022. Publicada em 14/10/2022. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763771063>. Acesso em: 16 set. 2024.

O Ministro Luiz Fux utilizou a AED para defender a constitucionalidade da tributação diferenciada, argumentando que as instituições financeiras têm maior capacidade contributiva e que a medida visa promover a justiça fiscal. Seu objetivo foi fundamentar a constitucionalidade da tributação diferenciada, baseando-se na obra *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner. Ele argumentou que a tributação diferenciada tem o intuito maximizar a arrecadação e promover a eficiência do sistema tributário.

A AED foi utilizada para defender a imunidade tributária da CEMIG, pois a cobrança do IPTU impactaria negativamente o preço da energia elétrica para os consumidores. Fux, então, defendeu a imunidade tributária, argumentando que a cobrança do IPTU impactaria negativamente o custo do serviço para a população. A Análise Econômica do Direito apareceu nos votos dos Ministros Luiz Fux e Alexandre de Moraes. Ambos argumentaram que a taxa incentiva a exploração sustentável dos recursos minerais, internalizando os custos da fiscalização ambiental.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.101 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 16/06/2020. Publicada em 06/07/2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753175067>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.485 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 16/06/2020. Publicada em 06/07/2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753175094>. Acesso em: 05 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 1.391.460 Minas Gerais**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 18/03/2024. Publicado em 26/03/2024. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=775596420>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 1.422.836 Rio Grande do Sul**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 12/09/2023. Publicado em 15/09/2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770755679>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.785 Minas Gerais**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 01/08/2022. Publicada em 14/10/2022. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763770434>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.858 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17/08/2021. Publicado em 20/10/2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757813862>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.415.924 Minas Gerais**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 04/09/2023. Publicado em 12/09/2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770650785>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24/08/2023. Publicado em 19/12/2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.261 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgada em 21/08/2019. Publicada em 28/08/2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753645555>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 949.297 Ceará**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 08/02/2023. Publicado em 02/05/2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767314567>. Acesso em: 16 set. 2024.

Por meio da análise de custo-benefício, para ponderar os benefícios da resolução em termos de redução da guerra fiscal e os custos em termos de eventual discriminação de produtos importados, o Ministro Luiz Fux, em seu voto vencido, utilizou a AED para defender a imunidade tributária da empresa concessionária. Fux argumentou que a cobrança do IPTU aumentaria o custo do serviço para a população, impactando negativamente a acessibilidade e a qualidade do serviço público.

A AED também foi utilizada de forma implícita para justificar a constitucionalidade de alguns artigos da Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente aqueles que impõem restrições aos entes federativos em relação aos gastos públicos. O Ministro Alexandre de Moraes utilizou conceitos como federalismo fiscal, eficiência dos gastos públicos e o “efeito *flypaper*” para fundamentar sua decisão.

Em outro momento a AED foi utilizada para justificar a modulação dos efeitos da decisão, sob o argumento de que a cobrança retroativa do tributo geraria insegurança jurídica e prejudicaria o ambiente de negócios.

Sendo assim, os 11 julgados analisados demonstram a crescente utilização da AED em casos de Direito Tributário no STF. A abordagem tem sido aplicada para justificar a cobrança de taxas e impostos, para analisar a constitucionalidade de regimes de tributação diferenciada, para fundamentar decisões sobre imunidade tributária e para avaliar a constitucionalidade de leis que impactam as finanças públicas, como a Lei de Responsabilidade Fiscal.

No entanto, o uso da AED no Direito Tributário enfrenta desafios, como a necessidade de uma análise econômica mais robusta e transparente, com base em dados empíricos e métodos quantitativos. É urgente que se considerem, com a AED, outros valores além da eficiência econômica, entre os quais: justiça fiscal, equidade tributária e proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes.

6.1.16 Direito Financeiro

A Análise Econômica do Direito, como teoria, auxiliou na interpretação do Direito e na tomada de decisões¹⁶⁹ em casos de Direito Financeiro. No entanto, nos casos analisados observou-se características de superficialidade e negligência a aspectos sociais relevantes.

Para uma aplicação mais profunda da AED no contexto jurídico brasileiro, seria necessário: fazer a análise econômica para além de conceitos básicos e considerando as complexas relações entre os atores, os custos/benefícios das decisões e as diferentes teorias econômicas, com transparência na aplicação, explicitando os métodos e pressupostos utilizados. Isso permitia um debate mais qualificado sobre a sua aplicação no caso concreto, ponderando com outros valores, uma vez que é necessário considerar aspectos como justiça social, direitos fundamentais e a proteção do meio ambiente como critérios de decisão.

6.1.17 Direito Econômico

O Recurso Extraordinário¹⁷⁰ questionava a possibilidade de revisão judicial do mérito de uma decisão administrativa do CADE, que havia condenado a empresa por práticas antitruste.

A AED foi utilizada no julgado para defender a deferência do Poder Judiciário as decisões do CADE em matéria de regulação da concorrência. A *expertise* técnica do CADE é reconhecida e a sua capacidade institucional em questões de regulação econômica é baseada em “circunstâncias fáticas e econômicas complexas”, sendo vista, portanto, como mais adequada para avaliar a conduta de agentes econômicos e a aplicação de sanções antitruste.

O Ministro Fux cita o estudioso Cass Sunstein para destacar a complexidade dos efeitos sistêmicos da regulação, que podem gerar consequências imprevisíveis e indesejáveis, caso haja interferência judicial no mérito das decisões do CADE. A interferência do Judiciário poderia

¹⁶⁹ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.785 Minas Gerais**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 01/08/2022. Publicada em 14/10/2022. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763770434>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.261 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgada em 21/08/2019. Publicada em 28/08/2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753645555>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹⁷⁰ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.083.955 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 28/05/2019. Publicado em: 07/06/2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>. Acesso em: 16 set. 2024.

comprometer a coerência e a eficácia da política regulatória, gerando insegurança jurídica para os agentes econômicos e prejudicando a previsibilidade do sistema.

A AED reconhece que a intervenção judicial possui custos, tanto em termos de tempo e recursos quanto em termos de potencial distorção das decisões do regulador. A revisão judicial do mérito das decisões do CADE pode gerar atrasos, aumentar os custos de transação e comprometer a eficiência da regulação da concorrência.

A deferência irrestrita à *expertise* do CADE pode torná-lo, entretanto, suscetível à captura por grupos de interesse, comprometendo a imparcialidade e a efetividade da regulação. A falta de um controle judicial mais rigoroso abre espaço para decisões que favoreçam determinados agentes econômicos em detrimento do interesse público.

A ênfase na análise econômica, em detrimento de uma avaliação mais abrangente dos direitos individuais em jogo, pode resultar em decisões que violem garantias fundamentais, como o direito à livre iniciativa e à propriedade privada. Essa abordagem tende a privilegiar a eficiência econômica como critério central de avaliação. No entanto, a regulação da concorrência também envolve questões sociais, políticas e éticas que não podem ser ignoradas. Pode-se defender, com isso, um controle judicial ativo e qualificado para evitar a captura regulatória e garantir a proteção dos direitos individuais.

6.1.18 Direito Regulatório

O Direito à saúde, como um direito social, é tema inerente ao Direito Constitucional. Assim o Direito Regulatório – previsto na Lei n. 14.026/2020 que trata no Novo Marco Legal do Saneamento Básico, decorrente do art. 200 da CF que prevê o saneamento básico como competência do Sistema Único de Saúde – foi aqui estudado como tema do Direito em separado, pois representou uma incidência específica da AED.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492¹⁷¹ questionava a Lei n. 14.026/2020, conhecida como Novo Marco Legal do Saneamento Básico. A lei incentiva a participação da

¹⁷¹ STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492 Distrito Federal**. Julgada em 02/12/2021. Publicada em 25/05/2022. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760946124>. Acesso em: 16 set. 2024.

iniciativa privada, por meio de concessões e parcerias público-privadas, e estabelece metas para a cobertura dos serviços.

No Acórdão da ADI n. 6.492, a AED está presente implicitamente em diversos pontos do julgado, especialmente nos argumentos que defendem a constitucionalidade da nova lei. A abordagem é utilizada para justificar a abertura do setor de saneamento básico à iniciativa privada, com base no argumento de que a concorrência aumenta a eficiência e a qualidade dos serviços. Com isso, cria-se a expectativa de que a participação de empresas privadas impulse investimentos, inovação tecnológica e melhores práticas de gestão.

A necessidade de realizar análises de impacto regulatório é outro ponto mencionado no julgado, indicando uma preocupação em avaliar as consequências econômicas das normas, prática que se alinha com a AED, a qual busca mensurar os custos e benefícios das intervenções regulatórias.

A ênfase excessiva da eficiência econômica, embora importante, não pode ser o único critério de decisão em um setor como o saneamento básico, que envolve direitos humanos fundamentais, como o acesso à água e ao esgotamento sanitário. A aplicação da AED a este caso negligencia os impactos sociais das políticas públicas.

Outro lado negativo está na possibilidade de que a nova lei, ao incentivar a privatização, possa causar aumento nas tarifas, além de dificuldades de acesso aos serviços para a população de baixa renda. Também se nota a aposta na concorrência em um setor com características de monopólio natural como o saneamento básico. Nos setores com altos custos fixos e economias de escala, a concorrência pode não ser o modelo mais eficiente, podendo levar à formação de oligopólios e à perda de controle público sobre os serviços.

Ao centralizar a regulação do saneamento básico na Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), limita-se a autonomia dos municípios na gestão dos serviços. E a AED, nesse caso, é criticada por negligenciar a importância do federalismo e da descentralização na prestação de serviços públicos.

6.2 NÍVEIS DE PROFUNDIDADE COM QUE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO FOI UTILIZADA NOS JULGADOS

A análise dos julgados demonstra que a profundidade da aplicação da Análise Econômica do Direito varia consideravelmente. Isso porque foi observado pelo menos três níveis de profundidade: superficial ou implícita, explícita ou sistemática e uma forma mais profunda da Análise Econômica do Direito.

Nos casos em que a abordagem é utilizada de forma superficial ou implícita, ocorre apenas a menção a termos e conceitos básicos, entre eles: eficiência, custos de transação e incentivos, sem uma análise aprofundada dos seus impactos e implicações. São exemplos de aplicação superficial (implícita) da AED, os abaixo elencados.

- ADI 4.785: Apesar de mencionada nos votos dos Ministros Luiz Fux e Alexandre de Moraes, a AED é aplicada de forma superficial, sem explorar a fundo a relação entre o valor da taxa, o custo da fiscalização e os benefícios para a sociedade. A questão das externalidades negativas da atividade minerária também não é explorada de forma satisfatória.
- ADI n. 5.567: O Ministro Gilmar Mendes utiliza conceitos, como o Teorema de Coase, para justificar a aplicação do acordo de não persecução penal, mas sem uma análise mais profunda do contexto social e jurídico da justiça criminal. A simples menção à boa-fé objetiva, sem mecanismos concretos para garantir a igualdade entre as partes, também é criticada.
- RE 843.989: é utilizada implicitamente no voto do Ministro Luiz Fux para defender a prescrição intercorrente em ações de improbidade administrativa, com base na necessidade de evitar a paralisia da Administração Pública. No entanto, a análise se limita à duração dos processos, sem considerar outros custos e benefícios da Lei de Improbidade.

Em outros casos, a AED é aplicada de forma mais explícita e sistemática, com a apresentação de conceitos, métodos e dados empíricos para sustentar a argumentação, com a utilização de modelos econômicos e uma análise mais detalhada dos custos e benefícios das diferentes alternativas. A seguir, são relacionados exemplos de julgados com aplicação mais explícita da Análise Econômica do Direito.

- Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 1.083.955: A decisão limita o controle judicial à legalidade e abusividade dos atos administrativos, excluindo a revisão de méritos e fortalecendo a autonomia do CADE na política antitruste. Assim, o julgado usa a AED para embasar a primazia da especialização regulatória sobre a revisão judicial, reconhecendo a importância de uma abordagem econômica aplicacional nas decisões concorrenciais.
- ADI 5.800: É empregada para analisar a questão dos direitos autorais e a isenção para instituições filantrópicas. O Ministro Luiz Fux discute os incentivos à produção intelectual, os custos de transação e a necessidade de proteger o sistema de direitos autorais para garantir a criação e a inovação.
- ADI 3.995: A AED é usada justificar a constitucionalidade do depósito prévio para o ajuizamento de ação rescisória na Justiça do Trabalho. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, argumenta que a norma desestimula a litigância excessiva e protege a coisa julgada, utilizando conceitos, como custos de transação e incentivos econômicos.

A profundidade da aplicação da AED nos julgados pode ser influenciada por diversos fatores, entre eles a complexidade do caso: casos mais complexos, com diversas variáveis e impactos em diferentes áreas tendem a demandar uma análise econômica mais aprofundada.

Ministros com maior conhecimento em economia e AED tendem a utilizar essa ferramenta de forma mais aprofundada. Mas entende-se que limitação de tempo para análise dos casos pode levar a uma aplicação mais superficial da AED.

A disponibilidade de dados confiáveis sobre os custos e benefícios das diferentes alternativas é fundamental para uma análise econômica. Além disso, a utilização de fontes confiáveis, do *amicus curiae* e de entidades governamentais ou privadas, podem ser auxiliares nesta formatação.

A análise dos julgados, então, demonstra que a AED ainda está em fase de desenvolvimento na jurisprudência brasileira. Por isso, é importante que seja utilizada de forma criteriosa, com base em análises sólidas e considerando os seus limites e potenciais vieses.

Em um nível de profundidade elevado, há uso de conceitos da AED. Nestes casos, a abordagem apareceu na própria ementa do julgado ou ainda pode ser considerada como própria *ratio decidendi*, não sendo apenas argumento dito de passagem (*obiter dictum*). As *obiter dicta*,

muitas vezes, se confundem com as *ratio decidendi*, mas quando o próprio julgador diz em seu voto que aquelas são as suas razões de decidir, ele afasta qualquer dúvida.

Os Ministros mencionam conceitos, como eficiência alocativa, custos de transação, análise de custo-benefício, Teoria dos Jogos, externalidades, incentivos econômicos e falhas de mercado, demonstrando familiaridade com a linguagem e os métodos da AED. Alguns julgados se baseiam em dados estatísticos, estudos acadêmicos e pesquisas empíricas para sustentar a argumentação e buscam fundamentar as decisões em evidências concretas e mensuráveis, conferindo maior robustez à análise.

As decisões que utilizam a AED de forma mais profunda se preocupam em avaliar os impactos econômicos e sociais das normas jurídicas, considerando as consequências para os diferentes atores envolvidos, como empresas, consumidores, trabalhadores e o Estado.

A seguir, são expostos exemplos de julgados do Supremo Tribunal Federal, com nível de profundidade elevado no que se refere à aplicação da AED.

- ADI n. 5.529 (extensão do prazo de patentes): O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, utiliza conceitos, como custos de transação, previsibilidade e segurança jurídica para defender a modulação dos efeitos da decisão, argumentando que a incerteza sobre o prazo final de vigência das patentes prejudica os investimentos e o desenvolvimento econômico.
- RE n. 843.112 (revisão geral anual dos servidores públicos): O Ministro Luiz Fux, em seu voto, utiliza a teoria das escolhas racionais, a análise de custos e benefícios e a consideração das capacidades institucionais para argumentar que a definição do índice de revisão geral anual cabe aos poderes políticos, e não ao Judiciário.
- ADI n. 6.492 (Novo Marco Legal do Saneamento Básico): O julgado se baseia em argumentos de eficiência econômica, análise de impacto regulatório e incentivos à concorrência para defender a constitucionalidade da nova lei.

A AED ainda é uma área em desenvolvimento no Brasil, com diferentes níveis de aprofundamento em sua aplicação, por isso, sua utilização mais sistemática e rigorosa, com base em dados empíricos e análise crítica dos seus pressupostos e limitações, pode repercutir para a qualidade das decisões judiciais, especialmente em casos com extenso impacto econômico e social.

6.3 CRÍTICAS ÀS FORMAS COMO O STF TEM APLICADO A AED

As reflexões aqui produzidas, bem como as críticas que delas emergem não têm como objetivo desmerecer o trabalho de qualquer Ministro ou do próprio Supremo Tribunal Federal no que se refere aos julgados, mas sim de promover uma problematização sobre a aplicação da AED nas decisões da Suprema Corte.

O levantamento de jurisprudências recentes (2018-2024) revela críticas recorrentes à aplicação da AED pelo STF, entre elas: o uso da abordagem é pontual e não segue um método estruturado, o que dificulta a previsibilidade e a transparência das decisões; algumas decisões privilegiam análises econômicas que favorecem a eficiência, mas desconsideram a necessidade de proteger grupos vulneráveis ou assegurar direitos sociais; algumas decisões baseadas na AED frequentemente carecem de fundamentação empírica robusta, comprometendo a credibilidade e o impacto das análises econômicas no julgamento.

Além disso, menciona-se uma certa falta de dados empíricos, ou seja, a AED, para ser aplicada de forma consistente, necessita de uma base empírica sólida que demonstre os reais impactos das normas jurídicas¹⁷². Em alguns casos, a AED é inclusive utilizada para justificar a prevalência da eficiência econômica em detrimento de outros valores constitucionais, como a justiça social e a proteção dos direitos fundamentais.

É importante ressaltar que a AED é apenas uma ferramenta de análise e não deve ser utilizada como único parâmetro para a tomada de decisão. A análise jurídica deve levar em conta outros fatores, como a justiça social, a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos para garantir um equilíbrio entre a eficiência econômica e a justiça social.

¹⁷² Richard Posner tenta explicar em sua obra *Para Além do Direito*, ao ser criticado sobre o uso da Análise Econômica em sua vertente mais pragmatista, seguindo a Escola de Chicago. “Em diversas partes deste livro, critico a retórica dos estudiosos do direito. Em outras, emprego essa mesma retórica. Ora, nada há de incoerente nisso. O jogo da argumentação é diferente do jogo da crítica à argumentação, assim como o jogo judicial é diferente do jogo da crítica aos juízes; e, em um contexto mais geral, o jogo da teoria é diferente daquele da prática. Isso não quer dizer que esses jogos estejam separados por muros de concreto. Minhas críticas à retórica acadêmica me tornaram mais consciente do uso dessa retórica em meus próprios escritos acadêmicos. Para Stanley Fish, é impossível que minha teoria pragmática do direito influencie minha prática como juiz. O pragmatismo é um método puramente descritivo, motivo pelo qual eu estaria incorrendo no erro de pensar que a descrição de uma prática tem algum valor concreto em outro tipo de jogo que não o descritivo. Nada indica, entretanto, que Fish tenha posto à prova essa afirmação mediante a leitura de meus votos judiciais”. (POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.144).

A Análise Econômica do Direito, quando aplicada de forma isolada, tende a priorizar a eficiência econômica como critério central de decisão, o que pode levar à desconsideração dos impactos sociais e distributivos das normas jurídicas. Em diversas decisões, o STF utiliza a AED para justificar a flexibilização de leis trabalhistas, a redução de benefícios previdenciários e a limitação do acesso à justiça gratuita, com base no argumento de que essas medidas contribuem para o crescimento econômico e a redução de custos para o Estado. No entanto, essa ênfase na eficiência pode resultar em precarização das condições de trabalho, redução da proteção social e aumento da desigualdade social.

Ressalta-se que muitos valores relevantes para o Direito, como a dignidade da pessoa humana, a justiça social e o direito à saúde, são difíceis de quantificar em termos monetários. A tentativa de reduzir esses valores a uma métrica econômica pode levar a distorções e simplificações, comprometendo a qualidade da decisão judicial.

Claramente, a AED pode ser utilizada por grupos de interesse para justificar decisões que favoreçam seus próprios interesses, em detrimento do interesse público. A ênfase na eficiência econômica, na desregulamentação e na redução do papel do Estado podem ser argumentos úteis nesse sentido, atuando para defender a remoção de obstáculos à atuação de empresas e setores específicos, sem a devida consideração dos impactos sociais e ambientais.

Nesse sentido, a crítica aponta para a possibilidade de decisões abusivas e teratológicas, ressaltando a necessidade de mecanismos processuais eficazes para coibir excessos. Essa visão pode ser simplista demais para capturar a complexidade dos fatores que influenciam as decisões dos indivíduos, especialmente em um contexto criminal, por exemplo, para não citar vários outros, em que emoções, pressões sociais, políticas e outros elementos podem desempenhar um papel significativo.

Por esta razão, a Análise Econômica do Direito precisa ser aplicada com rigor científico, considerando todas as variáveis relevantes e evitando generalizações ou conclusões precipitadas. Não se pode simplificar a análise de direitos, como a privacidade e a intimidade, reduzindo-os a meros valores monetários para satisfazer a vontade de minorias ou justificar o injustificável.

Utilizar a AED para justificar a deferência do Judiciário ao Legislativo e ao Executivo, sob o argumento de que os poderes políticos possuem maior *expertise* técnica para lidar com questões econômicas pode enfraquecer o papel do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais e no controle da constitucionalidade das leis.

6.4 SUGESTÕES PARA APLICAÇÃO DA AED

No que se refere a sugestões para aplicação da Análise Econômica do Direito em decisões jurídicas, pode-se primeiramente dizer que a abordagem não deve se limitar à análise de custos e benefícios financeiros, sendo preciso considerar também diferentes valores relevantes, como justiça social, dignidade da pessoa humana, direito à saúde, direito à segurança dos trabalhadores, entre outros.

Além disso a aplicação da AED deve basear-se em dados empíricos que permitam avaliar os impactos reais das decisões judiciais, devendo dialogar com diversas disciplinas, como a sociologia, a ciência política e a saúde pública, para obter uma compreensão mais completa dos problemas sociais e das possíveis soluções. É fundamental ainda que a sociedade participe do debate sobre a aplicação da AED e garanta que essa ferramenta seja utilizada de forma justa e democrática.

A AED deve ser utilizada como uma ferramenta auxiliar na análise jurídica e não como um fim em si mesma. É crucial que a aplicação seja feita de forma crítica e contextualizada, considerando os valores constitucionais, os princípios jurídicos e as especificidades do caso concreto.

Para garantir a qualidade da decisão judicial, a análise precisa se basear em uma ponderação cuidadosa de todos os valores e princípios em jogo e, quando estiver utilizando o instrumental da Análise Econômica do Direito, não deve se limitar a uma investigação meramente econômica. O instrumento pode ser utilizado para auxiliar na ponderação, mas não deve se sobrepor a valores como a justiça social, a dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos fundamentais.

É fundamental que a utilização da AED nas decisões judiciais seja feita de forma transparente, com a explicitação dos métodos utilizados, dos dados considerados e dos limites da análise. A transparência contribui para a legitimidade da decisão e permite um debate mais qualificado sobre a aplicação da AED no Direito.

Além disso, o investimento na formação de Juízes e servidores em matéria de Direito e Economia permitiria um controle judicial mais qualificado das decisões que envolvam questões econômicas complexas, contribuindo para a construção de um sistema jurídico mais eficiente, justo e equilibrado.

É preciso que se pense numa estruturação metodológica e definição de parâmetros para a AED. Isso pode ter início pela adoção de diretrizes claras para o uso da abordagem, como a exigência de avaliações custo-benefício, análises de impacto regulatório em processos que envolvam políticas públicas, observação da eficiência de Kaldor-Hicks, consideração das externalidades de Coase.

Adicionalmente, é importante a inclusão de critérios que ponderem os impactos sobre os direitos fundamentais. Por exemplo, é essencial avaliar se uma decisão econômica aumenta a desigualdade ou prejudica a dignidade humana. Também deve-se valorizar a busca por dados empíricos e, portanto, o STF deve recorrer a estudos empíricos e pareceres técnicos que considerem impactos econômicos de forma equilibrada, priorizando políticas que combinem eficiência e proteção social.

E como implementar essas recomendações? O modo para efetivar as recomendações poderia ocorrer através de parcerias com universidades e centros de pesquisa especializados em AED para fortalecer o embasamento técnico das decisões. Ao avaliar conflitos entre eficiência econômica e direitos fundamentais, o STF deve aplicar o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), priorizando a preservação de direitos, sem ignorar os impactos econômicos.

A AED deve incluir critérios de avaliação do impacto das decisões em populações mais vulneráveis, garantindo a redução de desigualdades, por meio de audiências públicas para incluir diferentes perspectivas, permitindo que especialistas, organizações da sociedade civil e grupos afetados contribuam com informações relevantes para a decisão. Além disso, o STF pode explicar como critérios econômicos e sociais foram ponderados na fundamentação da decisão, garantindo maior previsibilidade e controle social.

Outro ponto a se pensar como sugestão são as mudanças institucionais, processuais e metodológicas. Neste sentido, poderia ser criada uma Unidade Técnica de Análise Econômica, formada por economistas, estatísticos, cientistas de dados, juristas com formação em Análise Econômica do Direito, consultores externos, o que permitiria estudos técnicos e dados confiáveis sobre os impactos econômicos e sociais das decisões. Essa unidade poderia se inspirar no modelo do *Congressional Budget Office* dos Estados Unidos.¹⁷³

¹⁷³ Foi implementado pelo *Congressional Budget and Impoundment Control Act* de 1974, sancionado pelo Presidente Richard Nixon em 12 de julho de 1974. Visava fortalecer o papel do Congresso em questões orçamentárias, fornecendo

E como implementar esta Unidade Técnica? Deveria haver um amparo legal para garantir a sua legitimidade e operacionalização. Algumas possibilidades seriam: emenda regimental, em que o próprio STF poderia modificar seu regimento interno, estabelecendo suas competências, funções e formas de interação com os Ministros.¹⁷⁴ Outra forma poderia se dar por Resolução do Conselho Nacional de Justiça, regulamentando a criação das Unidades Técnicas de Análise Técnica do Direito no STF e em outros tribunais superiores.

A consulta técnica poderia ocorrer por diferentes mecanismos institucionais e isso dependeria do modelo adotado pela sua integração ao tribunal. Ela poderia ser feita por consulta do Ministro Relator, em temas que envolvem investimento financeiro, eficiência regulatória ou incentivos econômicos, em determinado caso concreto. O relatório técnico, sem caráter vinculante, poderia subsidiar a decisão.

Outro modelo de consulta poderia ser por decisão do Plenário ou das Turmas do STF, em casos de repercussão geral ou controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo. Isso garantiria que grandes temas de impacto econômico fossem aplicados com critérios técnicos, evitando-se personalismos de consultas individuais.

Outra forma de implementação da Unidade Técnica seria permitir que as partes ou terceiros (*amicus curiae*) requisitassem uma análise econômica do Direito no caso em discussão. Para evitar a sobrecarga da Unidade Técnica, seria necessário ter critérios objetivos para filtrar quais pedidos seriam pertinentes.

Finalmente, seria proveitosa a existência de um modelo híbrido, que combinasse todas as formas, tornando a Unidade Técnica de Análise Econômica um órgão consultivo auxiliar ao judiciário, especialmente em decisões de impacto econômico e regulatório, inspirado em experiências internacionais de órgãos técnicos que auxiliam tribunais ou aqueles que formulam

análises objetivas e imparciais para apoiar o processo orçamentário e auxiliar na formulação de políticas econômicas eficazes. (CBO. Congressional Budget Office. History. Disponível em: https://www.cbo.gov/about/history?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 17 jan. 2024.)

¹⁷⁴ Conforme noticiado pelo STF, no ano de 2023 foi criado o NUPEC (Núcleo de Processos Estruturais Complexos) com a assessoria de Guilherme Mendes Resende considerado “Economista Chefe do STF” desenvolveria a atividade assemelhada ao que se propõe com as Unidades Técnicas nesta monografia. Ocorre que as notas técnicas produzidas por este núcleo não são públicas e os Ministros que já se utilizaram (14 notas já produzidas até a data de 8 de março de 2025) são utilizadas apenas como subsídio para decisões complexas apontadas pelo próprio núcleo, mas o teor não é público (STF. Supremo Tribunal Federal. **Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Acesso em: 24 nov. 2024.)

políticas públicas.¹⁷⁵

Paralelamente a isso, o STF poderia promover a capacitação contínua de Ministros e assessores em AED, com cursos, seminários, *workshops* o que poderia garantir que os membros do STF e suas equipes se mantivessem atualizados sobre novas abordagens. Além das parcerias com universidades e centros de pesquisa que poderiam ser estabelecidos também para esse fim.

A introdução de procedimentos padronizados é essencial para formalizar o uso da AED, como diretrizes para julgamentos de impacto econômico que exijam estudos de impacto e considerem efeitos sobre direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade também deve ser aplicado com análise clara e documentada de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e explicitado de forma clara no julgado. Além disso, o fortalecimento das audiências públicas, incluindo critérios para análises econômicas, a participação de especialistas e a transparência dos dados apresentados, aumentaria a legitimidade e a confiança nas decisões.

O STF pode ainda estimular a colaboração interinstitucional, desenvolvendo parcerias com órgãos, como o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Tribunal de Contas da União (TCU), além de participar de redes internacionais, como a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). A criação de protocolos para diálogo entre os Poderes seria útil em casos de grande impacto econômico.

Adicionalmente, o monitoramento contínuo das decisões, com relatórios periódicos que ampliam o que já é feito no projeto “Justiça em Números” junto ao CNJ, avaliaria efeitos econômicos e sociais, o que ajudaria a identificar distorções e aprimorar a jurisprudência.

Por fim, o incentivo à pesquisa acadêmica, por meio de editais e parcerias com universidades e centros de pesquisa, fomentaria a aplicação prática da AED e o desenvolvimento de estudos em áreas estratégicas, como saúde, educação e mercado de trabalho.

Ao adotar medidas como a introdução de estudos de impacto, fortalecimento das audiências públicas, valorização da proporcionalidade e monitoramento das decisões, o tribunal pode oferecer respostas mais consistentes e legitimadas às demandas contemporâneas. A integração entre Economia e Direito, quando feita de forma transparente e metódica, pode promover justiça social, sem que seja preciso abrir mão da eficiência econômica.

¹⁷⁵ A União Europeia possui um conselho de avaliação de impacto, que analisa os efeitos econômicos, sociais e ambientais de regulamentações e decisões políticas. (Disponível em: https://employment-social-affairs.ec.europa.eu/policies-and-activities/analysis-evaluation-impact-assessment/evaluation-and-impact-assessment_pt. Acesso em 16 mar 2025).

7 CONCLUSÃO

A presente dissertação destacou a relevância crescente da Análise Econômica do Direito no contexto jurídico brasileiro, principalmente nas decisões do Supremo Tribunal Federal entre 2018 e 2024. A incorporação desta abordagem trouxe novas perspectivas à interpretação jurídica, e, para o aprimoramento do papel e da função da AED nesse contexto, é necessário que ela integre eficiência econômica e justiça social, em conformidade com os preceitos da Constituição Federal.

A Lei n. 13.655/18 teve importante impacto no trabalho do STF, ao exigir a consideração das consequências práticas das decisões judiciais. Essa inovação fortaleceu o consequentialismo no Direito brasileiro, ao mesmo tempo em que desafiou Juízes a equilibrarem valores econômicos com direitos e garantias fundamentais.

Os julgados tomados para análise demonstraram que a aplicação da AED pelo STF resultou em avanços na busca por decisões mais previsíveis e eficientes. Contudo, permanece o desafio de garantir que a eficiência econômica não comprometa direitos das populações mais vulneráveis ou viole direitos sociais essenciais.

Incorporar ferramentas e princípios econômicos à análise jurídica é o objetivo da AED, levando em conta que os recursos são limitados, mas as necessidades, ilimitadas. Decorre disso, a necessidade de adaptações ao campo jurídico para orientar decisões que promovam eficiência e bem-estar social. Nesse sentido, propõe-se que as escolhas jurídicas priorizem arranjos mais vantajosos para a coletividade, considerando os impactos econômicos e sociais das normas e decisões.

Conforme evidenciado no estudo empreendido por esta dissertação, priorizar interesses econômicos ou estatais em detrimento de direitos fundamentais não representa a solução mais adequada no campo do Direito. Nesse sentido, a aplicação da AED levanta questionamentos sobre sua capacidade de ponderar valores constitucionais, como a dignidade humana e o direito à assistência social, diante de interesses econômicos. Por isso mesmo, é essencial que a metodologia seja utilizada de forma crítica e contextualizada, sobretudo em um país como o Brasil, marcado por profundas desigualdades socioeconômicas.

Nota-se que o mercado demonstra maior confiança em sistemas judiciais que promovem estabilidade e previsibilidade em seus precedentes. Um judiciário com esta preocupação transmite segurança a investidores, tornando o país mais atraente e promissor para investimentos. Há nisto também uma demonstração de que neste local existe uma Constituição Econômica que se preocupa

com a livre iniciativa e que observa que a regulação garante a livre concorrência, a estabilidade e o equilíbrio de todo o sistema.

No decorrer desta pesquisa, confirmou-se a hipótese de que houve um incremento qualitativo e quantitativo na adoção dessa abordagem multidimensional e pluralista pelo STF, principalmente após 2018. Com isso, também ficou demonstrado que a aplicação da AED não pode se limitar a aspectos econômicos, devendo integrar dimensões jurídicas, políticas, sociais e éticas, com o objetivo de promover a resolução de conflitos e a pacificação social.

Apontam-se como críticas recorrentes à aplicação da AED pelo STF: falta de um método estruturado de aplicação; uso pontual e assistemático da abordagem; ausência de critérios claros para proteger os direitos fundamentais; insuficiência de fundamentação empírica, com utilização de números distorcidos que justificam políticas públicas, muitas vezes, mais ideológicas do que técnicas.

Para superar essas limitações, é indispensável que o STF adote diretrizes metodológicas claras: promova a capacitação de Ministros, servidores e avaliadores externos (economistas, peritos, analistas); fortaleça a transparência das decisões, apontando claramente o que foi ponderado, o que foi julgado adequado, necessário e proporcional; valorize estudos empíricos e pareceres técnicos. Tudo isso pode ser feito com o objetivo de equilibrar eficiência econômica e direitos fundamentais de maneira mais consistente.

Uma proposta de mudanças institucionais e processuais inclui a criação de uma Unidade Técnica de Análise Econômica, a padronização de procedimentos, o fortalecimento das audiências públicas e o monitoramento contínuo dos impactos das decisões. Parcerias com universidades, centros de pesquisa e órgãos como o IPEA e o TCU podem fornecer embasamento técnico, enquanto a adoção de protocolos claros para decisões de grande impacto pode fortalecer a previsibilidade e a confiança social.

A contribuição desta pesquisa, ao identificar e criticar a ausência de um modelo estruturado ou a aplicação inconsistente da Análise Econômica do Direito, propõe caminhos fundamentados em três pilares essenciais: autonomia, qualificação técnica e transparência. Se implementados de maneira sistemática, esses elementos têm o potencial de transformar a abordagem do Supremo Tribunal Federal em decisões judiciais de alto impacto, com maior atenção à previsibilidade, eficiência e equidade.

Por fim, ressalta-se que a aplicação da AED pode consolidar uma Constituição Econômica robusta, integrada harmonicamente aos valores de uma Constituição Social e Política, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais, sem o comprometimento dos preceitos econômicos e democráticos do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? *In*: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 175-182.

BERTRAN, Maria Paula. **Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 08 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 02 jun. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. **CADE: o oligopólio no Estado Brasileiro de Intervenção Necessária**. 2014. 196f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

CBO. Congressional Budget Office. **History**. Disponível em: https://www.cbo.gov/about/history?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 17 jan. 2024.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução**. Brasília: Insper, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2024.

COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. São Paulo: Forense, 2016.

COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost in the Journal of Law & Economics**. Chicago: The University of Chicago, 1960.

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

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. An Introduction to empirical legal research. *In*: CAON, Guilherme Maines. **Análise Econômica do Direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da Análise Econômica do Direito. **Revista de Processo**, v. 269, p. 421-432, 2017.

GAMA, Marina Faraco Lacerda; TAVARES, André Ramos. **O STF e a Constituição Econômica: casos e funções**. Curitiba: InterSaberes, 2022, p. 17.

GICO JÚNIOR, Ivo. **Intrudução ao direito e economia**. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2. ed. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.p.52.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 21. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

HEINEN, Luana Renostro. **Performatividade: o Direito transformado em dispositivo pela Análise Econômica do Direito**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Mônica Sette. O realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 45, 2004. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1298> Acesso em: 27 nov. 2024.

MERCURO, Nicholas, MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: from Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Mariana; PINHEIRO, Victor Marcel. A organização da informação jurisprudencial. *In*: **Metodologia da Pesquisa de Direito: técnicas e abordagens para a elaboração de monografias, dissertações e teses**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

PAULO, Sandroni. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 1999. Disponível em: https://www2.fct.unesp.br/docentes/geo/magalDI/GEO_ECONOMICA_2019/dicionario-de-economia-sandroni.pdf. Acesso em: 15 fev. 2025. p. 1980.

PELOTAS (Rio Grande do Sul). **Lei nº 5690, de 14 de junho de 2010**. Estabelece a obrigatoriedade de prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem das compras em estabelecimentos autodenominados de supermercados ou similares. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/pelotas/lei-ordinaria/2010/569/5690/lei-ordinaria-n-5690-2010-estabelece-a-obrigatoriedade-de-prestacao-de-servicos-de-acondicionamento-ou-embalagem-das-compras-em-estabelecimentos-autodenominados-de-supermercados-ou-similares>. Acesso em: 08 ago. 2024.

POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard A. Regulation (Agencies) *versus* Litigation (Courts): an analytical framework”. In: KESSLER, Daniel P. (Org.), **Regulation versus litigation**: perspectives from economics and law. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 9 ed. Chicago: Wolters Kluwer, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Edições Afrontamento, 2006.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise Econômica do Direito nas decisões judiciais. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 30, 2014, Brasília, DF. **Anais...** Brasília, DF: CJE, 2014.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Livro IV, Capítulo II. Tradução de Luiz João Baraúna. Vol. 1. São Paulo: Ed. Nova Cultural Ltda, 1996.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. **Ainda sobre o livre convencimento**: resistência dos tribunais ao novo CPC. 2017. Disponível em: <https://www.luciodelfino.com.br/enviados/20179295328.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2025.

STF. Supremo Tribunal Federal. **RE 870947**. Relator: Min. Luiz Fux. 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito%22&sort=date&sortBy=asc. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.066 Distrito Federal**. Relator: Min. Rosa Weber. Julgado em 24/08/2017. Publicado em 07/03/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 Distrito Federal**.

Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 28/02/2018. Publicada em 13/08/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.995 Distrito Federal**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgada em 13/12/2018. Publicada em 01/03/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749267870>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 17 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 01/08/2018. Publicada em 29/07/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753348406>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 167 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 07/03/2018. Publicado em 14/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754086708>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 839.950 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24/10/2018. Publicado em 02/10/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752381260>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.508 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgada em 20/06/2018. Publicada em 05/11/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751303490>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 324 Distrito Federal**. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgada em 30/08/2018. Publicada em 06/09/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Petição 8.002 Rio Grande do Sul**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 12/03/2019. Publicado em 01/08/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750304839>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 08/05/2019. Publicada em 02/09/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750684777>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.800 Amazonas**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 08/05/2019. Publicada em 22/05/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749883225>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.083.955 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 28/05/2019. Publicado em: 07/06/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Quarto AG. Reg. no Inquérito 4.435 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 14/03/2019. Publicado em 21/08/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750577279>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Mandado de Injunção 6.951**. Distrito Federal. Julgado em 20/09/2019. Publicado em 15/10/2019. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751151471>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.261 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgada em 21/08/2019. Publicada em 28/08/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753645555>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.014.286**. São Paulo. Julgado em 31/08/2020. Publicado em 24/09/2020. Relator: Min. Luiz Fux. Relator para o Acórdão: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910281>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.874**. Distrito Federal. Julgado em 09/05/2019. Publicado em 05/11/2020. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>. Acesso em 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Segundos Emb.Decl. no Recurso Extraordinário n. 661.256**. Santa Catarina. Julgado em 06/02/2020. Publicado em 13/11/2020. Relator: Min. Dias Toffoli. Relator para o Acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754370065>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.101 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 16/06/2020. Publicada em 06/07/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753175067>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 843.112 São Paulo**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 22/09/2020. Publicado em 01/11/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754271470>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.485 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 16/06/2020. Publicada em 06/07/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753175094>. Acesso em: 05 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.101 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 16/06/2020. Publicada em 06/07/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753175094>. Acesso em: 05 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.625 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 28/10/2021. Publicada em 29/03/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759942773>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.785 Minas Gerais**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 01/08/2022. Publicada em 14/10/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763770434>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.529 Distrito Federal**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgada em 12/05/2021. Publicada em 01/09/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757080156>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.858 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin. Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17/08/2021. Publicado em 20/10/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757813862>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.492 Distrito Federal**. Julgada em 02/12/2021. Publicada em 25/05/2022. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760946124>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766**. Distrito Federal. Julgada em 20/10/2021. Publicada em 03/05/2022. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760521561>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 843.989 Paraná**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 18/08/2022. Publicado em 12/12/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764875895>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.787 Amapá**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgada em 01/08/2022. Publicada em 14/10/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763771063>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.785 Minas Gerais**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgada em 01/08/2022. Publicada em 14/10/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763770434>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 860.631 São Paulo**. Relator: Min. Luiz Fux. Repercussão Geral – Mérito (Tema 982). Julgado em 26/10/2023. Publicado em 14/02/2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774149231>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Emb. Decl. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.324.429 Santa Catarina**. Julgado em 13/11/2023. Publicado em 06/12/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773255004>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Especial Meio Ambiente**: STF proíbe extração e venda de amianto crisotila. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509089&ori=1>. Acesso em: 05 abr. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.415.924 Minas Gerais**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 04/09/2023. Publicado em 12/09/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770650785>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 24/08/2023. Publicado em 19/12/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773560651>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 1.403.904 Santa Catarina**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 04/09/2023. Publicado em 23/10/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=771913877>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941 Distrito Federal**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 09/02/2023. Publicado em 28/04/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767273122>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 949.297 Ceará**. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 08/02/2023. Publicado em 02/05/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767314567>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 1.422.836 Rio Grande do Sul**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 12/09/2023. Publicado em 15/09/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770755679>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.567 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgada em 21/11/2023. Publicada em 24/01/2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773852939>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.545 Rio de Janeiro**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 13/04/2023. Publicado em 16/06/2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768636835>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Extraordinário 1.391.460 Minas Gerais**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 18/03/2024. Publicado em 26/03/2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=775596420>. Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudências**. 2024. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22Economic%20Analysis%20of%20Law%22&sort=date&sortBy=asc Acesso em: 16 de setembro de 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **ID: 4555 - Pesquisa de Jurisprudência Externa: Análise Econômica do Direito**. 2024. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20direito%22~6&sort=score&sortBy=desc Acesso em: 16 set. 2024.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Núcleo de Processos Estruturais Complexos – NUPEC**. 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Acesso em: 24 nov. 2024.

SUSTEIN, Cass R. Law and Administration after Chevron. **Columbia Law Review**, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. **Análise Econômica do Direito nas decisões judiciais**. In: Seminário Teoria da Decisão Judicial. Brasília. Anais. Brasília: CJF,(Série Cadernos do CEJ, v.30), 2014, p.40-41. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/> . Acesso em 15 mar. 25.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WOLKART, Erik. Uma Muito Breve História da Análise Econômica do Direito. In: WOLKART, Erik. **Análise Econômica do Processo Civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/analise-economica-do-processo-civil-como-a-economia-o-Direito-e-a-psicologia-podem-vencer-a-tragedia-da-justica/1196974138> Acesso em: 14 ago. 2024.

YEUNG, Luciana; CAMELO, Bradson. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2024.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 10, 2012, p. 25-53.

APÊNDICES

APÊNDICE A

Quadro 1: Principais conceitos abordados na Revisão Teórica e na Análise Empírica. Brasil 2024

Campo	Descrição	Páginas
Externalidade de Coase	Segundo Coase, em cenários de externalidades, a atribuição clara de direitos de propriedade pode permitir que as partes negociem para alcançar uma alocação eficiente de recursos. No entanto, essa abordagem enfrenta desafios em casos de danos graves e assimetria de poder.	18, 23, 39, 63
Ponderação pelo STF	A aplicação da ponderação pelo STF baseia-se na análise consequencialista e nos princípios constitucionais, visando conciliar eficiência econômica e justiça social. A análise considera as implicações práticas das decisões judiciais e o impacto na previsibilidade jurídica.	191, 203
Diferença entre eficiência para Pareto e Kaldor-Hicks	A eficiência de Pareto é atingida quando nenhuma parte melhora sua situação sem prejudicar outra. Já a eficiência de Kaldor-Hicks considera alocação eficiente se os beneficiados puderem, em teoria, compensar os prejudicados, mesmo que essa compensação não ocorra.	22, 29, 171, 187, 203
Análise Econômica: heurística, normativa e descritiva	A AED pode ser entendida em três dimensões: heurística, que visa descobrir fatos subjacentes; descritiva, que explica a lógica econômica de doutrinas e instituições; e normativa, que orienta práticas jurídicas mais eficientes para regulamentar a conduta social.	38, 114, 202, 203
Diferenças entre as Escolas Econômicas	A Escola de Chicago prioriza a eficiência econômica e a maximização de utilidade, enquanto a Escola de Yale incorpora considerações éticas e sociais, enfatizando a equidade. A Economia Institucional foca nas interações entre instituições e economia, e a Nova Economia Institucional destaca a redução de custos de transação.	17-26
Teoria dos Jogos	Utilizada para analisar comportamentos estratégicos em contextos jurídicos, como colaboração premiada e disputas concorrenciais. Modelos como o Dilema do Prisioneiro exemplificam interações estratégicas. Aparece nos julgados do STF relacionados à Lei nº 12.850/13.	17, 18, 29, 63, 88, 89

Fonte: Elaborado pelo autor (2025)

APÊNDICE B

Quadro 2: Principais Críticas à forma com que o STF tem aplicado a AED e Propostas de Soluções. Brasil, 2024

Campo	Descrição	Página
Críticas à Aplicação da AED pelo STF	- Uso pontual e sem método estruturado, dificultando previsibilidade e transparência. - Privilegia eficiência econômica em detrimento de direitos fundamentais e sociais. - Insuficiência de fundamentação empírica robusta. - Simplificação excessiva de direitos complexos.	186-192
Soluções Propostas ao STF	- Basear-se em dados empíricos para avaliar impactos reais. - Promover maior transparência nos métodos e fundamentos das decisões. - Criar uma Unidade Técnica de AED para suporte técnico. - Garantir capacitação contínua de Juízes e assessores em AED. - Criar mecanismos de acompanhamento das decisões após prolatadas, avaliando a eficácia social e o impacto real no ordenamento jurídico e na sociedade.	184, 186

Fonte: Elaborado pelo autor (2025)

APÊNDICE C

Quadro 3: Ciência, Teoria, Metodologia e Método. Brasil, 2024

Nível	Exemplo aplicado à AED e STF
Ciência	Economia e Direito (disciplinas científicas de base).
Teoria	Análise Econômica do Direito (AED), com suas proposições sobre eficiência, incentivos, externalidades, etc.
Metodologia	Reflexão sobre como investigar a influência da AED nos julgados, escolhendo métodos e técnicas adequadas (análise documental, estudo de caso, análise de impacto regulatório, etc.).
Método	Hipotético-dedutivo, em que se formula a hipótese (por exemplo: “o STF utiliza argumentos econômicos em casos tributários para maximizar a eficiência”) e se testa com análise empírica de decisões.

Fonte: Elaborado pelo autor (2025)