

A APROXIMAÇÃO AO *COMMON LAW* COMO ELEMENTO DE VALIDAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

CONVERGENCE WITH COMMON LAW AS AN ELEMENT VALIDATING ECONOMIC ANALYSIS OF LAW IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

J. Eduardo Braz de Amorim¹

Universidad Internacional de La Rioja

Sumário: 1. Introdução; 2. A origem e a natureza da Análise Econômica do Direito; 3. Críticas à adoção da Análise Econômica do Direito; 4. A defesa da aplicação da Análise Econômica do Direito a partir do estabelecimento de um modelo de precedentes, no sistema jurídico brasileiro; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho investiga a crescente recepção da Análise Econômica do Direito (AED) no sistema jurídico brasileiro e sustenta, como hipótese central, que tal fenômeno se relaciona à progressiva aproximação do Brasil ao modelo de precedentes característico do *common law*. Metodologicamente, desenvolve-se uma análise crítica de matriz teórico-bibliográfica, em dois movimentos complementares: primeiro, examinam-se as

¹ Professor da Universidade Internacional de La Rioja. Doutor em Direito pela Universidade de Oviedo; Mestre em Direito pela Universidade do Porto; MBA em Direito Tributário pela FGV-RJ. Advogado. E-mail: eduardo@jeduardoamorim.com.br

origens, premissas e bases epistemológicas da AED e, em seguida, analisam-se os fatores jurídico-institucionais que têm ampliado sua aceitabilidade na prática decisória. O estudo também sistematiza críticas dirigidas ao emprego normativo da AED, especialmente quanto ao risco de exclusão de valores fundamentais (equidade, proteção de minorias, justiça distributiva) diante da primazia da eficiência econômica e de um viés utilitarista, ao mesmo tempo em que reconhece que, no plano descritivo, a AED tende a ser menos controversa. A principal conclusão é que a transição do sistema brasileiro, historicamente vinculado ao civil law, para um arranjo híbrido com forte centralidade de precedentes vinculantes funciona como elemento validador e autorizador da AED na aplicação do norma, na medida em que amplia o papel do julgador como conformador da norma e demanda instrumentos interdisciplinares para fundamentação e estabilização decisória; contudo, para ser compatível com um Estado social, tal incorporação deve ser acompanhada de uma reorientação do modelo econômico subjacente, deslocando-o para referências de bem-estar social, regulação e sustentabilidade, evitando que a eficiência econômica se converta em critério exclusivo de justiça.

Palavras-chaves: análise econômica do direito; *civil law*; *common law*;

Abstract: This paper investigates the growing acceptance of Economic Analysis of Law (EAL) in the Brazilian legal system and argues, as a central hypothesis, that this phenomenon is related to Brazil's progressive approximation to the precedent-based model characteristic of common law. Methodologically, a critical analysis of the theoretical and bibliographic matrix is developed in two complementary movements: first, the origins, premises, and epistemological bases of ELA are examined, and then the legal and institutional factors that have broadened its acceptability in decision-making practice are analyzed. The study also systematizes criticisms directed at the normative use of AED, especially regarding the risk of excluding fundamental values (equity, protection of minorities, distributive justice) in the face of the primacy of economic efficiency and a utilitarian bias, while recognizing that, on a descriptive level, AED tends to be less controversial. The main conclusion is

that the transition of the Brazilian system, historically linked to civil law, to a hybrid arrangement with a strong focus on binding precedents serves as a validating and authorizing element of AED in the application of law, insofar as it expands the role of the judge as a shaper of the norm and demands interdisciplinary instruments for decision-making and stabilization; However, to be compatible with a social state, such incorporation must be accompanied by a reorientation of the underlying economic paradigm, shifting it toward references of social welfare, regulation, and sustainability, preventing efficiency from becoming the exclusive criterion of justice.

Keywords: Economic Analysis of Law; civil law; common law.

1. INTRODUÇÃO

A Análise Econômica do Direito (AED) surgiu nos Estados Unidos da América (EUA) como uma escola de pensamento que se pode explicar, resumidamente, como a utilização de teorias econômicas, mais especificamente da microeconomia neoclássica, como base epistemológica para pensar o impacto do sistema jurídico nas condutas dos indivíduos, bem como para estabelecer um critério de eficiência que reflita uma ideia econômica de justiça, que por sua vez, deve ser observada tanto na aplicação como na conformação das normas jurídicas.

Em razão de sua origem americana, a AED foi fomentada no seio do sistema jurídico do *common law*. Portanto, as ideias defendidas pela AED têm mais recepção neste sistema jurídico do que em jurisdições cujo sistema se baseia no modelo do *civil law*. E isto é assim, porque no *common law* o sistema é menos formalista e mais realista, bem como, porque a teoria geral do direito, no sistema do direito costumeiro, tem um grau de importância consideravelmente reduzido; além disso, as decisões judiciais, no sistema do

common law, são em muitas vezes guiadas por uma busca da eficiência econômica, como critério de justiça²³.

Não obstante, mesmo em países de sistema codificado de direito, como é o caso do Brasil, a doutrina da AED vem ganhando atenção e espaço nos últimos anos. Muitos são os exemplos desse fenômeno. O Ministro Roberto Barroso, por exemplo, quando do exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal (STF) introduziu um economista como membro de sua equipe. Outro exemplo é o constante uso do recurso da modulação dos efeitos das decisões com potencial de provocar um alto custo ao erário público, modelando a aplicação do direito, ou seja, a promoção da justiça, a partir de uma questão econômica e não somente por uma questão jurídico-dogmática.

Como o estudo demonstrará, a AED tem ganhado adesão nos nossos tribunais superiores. E uma hipótese que nosso trabalho pretende enfrentar é que essa aproximação é fruto da relevância que os precedentes têm assumido nos últimos anos, principalmente a partir do Código de Processo Civil (CPC) de 2015. Assim sendo, pretendemos investigar até que ponto o movimento na direção do modelo do *common law*, está influenciando na aceitabilidade das ideias da AED, não na conformação, mas sim na aplicação da norma.

Será este um movimento que justifica a flexibilização do formalismo e da dogmática-jurídica para dar espaço a uma análise consequencialista, mas própria do modelo de direito para o qual estamos caminhando a passos largos?

Esta é a problematização de nossa pesquisa, que desenvolvemos a partir de uma análise crítica, que em um primeiro momento analisa as teorias econômicas que sustentam a AED e, em um segundo momento, passa a analisar os elementos que estão a servir de base para uma maior aceitação desta escola não só na conformação, mas, principalmente, na aplicação do Direito. Em suma, nosso estudo buscar confirmar se o movimento de

² R. A. POSNER, «O movimento análise econômica do Direito», em Anderson Vichinkeski Teixeira, Elton Somensi Oliveira (eds.) *Correntes Contemporâneas Do Pensamento Jurídico*, Editora Manole, Barueri, SP, 2010, p. 278.

³ Um critério de eficiência que, como veremos mais adiante, se baseia nas teorias de Pareto ou de Kaldor-Hicks.

aproximação ao *common law*, que segue nosso sistema jurídico, está a servir de base teórica para a utilização da AED na aplicação da norma, moldando um critério de justiça mais além do dogmático-jurídico.

2. A ORIGEM E A NATUREZA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Para Posner, a Economia não pode ser definida por uma preconcepção do seu significado. É um termo que pode ser usado, mas que, por si só, não se explica. E em contraposição aos conceitos reducionistas, ou seja, que partem de um campo de atuação para se chegar a um conceito, o autor propõe que Economia deve ser entendida como um conjunto aberto de conceitos que derivam de um conjunto comum de presunções que podem ser usados para previsões comportamentais dos indivíduos em sociedade⁴.

Mas o que Posner quis deixar em evidência, ao fazer essa crítica e ao propor um conceito amplo de Economia, é que não há um campo pré-fixado ou natural para a Economia e que, portanto, as ferramentas econômicas podem ser utilizadas para complementar o estudo de outros campos, pois para o autor, a “economia representa o conjunto de aplicações frutíferas da teoria econômica”⁵. Assim, segundo essa lógica expansionista de definição e campo de atuação, a aplicação de teorias econômicas estaria autorizada em qualquer campo em que se possa, desde uma metodologia aceitável, obter resultados científicos.

Fato é, que, com independência do campo de atuação, ou seja, deixando de lado a crítica supra referida, a Economia, comumente, é definida como a ciência que estuda, desde a perspectiva da escassez, como a sociedade se organiza para satisfazer a necessidade de bens e serviços⁶. E o Direito é o conjunto de normas que regulam a vida em sociedade. Portanto, sem muito esforço dialético, se pode concluir que a Economia atua em uma

⁴ R. A. POSNER, «O movimento análise econômica do Direito», cit., p. 272.

⁵ *Ibid.*, p. 274.

⁶ MANKIW, N. G. Introdução à economia. Trad.: Allan Vidigal Hasting – São Paulo: Thomson Learning, 2007, p. 47.

linha mais descritiva e, quando muito, preditiva, no sentido de prever comportamentos. E o Direito, atua em uma perspectiva normativa, no sentido de determinar o comportamento, definindo os que são aceitáveis, necessários e os proibidos.

Não é necessário fazer aqui uma defesa densa da autonomia de ambas as ciências sociais: o Direito e a Econômica. O mais importante para o nosso estudo, julgamos nós, é investigar “se” e “como” se interseccionam elas. Neste sentido, podemos vislumbrar, por exemplo, um ponto de interseção entre ambas, quando, no momento da conformação do ordenamento jurídico, se realiza uma análise, a partir de teorias econômicas, dos efeitos de uma futura norma no comportamento humano. Também podemos pensar na intervenção do Direito, já constituído, na regulação da Economia, com o fim de minimizar as externalidades negativas do mercado, ou seja, o direito como instrumento de intervenção. Bem como, em sentido inverso, podemos pensar no uso de teorias econômicas no momento da aplicação do Direito, ou seja, a teorias econômicas como instrumento de qualificação do Direito, no sentido de se auferir a justiça a partir de um sentido de eficiência econômica na aplicação da norma.

A AED ganhou destaque na década de 80 de século passado em função da participação de economistas nas Escolas de Direito das grandes universidades americanas. Mas sua força não foi fruto somente da aceitação acadêmica, mas também pela adoção de suas ideias por parte do judiciário americano, que passou a usar teorias econômicas, como critério para a aplicação da norma⁷.

Embora tenha ganhado destaque a partir dos anos 80, o seu surgimento é muito anterior; remonta a década de 40 e 50, quando surgiram os primeiros estudos, que passaram a ganhar força acadêmica a partir da década de 60, todas do século passado. Tais estudos surgiram em campos do Direito relacionados com temas econômicos, como o direito regulatório e o tributário. Entretanto, em um movimento complementar de aproximação de áreas, nos

⁷ F. PARISI, «Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics», *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, 3, 2004, p. 261, fecha de consulta 24 octubre 2025, en <http://link.springer.com/10.1007/s10657-004-4273-2>.

anos 60, houve um ponto de inflexão a partir do qual passou-se a utilizar as teorias econômicas para estudos críticos de áreas dos direitos não tão conexas com temas econômicos, como a responsabilidade civil e o direito penal⁸. Tais ideias surgem juntamente com outros movimentos, ligados às teorias críticas, tais como a Escola Crítica do Direito e as teorias desenvolvidas nos campos da filosofia moral e política, que tinham por objetivo construir referenciais para uma sociedade justa. Movimento em que despontou autores como Rawls e Dworkin⁹.

A base teórica da Análise Econômica do Direito é a Microeconomia Neoclássica, em particular a parte desta teoria economia que explica e avalia as realidades e instituições jurídicas¹⁰. E essa escola de pensamento se assenta em três premissas: o individualismo metodológico, segundo o qual toda a norma coletiva é a soma de respostas individuais; a maximização das escolhas racionais, teoria que defende que as análises racionais das variáveis que determina uma escolha visa sempre o máximo benefício; e a eficiência econômica, que tanto pode se fundamentar na teoria do “ótimo de Pareto”, segundo a qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a do outro, formando uma situação de equilíbrio onde não há prejudicados, ou na teoria de Kaldor-Hicks, denominada de “maximização do bem-estar”, segundo a qual os agentes buscam sempre maximizar os seus resultados, mesmo que tenha que compensar os prejudicados¹¹.

Desde uma perspectiva histórica, ou melhor, se buscamos na gênese, a base teórica mais antiga da AED reside nos estudos de Ronald Coase sobre

⁸ C. DE O. COELHO, «A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico», *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*, 2007, p. 4, fecha de consulta 24 octubre 2025, en <https://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>.

⁹ A. BUGALLO ALVAREZ, «Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações», *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, Nº 29, 2006, pp. 49-50.

¹⁰ *Ibid.*, p. 52.

¹¹ L. PARREIRA; M. BENACCHIO, «Da Análise Econômica do Direito para a Análise Jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade», *Prisma Jurídico*, vol. 11, 1, 2013, pp. 186, 187, fecha de consulta 28 octubre 2025, en [http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path\[\]=4031](http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path[]=4031).

os custos de negociações frequentes, datado de 1937, no qual o autor buscou responder como a constituição de uma empresa permitiria reduzir estes custos de transação¹². Entretanto, o trabalho de Coase que verdadeiramente é reconhecido como mais importante para a consolidação da AED se intitula *The Problem of Social Cost* de 1960, publicado pelo *Journal of Law and Economics* da Universidade de Chicago. Neste trabalho, Coase, contrapondo as ideias de Pigot, afirma que o problema do mercado não está na externalidade negativa, mas sim no custo de transação. E exemplifica ilustrando que se o custo para mudar um condomínio residencial vizinho à uma indústria poluidora for inferior ao custo de reduzir a poluição pela diminuição da atividade industrial, se poderia resolver o problema sem restringir a atividade econômica, indenizando-se os moradores e transferindo o condomínio para fora do alcance da poluição; encontrando, portanto, uma solução de “maximização de benefício geral”¹³.

O ponto central trazido por Coase é que o custo de transação (como forma de solução de um conflito) deve ser a métrica para aplicação do Direito; uma construção de justiça eficiente, desde uma perspectiva econômica.

Outro trabalho importante para a consolidação da AED foi o de Guido Calabresi, publicado em 1961 na *Yale Law Journal*, sob o título de *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, no qual o autor estuda a importância da análise do risco, como critério de imputação da responsabilidade por danos¹⁴.

Mas, se a base teórica surge das ideias de Coase e de Calabresi, foi com as ideias de Richard Posner, a partir da publicação do seu trabalho *Economic Analysis of Law*, em 1973, que a análise econômica do direito se consolidou¹⁵. Os estudos de Posner introduziram a ideia de que somente com a aplicação das teorias econômicas é que se poderia dar eficiência na

¹² C. DE O. COELHO, «A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico», cit., p. 5.

¹³ *Ibid.*, p. 6.

¹⁴ A. BUGALLO ALVAREZ, «Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações», cit., p. 52.

¹⁵ *Ibid.*

aplicação do Direito, atribuindo a essa aplicação eficiente um sentido de justiça. O que levou a doutrina a apontar que o que caracteriza o campo da análise econômica do direito é a substituição do conceito de justiça pelo conceito neoclássico de eficiência¹⁶.

Destacamos que nos estudos relatados não se está a realizar uma análise econômica para se criar uma norma, ou seja, desde a labor do conformador clássico do Direito; nem tampouco para se decidir desde uma perspectiva econômica a viabilidade de se iniciar um processo judicial ou de se prosseguir com ele, desde a perspectiva do detentor do direito subjetivo. Nos estudos relatados o que se pôs em evidência é a modulação da aplicação da norma, ou seja, a observação de elementos e teorias econômicas no momento de aplicação do Direito, com o objetivo de se alcançar uma justiça mais eficiente desde uma perspectiva econômica, pautada na microeconomia neoclássica.

A microeconomia neoclássica, que molda o conceito de justiça desde a perspectiva da análise econômica do direito, se baseia em duas premissas básicas: (i) - o individualismo metodológico, teoria que defende que os fenômenos coletivos se explicam a partir de escolhas individuais; e (ii) a escolha racional, teoria segundo a qual os indivíduos decidem no sentido de maximizar os benefícios em detrimento dos custos de sua conduta, ou seja, uma racionalidade maximizadora¹⁷. Essas premissas irão desenhar, dentro da microeconomia neoclássica, um significado de eficiência que pode derivar tanto das conclusões de Pareto, de que uma parte não pode melhorar sua situação sem piorar a do outro; como das conclusões de Kaldor-Hicks, que desenvolveu a teoria da “eficiência potencial de Pareto”, segundo a qual o que importa é que, havendo perda de uma das partes, essa perda possa ser compensada pelos ganhadores, ainda que efetivamente essa compensação não ocorra¹⁸.

¹⁶ C. DE O. COELHO, «A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico», cit., p. 8.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 10-11.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 12-13.

Mas, por que as teorias microeconômicas neoclássicas foram as escolhidas pelos fundadores da AED?

A resposta, segundo a doutrina, está na discussão histórica sobre a melhor metodologia a seguir para explicar a própria econômica como ciência. As discussões quanto à melhor metodologia a se aplicar para validação das teorias econômicas a partir de um critério científico levou a um posicionamento majoritário em torno das ideias de Popper e Friedman, o primeiro com o critério metodológico de falsificacionismo e o segundo com a ideia de que o que se deve verificar é a qualidade e força das previsões em comparação com a experiência fática, abandonando a ideia de busca pela veracidade das premissas. E nesta linha, a teoria microeconômica neoclássica foi eleita porque é própria para separar ideias econômica entre científicas e não científicas, e, portanto, foi a eleita como base teórica para a Análise Econômica do Direito, pois lhe poderia conferir uma melhor validação epistemológica¹⁹.

Segundo Coelho, o fato de a Análise Econômica do Direito ter adotado como base teórica a microeconomia neoclássica, que melhor traduz a Economia como ciência pura, foi justamente o fator que a aproximou da ideia do Direito como ciência pura. E que, ademais, a análise econômica resgatou a objetividade no estudo do Direito; uma característica do positivismo jurídico que continua sendo muito valorizada pela maioria dos estudiosos do Direito como ciência²⁰.

Mas as ideias da autora têm um ponto de conflito com a maioria da doutrina. Majoritariamente os autores vêm a AED como uma escola que confere interdisciplinariedade à ciência do Direito²¹. No entanto, para Coelho, a Análise Econômica do Direito, ao contrário do que possa parecer, não busca levar o Direito à uma interdisciplinariedade pautada nas áreas das ciências

¹⁹ *Ibid.*, pp. 15-19.

²⁰ *Ibid.*, p. 20.

²¹ A posição majoritária da doutrina, que é contrária à tese de Coelho, pode ser visto em C. L. STRAPAZZON; R. TRAMONTINA, «As bases metodológicas/epistemológicas da rational choice theory (RCT) e a análise econômica do Direito.», *Prisma Jurídico*, vol. 14, 2, 2016, p. 111, fecha de consulta 28 outubro 2025, en [http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path\[\]=5036](http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path[]=5036).

sociais, inclusive a economia. Em realidade, segue explicando a autora, a *Law and Economics* está muito mais próxima do positivismo do que de posturas interdisciplinares, pois buscar uma cientificidade e objetividade em seus estudos²².

Entendemos que o que Coelho quis pôr em evidência é que a AED não pretendeu romper com o positivismo, mas sim apresentar-se como um complemento a ele. E, corroborando nossa análise, há outros autores que defendem que o ponto de aproximação entre o Direito e a Análise Econômica do Direito, que justifica a sua aceitação como doutrina jurídica, está na concepção positivista-empirista do Direito, concepção moderna que exige uma verificação empírica das preposições dos estudos jurídicos assentados no positivismo, mas não em um positivismo formalista²³.

Neste sentido, os defensores da Análise Econômica do Direito são rotulados como os continuadores da tradição realista americana, portanto, críticos do formalismo na conformação do pensamento jurídico e defensores das contribuições de outras ciências sociais no estudo do Direito²⁴.

Logo, esta parte da doutrina, se contrapõe às conclusões de Coelho quanto à ausência de interdisciplinariedade na base da Análise Econômica, pois o antiformalismo, ou seja, o afastamento da racionalidade intrínseca ao próprio ordenamento, leva à uma interdisciplinaridade que está na essência da análise econômica. Mas este afastamento não é tão radical quanto o é na Escola Crítica do Direito, pois na AED se reconhece a imperfeição do tradicionalismo e formalismo jurídico, mas não se defende a sua desconstrução completa, mas sim uma complementação a partir de teorias econômicas que tornariam as tomadas de decisões mais eficientes²⁵.

²² C. DE O. COELHO, «A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico», cit., p. 22.

²³ E. MILLARD; L. R. HEINEN, «A Análise Econômica do Direito: Um olhar empirista crítico», *Economic Analysis of Law Review*, vol. 9, nº 1, 2018, p. 279.

²⁴ A. BUGALLO ALVAREZ, «Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações», cit., p. 51.

²⁵ *Ibid.*, p. 52.

Como consequência, segundo esta corrente, o papel atribuído à Análise Econômica do Direito, desde a perspectiva do campo econômico, não é o de se intitular como uma substituição de um programa científico descritivo do direito²⁶, mas sim como um programa prescritivo²⁷. Como instrumento prescritivo do Direito, a Análise Econômica vai trabalhar a justificação, pretensão, melhor razão, que, segundo explica a doutrina, se liga a ideia de escolha pela racionalidade econômica que pode e deve servir de complemento para a decisão judicial²⁸.

Portanto, segundo essa corrente doutrinal, a Análise Econômica do Direito não é um instrumento metodológico para a validação do direito como ciência. Ela é um instrumento (dogmático-doutrinário) que visa auferir a melhor razão para a escolha na aplicação do ordenamento, ou seja, na realização do Direito. Neste sentido, a AED o que faz é auxiliar na definição do melhor Direito a ser aplicado. Como esclarece Strapazzon e Tramontina, a AED busca fomentar o uso “do ferramental econômico para se estipular, interpretar e aplicar o direito”²⁹.

Mas, de nossa parte acrescentamos, que isso somente é viável quando cabe escolher, porque a aplicação da norma só depende de sua validade, não da avaliação de outros fatores.

Mas fato é, que, ao servir de métrica para a aplicação do Direito, a Análise Econômica embora não sirva como teoria jurídica para explicar o bom direito e provocar a boa decisão, ela caba por graduar a decisão e o direito desde teorias econômicas, levando a compreensão de que a boa decisão e o bom direito estão do lado daqueles que seguem tais premissas econômicas complementares³⁰.

²⁶ Como ciência que descreve o Direito como ele é.

²⁷ E. MILLARD; L. R. HEINEN, «A Análise Econômica do Direito: Um olhar empirista crítico», cit., pp. 280-281.

²⁸ *Ibid.*, p. 281.

²⁹ «As bases metodológicas/epistemológicas da rational choice theory (RCT) e a análise econômica do Direito.», cit., p. 110.

³⁰ E. MILLARD; L. R. HEINEN, «A Análise Econômica do Direito: Um olhar empirista crítico», cit., p. 282.

Isto, atualmente, está refletido nas decisões do STF, pois o consequencialismo jurídico, ou seja, as projeções dos efeitos da sentença, é o fundamento velado para a modulação dos efeitos das decisões que representam gastos consideráveis ao Estado³¹. Portanto, vê-se claramente influência das ideias da AED na determinação do “melhor” Direito, ou melhor, na realização da justiça.

Logo, esta escala valorativa acaba por ter influência no julgador. A Análise Econômica do Direito é, como defende a doutrina, uma “ideologia jurídica” que cada vez mais está ganhando adeptos³². Por esta razão, apesar de não ser uma ciência do Direito ela se tornou um objeto da ciência do Direito³³.

3. CRÍTICAS À ADOÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Como já vimos anteriormente, a AED pode estudar o direito desde duas perspectivas. A que visa avaliar o impacto do direito na conduta dos indivíduos. E a que, introduzindo teorias econômicas de eficiência, busca o estudo do Direito desde uma perspectiva normativa, com o objetivo de o tornar eficiente. Com relação a primeira, pensamos que a AED é mais aceitável não merecendo muitas críticas. Entretanto, desde a segunda perspectiva, em que a AED atua como conformadora de um direito economicamente eficiente (âmbito normativo da AED), muitas críticas recaem sobre sua aplicação.

De início devemos pensar que as teorias econômicas, principalmente as forjadas na Escola de Chicago, berço da AED, são desenvolvimentistas e

³¹ Como demonstra estudo realizado sobre a modulação dos efeitos de sentenças no STF em matéria tributária, 66.7% dos casos analisados após março 2022 (marco temporal relacionado com a pandemia do Covid-19) a modulação se pautou nas implicações financeiras ao erário público que a declaração de inconstitucionalidade da norma poderia causar. Vid. P. H. ARRUDA, «Modulação de Efeitos em Matéria Tributária no STF à Luz da Jurisprudência do Tribunal Pleno», *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, 13, 2024, p. 182, fecha de consulta 12 diciembre 2025, en <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/2470>.

³² Que como observa Paulo Caliendo, tampouco pode ser considerada uma escola ou um corpo teórico unificado, pois representa pensamentos de diversas escolas divergentes, assim sendo o autor a considera mais um movimento do que uma escola em si. Vid. P. CALIENDO, «Direito Fundamentais, Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites», *Direitos Fundamentais e Justiça*, nº 7, 2009, p. 205.

³³ E. MILLARD; L. R. HEINEN, «A Análise Econômica do Direito: Um olhar empirista crítico», cit., pp. 283-284.

liberais, portanto, ao aplicar o conceito de eficiência econômica como teoria conformadora do sistema jurídico esta ideologia, ou se preferirem, estes ideais, serão os que o Direito irá proteger. Neste sentido, se tem defendido que a interdisciplinariedade deve ser revista, porque a AED está passando de uma doutrina de colaboração para o único conhecimento relevante no estudo do Direito, o que coloca a decisão ótima e a eficiência econômica como valores sociais únicos³⁴. Esta primazia, assim alertam os críticos, acaba por excluir princípios e valores relevantes para a dignidade humana ³⁵.

Uma outra crítica importante é ao conceito de utilitarismo que forma parte dos elementos caracterizadores da AED. A partir do utilitarismo se propõe a seguinte fórmula para se avaliar a justiça: o maior benefício para o maior número possível. Consagrando uma lógica de resultados que tem muitos problemas como por exemplo a falta de proteção das minorias, despreocupação com a justiça distributiva e uma desconexão entre eficiência e equidade, considerações críticas que tem como expoente máximo Dworkin³⁶. Como sintetiza a doutrina, Dworkin concentra sua crítica no argumento de que o Direito é um processo de integração e interpretação de todos os princípios e não somente o da eficiência econômica e da maximização³⁷.

Ademais, um eventual estudo de como o comportamento dos indivíduos pode alterar o Direito não é passível de ser testado como teoria da AED, pois não se estaria analisando comportamento livres, moldados por elementos quantitativos, mas sim comportamento que seguem um padrão de regras. Crítica que é rebatida por Posner, que vislumbra possibilidade de se estabelecer variáveis para verificação da eficiência de normas constituídas. Para aquele o autor ainda há espaço para o estudo do Direito desde uma

³⁴ A. BUGALLO ALVAREZ, «Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações», cit., p. 61.

³⁵ L. PARREIRA; M. BENACCHIO, «Da Análise Econômica do Direito para a Análise Jurídica da Economia», cit., p. 180.

³⁶ A. BUGALLO ALVAREZ, «Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações», cit., pp. 64-66.

³⁷ L. PARREIRA; M. BENACCHIO, «Da Análise Econômica do Direito para a Análise Jurídica da Economia», cit., p. 189.

perspectiva econômica inclusive para modificar noções preconcebidas por via de construções teóricas testáveis desde as ideias da AED³⁸.

4. A DEFESA DA APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO A PARTIR DO ESTABELECIMENTO DE UM MODELO DE PRECEDENTES, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Em nosso modo de ver, a viabilidade da aplicação da Análise Econômica do Direito no sistema jurídico brasileiro deve ser verificada partindo-se de uma análise inicial dos elementos caracterizadores deste referencial de pensamento para, em seguida, analisar-se a perfeita adequação dele ao sistema *suis generis* como o nosso, que atualmente transita de um sistema de *civil law* para um sistema de *common law*, formando um sistema peculiar, que apesar de ser identificado como de tradição romano-germânica, na qual o legislativo é a principal fonte do Direito, vem atribuindo um valor normativo aos precedentes dos tribunais superiores; o que leva a doutrina a confirmar que há uma evidente e progressiva aproximação do sistema brasileiro ao de precedentes, próprio do *common law*³⁹. E esta aproximação pode, segundo nossa hipótese, ser o principal elemento que justifica a adoção da AED.

4.1. ELEMENTOS E CARACTERÍSTICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Como já foi dito anteriormente, o primeiro elemento que caracteriza a AED, como objeto da ciência do Direito, é um certo grau de interdisciplinariedade que o estudo do Direito como ciência tem de admitir. Bem mais do que um elemento caracterizador, a interdisciplinariedade é um pressuposto necessário para o desenvolvimento da AED. Portanto, esse referencial de pensamento se pauta, no mínimo, na ruptura do formalismo do positivismo jurídico, pois necessita de uma abertura que possibilite que o

³⁸ R. A. POSNER, «O movimento análise econômica do Direito», cit., p. 281 e ss.

³⁹ A. P. DE BARCELLOS, *Curso De Direito Constitucional*, 6, Editora Forense, RIO DE JANEIRO, 2025, pp. 6-8.

Direito tenha por objeto de estudo elementos de outras ciências sociais, mais especificamente da economia.

Um segundo elemento que caracteriza a AED é a ideia de maximização de benefícios como motivador das condutas dos indivíduos e o direito como elemento de influência econômica deste comportamento⁴⁰. Segundo o referencial de pensamento da AED o indivíduo sempre determina sua conduta de forma racional e com o objetivo de obter o maior benefício e que o Direito é um conjunto de regras que influencia a conduta dos indivíduos; o que ocorre, basicamente, pela contraposição do custo e do benefício do cumprimento ou descumprimento de uma obrigação. Logo, a análise econômica visa dotar o pensamento jurídico de uma teoria que explica o comportamento do indivíduo a partir da maximização do benefício, fator que influencia sua conduta e que deve ser analisado desde uma perspectiva da eficiência econômica⁴¹.

Por fim, há um terceiro elemento caracterizador de destaque que é a capacidade da AED de explicar o Direito tanto desde uma perspectiva descritiva (o que é o direito) como desde uma perspectiva normativa (como deve ser o direito). Como esclarece a doutrina, o enfoque descritivo (teoria positiva) busca analisar os efeitos da norma desde uma perspectiva econômica (teoria econômica do impacto legal) e assim explicar o impacto das normas no comportamento dos indivíduos; e o enfoque normativo, por sua vez, visa “dar uma fundamentação econômica à teoria do Direito”, no sentido de que a AED também deve ser considerada na construção do sistema jurídico⁴²; pois como afirma Posner, “quando for modificado o comportamento, a lei deverá mudar também”^{43 44}.

⁴⁰ R. A. POSNER, «O movimento análise econômica do Direito», cit., p. 278.

⁴¹ A. BUGALLO ALVAREZ, «Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações», cit., p. 56.

⁴² *Ibid.*, p. 58.

⁴³ R. A. POSNER, «O movimento análise econômica do Direito», cit., p. 280.

⁴⁴ Parece-me que Posner se refere não a uma alteração formal da norma, mas sim a aplicação pelos tribunais, pois esse foi exatamente o exemplo que ele deu com a questão das “luzes antigas”, um direito limitado a luz natural, existente na Inglaterra, que durante a conformação do common law estadunidense os tribunais americanos, posteriormente a declaração de independência, rejeitaram.

É preciso se ter em mente que no sistema do *Common law* essa alteração da regra jurídica é mais aceitável, pois se dá através dos precedentes criados pelos tribunais, que, naquele sistema jurídico, se tornam normas. Neste sentido, é mais fácil de se entender e de se explicar como uma mudança de comportamento pode levar a uma alteração do Direito. O que explica também a maior e mais bem acolhida da análise econômica no sistema de Direito Costumeyro do que no sistema de matriz romano-germânica.

Portanto, no sentido inverso, a AED vai encontrar dificuldades de se explicar no *civil law*, pois a alteração da norma, em tese, depende do legislativo; logo, para muitos estaríamos em um estágio de conformação do Direito.

Entretanto, se tomarmos por base o fato de que o sistema jurídico brasileiro está transitando do *civil law* para o *common law*, não estaríamos abrindo as portas para a AED na conformação do Direito, como fenômeno que pode e deve ser estudado pela ciência jurídica, ainda que validada epistemologicamente pelo positivismo-jurídico? E mais, o novo sistema de precedentes que se forja no Brasil é muito mais compatível com a AED se tomarmos como paradigma todas as características deste instrumental de pensamento econômico, que expomos neste apartado.

4.2.A DEFESA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO A PARTIR DO “NOVO” SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de iniciarmos a análise da hipótese principal do nosso trabalho, julgamos importante fazermos uma precisão quanto ao modelo econômico que defendemos como parâmetro para uma moderna AED.

O primeiro elemento que gostaríamos de pôr em evidência é o fato de que as bases que inicialmente construíram as ideias desta corrente de pensamento, muito forjada pela Escola de Chicago, já não compactuam com o pensamento das ideias econômicas modernas. A influência da ética abriu os olhos da economia para compreender o humano em sua dignidade e não como número; bem como, a ideia do bem-estar social se reafirma como instrumento

de equilíbrio entre os interesses individuais e a solidariedade, moldando uma economia mais humanizada, muito influenciada pelas ideias de pensadores como Amartya Sen, para ficar entre os mais modernos⁴⁵.

Para que a AED possa servir de instrumental para o Direito em um Estado social como o nosso é preciso que o seu eixo do pensamento se desloque do liberalismo econômico e do desenvolvimentismo para uma regulação e a busca da sustentabilidade, conceito que, como alerta a doutrina, vai muito mais além do que a questão ambiental⁴⁶.

Ultrapassada essa análise de ordem crítica, que tem por objetivo deixar em evidência a necessidade de reformulação das teorias econômicas que servirão de base teórica para uma AED aplicável ao sistema jurídico brasileiro, passaremos então ao verdadeiro objeto de estudo deste trabalho, que é a defesa da AED a partir da transformação que o sistema jurídico pátrio está sofrendo.

Porém, antes é necessário fazer uma segunda precisão. Não é escopo desse trabalho realizar uma análise da assertividade das figuras jurídicas que nosso ordenamento estabeleceu para solucionar a litigiosidade de massa e as demandas repetitivas. Neste ponto, este trabalho apenas pretende realizar uma constatação fática de que, com bases nas novidades jurídicas implementadas ao nível do direito constitucional e processual, com o objetivo de auxiliar na litigiosidade de massa e repetitiva, nosso sistema jurídico está passando por uma transformação que se consolida a passos largos e que o leva a uma transição do clássico *civil law* para outro sistema, talvez híbrido, que se aproxima do sistema do *common law*.

As ações coletivas, tais como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, se demonstraram insuficientes para resolver todas as situações que envolvem a litigância de massa e de demandas repetitivas.

⁴⁵ Sobre a construção de uma economia humanizada ver L. PARREIRA; M. BENACCHIO, «Da Análise Econômica do Direito para a Análise Jurídica da Economia», cit., pp. 190-196..

⁴⁶ *Ibid.*, p. 200.

Por razões de ordem prática, cultural e mesmo jurídicas, as demandas coletivas se mostram inábeis para abarcar todas as demandas repetitivas e por este motivo surgiu a necessidade de se estabelecer uma técnica processual, com força de precedente obrigatório, para solucionar questões repetitivas, seja de natureza material ou processual⁴⁷.

O CPC de 2015, em um ato de consolidação deste movimento, em seu art. 928 nomeia e define tal técnica processual como “julgamento de casos repetitivos”, esclarecendo que são decisões proferidas em incidentes de resolução de demandas repetitivas ou em recursos especial e extraordinário repetitivos⁴⁸. O fenômeno da repetição, seja de demanda ou de recursos, se dá quando há uma pluralidade de questões de direito que discutem situações jurídicas, individuais ou coletivas, ou questões processuais repetitivas, submetidas em diversos processos ao judiciário⁴⁹.

Não é nossa intenção neste trabalho enumerar e definir os instrumentos processuais que visam sanar o fenômeno, mas deixar constância que nosso sistema jurídico tem inovado no sentido de consolidar um modelo de parametrização para a construção de precedentes judiciais obrigatórios, que vinculam o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos subordinados. E neste sentido, pôr em evidência que o sistema de precedentes obrigatórios, consolidado através dos mecanismos de incidente de demandas repetitivas e da sistemática dos recursos repetitivos, está pautado na ideia de que o operador do direito é quem verdadeiramente estabelece a norma jurídica concreta, o que provoca interpretações diferentes e insegurança jurídica, e que

⁴⁷ L. C. D. CUNHA, *A Fazenda Publica Em Juízo*, 22, Editora Forense, RIO DE JANEIRO, 2025, pp. 185-188.

⁴⁸ O incidente de demanda repetitiva está regulado pelos artigos 976 e seguintes do CPC. O dever de uniformização da jurisprudência está estabelecido no art. 926 do CPC, e vinculatividade das decisões, no art. 927 do CPC. Por sua vez, como reforço desta sistemática, os artigos 1.036 e seguintes, regulam o julgamento dos recursos repetitivos no STJ e STF.

⁴⁹ S. TEMER, *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, 3ª, JusPODIVM, Salvador, 2018, p. 60.

sem o estabelecimento de um sistema de precedentes obrigatórios não se alcançaria uma justiça estável e segura⁵⁰.

E a evidência supra referida nos leva a outra constatação. Sem espaço para dúvidas, estamos abandonando o sistema do *civil law* clássico⁵¹ e nos aproximando do *common law*.

Como é sabido, no sistema do *common law* o direito não tem por fonte somente o poder legislativo, pois se conforma também através da atividade jurisdicional, uma vez que os juízes não são meros aplicadores mais sim construtores da ordem jurídica. Nessa ordem de ideia, quando os juízes utilizam a AED como instrumento de idealização de uma justiça eficiente, no sistema do direito costumeiro, não se está somente aplicando a lei, mas conformando o Direito e, portanto, criando uma ideia de justiça pautada no caso concreto e em teorias econômicas, ou seja, quebrando, na prática jurisdicional, o formalismo do positivismo jurídico e consolidando uma interdisciplinariedade na conformação e aplicação do Direito.

Tudo isto, em nosso modo de pensar, faz com que essa aproximação do sistema jurídico brasileiro ao modelo do *common law* não só justifica como autoriza o uso da AED pelo aplicador, que com sua decisão conformará o Direito e necessitará de um instrumental amplo e interdisciplinar para o cumprimento desta função. É que, claramente, as mesmas características presentes no sistema jurídico americano, berço da AED, estão, com esta transição, presentes no sistema jurídico brasileiro.

Ademais, compartilhamos da opinião de que a AED não é só justificável no híbrido sistema jurídico brasileiro como também é importante, pois como defende a doutrina, “a compreensão do Direito distanciado da realidade social,

⁵⁰ L. G. MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 100.

⁵¹ No qual a julgador, com base na método normativo-dedutivo, da uma solução pré-estabelecida pela norma, por meio da subsunção do fato concreto ao texto lei. J. R. C. E TUCCI, *Precedente Judicial como fonte do direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 187.

política e econômica não é suficiente para dar conta da complexidade contemporânea”⁵².

A ideia de maximização, premissa da AED, e a determinação da eficiência na aplicação do Direito, o que seria o mesmo que dizer a busca por uma justiça eficaz desde a perspectiva econômica e forjada pelas ideias da AED, é valiosa e necessária. O estabelecimento de critérios eficientes e a visão utilitarista do Direito podem sim auxiliar o aplicador, que no sistema de precedentes obrigatórios é também um conformador do Direito. E esse auxílio vai no sentido de permitir maximizar a justiça, buscando que ela beneficie o maior contingente e prejudique o menor possível. Recordando que há sempre que se respeita os limites para sua aplicação⁵³. E que a sua utilização deve ser usada para alargar o horizonte de compreensão do Direito e nunca como única forma de pensamento⁵⁴.

5. CONCLUSÃO

A Análise Econômica do Direito, forjada no sistema jurídico norte-americano e epistemologicamente ancorada na microeconomia neoclássica, estrutura-se sobre premissas de individualismo metodológico, racionalidade maximizadora e eficiência econômica, projetando sobre a decisão jurídica um critério de justiça associado a resultados e consequências. Embora tal perspectiva encontre maior coerência no *common law*, constata-se crescente adesão à AED no Brasil, especialmente no âmbito dos tribunais superiores, em decisões marcadas por juízos consequencialistas.

Sustenta-se, assim, que a progressiva consolidação de um modelo de precedentes obrigatórios, intensificado pelo CPC de 2015, produz um deslocamento funcional do sistema jurídico brasileiro, aproximando-o do

⁵² M. C. P. RIBEIRO; D. C. DA S. CAMPOS, «Análise Econômica do Direito e a concretização dos Direitos Fundamentais», *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 11, nº 11, 2012, p. 320.

⁵³ P. CALIENDO, «Direito Fundamentais, Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites», cit., p. 221.

⁵⁴ L. PARREIRA; M. BENACCHIO, «Da Análise Econômica do Direito para a Análise Jurídica da Economia», cit., p. 190.

common law e ampliando o espaço de atuação do julgador como conformador do direito.

Nesse cenário, a AED tende a ganhar aceitabilidade como instrumental de qualificação da aplicação normativa, não apenas por razões pragmáticas, mas por compatibilidade estrutural com um sistema em que decisões judiciais assumem maior densidade normativa.

Todavia, reconhecem-se limites e críticas relevantes, com prejuízo a princípios ligados à dignidade humana, às minorias e à justiça distributiva, razão pela qual se afirma a necessidade de uma reformulação do modelo econômico que servirá de base teórica para a AED, deslocando-o de um liberalismo desenvolvimentista para parâmetros de bem-estar social, regulação e sustentabilidade, de modo a compatibilizar a AED com um Estado social.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, P. H., «Modulação de Efeitos em Matéria Tributária no STF à Luz da Jurisprudência do Tribunal Pleno», *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n.º 13, 2024, pp. 166-200, fecha de consulta 12 diciembre 2025, en <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/2470>.

BARCELLOS, A. P. DE, *Curso De Direito Constitucional*, 6, Editora Forense, RIO DE JANEIRO, 2025.

BUGALLO ALVAREZ, A., «Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações», *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 9, n.º Nº 29, 2006, pp. 49-68.

CALIENDO, P., «Direito Fundamentais, Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: contribuições e limites», *Direitos Fundamentais e Justiça*, n.º nº 7, 2009, pp. 203-222.

COELHO, C. DE O., «A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico», *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*,

© **Direito e Linguagem** nº 6, vol. 2. Ordinário (2025), pp. 24-47
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.17957936

2007, fecha de consulta 24 octubre 2025, en <https://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>.

CUNHA, L. C. D., *A Fazenda Publica Em Juizo*, 22, Editora Forense, RIO DE JANEIRO, 2025.

MARINONI, L. G., *Precedentes Obrigatórios*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

MANKIWI, N. G. INTRODUÇÃO À ECONOMIA. TRAD.: ALLAN VIDIGAL HASTING – SÃO PAULO: THOMSON LEARNING, 2007

MILLARD, E.; HEINEN, L. R., «A Análise Econômica do Direito: Um olhar empirista crítico», *Economic Analysis of Law Review*, vol. 9, n.º nº 1, 2018, pp. 277-284.

PARISI, F., «Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics», *European Journal of Law and Economics*, vol. 18, n.º 3, 2004, pp. 259-272, fecha de consulta 24 octubre 2025, en <http://link.springer.com/10.1007/s10657-004-4273-2>.

PARREIRA, L.; BENACCHIO, M., «Da Análise Econômica do Direito para a Análise Jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade», *Prisma Juridico*, vol. 11, n.º 1, 2013, pp. 179-206, fecha de consulta 28 octubre 2025, en [http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path\[\]=4031](http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path[]=4031).

POSNER, R. A., «O movimento análise econômica do Direito», en Anderson Vichinkeski Teixeira, Elton Somensi Oliveira (eds.) *Correntes Contemporâneas Do Pensamento Jurídico*, Editora Manole, Barueri, SP, 2010.

RIBEIRO, M. C. P.; CAMPOS, D. C. DA S., «Análise Econômica do Direito e a concretização dos Direitos Fundamentais», *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 11, n.º nº 11, 2012, pp. 304-329.

STRAPAZZON, C. L.; TRAMONTINA, R., «As bases metodológicas/epistemológicas da rational choice theory (RCT) e a análise econômica do Direito.», *Prisma Jurídico*, vol. 14, n.º 2, 2016, pp. 107-138, fecha de consulta 28 octubre 2025, en [http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path\[\]=5036](http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path[]=5036).

TEMER, S., *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, 3ª, JusPODIVM, Salvador, 2018.

TUCCI, J. R. C. E., *Precedente Judicial como fonte do direito*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.