

Recebido: 19/04/2025

Aprovado: 09/07/2025

# A TERCEIRA DIMENSÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA PERSPECTIVA INTERPRETATIVA

## *THE THIRD DIMENSION OF LAW AND ECONOMICS: AN INTERPRETATIVE PERSPECTIVE*

*Omar Augusto Leite Melo<sup>1</sup>*

*Luciana Luk tai Yeung<sup>2</sup>*

*Fillipe Azevedo Rodrigues<sup>3</sup>*

- <sup>1</sup> Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária (CEU). Bacharel em Direito pela ITE. Professor de Direito Tributário, Direito Ambiental e Análise Econômica do Direito.
- <sup>2</sup> Mestra em Economia Aplicada pela University of Wisconsin e em Relações Trabalhistas pela mesma universidade. Bacharel em Economia pela Universidade de São Paulo (USP). Professora Associada do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). Indicada pelo Supremo Tribunal Federal como uma das 100 mulheres mais influentes do Direito Constitucional brasileiro.
- <sup>3</sup> Doutor em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Bacharel em Direito pela UFRN. Professor de Direito de Caicó e de mestrado em Direito da UFRN.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Modalidades “Tradicionais” da Análise Econômica do Direito: AED Positiva e AED Normativa. 2. A Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale e Consequente Análise Econômica Tridimensional do Direito. 3. Um Exemplo de Combinação das Três Modalidades Analíticas. 3.1. Revisão do Tema Repetitivo n. 931 do STJ (REsp 1.785.861). 3.2. Decisão do STF na ADPF 449, que envolvia a proibição de transporte individual urbano por meio de aplicativos (Uber, 99, Cabify etc.). Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O artigo introduz a Análise Econômica do Direito (AED) Interpretativa, uma nova dimensão da AED, que complementa as abordagens positiva e normativa. Inspirada pela Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, a AED Interpretativa centra-se no elemento “norma”, investigando sua racionalidade, motivações e contexto de elaboração. Retornando ao processo de criação normativa, a análise detecta falhas técnicas, vícios processuais e influências de interesses específicos. A abordagem amplia o controle de qualidade das normas, aprimora a transparência e fortalece o controle judicial. Por meio de pesquisas bibliográficas nacionais e internacionais cotejadas com acórdãos judiciais e exposições de motivos de projetos de lei que trazem exemplos práticos de decisões judiciais e legislativas brasileiras, o estudo demonstra como a AED Interpretativa pode contribuir para a legitimidade, coerência e eficiência do ordenamento jurídico, promovendo um processo normativo mais robusto e alinhado às necessidades sociais e econômicas. Defende-se que a AED Interpretativa expande os estudos juseconômicos sobre a produção das normas jurídicas, trazendo seus reais propósitos e as consequências verdadeiramente desejadas, bem como avalia a qualidade das justificativas, por meio de uma análise econômica retrospectiva que permita criticar e avaliar a sua eficácia normativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Análise econômica do direito (AED). AED interpretativa. Teoria tridimensional do Direito. Racionalidade normativa. Controle judicial.

**ABSTRACT:** This article introduces Interpretive Law and Economics (AED Interpretativa), a new dimension of Law and Economics that complements the positive and normative approaches. Inspired by Miguel Reale’s Three-Dimensional Theory of Law, the Interpretive Law and Economics approach focuses on the element of the “norm,” investigating

its rationality, motivations, and the context of its creation. By returning to the normative drafting process, the analysis identifies technical flaws, procedural irregularities, and the influence of specific interest groups. This approach enhances the quality control of legal norms, improves transparency, and strengthens judicial oversight. Drawing on national and international literature, judicial decisions, and explanatory memoranda from legislative bills that offer practical examples of Brazilian judicial and legislative decisions, the study demonstrates how Interpretive Law and Economics can contribute to the legitimacy, coherence, and efficiency of the legal system, fostering a more robust normative process aligned with social and economic needs. It argues that Interpretive Law and Economics expands the field of economic analysis of law by unveiling the true purposes and intended consequences behind legal norms, and by assessing the quality of justifications through a retrospective economic analysis capable of evaluating and criticizing their normative effectiveness.

**KEYWORDS:** Law and economics. Interpretative law and economics. Three-dimensional theory of Law. Normative rationality. Judicial oversight.

## INTRODUÇÃO

A Análise Econômica do Direito (AED) no Brasil consolidou-se como uma área do saber jurídico nos últimos vinte anos, desde o início dos anos 2000. Esse avanço foi acompanhado por uma crescente aplicação da AED tanto em trabalhos acadêmicos empíricos quanto em estudos voltados à prática jurídica, refletindo seu potencial como ferramenta de compreensão e transformação do ordenamento jurídico.

Apesar desse progresso no campo aplicado, observa-se um limitado desenvolvimento teórico, com poucos esforços direcionados à formulação de novas perspectivas analíticas ou à ampliação das bases teóricas existentes. Por exemplo, a abordagem predominante ainda é a diferenciação tradicional entre a AED Positiva e a AED Normativa, que, embora essencial, deixa lacunas importantes na AED.

Inspirado na Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, este artigo se propõe a preencher parte dessas lacunas ao introduzir a AED Interpretativa como uma terceira perspectiva juseconômica, ao lado da positiva e da normativa, inclusive relacionando cada uma dessas modalidades com os três elementos da teoria realeana: AED Positiva (fato), AED Normativa (valor) e AED Interpretativa (norma).

Diferentemente das modalidades positiva e normativa, que examinam as consequências práticas das normas e sua eficiência à luz de objetivos predefinidos, a AED Interpretativa direciona seu foco para os processos subjacentes à criação

e aplicação das normas jurídicas. Essa abordagem busca investigar não apenas os efeitos e a eficiência das normas, mas também o significado e as motivações que as fundamentam. Ao lançar luz sobre os contextos legislativos, judiciais e contratuais, a AED Interpretativa permite compreender as razões subjacentes às escolhas feitas por legisladores, magistrados e contratantes, evidenciando os incentivos e interesses que moldaram as decisões normativas. Trata-se, assim, de um instrumento poderoso para promover maior transparência e legitimidade no ordenamento jurídico, ao mesmo tempo que propicia uma análise crítica do sistema normativo.

Uma das principais vantagens dessa abordagem está em sua capacidade de identificar falhas ou distorções nos processos legislativo, regulatório e contratual, muitas vezes negligenciadas nas análises tradicionais. Por meio da AED Interpretativa, é possível detectar a ausência de estudos técnicos, a influência de interesses específicos (*rent-seeking*), ou até mesmo vícios processuais e de vontade que comprometem a legitimidade e a qualidade das normas jurídicas. Além de oferecer ferramentas para aprimorar o controle judicial sobre normas e decisões, essa modalidade permite também avaliar a coerência interna das normas em relação ao contexto em que foram elaboradas, considerando aspectos históricos, econômicos e sociais. Com isso, promove-se uma compreensão mais ampla e integrada do papel das normas no sistema jurídico, que vai além de sua eficácia prática, incorporando os elementos que orientaram sua criação e aplicação.

Outro ponto central da AED Interpretativa é sua contribuição metodológica para fortalecer o controle judicial de constitucionalidade das normas infraconstitucionais e a fiscalização de políticas públicas. Ao examinar a racionalidade econômica e jurídica das normas desde sua origem, ela fornece instrumentos para evitar retrocessos legais, decisões contraditórias e ineficiências sistêmicas, como demonstrado em casos emblemáticos no Brasil. Essa abordagem pode, por exemplo, ajudar a identificar inconsistências entre os objetivos declarados das normas e os resultados práticos observados, bem como esclarecer os fatores que influenciaram sua formulação, como interesses políticos ou econômicos ocultos. A análise aprofundada desses elementos não apenas complementa as abordagens positiva e normativa, mas também amplia o horizonte das análises econômicas do Direito, contribuindo para o desenvolvimento de um arcabouço teórico ainda mais robusto e conectado às especificidades do contexto brasileiro.

Embora a proposta da AED Interpretativa tenha como base ideias já presentes na literatura internacional (e.g., Cooter e Gilbert, 2022), este artigo busca dar-lhe contornos nacionais, aplicando-a a questões jurídicas específicas do Brasil, além da já citada associação com a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale. Serão ainda discutidos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Congresso Nacional, que foram selecionados para demonstrar que essa nova abordagem

pode ser utilizada para enriquecer a análise de normas e decisões. Também serão apresentados exemplos de situações em que a AED Interpretativa foi efetivamente aplicada, mesmo que não tenha sido explicitamente reconhecida como tal, evidenciando sua relevância prática e potencial transformador.

Os objetivos deste artigo são três: (i) apresentar a AED Interpretativa como uma nova dimensão da AED, complementar às abordagens positiva e normativa; (ii) demonstrar, por meio de casos concretos do direito brasileiro, como essa nova perspectiva pode ser aplicada à análise de normas legislativas, decisões judiciais e contratos, revelando racionalidades subjacentes, falhas procedimentais e eventuais capturas regulatórias; e (iii) discutir as implicações teóricas e metodológicas da AED Interpretativa para o fortalecimento da legitimidade e da eficiência do ordenamento jurídico. Ao alcançar tais objetivos, espera-se contribuir para a expansão da teoria juseconômica brasileira, fornecendo instrumentos que promovam maior transparência, criticidade e coerência na criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Ao propor uma visão mais ampla e interdisciplinar do Direito, espera-se – com a AED Interpretativa – contribuir para o avanço da teoria da análise econômica do direito brasileira, municiando-a de uma visão mais crítica, transparente e ajustada às necessidades práticas dos problemas jurídicos nacionais.

## **1. MODALIDADES “TRADICIONAIS” DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: AED POSITIVA E AED NORMATIVA**

Praticamente todos os livros nacionais e internacionais apresentam apenas duas modalidades de análise econômica do Direito: a AED Positiva e a AED Normativa.

Por exemplo, Gico Junior (2022, p. 24) sintetiza que os juseconomistas estão preocupados em investigar e responder a duas perguntas básicas. A primeira, relacionada à AED Positiva: “quais são as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra?”. A segunda, referente à AED Normativa: “que regra jurídica deveria ser adotada?”.

O mesmo autor ainda explica que a AED Positiva se ocupa com o “mundo do ser”, “dos fatos”, “que pode ser investigado e averiguado por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação”; enquanto a AED Normativa foca no “mundo do dever ser”, “dos valores”, “que não é passível de investigação empírica, não é passível de prova ou falsificação e, portanto, não é científico”.

Por fim, assim sintetiza a diferença entre AED Positiva e Normativa:

Em resumo, a AED Positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis

decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED Normativa nos auxiliará a escolher dentre as alternativas possíveis, a que seja mais eficiente, i.e., escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) predefinido (Gico Jr., 2022, p. 24-25).

Nesse mesmo sentido, Salama (2010, p. 19) leciona que o Direito e Economia Positivo pode ser aproveitado “para prever as consequências das diversas regras jurídicas”, tentando identificar “os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso”. Logo, “busca-se modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão como consequências das diferentes posturas legais”. Em breves palavras, “é para isso que serve o Direito e Economia Positivo: para verificar a pertinência entre meios e fins normativos” (p. 34).

Já o Direito e Economia Normativo, o mesmo autor (*idem*, p. 34) parte do “emparelhamento entre eficiência (que corresponde à ausência de desperdício) e justiça”, e adentra nessa “questão espinhosa” e polêmica: “até que ponto o Direito, enquanto ‘ciência normativa’, deve integrar cálculos de custo e benefício?” ou “até que ponto a maximização da riqueza se relaciona com a justiça?”. Portanto, a AED Normativa se envolve sobretudo com o “valor justiça”, sob três perspectivas diferentes, a saber:

De modo geral, creio que seja possível identificar três respostas distintas, conforme se entenda que a maximização de riqueza seja (a) fundação ética para o Direito, (b) um possível objetivo a ser perseguido, a partir de uma visão pragmática do Direito, ou (c) parte de um contexto amplo de estudo do moderno Estado de Bem-Estar, em que os institutos jurídicos são vistos como instrumentos integrantes de políticas públicas. À primeira versão daremos o nome de “fundacional”, à segunda de “pragmática”, e, à terceira, na falta de termo melhor, daremos o nome de “regulatória” (Salama, 2010, p. 34).

Apenas para reforçar essas duas perspectivas juseconômicas, vale a pena transcrever também os ensinamentos de Vasco Rodrigues:

As questões a que a Análise Económica do Direito tem dado mais atenção são de dois tipos: Quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico? Qual o enquadramento jurídico que deveria existir? O primeiro grupo de questões decorre diretamente da definição da Economia como estudo da escolha racional: os economistas admitem que as escolhas que as pessoas fazem são influenciadas pelos sistemas de incentivo a que estão sujeitas, porque estes alteram os custos e benefícios das diversas opções

disponíveis. O comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo-benefício torna-se menos atrativa do que se não o é. A lei pode, assim, ser pensada como um sistema de incentivos e analisar os efeitos de diferentes sistemas de incentivos é uma das grandes preocupações dos economistas. Este tipo de questões corresponde à análise positiva do direito. Já o segundo tipo de questões corresponde a uma análise normativa, que decorre da preocupação dos economistas com a *eficiência*. Diferentes sistemas de incentivos e, portanto, diferentes enquadramentos legais, não são igualmente eficientes: um economista defenderia que se devem preferir enquadramentos legislativos mais eficientes e enquadramentos legislativos menos eficientes (Rodrigues, 2016, p. 32).

Assim, é possível concluir que a AED Positiva investiga o Direito como um fato, o Direito no mundo real dos fatos, verificando como determinada norma jurídica (legislação, decisão judicial, negócio jurídico) está sendo aplicada na realidade, suas consequências práticas ou quais os incentivos que essa norma jurídica vem gerando ou tende a gerar nas tomadas de decisões jurídicas; uma visão fática do Direito, “o Direito como ele é” ou, na expressão de Roscoe Pound (1993), o “*law in action*”. Já a AED Normativa enfrenta o Direito na sua dimensão axiológica, criticando e refletindo sobre os valores em jogo, numa visão valorativa do Direito, como ele “deveria ser” ou, ainda, o “*law in books*”.

A AED Positiva verifica a efetividade do Direito (mundo dos fatos, do ser); ao passo que a AED Normativa se preocupa com a eficiência do Direito (mundo dos valores, do dever ser).

## **2. A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE MIGUEL REALE E CONSEQUENTE ANÁLISE ECONÔMICA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO**

De acordo com a conhecida Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale (2010), o Direito é uma estrutura social axiológico-normativa, composta por três elementos interdependentes: fato, valor e norma. São dimensões essenciais do Direito que devem ser levadas em consideração ao observar, indagar ou (re)pensar o fenômeno jurídico.

A relação entre fato, valor e norma é a base da referida teoria tridimensional do Direito que, desse modo, é “insuscetível de ser partido em fatias, sob pena de comprometer-se a natureza especificamente jurídica da pesquisa” (Reale, 1992, p. 59). Dessa forma, a interpretação e aplicação do Direito devem levar em consideração essa integridade do fenômeno jurídico: fato + valor + norma.

Vale reforçar que o estudo do fenômeno jurídico pressupõe uma unidade formada necessariamente por aqueles três elementos, de tal forma

que a referida teoria refuta as análises monistas ou reducionistas, nas quais o Direito poderia ser ontologicamente conhecido sob a dimensão do fato ou do valor ou da norma, é dizer, isoladamente por elemento, como se denota no Sociologismo Jurídico, no Moralismo Jurídico ou Normativismo Lógico, respectivamente (Reale, 2002, p. 434-487).

Pelo que foi visto anteriormente, percebe-se que a classificação meramente bipartite da AED em apenas duas modalidades (positiva e normativa) não espelha essa visão tridimensional de Miguel Reale. Não há uma contradição, mas, sim, uma relação de incompletude entre a bipartição da AED e a teoria tridimensional, na medida em que é facilmente perceptível que a AED Positiva se relaciona ao elemento “fato” da teoria realeana, e a AED Normativa se encaixa muito bem no elemento axiológico ou valorativo na teoria tridimensional do Direito. Portanto, nota-se a ausência de uma AED focada no terceiro elemento componente do Direito: o direito enquanto norma. Os dois níveis tradicionais de estudos juseconômicos omitem a análise econômica da norma jurídica.

É exatamente aqui que se sugere a adição de uma terceira modalidade de AED, que se concentre no elemento “norma”, isto é, que traga uma visão juseconômica sobre a norma jurídica e investigue a eficácia da norma. A essa terceira espécie de AED dá-se o nome de AED Interpretativa, assim batizada por Robert Cooter e Michael Gilbert (2022) em sua recente obra *Public Law and Economics*.

Assim, a AED merece ser (melhor) estudada sob uma perspectiva tridimensional, que case com os três elementos da Teoria Tridimensional do Direito, proporcionando uma relação sinérgica entre a clássica teoria realeana do Direito e a AED:

**Tabela 1 – Teoria Tridimensional do Direito e Relação com a AED**

TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO (REALE)	MODALIDADES OU DIMENSÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	TEORIAS MONISTAS OU REDUCIONISTAS	ENFOQUES	PLANOS
Fato	AED Positiva	Sociologismo Jurídico	Causal ou genético	Efetividade (eficácia social)
Valor	AED Normativa	Moralismo Jurídico	Teleológico e axiológico	Eficiência
Norma	AED Interpretativa	Normativismo Lógico	Linguístico ou normativo	Eficácia normativa

Fonte: Compilação própria dos autores.



A respeito dos três tipos da AED, assim resumem Robert Cooter e Michael Gilbert (2022, p. 5):

A teoria positiva prevê os efeitos da lei e a teoria normativa os avalia. Estes modos de análise são familiares a todos os economistas, incluindo aqueles que não estudam direito. Juntas, essas atividades constituem grande parte do Direito e Economia. No entanto, eles não abrangem tudo. Às vezes, os estudiosos empregam um terceiro modo de análise que consideramos especialmente interessante e que desenvolvemos ao longo do livro: Direito e Economia Interpretativo. Este modo de análise não prevê ou avalia os efeitos da lei. Ele identifica o significado da lei.

Essa terceira espécie possui enfoque linguístico ou normativo (Robles, 2011, p. 9-16), especialmente no que tange ao propósito ou à motivação da norma jurídica em análise. Pretende-se detectar e explicar os incentivos pretendidos pela norma ou decisão jurídica, deslocando os holofotes para a justificação e motivação da norma ou da decisão, ou seja, procura destacar os fatores que determinaram a forma e o conteúdo das normas e das decisões jurídicas.

Luiz Fux e Bruno Bodart (2021) também invocaram três aspectos da AED, baseados na lição de Richard Posner (2011): as duas “clássicas” (positiva e normativa) e uma terceira chamada de *heurística*, que parece guardar certa semelhança com essa terceira modalidade aqui tratada como AED Interpretativa. Os referidos autores brasileiros alertam que os aspectos positivo e *heurístico* da AED geralmente são aglutinados na AED Positiva (ou descritiva). E assim expuseram essas três modalidades:

A abordagem do Direito sob o prisma econômico pode assumir três diferentes aspectos. O primeiro, denominado *heurístico*, preocupa-se com identificação da racionalidade que informa a existência de diferentes institutos jurídicos e lhes confere coesão. Afinal, por que existem os direitos de propriedade, as regras de responsabilidade civil, as normas que regem os contratos ou a proteção à liberdade de expressão? O segundo aspecto, chamado *descritivo*, é voltado à determinação dos efeitos das normas jurídicas na sociedade, ou seja, investiga as consequências decorrentes das normas legais em análise. Por exemplo, considerando a lógica subjacente às regras de responsabilidade civil, quais alterações na sociedade são observadas ante a adoção da regra de responsabilidade objetiva, em comparação com a exigência de demonstração de culpa? Esses dois primeiros aspectos são por vezes reunidos sob a expressão “análise econômica do Direito *positiva*”. Finalmente, o último aspecto é o de cunho *normativo*, que busca definir quais normas jurídicas são

desejáveis comparando sua eficiência a partir das conclusões obtidas nos dois aspectos anteriores da análise (Fux; Bodart, 2021, p. 2).

A AED Interpretativa auxilia no controle de qualidade dos insumos utilizados na fabricação da norma jurídica, voltando-se ao momento da produção normativa. A ideia não é prescrever os comportamentos e consequências possíveis frente à norma (análise positiva), mas sim explicar a racionalidade da própria norma jurídica.

Aliás, aqui está uma das principais diferenças entre AED Positiva e AED Interpretativa: enquanto a AED Positiva se volta às consequências prováveis e futuras da norma jurídica, preocupando-se com os fatos que deverão surgir a partir dos incentivos reais gerados pela norma jurídica, a AED Interpretativa propõe uma visão focada no passado, retroagindo à época em que a norma foi projetada, discutida e aprovada, apontando e (re) avaliando argumentos, estudos, contextos e justificativas que foram levados em consideração na produção normativa.

Com relação às normas jurídicas legislativas (normas gerais e abstratas, como constituições, emendas, leis complementares e ordinárias, medidas provisórias, decretos, resoluções, portarias, instruções normativas e demais legislações infraconstitucionais e infralegais), a AED Interpretativa se propõe a estudar a elaboração, interpretação ou aplicação das exposições de motivos, averiguar como foram apresentados e debatidos os fatos, argumentos e estudos técnicos que foram levados em consideração, verificar se houve audiência pública ou qualquer outra participação popular ou técnica, detectar eventuais manobras ou vícios no processo legislativo, apontar os “reais interessados” na legislação ou regulação, ou seja, os grupos de interesses e possíveis comportamentos *rent-seeking*.

O Direito é produto cultural da humanidade, sendo a norma uma “filha da decisão política”, de tal forma que se mostra importante “identificar nos textos legais em vigor quais modelos de Estado, qual contexto político pautou a tomada de decisões que continuam, de forma não necessariamente harmônica, a produzir efeitos enquanto válidas” (Moraes; Ferracini Neto, 2019, p. 17-18).

Por exemplo, a análise de impacto regulatório (AIR), exigida a partir da Lei de Liberdade Econômica (artigo 5º da Lei n. 13.874/2019, regulamentada pelo Decreto n. 10.411/2020), pode ser identificada como um instrumento viabilizador de uma AED Interpretativa, pois foca exatamente no nascedouro da regulação, na tentativa de se buscar transparência acerca da racionalidade e dos propósitos da regulação implementada.

A AED Interpretativa também é uma metodologia bastante apropriada para aferição do chamado controle de constitucionalidade semiprocedimental voltado ao devido processo legislativo (Nascimento, 2021, p. 173; Salinas;

Almeida, 2020, p. 130), ou seja, o controle judicial do processo legislativo que se trata de um terceiro tipo de controle judicial do processo legislativo, voltado para a qualidade da deliberação legislativa ou do processo de justificação legislativa, ao lado dos dois tradicionais tipos de controle: o formal (quanto ao procedimento e às demais condições objetivas para a sua elaboração das espécies legislativas, conforme as previsões da própria Constituição, como, por exemplo, a competência, a iniciativa, o quórum etc.) e o material (quanto ao conteúdo das disposições legais aprovadas) (Nascimento, 2021, p. 173). No mesmo sentido, Salinas e Almeida (2020, p. 130) lecionam que o controle semiprocedimental “estabelece a importância de observar regras de legística ou metódica legislativa para determinar a constitucionalidade dos atos normativos”, e citam três casos de controle semiprocedimental no STF: MS 33.195 (afastamento de deputado federal), ADI 4425 (EC 62 dos precatórios) e MS 34.355 (criação de comissão especial).

Recentemente, esse controle semi-procedimental foi empregado na ADI 7222, que versa sobre a constitucionalidade da fixação do piso da enfermagem (Lei n. 14.434/2022 e Emenda Constitucional n. 127/2022), quando o relator ministro Roberto Barroso acatou o argumento da autora – Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços (CNSaúde) – de que o processo legislativo que instruiu a Lei n. 14.434/2022 teria se baseado em estudo de impacto financeiro inadequado, pois subestimou o custo direto dos novos pisos salariais, sem comprovar a viabilidade econômica de sua implementação.

O propósito do piso constou explicitamente no Projeto de Lei (PL) n. 2564/2020, por meio da sua exposição de motivos, que apresentou como justificação a constatação de que “tais profissionais colocariam em risco a própria saúde para salvar vidas de outras pessoas, sem, contudo, receber remunerações dignas”. Portanto, esses profissionais da saúde estariam em uma suposta situação de “absoluta desvalorização por todo o País”, de tal forma que o projeto de lei assumiu o papel de “corrigir essa incoerência” e de homenagear tais profissionais (Oliveira; Teixeira, 2024, p. 50).

Porém, após invocar a escola da *Public Choice* e questionar esse interesse público evidenciado na exposição de motivos, Amanda Flávio de Oliveira e Cleveland Prates Teixeira (2024, p. 51) esclarecem que a ação dos legisladores, na verdade, foi “movida pela intenção de reelegerem-se”:

Tudo isso parece explicar o incontestável: a ação dos legisladores não se encontra diretamente relacionada com a melhor escolha a título de bem-estar social, mesmo que, no curso de um processo legislativo, considerações jurídicas e de constitucionalidade também devam ser observadas. Nesse cenário, sobreleva-se a atuação do Judiciário, em seu papel de guardião da Constituição.

Mais do que isso, os autores também denunciaram – tal como os ministros do STF – a falta de estudos econômicos da legislação atacada e de uma análise de impacto sobre os agentes diretamente afetados (hospitais públicos e particulares, empresas de *homecare*, pacientes, planos de saúde, seguro-saúde, União, Estados e Municípios, empresas contratantes de planos de saúde, consumidores em geral e cidadãos-contribuintes).

Dessa forma, em vez de beneficiar a categoria (finalidade pretendida pelo legislador), o novo piso nacional dos enfermeiros (superior ao salário mínimo) acarretaria um efeito inverso, criando desemprego exatamente para os profissionais que pretendia ajudar, além dos riscos de falência ou enormes dificuldades financeiras para as unidades de saúde (notadamente as santas casas e hospitais públicos), de aumento nas mensalidades de planos de saúde, de redução na oferta particular de serviços hospitalares com consequente sobrecarga no sistema público de saúde.

Ao olhar para esses defeitos técnicos na elaboração da norma jurídica, o STF suspendeu os seus efeitos e foi liberando apenas aos poucos, na medida em que foram surgindo avaliações dos impactos da alteração legislativa.

Portanto, o olhar da AED Interpretativa, voltado ao significado da norma (sua finalidade) e das evidências empíricas utilizadas (ou sequer realizadas) durante a produção legislativa, pode viabilizar um controle sobre a discricionariedade legislativa, no tocante à veracidade dos fatos determinantes da decisão legislativa (por exemplo, dados estatísticos citados ou omitidos), “sempre e quando sejam empiricamente aferíveis e quando haja razões para duvidar da integridade do levantamento dos fatos do legislador”, algo que a literatura internacional denomina *evidence-based judicial review*.

Roberta Simões Nascimento (2021) cita os seguintes casos em que o STF avaliou as evidências empíricas de um ato legislativo: ADI 3510 (pesquisa científica com embriões humanos – art. 5º da Lei n. 11.105/2005); ADPF 101 (proibição de importação de pneus usados); ADPF 54 (antecipação do parto na gravidez de fetos anencefálicos); ADPF 186 (reserva de vagas nas universidades com base em critérios raciais); ADI 4103 (“Lei Seca” – Lei n. 11.705/2008). A autora ainda aponta que a convocação de audiências públicas para suplantar as deficiências epistêmicas do STF tem se limitado mais a um espaço de abertura democrática para a participação de diferentes atores na jurisdição constitucional, sem uma necessária preocupação “com o próprio caráter científico das informações recebidas pela Corte nessas audiências, nem se mencionam os problemas de capacidade de conduzir tais investigações”.

Outro campo de investigação está na atuação dos Tribunais Superiores naquilo que se convencionou chamar de “ativismo judicial”, isto é, quando o Judiciário avança na criação de normas com relevante impacto social, inclusive para além do processo.

Shikida e Rodrigues (2024), antes de tratarem das consequências (AED Positiva), analisaram as motivações dos ministros do STJ ao julgarem, em 13/9/2023, o REsp n. 1.971.993/SP (Tema 1.143), cuja tese fixada contraria todo o histórico da Corte ao definir uma regra com eficácia *erga omnes* para aplicação do princípio da insignificância (descriminalização) no crime de contrabando, qual seja:

O princípio da insignificância é aplicável ao crime de contrabando de cigarros quando a quantidade apreendida não ultrapassar 1.000 (mil) maços, seja pela diminuta reprovabilidade da conduta, seja pela necessidade de se dar efetividade à repressão ao contrabando de vulto, excetuada a hipótese de reiteração da conduta, circunstância apta a indicar maior reprovabilidade e periculosidade social da ação (Shikida; Azevedo, 2024, p. 68).

Os autores apontaram a ausência de evidências empíricas e de coerência por trás desse critério de “legalização” do contrabando de cigarro, limitado a mil maços, a despeito da previsão do tipo penal. Segundo Shikida e Rodrigues (2024, p. 69), o STJ presumiu que renunciar a aplicação da lei penal em uma parcela do contrabando promoveria “uma melhor alocação dos recursos de persecução penal para coibir a mesma conduta quando envolver quantias mais significativas”. No entanto, concluem os autores que, além da crítica dogmática sobre os limites ultrapassados pelo Poder Judiciário ao tornar insignificante uma conduta criminosa, “não é possível identificar um *trade-off* entre coibir o pequeno contrabando em prejuízo do grande contrabando”.

A mesma abordagem anterior pode ser empregada ao Projeto de Lei n. 4.540/2021, que propõe a exclusão de ilicitude no furto insignificante e no furto por necessidade, havendo, portanto, contribuições da AED nessa fase de produção legislativa sobre o que se entende de ótimo de intervenção penal, entre proteger bens jurídicos e limitar o poder de punir estatal (Rodrigues, 2023).

Denota-se, portanto, que a AED Interpretativa pode abastecer a Legística de informações em prol de um processo legislativo mais apurado e clarificar as motivações do ativismo judicial, evitando as desconfiças entre o juiz constitucional e o legislador (Tavares, 2012, p. 19-31) e, mais ainda, garantindo o direito fundamental de titularidade de cada pessoa “de receber justificativas em relação aos atos de autoridades públicas que lhe afetem de algum modo” (Barcellos, 2020, p. 90-97).

A AED Interpretativa pode ser empregada para detectar a racionalidade subjacente à norma, inclusive para facilitar a sua interpretação e aplicação ou, ainda, o seu controle de constitucionalidade. É um instrumento de fiscalização e controle da “perigosa arte” de fazer leis:

Capítulo dos estudos jurídicos que ainda exige acuradas pesquisas e mediações para uma adequada sistematização é o relativo à arte de fazer as leis. (...) Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionado materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis (Leal, 1960, p. 8).

No âmbito das normas jurídicas produzidas por decisões judiciais (sentenças, acórdãos, temas e teses consolidadas em sede de repercussão geral ou recursos repetitivos, súmulas, enunciados etc.), a AED Interpretativa entra em ação para averiguar os fatos, momentos, estudos e motivos que levaram àquela decisão.

O recurso de embargos de declaração é uma clara sinalização de uma AED Interpretativa, ou seja, uma detecção de vício ou falha na produção da decisão judicial que se mostrar obscura, contraditória, omissa ou com erro material, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

O instituto do *distinguishing* é um outro exemplo de aplicação da AED Interpretativa, pois evidencia a diferença entre o caso do precedente já julgado e o novo caso que está sendo apresentado. Ora, para fazer tal distinção, é fundamental retornar ao julgamento anterior e rever o que exatamente foi ali julgado e qual a racionalidade utilizada.

Recentemente, no RE n. 1.355.208, julgado em 19/12/2023, Tema 1.184 com repercussão geral, o Plenário do STF enfrentou o relevante caso da extinção de execuções fiscais de baixo valor, legitimando a extinção de execuções fiscais por falta de interesse de agir, condicionando o ajuizamento da execução fiscal à prévia adoção de algumas medidas extrajudiciais (tentativa de conciliação ou protesto da CDA). Essa decisão foi muito bem embasada em estudos técnicos (Nota Técnica n. 8/2023 do Núcleo de Processos Estruturais e Complexos – NUPEC), que trouxeram várias informações relacionadas ao estoque das execuções fiscais, taxas de congestionamento, comparativos e índices de arrecadação entre execução fiscal e protesto extrajudicial em valores e tempo de duração, custo médio e mínimo de uma execução fiscal, concluindo pela total eficiência dessa decisão judicial, com estimativa de economia da ordem de R\$ 17 bilhões para o Judiciário (Barroso; Resende, 2024, p. 23-42).

Até aqui, são implicações extraídas da AED Positiva (como “estão” as execuções fiscais, as consequências do sistema atual e estimativas dos reflexos positivos após a decisão do STF) e da AED Normativa (ineficiência ou enorme desperdício de tempo e de dinheiro com essas execuções de baixo valor x eficiência da nova decisão tomada pelo STF). No futuro, se (ou quando), por exemplo, a inteligência artificial conseguir substituir as

ações humanas dos magistrados e demais servidores judiciais na condução dessas milhões de execuções fiscais, o valor de alçada estipulado em R\$ 10.000,00 poderá ser revisto ou até mesmo abolido, a partir de uma AED Interpretativa que esclareça uma mudança de cenário provocada com o advento de uma alta tecnologia da informação que reduza sensivelmente todos esses custos que foram levados em consideração à época da decisão do STF, em dezembro de 2023.

No Direito Ambiental, mais especificamente no caso em que o Código Florestal de 2012 foi posto em xeque na ADC n. 42, relator ministro Luiz Fux, julgado em 28/02/2018, o STF proferiu uma decisão que também serve para ilustrar a aplicação da AED Interpretativa, eis que se realizou toda uma apreciação histórica em torno do processo legislativo, a fim de se verificar a qualidade dos debates. Resumidamente, estavam sob discussão alguns dispositivos do Código que reduziram a proteção ambiental em comparação com o diploma anterior, ou seja, o novo Código trouxe alguns retrocessos ambientais em benefício do desenvolvimento socioeconômico.

Nesse caso, ao tomar uma postura de deferência ao que fora decidido pelo Legislativo, o ministro relator Luiz Fux, em seu voto de 2018, fez uma análise retrospectiva à época de duração do processo legislativo, validando a nova norma ambiental, ainda que tenha trazido um retrocesso na proteção ambiental:

O Código Florestal ostenta legitimidade institucional e democrática, sendo certo que a audiência pública realizada nas presentes ações apurou que as discussões para a aprovação da Lei questionada se estenderam por mais de dez anos no Congresso Nacional. Destarte, no âmbito do Parlamento, mais de 70 (setenta) audiências públicas foram promovidas com o intuito de qualificar o debate social em torno das principais modificações relativas ao marco regulatório da proteção da flora e da vegetação nativa no Brasil. Consectariamente, além da discricionariedade epistêmica e hermenêutica garantida ao Legislativo pela Constituição, também militam pela autocontenção do Judiciário no caso em tela a transparência e a extensão do processo legislativo desenvolvido, que conferem legitimidade adicional ao produto da atividade do Congresso Nacional.

Por outro lado, cabe trazer um outro caso de Análise Econômica do Direito Ambiental que também se valeu da modalidade interpretativa, no sentido de investigar a produção da norma jurídica. Trata-se da ADI n. 2270133-83.2022.8.26.0000 julgada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator desembargador Jarbas Gomes, em 09/08/2023, votação unânime.

O caso envolvia uma lei municipal de Ilhabela que revogava um decreto municipal que criara uma unidade de conservação municipal. Formalmente, em princípio, o Município havia cumprido as exigências constitucionais e legais: uma lei específica pode desafetar uma unidade de conservação, conforme o artigo 225, §1º, III, da CF c/c artigo 21, §7º, da Lei n. 9.985/2000. Contudo, ao retornar ao processo legislativo dessa lei municipal, vários vícios foram detectados a partir dos comportamentos adotados pelo então prefeito da cidade (autor do projeto de lei) e pelos vereadores: o projeto de lei tramitou em regime de urgência e foi finalizado em menos de 24 horas, sem convocação de audiência pública e sem manifestação da Procuradoria Municipal. No voto do relator, foi frisada “a velocidade com que se desenvolveu o processo legislativo, inviabilizando, seguramente, fosse dado conhecimento aos cidadãos”. Também restou consignado que o projeto de lei “não foi instruído com parecer técnico ou estudo que amparasse a decisão de extinguir a reserva”, nem “os possíveis efeitos desta sobre o meio ambiente”. Ainda:

E a leitura das justificativas apresentadas no encaminhamento do projeto de lei à Mesa Legislativa (fls. 102-103) evidencia a falta de razoabilidade da providência alvitada, porque destituída de fundamentos de precisão metodológica e expertise científica que demonstrassem o interesse público na supressão da área originalmente protegida.

Por fim, a AED Interpretativa também recai sobre as normas jurídicas contratuais (negócios jurídicos), ao captar as intenções de cada parte contratante, que são afloradas, por exemplo, por meio dos “considerandos” expressamente consignados nos documentos contratuais, como também na própria prática desenvolvida durante a relação contratual.

A importância de se saber as “intenções” das partes contratantes está disposta no artigo 112 do Código Civil: “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. No artigo 113, §1º, I, também se dispõe que “a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio”.

A AED Interpretativa também pode ser útil para evidenciar ou afastar falhas na celebração do contrato como, por exemplo, a assimetria de informação e o abuso do poder econômico. A título de exemplo, verificar se ambos os contratantes foram devidamente assessorados por advogados, ou se entre os ex-cônjuges houve o abuso de informações privilegiadas ou técnicas que implicaram numa divisão manifestamente desequilibrada do patrimônio, passível de futura revisão judicial.



### 3. UM EXEMPLO DE COMBINAÇÃO DAS TRÊS MODALIDADES ANALÍTICAS

Após as considerações teóricas acima expostas, convém trazer exemplos concretos de utilização das três modalidades de AED pelos nossos tribunais.

Para tanto, foram selecionados dois casos: o primeiro, vindo do STJ, a respeito do não reconhecimento da extinção da punibilidade criminal enquanto não houver o adimplemento da multa penal; o segundo, extraído do voto do ministro Luiz Fux numa decisão do STF envolvendo uma lei municipal que proibia o transporte individual de pessoas pelos “motoristas de aplicativos” (Uber, 99, Cabify etc.). Os casos foram escolhidos por sua alta relevância prática, tendo gerado impactos significativos sobre a sociedade brasileira. Além disso, em todos eles, observa-se o uso explícito de obras, teorias ou da lógica da AED, o que os torna exemplos especialmente apropriados para ilustrar a aplicação da AED Interpretativa proposta neste artigo.

#### 3.1. Revisão do Tema Repetitivo n. 931 do STJ (REsp 1.785.861)

Para melhor esclarecer essa tridimensionalidade da AED (Melo, 2023, p. 113-116), segue um caso prático que sintetiza essa combinação entre as modalidades positiva, normativa e interpretativa. Ademais, o exemplo também serve para reforçar que a AED não prega (necessariamente) um punitivismo criminal.

No ProAfr no Recurso Especial n. 1.785.383, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo se valeu de estudos empíricos afetos ao Direito e Economia para fundamentar seu pedido de revisão do Tema Repetitivo n. 931 do STJ, demonstrando a ocorrência dos efeitos colaterais que vêm sendo provocados pelo entendimento até então vigente.

Após o julgamento da ADI 3150 em conjunto com a 12ª Questão de Ordem da Ação Penal n. 470 (“mensalão”) pelo STF, o STJ mudou seu entendimento em 2018 a respeito da consequência do não pagamento da multa penal. Até então, o STJ encarava a multa do artigo 49 do Código Penal como qualquer outro débito fiscal, de tal forma que a sua inadimplência não interferia na extinção da punibilidade quando a pessoa cumprisse a pena de prisão. Todavia, o STJ mudou sua orientação, conforme a redação do Tema 931 que se pretendia rever: “na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade”.

Valendo-se de uma AED Interpretativa, a Defensoria resgatou a origem, os “incentivos” e a fundamentação da decisão (“norma”) do STF (“exposição de motivos” da ADI 3150 e da AP 470), mais especificamente

do voto do ministro Luís Roberto Barroso que se orientou pelo caráter penal, e não apenas fiscal, da multa prevista no artigo 51 do Código Penal. Ocorre que esse atual entendimento foi construído com base nos chamados crimes de colarinho branco (criminalidade econômica), estendendo-se indiscriminadamente para todos os demais delitos.

Para diagnosticar as consequências práticas desse entendimento no “mundo real”, foi feita uma pesquisa de jurimetria com mais de 70 mil ações de execução da pena de multa no Estado de São Paulo; logo, uma AED Positiva, constatando que, na imensa maioria dos casos, “as multas são de baixo valor e aplicadas aos crimes normalmente cometidos por quem é menos favorecido, por exemplo, delitos patrimoniais e os previstos na Lei de Drogas, que representam cerca de 75% da população carcerária”.

Assim, numa AED Normativa, chegou-se à conclusão de uma injustiça ou ineficiência desse entendimento atual:

Ao mirar nos políticos e empresários condenados por crimes de colarinho branco, corrupção e lavagem de dinheiro, no entanto, o STJ acertou precisamente no seu oposto. São os mais pobres, negros e excluídos em geral – o “público cativo” e sempre desfavorecido do direito criminal – que perde mais com a atual redação do Tema 931. [...] Mas não é só. A pesquisa da Defensoria revelou ainda que a grande maioria das pessoas condenadas a pagar penas de multa são negras, pobres e desempregadas, por isso, não conseguem quitar o valor executado senão em prejuízo da própria subsistência. Quase 77% dos executados recebe menos de dois salários mínimos por mês. A parcela mais vulnerável da população, portanto, recebe mais penas de multa e, ao mesmo tempo, é a que tem maiores dificuldades de quitá-las (Falcone, 2021).

Enfim, percebe-se que essas consequências não tinham sido projetadas quando das decisões anteriores proferidas pelo STF e STJ, até porque se referiram a crimes praticados por políticos e empresários. A redação do Tema 931 caminhava em sentido oposto ao do texto constitucional e da legislação penal, ao impor impactos desproporcionais ao não pagamento da pena de multa, estendendo a reincidência e o próprio encarceramento daquelas pessoas (justamente as mais miseráveis) que cumpriram pena de prisão.

Assim, em novembro de 2021, a 3ª Seção do STJ reviu esse posicionamento, em acatamento ao pedido da Defensoria Pública, reformando a tese até então contida no Tema 931 para considerar que o não pagamento da multa deveria obstar a extinção da punibilidade. Em vez disso, a nova tese fixada pela 3ª Seção do STJ segue no sentido de que, na hipótese de condenação concomitante de pena privativa de liberdade com multa, o inadimplemento da

sanção pecuniária pelo condenado não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade, quando se comprovar a impossibilidade de fazê-lo.

Em seu voto, o relator ministro Rogerio Schietti Cruz ressaltou que esse novo entendimento significa para o condenado sem condições financeiras “a reconquista de sua posição como indivíduo aos olhos do Estado”, permitindo-lhe reconstruir sua vida “sob as balizas de um patamar civilizatório mínimo”. A interdição de direitos decorrente da não extinção da punibilidade levava esses condenados a um “estágio de desmedida invisibilidade”, comparável “à própria inexistência de registro civil”, eis que esses condenados estavam sem acesso a programas assistenciais, essenciais para a sua reinclusão social e o exercício da cidadania. Nesse sentido, segue trecho do voto do relator:

O condicionamento da extinção da punibilidade, após o cumprimento da pena corporal, ao adimplemento da pena de multa transmuda-se em punição hábil tanto a acentuar a já agravada situação de penúria e indigência dos apenados hipossuficientes, quanto a sobreonerar pessoas próximas do condenado, impondo a todo o seu grupo familiar privações decorrentes de sua impossibilitada reabilitação social, o que põe sob risco a implementação da política estatal de proteção da família.

Sob as perspectivas consequencialista e empírica (uma vez baseadas em estatísticas oficiais), esse novo precedente afastou a “sobrepena da pobreza” e reduziu a “indigência dos apenados hipossuficientes” que estava ocorrendo fruto da posição anterior (injusta e ineficiente).

Aqui, o objeto sob as lentes da análise econômica interpretativa é a função ontológica da pena como um instrumento de prevenção geral (dissuasão) e especial (incapacitação e ressocialização) a um só tempo, servindo aos paradigmas do Direito Penal de proteger bens jurídicos, mas também limitar o *jus puniendi*. Conforme Rodrigues (2023, p. 17), tem-se “uma análise econômica exclusivamente do Direito Penal, isto é, uma abordagem da já mencionada linguagem normativa, orientada em função dos objetivos constitucionais que legitimam o poder de punir”. A análise econômica trazida nesse julgado “seria a restrita teoria econômica do Direito Penal, não envolvendo necessariamente orçamento de segurança pública, número de viaturas, instalação de câmeras de vigilância (...) etc.”.

### **3.2. Decisão do STF na ADPF n. 449, que envolvia a proibição de transporte individual urbano por meio de aplicativos (Uber, 99, Cabify etc.)**

Na ADPF n. 449, julgada em maio de 2019, o Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 10.553/2016 de Fortaleza/CE,

que proibia o uso de carros particulares, cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas no município.

No voto do ministro Luiz Fux, relator do acórdão cujo mérito foi acompanhado por unanimidade pelos demais ministros, encontram-se trechos que preenchem as três modalidades de AED.

Com relação à AED Normativa, o ministro destacou os seguintes valores constitucionais da ordem econômica que foram violados pela lei municipal: liberdade de iniciativa, livre concorrência, igualdade, pleno emprego. Também apontou a total falta de eficiência dessa lei municipal na política pública de mobilidade urbana. Esse trecho da ementa sintetiza esse viés normativo:

[...] 18. A Constituição impõe ao regulador, mesmo na tarefa de ordenação das cidades, a opção pela medida que não exerça restrições injustificáveis às liberdades fundamentais de iniciativa e de exercício profissional (art. 1º, IV, e 170; art. 5º, XIII, CRFB), sendo inequívoco que a necessidade de aperfeiçoar o uso das vias públicas não autoriza a criação de um oligopólio prejudicial a consumidores e potenciais prestadores de serviço no setor, notadamente quando há alternativas conhecidas para o atingimento da mesma finalidade e à vista de evidências empíricas sobre os benefícios gerados à fluidez do trânsito por aplicativos de transporte, tornando patente que a norma proibitiva nega “ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente”, em contrariedade ao mandamento contido no art. 144, § 10, I, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 82/2014.

Comentando esse caso, Oliveira e Oliveira Junior (2024, p. 123-128) destacaram a perspectiva *Law and Economics* do voto do ministro Luiz Fux, que levou em consideração os princípios constitucionais da ordem econômica, inclusive com citação da clássica obra *Por que as nações fracassam* dos economistas Daron Acemoglu e James Robinson, que prega a relevância de instituições eficientes para o crescimento econômico de uma nação. O ministro Luiz Fux advertiu para o risco de desperdício e ineficiência dessa intervenção municipal no setor de mobilidade urbana, que conduziria a um “círculo vicioso de totalitarismo político e acentuação da miséria”, indo na contramão de se orientar os indivíduos para um comportamento economicamente desejável (mais eficiente):

Advertiu [o ministro Fux], no ponto, sobre a pertinência de o Tribunal definir os “*limites do poder regulador em relação ao ambiente concorrencial e ao exercício das profissões, prevendo segurança jurídica não apenas para as inovações disruptivas decorrentes da novíssima ‘economia compartilhada’, mas também para a iniciativa privada nos mais diversos setores de mercado*”.

Sublinhando o valor da liberdade de iniciativa constitucionalmente consagrado, o Relator apontou para a necessidade de restrição do poder estatal sobre a economia de mercado. Indicou que a liberdade de iniciativa se encontra nas bases do constitucionalismo moderno e da democracia liberal. A partir de então, o Ministro vale-se, em sua argumentação, de textos clássicos de *Law and Economics*, os quais norteiam uma interpretação consequencialista do Direito, e atenta para os incentivos que as normas jurídicas geram, assim como para seus efeitos (Oliveira; Oliveira Junior, 2024. p. 125-126).

No tocante à AED Positiva, o ministro Luiz Fux prescreveu que os verdadeiros “perdedores” com a entrada desses novos agentes econômicos no mercado de transporte individual de passageiros não seriam os motoristas, mas sim os (poucos) detentores das licenças que garantiam a exclusividade na prestação de serviços de transporte de passageiros por táxis, eis que tais titulares alugam suas licenças aos motoristas. Com relação aos motoristas, com a entrada dessas novas plataformas, eles passaram a ter opções e novas ofertas de trabalho, elevando seu poder de barganha perante os titulares das licenças de táxis. A propósito, o ministro citou estudo técnico do Insper nesse sentido, com a seguinte conclusão:

[...] quem mais foi afetado por esse novo modelo de negócio foram os detentores de licenças, motoristas ou não, cujo valor decorria justamente do direito de impedir a entrada de novos motoristas, e, assim, assegurar rendas supracompetitivas.

Ademais, o ministro também ressaltou as consequências positivas trazidas pela nova tecnologia dessas plataformas, reduzindo a assimetria de informação entre consumidores e fornecedores, na medida em que os aplicativos permitem o acompanhamento do projeto, impedem a adulteração dos taxímetros, possibilitam a avaliação dos motoristas e dos passageiros, tornam públicas essas informações e, consequentemente, incentivam a melhoria constante na prestação dos serviços.

Ainda sob a perspectiva de AED Positiva, o voto também assinala o efeito perverso da intervenção municipal nessa área com a criação de uma restrição oligopolista em benefício apenas dos titulares das licenças, em detrimento dos motoristas e, principalmente, dos consumidores-usuários do serviço, além de desmentir que tais plataformas diminuiriam os serviços prestados pelos táxis.

Vale a pena citar esse trecho da ementa do acórdão que traz essas considerações advindas de uma AED Positiva:

[...] 11. A norma que proíbe o “uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas” configura limitação desproporcional às liberdades de iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da CRFB) e de profissão (art. 5º, XIII, da CRFB), a qual provoca restrição oligopolística do mercado em benefício de certo grupo e em detrimento da coletividade. Ademais, a análise empírica demonstra que os serviços de transporte privado por meio de aplicativos não diminuíram o mercado de atuação dos táxis.

12. O arcabouço regulatório dos táxis no Brasil se baseia na concessão de títulos de permissão a um grupo limitado de indivíduos, os quais se beneficiam de uma renda extraordinária pela restrição artificial do mercado, de modo que o ativo concedido não corresponde a qualquer benefício gerado à sociedade, mas tão somente ao cenário antinatural de escassez decorrente da limitação governamental, sendo correto afirmar que os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, caput), da livre iniciativa (artigos 1º, IV, e 170) e da livre concorrência (art. 173, § 4º) vedam ao Estado impedir a entrada de novos agentes no mercado para preservar a renda de agentes tradicionais. Jurisprudência: ADI 5062, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2016. 13. A proibição legal do livre exercício da profissão de transporte individual remunerado afronta o princípio da busca pelo pleno emprego, insculpido no art. 170, VIII, da Constituição, pois impede a abertura do mercado a novos entrantes, eventualmente interessados em migrar para a atividade como conseqüência da crise econômica, para promover indevidamente a manutenção do valor de permissões de táxi.

13. A proibição legal do livre exercício da profissão de transporte individual remunerado afronta o princípio da busca pelo pleno emprego, insculpido no art. 170, VIII, da Constituição, pois impede a abertura do mercado a novos entrantes, eventualmente interessados em migrar para a atividade como conseqüência da crise econômica, para promover indevidamente a manutenção do valor de permissões de táxi.

Por fim, o voto também é riquíssimo em AED Interpretativa. Há menção às exposições de motivos do projeto de lei, que procurou depreciar os serviços prestados pelas plataformas e apontar riscos aos usuários: “esta propositura visa evitar a proliferação de serviços que possam colocar em risco os usuários”; “as exigências de segurança para ser um motorista da Uber são questionáveis nos Estados Unidos, já que acusados de assassinato, violação infantil e assalto conseguiram se cadastrar como motoristas do aplicativo em São Francisco e Los Angeles”. Conforme acima adiantado, estudos técnicos desmentiram essas alegações meramente retóricas apontadas no projeto de lei.

Ao constatar que o projeto de lei estava desprovido de estudos empíricos, com meras alegações vagas contrárias às plataformas, o ministro Luiz Fux ressaltou que “consubstancia ônus do proponente da medida embasá-la com informações – pesquisas de campo, estatísticas, levantamentos históricos etc. – que a justifiquem e demonstrem a sua eficácia”.

Aliás, a falta de embasamento técnico da legislação também foi objeto de atenção do ministro Edson Fachin em seu voto, que questionou a qualidade da legislação:

Não foram trazidos elementos, no entanto, que permitam avaliar a qualidade da legislação em relação aos direitos a que se destina garantir. O conjunto de alegações da ação direta apresenta argumentos que se restringem à competência legislativa em face do princípio da livre iniciativa. Esse parâmetro, no entanto, ainda que amparado pela proporcionalidade, não tem o condão de afastar a regulação promovida pelo município.

A Câmara Municipal, ao prestar as informações, afirmou que o objetivo da lei objeto da presente ação direta consiste em garantir a segurança e confiabilidade do serviço de transporte individual. Defendeu, ainda, que a lei visa a proteger o consumidor e a garantir o cumprimento das regras de trânsito. A esse respeito, a própria legislação federal (Lei 12.865/2013) previa, na antiga redação de seu art. 12, que “os serviços públicos de transporte individual de passageiros, prestados sob permissão, deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas”.

A invocação do princípio da proporcionalidade deve ser, portanto, cotejada à luz dos bens jurídicos que são protegidos pela legislação impugnada. Não se deve, aqui, presumir oposição de direitos. A livre iniciativa está a amparar que os cidadãos tenham acesso à melhor qualidade possível de saúde, higiene e qualidade de serviço, precisamente o objeto da regulamentação do serviço de táxi.

Agora, a adoção de uma AED Interpretativa tornou-se ainda mais evidente na parte do voto do ministro Luiz Fux em que se aplicou a teoria econômica da *Public Choice*, mais especificamente a teoria da regulação econômica de George Stigler, para detectar os reais interesses em jogo na legislação atacada, quando, então, restou desmascarado o suposto interesse “público” da legislação.

Restou clara a presença de uma captura regulatória por parte dos titulares de licenças de táxis, o grupo (verdadeiramente) interessado na

legislação municipal, que praticou o *rent-seeking*, ou seja, a caça ou busca de um proveito econômico junto ao Estado que não lhe seria atribuído em um cenário de livre mercado. Mais uma vez, cumpre transcrever trecho da ementa do acórdão que tratou disso:

14. A captura regulatória, uma vez evidenciada, legitima o Judiciário a rever a medida suspeita, como instituição estruturada para decidir com independência em relação a pressões políticas, a fim de evitar que a democracia se torne um regime serviente a privilégios de grupos organizados, restando incólume a Separação dos Poderes ante a atuação dos freios e contrapesos para anular atos arbitrários do Executivo e do Legislativo.

15. A literatura do tema assenta que, verbis: “não há teoria ou conjunto de evidências aceitos que atribuam benefícios sociais à regulação que limite a entrada e a competição de preços” (POSNER, Richard A. “The Social Costs of Monopoly and Regulation”. In: *The Journal of Political Economy*, Vol. 83, No. 4 (Aug., 1975), pp. 807-828). Em idêntico prisma: SHLEIFER, Andrei. *The Enforcement Theory of Regulation*. In: *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012. p. 18; GELLHORN, Walter. “The Abuse of Occupational Licensing”. In: 44 *U. Chi. L. Rev.* 6 1976-1977.

Como bem concluíram Amanda Flávio de Oliveira e Marcio de Oliveira Júnior (2024, p. 133), essa decisão do STF na ADPF 449 serviu como “um importante precedente para o futuro da análise econômica do direito no Brasil”, inclusive para fins de se observar a aplicação simultânea das três modalidades de AED aqui estudadas.

## CONCLUSÃO

É conhecida a expressão geralmente atribuída ao chanceler Otto von Bismarck de que “é melhor não saber como são feitas as salsichas e as leis”. A AED Interpretativa é uma terceira modalidade de AED – ladeada pela positiva e normativa – que questiona e vai na contramão desse aforismo, na medida em que busca corajosamente investigar e detectar as justificativas, os propósitos e contextos que foram levados em consideração na formação da norma jurídica, incluindo as legislações, regulações, os contratos e as decisões judiciais.

Ainda que “indigestos” ou nada agradáveis, é de essencial importância avançar nos estudos juseconômicos sobre a produção das normas jurídicas, trazendo à tona seus “reais” propósitos e as consequências original e verdadeiramente desejadas (ainda que escondidas), a boa ou má qualidade



de suas justificativas e argumentos empregados na época de sua criação, por meio de uma análise retrospectiva da norma jurídica que, com o uso das ferramentas e das teorias econômicas, possa criticar e avaliar a sua eficácia normativa.

Enquanto a AED Positiva examina as consequências fáticas das normas (“fato”) e a AED Normativa avalia a eficiência normativa à luz de objetivos predefinidos (“valor”), a AED Interpretativa enfoca os processos subjacentes à criação e aplicação das normas jurídicas (“norma”). Essa nova abordagem investiga não apenas os efeitos e a eficiência das normas, mas também o significado e as motivações que as justificam, buscando compreender as razões que motivaram as escolhas dos legisladores, magistrados e contratantes, trazendo à tona os incentivos e interesses que moldaram as decisões normativas. Com isso, a AED é um meio de se promover maior transparência e legitimidade no sistema jurídico, além de propiciar uma análise crítica do Direito.

Por meio de uma AED Interpretativa é possível, por exemplo, identificar falhas ou distorções nos processos legislativo, regulatório e contratual, detectar a ausência de estudos técnicos, a influência de interesses específicos (*rent-seeking*), ou até mesmo vícios processuais e de vontade que comprometem a legitimidade e a qualidade das normas jurídicas. Também oferece ferramentas metodológicas para aprimorar o controle judicial sobre normas e decisões, avaliando a coerência interna das normas em relação ao contexto em que foram elaboradas, considerando aspectos históricos, econômicos e sociais.

Neste artigo, buscou-se apresentar a AED Interpretativa como uma nova dimensão da AED, discutir suas implicações teóricas e institucionais e ilustrar sua aplicabilidade prática por meio da análise de casos concretos no contexto brasileiro. A exposição conceitual da abordagem, somada à investigação de exemplos legislativos e judiciais, foi articulada com vistas a fomentar o debate sobre a qualidade normativa e o controle institucional, abrindo caminho para que o leitor reflita criticamente sobre a utilidade e os limites dessa perspectiva.

A proposta aqui defendida, portanto, consiste em consolidar a AED Interpretativa como ferramenta teórica e metodológica capaz de enriquecer o campo juseconômico brasileiro. Ao lançar luz sobre o processo de elaboração das normas, suas justificativas e racionalidades subjacentes, essa abordagem abre espaço para uma análise mais densa e crítica do Direito, sem abrir mão do rigor técnico. Espera-se, assim, incentivar o desenvolvimento de pesquisas empíricas e reflexões institucionais que incorporem essa dimensão interpretativa, promovendo uma ordem jurídica mais transparente, eficiente e sensível às demandas da sociedade.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARROSO, Luís Roberto; RESENDE, Guilherme Mendes. Caso 1: extinção da execução fiscal de baixo valor. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RESENDE, Guilherme Mendes (org.). *Decisões judiciais e suas consequências econômicas e sociais*. São Paulo: Editora Singular, 2024, p. 21-46.

COOTER, Robert Dandridge; GILBERT, Michael. *Public Law and Economics*. New York: Oxford University Press, 2022.

FALCONE, Matias. *Pague ou deixe de existir*. [S.I.]: Jota, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/multa-penal-stj-07112021>. Acesso em: 9 nov. 2021.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2022, p. 21-29.

LEAL, Victor Nunes. Problemas de técnica legislativa. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MELO, Omar Augusto Leite Melo. *Análise econômica dos direitos fundamentais: consequencialismo e custo dos direitos na jurisdição (econ)stitucional do STF*. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; FERRACINI NETO, Ricardo. *Criminologia*. Salvador: JusPudivm, 2019.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Devido processo legislativo e qualidade da deliberação legislativa. *Revista da Advocacia do Poder Legislativo*, Brasília, ANPAL, v. 2, p. 159-188, 2021.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; TEIXEIRA, Cleveland Prates. Caso 2: piso salarial nacional de enfermagem. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RESENDE, Guilherme Mendes (org.). *Decisões judiciais e suas consequências econômicas e sociais*. São Paulo: Editora Singular, 2024, p. 47-62.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; OLIVEIRA JUNIOR, Marcio de. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RESENDE, Guilherme Mendes (org.). *Decisões judiciais e suas consequências econômicas e sociais*. São Paulo: Editora Singular, 2024, p. 123-134.

POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

POUND, Roscoe. Law in books and law in action. In: FISHER, W.W.; HORWITZ, M. J.; REED, T.A. *American legal realism*. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 39-44.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBLES, Gregório. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do Direito*. Tradução de Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

RODRIGUES, F. A. Análise econômica do direito penal propriamente dita. *Revista de Análise Econômica do Direito*, v. 6, ano 3, p. 1-34, jul./dez. 2023.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; ALMEIDA, Guilherme da França Couto Fernandes de. O controle judicial de projetos legislativos: uma análise exploratória. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 57, p. 125-150, jan./mar. 2020.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. Caso 3: descriminalização do contrabando de cigarros. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RESENDE, Guilherme Mendes (org.). *Decisões judiciais e suas consequências econômicas e sociais*. São Paulo: Editora Singular, 2024, p. 47-62.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

