

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO METODOLOGIA DA PESQUISA EM DIREITO FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AS A RESEARCH METHODOLOGY IN FINANCIAL AND BUDGETARY LAW

Deiver Neves Ferreira Barbosa¹

RESUMO

O presente trabalho propõe a Análise Econômica do Direito (AED) como uma das metodologias de pesquisa para a investigação de temas afetos ao Direito Financeiro e Orçamentário. Partindo da evolução histórica da AED, da Escola de Chicago à Análise Comportamental, o trabalho detalha seus pilares conceituais e a distinção entre as abordagens positiva e normativa. Demonstra-se a aplicação prática do método na formulação de problemas de pesquisa empíricos, no mapeamento de incentivos do processo orçamentário brasileiro e na construção de modelos preditivos para normas fiscais. Conclui-se que a integração da análise consequencialista da AED à dogmática principiológica oferece um caminho para aumentar a efetividade das políticas públicas, capacitando o pesquisador a avaliar as consequências reais das decisões financeiras do Estado em um contexto de recursos escassos.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Metodologia da Pesquisa Jurídica; Direito Financeiro; Custos de Transação; Análise Comportamental do Direito

ABSTRACT

This paper proposes the Economic Analysis of Law (L&E) as a research methodology for the investigation of topics related to Financial and Budgetary Law. Tracing the historical evolution of L&E, from the Chicago School to Behavioral Analysis, the paper details its conceptual pillars and the distinction between positive and normative approaches. The practical application of the method is demonstrated in formulating empirical research problems, in mapping the incentives of the Brazilian budgetary process, and in building predictive models for fiscal rules. It concludes that integrating the consequentialist analysis of L&E with principled dogmatics offers a path to increase the effectiveness of public policies, enabling the researcher to evaluate the real consequences of the state's financial decisions in a context of scarce resources.

Keywords: *Economic Analysis of Law; Legal Research Methodology; Financial Law; Transaction Costs; Behavioral Law and Economics.*

¹ Procurador da Fazenda Nacional. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, com ênfase em Direito Financeiro e Orçamentário. Sócio efetivo do Instituto de Direito Administrativo de Alagoas

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa em Direito Financeiro e Orçamentário lida com a investigação dos núcleos das decisões do Estado: a arrecadação, a gestão e o dispêndio de recursos públicos escassos². Tradicionalmente, a investigação jurídica nesse campo se concentra na análise dogmática, buscando a correta interpretação das normas e sua coerência com os princípios constitucionais³. Essa abordagem, embora fundamental para garantir a legalidade e a legitimidade da ação estatal, revela-se insuficiente para capturar a complexa dinâmica de um campo intrinsecamente ligado a escolhas políticas, comportamentos estratégicos e, fundamentalmente, a consequências econômicas e sociais. Leis orçamentárias e normas fiscais não são apenas comandos a serem interpretados; são, sobretudo, poderosas estruturas de incentivos que moldam o comportamento de governantes, parlamentares, burocratas e cidadãos⁴.

Diante dessa limitação, a presente seção propõe a Análise Econômica do Direito (AED) como uma metodologia robusta e complementar para a pesquisa em Direito Financeiro e Orçamentário. Longe de pretender substituir a dogmática jurídica, a AED oferece um instrumental teórico e empírico para investigar o direito sob uma ótica pragmática e consequencialista, trazendo para o centro do debate os efeitos reais das normas⁵. Entendida não como uma ideologia finalística, mas como um método de pesquisa, a AED permite desvendar a lógica por trás das decisões financeiras, avaliar a eficiência de políticas públicas e prever as reações dos agentes a novas regras, oferecendo um rigor analítico que a abordagem puramente formal não alcança.

Para construir essa ponte metodológica, este trabalho está estruturado em duas partes principais. A primeira seção estabelece as bases teóricas da disciplina. Inicia-se traçando a evolução histórica da AED, desde suas origens na Escola de Chicago, com as contribuições seminais de Ronald Coase e Richard Posner, até sua sofisticação com a Análise Comportamental, que introduziu uma visão mais realista do agente econômico. Em seguida, são detalhados os pilares conceituais que sustentam o método: o individualismo metodológico, a racionalidade (inclusive em sua versão "limitada"), os custos de transação, os incentivos e o critério de eficiência (Pareto e Kaldor-Hicks). Por fim, explora-se a distinção metodológica crucial entre a análise positiva, que busca descrever e prever os efeitos das normas, e a análise normativa, que prescreve soluções para atingir determinados fins.

A segunda seção, "A Construção do Método: A AED Aplicada à Pesquisa Jurídica", demonstra a aplicação prática desses fundamentos na estruturação de uma investigação em Direito Financeiro. A seção 3.1 detalha como transformar problemas

2 TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 84-90.

3 PRADO, Daniel Nicory do. Temas de Metodologia da Pesquisa em Direito. Salvador, 2011. Faculdade Baiana de Direito. p. 13-14. No mesmo sentido, ver: GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010. p. 12.

4 PESSOA, Paola Marina; MACHADO, Luís Antônio Licks Missel. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO FINANCEIRO: UMA ABORDAGEM TEÓRICA SOBRE A DESPESA PÚBLICA OBRIGTÓRIA EM EDUCAÇÃO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19. *Revista Eletrônica de Ciências Contábeis*, v. 12, n. 2, 2023, p. 178-190. Diversos trabalhos que abordam a AED explicam esse problema, ver: GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010. p. 8; Também: SALAMA, Bruno Meyerhof. O QUE É "DIREITO E ECONOMIA"? *Direito UNIFACS-Debate Virtual-Qualis A2 em Direito*, n. 160, 2013.p. 2.

5 Ibid., 2023, p. 182-184.

dogmáticos em perguntas de pesquisa empíricas e como formular hipóteses testáveis sobre o comportamento dos agentes. A seção 3.2 aplica a teoria para o mapeamento dos incentivos e custos de transação que moldam o processo orçamentário brasileiro, revelando a lógica estratégica por trás das negociações políticas. Por fim, a seção 3.3 explora o uso de modelos de análise, tanto os baseados na racionalidade tradicional quanto os informados pela economia comportamental, para prever os efeitos de normas fiscais e tributárias, ilustrando a capacidade preditiva da metodologia.

O objetivo final é capacitar o pesquisador a realizar uma análise que não apenas verifique a conformidade legal, mas que também compreenda e avalie as consequências reais das decisões que definem os rumos financeiros do Estado.

2. FUNDAMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO CAMPO DE ESTUDO

Tradicionalmente, o direito brasileiro, assim como outros países de tradição romano-germânica, sempre esteve ligado a dogmática como critério de metodologia da pesquisa científica, sendo analisado o direito e suas conjecturas a partir dos ditames do sentido da Lei e dos princípios que o ordenam - ênfase na análise das normas jurídicas a partir de sua sistematização, buscando-se a coerência do sistema -, sem uma preocupação metodológica séria com aspectos pragmáticos ou consequencialistas das decisões judiciais e da racionalidade jurídica⁶.

Embora indispensável, essa abordagem revela-se frequentemente insuficiente para compreender e solucionar os problemas complexos das finanças públicas contemporâneas⁷, que envolvem não apenas a legalidade, mas a eficiência na alocação de recursos escassos e a análise das consequências reais das normas sobre o comportamento dos agentes públicos e privados.

Diante dessa limitação, emerge a Análise Econômica do Direito (AED) – *Law and Economics* – como um campo de estudo, que oferece um instrumental teórico para investigar o Direito sob uma ótica consequencialista e pragmática⁸.

Este capítulo se dedica a estabelecer os fundamentos da AED, demonstrando sua evolução, seus pilares conceituais e suas abordagens metodológicas, a fim de solidificar as bases para sua aplicação como uma poderosa ferramenta na pesquisa em Direito Financeiro e Orçamentário.

6 GICO JR., Ivo T. Op. cit., 2010, p. 8-11. Ver também: ÁVILA, Humberto Bérghmann. Ciência do direito tributário e discussão crítica. Revista Direito Tributário Atual, n. 32, p. 159-197, 2014. Ávila critica especialmente a doutrina de Paulo de Barros Carvalho. No mesmo sentido: MEYERHOF SALAMA, Bruno. Op. cit., 2013, p. 13. Quando explica a o pragmatismo de Richard Posner.

7 PESSOA, Paola Marina; MACHADO, Luís Antônio Licks Missel, Op. Cit., 2023, p. 178-182.

8 GICO JR., Ivo T. Op. cit., 2010, p. 17. Também: “*Law and Economics* consiste na aplicação ao Direito de aportes teóricos oriundos das ciências econômicas, viabilizando 1) a compreensão do ordenamento jurídico como estrutura de incentivos ao comportamento humano e 2) o esclarecimento das consequências dos comandos legais e judiciais, assumindo relevância no próprio processo de elaboração destes” (FERNANDEZ, Leandro. Metodologia da Pesquisa e a Análise Econômica Do Direito: fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica. Direito UNIFACS–Debate Virtual-Qualis A2 em Direito, n. 156, 2013).

2.1. ORIGENS E EVOLUÇÃO: DA ESCOLA DE CHICAGO À ANÁLISE COMPORTAMENTAL

Richard Posner é talvez o jurista mais influente no campo da *Law and Economics*, por ser um dos primeiros a sistematizar os conceitos da análise econômica aplicada ao Direito enquanto comportamento social⁹. Segundo suas concepções, o comportamento humano, em diversas esferas, poderia ser entendido como o de um maximizador racional de utilidades¹⁰, e, no campo jurídico, isso significa que as normas e decisões judiciais podem ser avaliadas (e, em uma visão normativa, devem ser moldadas) com o objetivo de maximizar a “riqueza social” (*wealth maximization*)¹¹.

A prescrição central de Posner é que, em situações de altos custos de transação, o Estado (por meio de seus juízes e agências) deveria “imitar o mercado” (*mimic the market*), alocando direitos à parte que os valoriza mais, ou seja, àquela que estaria disposta a pagar mais por eles¹².

Em “*The problem of social cost*” Ronald Coase explica que, até então, o pensamento econômico tratava problemas como a poluição de uma fábrica (uma externalidade negativa) como uma “falha de mercado” que exigiria intervenção do governo (via tributos ou regulação)¹³. A inovação trazida por Coase explica que na verdade, o problema não é unilateral (“A prejudica B”), mas sim recíproco. A questão real é decidir se “A deve ter a permissão de prejudicar B, ou se B deve ter a permissão de prejudicar A”, em nosso exemplo hipotético: impedir a fábrica de poluir prejudica o dono da fábrica e os consumidores de seus produtos, da mesma forma que a poluição prejudica os vizinhos¹⁴. O verdadeiro desafio, segundo Coase, é evitar o dano mais grave¹⁵.

O Teorema de Coase explica que no mundo, estarão sempre presentes os custos de transação¹⁶: em um mundo hipotético onde os custos de negociar são zero (custos

9 FERNANDEZ, Leandro. Op. Cit, 2013, p. 9. No mesmo sentido: SALAMA, Bruno, Op. cit., 2013, p. 3; PEREZ, N. (2018), Posner’s “Law and Economics” and Politics: Bringing State-Skepticism Back In. J Soc Philos, 49: 589-609. p. 1-3; SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 435-483, 2012.

10 “The concept of man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives — that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so”. (POSNER, Richard A., Economic Analysis of the Law, 1986. 3rd Edition. Little Brown and Co. p. 13)

11 Ibid., p. 14-19. Vários trabalhos analisam o critério da maximização de riquezas nos trabalhos iniciais de Posner, ver: FERNANDEZ, Leandro. Op. Cit, 2013, p. 8; DWORKIN, Ronald. M. 1980. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, 9(2), 191-226. Disponível em: “<http://www.jstor.org/stable/724129>” <acesso em 28 de julho de 2025>; PEREZ, Nahshon. Op. cit., 2018, p. 4.

12 PEREZ, Nahshon. Op. cit., 2018, p. 10-13.

13 “The same fault is to be found in proposals for solving the problem of harmful effects by the use of taxes or bounties. Pigou lays considerable stress on this solution although he is, as usual, lacking in detail and qualified in his support. Modern economists tend to think exclusively in terms of taxes and in a very precise way. The tax should be equal to the damage done and should therefore vary with the amount of harmful effect. As it is not proposed that the proceeds of the tax should be paid to those suffering the damage, this solution is not the same as that which would force a business to pay compensation to those damaged by its actions, although economists generally do not seem to have noticed this and tend to treat two solutions as being identical”. (COASE, Ronald. H. “The Problem of Social Cost.” *The Journal of Law & Economics*, vol. 56, no. 4, 2013, pp. 837-77. p. 855).

14 “The traditional approach tends to obscure the nature of the choice that must be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B, and what must be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. Preventing harm to B would inflict harm on A. The real question that must be decided is: should A be allowed to harm B, or should B be allowed to harm A?” (Ibid., p. 839).

15 Ibid., p. 838-840. No mesmo sentido, ver: POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 43-48.

16 Sobre os custos de transação, Coase explica que: “To carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often

de transação nulos), a alocação inicial de um direito legal por um juiz ou pelo Estado não importa para o resultado final em termos de eficiência. As partes envolvidas simplesmente negociarão entre si e chegarão à solução que maximiza a produção total de valor¹⁷. Se o médico tem o direito ao silêncio, o confeitiro barulhento pagará ao médico para poder continuar funcionando, contanto que o lucro do confeitiro seja maior que o prejuízo do médico. Se o confeitiro tem o direito de fazer barulho, o médico pagará para que ele pare, contanto que o prejuízo do médico seja maior que o lucro do confeitiro. Em ambos os casos, a atividade mais valiosa (fazer doces ou praticar medicina) prevalecerá¹⁸.

Nesses termos, Coase quer exemplificar que nesse mundo irreal de custos zero, quando trasladado para situações que envolvem o mundo real, onde os custos de transação (custos de encontrar as partes, negociar, redigir contratos, fiscalizar o cumprimento, etc.) são positivos e, muitas vezes, proibitivos, é que a lei importa¹⁹.

Se Coase demonstrou *que* a lei é crucial por causa dos custos de transação, Posner buscou responder *como* a lei deveria ser estruturada e interpretada à luz dessa realidade. Sua ideia fundamental é que o Direito, em sua essência, é um sistema de incentivos²⁰, e a melhor forma de analisá-lo é através da microeconomia, a AED consistiria então em aplicar as ferramentas da economia para (a) prever os efeitos das normas jurídicas e (b) avaliar se esses efeitos são socialmente desejáveis²¹.

Para isso, ele parte da premissa de que o ser humano, na vasta maioria das situações relevantes para o Direito, age como um maximizador racional de suas utilidades²². Isso não significa que as pessoas são egoístas, mas que elas buscam atingir seus objetivos (sejam eles quais forem) da forma mais eficiente possível, pesando custos e benefícios²³.

Para Posner, uma sociedade maximiza sua riqueza “quando bens e outros recursos estão nas mãos daqueles que mais possuem o potencial para maximizar seus usos, consequentemente os valorizando mais, e essa valoração é medida pela disposição e capacidade de pagar²⁴. Uma regra jurídica é eficiente se ela leva os

extremely costly, sufficiently costly to prevent many transactions that would be carried out in a world where the pricing system worked without cost” (Ibid., p.852). No mesmo sentido: DWORKIN, Ronald. M. Op. cit., 1980, p. 194; POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 123.

17 Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, “A Behavioral Approach to Law and Economics,” 50 Stanford Law Review 1471 (1998). p. 1497; POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 44.

18 Apesar do tom crítico, exemplo similar também foi usado por Dworkin em sua crítica no trabalho “Is Wealth a Value?” (DWORKIN, Ronald. M. Op. cit., 1980, p. 194)

19 “Transaction costs are never zero. In fact they may be quite high in two-party transactions, as we shall see many times in this book, although generally the costs of a transaction rise with the number of parties to the transaction — perhaps exponentially. The formula for the number of links required to join all members of a set of n members is suggestive in this connection: $n(n-1)/2$. Although transaction costs are never zero, the Coase Theorem should describe reality whenever the transaction cost is less than the value of the transaction to the parties” (POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 7); PEREZ, Nahshon. Op. cit., 2018, p. 4.

20 POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 2.

21 GICO JR., Ivo T. Op. cit., 2010, p.18.

22 MEYERHOF SALAMA, Bruno, Op. cit., 2013, p. 8.

23 POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 378. Ver também: FERNANDEZ, Leandro. Op. Cit, 2013, p. 15; BECKER, Gary S., 1978. “The Economic Approach to Human Behavior,” University of Chicago Press Economics Books, University of Chicago Press, number 9780226041124, April.

24 Lucas Fucci Amato explica muito bem o entendimento de Posner: “Posner sugere assim que as controvérsias sobre valor, preço e utilidade podem ser reduzidas à análise da “disposição a pagar”. Eficiência implica maximização do valor (a satisfação humana medida pela disposição de pagar por produtos) e, pela agregação das preferências humanas por meio do mercado e do dinheiro, aumento da riqueza da sociedade. A riqueza da sociedade aumenta quando os recursos são apropriados, por meio de transações voluntárias, por quem tem a maior disposição em pagar. Se alguém está disposto a pagar (isto é valoriza) mais do que o valor de mercado do bem ou serviço, a transação ocorre e a riqueza social aumenta. (AMATO, Lucas Fucci. Variedades de análise econômica do direito: da nova economia institucional às arquiteturas de incentivos comportamentais. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.],

recursos para seus usos mais valiosos²⁵, medidos por esse critério de mercado, real ou hipotético.

A lei deve intervir para alocar o direito àquela parte que o teria comprado (hipoteticamente) em um mercado sem atritos. O Direito, portanto, torna-se um substituto do mercado onde este falha²⁶.

Esta abordagem se desdobra em duas teses: 1. **A Tese Descritiva:** Posner argumenta que as regras do *common law* (em responsabilidade civil, contratos, propriedade) já são, em grande medida, eficientes²⁷. Segundo ele, os juízes, ao longo dos séculos, decidiram os casos como se estivessem, intuitivamente, tentando maximizar a riqueza social²⁸; 2. **A Tese Normativa:** Mais controversa, esta tese afirma que os juízes e legisladores *deveriam* conscientemente decidir os casos com o objetivo de maximizar a riqueza social²⁹, pois este seria um guia mais claro e objetivo do que noções vagas de “justiça” ou “equidade”³⁰.

No ensaio “*Is Wealth a Value?*”, Ronald Dworkin ataca a premissa fundamental de Posner, questionando se a maximização da riqueza pode ser considerada um valor social em si mesma³¹.

Ao desvincular o conceito de riqueza daquele de utilidade ou bem-estar, Dworkin argumenta que um aumento de riqueza social, por si só, não torna uma sociedade melhor em nenhum aspecto moralmente relevante³², o fato de um recurso estar nas mãos de quem pagaria mais por ele é, em certas circunstâncias, tão moralmente arbitrário quanto o critério da ordem alfabética, podendo gerar situações - quando tal critério é adotado e levado ao extremo - absurdas, como por exemplo, a justificação da exploração de mão de obra escravocrata como maior critério de eficiência econômica e por promover a maior riqueza social em termos gerais³³.

Salama demonstra que, ao longo do tempo, o próprio Posner abandonou a defesa da maximização da riqueza como um fundamento ético autônomo para o

v. 116, n. 2, p. 249-272, 2021. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/196161>. Acesso em: 26 jul. 2025).

25 POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 10-12. “The efficiency approach aims to maximize the wealth of the relevant agents as a whole, mostly ignoring internal divisions. Note that the qualifier “mostly” must be added to this description as Posner indicated that the efficiency approach has some limits as a prescriptive criterion. Nevertheless, the right balance between efficiency and other social goals has not been made clear by Posner. The “currency” of what ought to be maximized is wealth. When Posner discusses wealth, however, he does not mean the amount of money each person owns, rather he indicates their “willingness to pay” (as part of the subjective theory of value). The concept of “willingness to pay” means that the wealth in a given society increases if a transaction is completed in which each participant increases whatever s/he owns as measured by his/her subjective evaluation” (PEREZ, Nahshon. Op. cit., 2018, p. 3).

26 AMATO, Lucas Fucci, Op. cit. 2021, p. 261.

27 SALAMA, Bruno Meyerhof, Op. cit. 2012, p.443.

28 Ibid., p. 448.

29 Vale a nota de Ivo Gico Jr: “Já no extremo oposto, há aqueles como Richard Posner que chegaram a propor, na década de 70, que, na ausência de qualquer teoria do valor operacionalizável e consensual, haveria justificativas éticas para se adotar a maximização da riqueza social como critério normativo, pois ela funcionaria como uma forma de aproximação da busca pela eficiência. Não obstante, após um longo e intenso debate dentro e fora da tradição juseconomista, Posner reconheceu que essa posição é insustentável e que não há base moral para limitar o objetivo imediato do direito à maximização da riqueza”. (GICO JR, Ivo. Op. cit. 2010, p. 20-21).

30 SALAMA, Bruno Meyerhof, Op. cit. 2012, p.448-449.

31 “But now comes the nerve of the problem. Economic analysis holds, on its normative side, that social wealth maximization is a worthy goal so that judicial decisions should try to maximize social wealth, for example, by assigning rights to those who would purchase them but for transaction costs. But it is unclear why social wealth is a worthy goal. Who would think that a society that has more wealth, as defined, is either better or better off than a society that has less, except someone who made the mistake of personifying society, and therefore thought that a society is better off with more wealth in just the way any individual is? Why should anyone who has not made this mistake think social wealth maximization a worthy goal?” (DWORKIN, Ronald M. Op. cit., 1980, p. 194-196)

32 Ibid., p. 200.

33 Ibid., p. 211.

Direito, subordinando-a a uma filosofia mais ampla e flexível do pragmatismo³⁴. A eficiência, nessa visão tardia, deixa de ser o fim último do Direito para se tornar uma, entre várias, considerações importantes que um juiz pragmático deve sopesar para alcançar uma decisão razoável³⁵.

Outra crítica apresentada à teoria clássica da AED, defendida por Posner, era a de que não necessariamente os sujeitos econômicos se comportam de acordo com a racionalidade aqui construída, sendo muito provável que na verdade, nenhuma pessoa passaria toda sua vida a construir raciocínios e métodos matemáticos que visassem sempre a escolha mais eficiente.

Em "*A Behavioral Approach to Law and Economics*", Christine Jolls, Cass Sunstein e Richard Thaler propõem um enriquecimento da análise econômica a partir de uma concepção mais precisa do comportamento humano, que se afasta do modelo idealizado do *homo economicus*³⁶.

Segundo os autores, a análise tradicional falha em suas previsões por ignorar três "limites" (*bounds*) sistemáticos e bem documentados sobre o comportamento real das pessoas.

O primeiro, seria a Racionalidade Limitada (*bounded rationality*), referindo-se ao fato de que "*human cognitive abilities are not infinite. We have limited computational skills and seriously flawed memories*". Para lidar com essas limitações, as pessoas recorrem a "atalhos mentais e regras de ouro" (*mental shortcuts and rules of thumb*), que, embora úteis, como a da "disponibilidade" (julgar a probabilidade de um evento pela facilidade com que exemplos vêm à mente), levam a erros de julgamento previsíveis e sistemáticos³⁷.

O segundo, seria a Força de Vontade Limitada (*bounded willpower*) dos seres humanos, que se refere ao fato de que "*human beings often take actions that they know to be in conflict with their own long-term interests*". Esse comportamento, que envolve problemas de autocontrole e miopia, é inconsistente com o modelo de um agente que desconta o futuro a uma taxa constante, revelando uma preferência desproporcional pelo presente³⁸.

Por fim, o terceiro limite é o Autointeresse Limitado (*bounded self-interest*), que aponta para um fato importante sobre a função de utilidade da maioria das pessoas: "*They care, or act as if they care, about others, even strangers, in some circumstances*". Em muitos contextos, as pessoas preocupam-se com a justiça (*fairness*) e estão dispostas

34 SALAMA, Bruno Meyerhof, Op. cit. 2012, p.475.

35 "A missão do juiz pragmático é a de decidir de maneira razoável. Isso quer dizer que o juiz deve sopesar as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, mas a elas não deve se fiar cegamente. O juiz deve igualmente defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. A eficiência é então uma consideração; uma, dentre diversas outras". (Ibid., p. 477).

36 "*Economic analysis of law usually proceeds under the assumptions of neo-classical economics. But empirical evidence gives much reason to doubt these assumptions; people exhibit bounded rationality, bounded self-interest, and bounded willpower*". (SUNSTEIN, Cass R. JOLLS, Christine & THALER, Richard H., Op. cit.1998, p. 1471).

37 Ibid., p.1476.

38 Ibid., p.1478.

a sacrificar seu próprio bem-estar material para ajudar aqueles que estão sendo gentis ou para punir aqueles que estão sendo injustos³⁹.

Ou seja, a adoção do *homo economicus*, na verdade, não é tão certa assim como pregavam os estudos iniciais da AED, e, paulatinamente, sua figura foi sendo substituída para a figura de um agente econômico cheio de assimetrias informacionais e limitações cognitivas naturais.

O que queremos demonstrar ao apresentarmos as críticas a AED como formulada inicialmente pela Escola de Chicago, é evitar que suas contribuições sejam banalizadas e reduzidas a simplificação de uma teoria que visou apenas alavancar a eficiência à condição de único valor do Direito. Na verdade, embora essa tentativa inicial tenha se mostrado insustentável, o *instrumental analítico* fornecido pela AED em conjunto com os fundamentos que prescrevem a Economia e suas vertentes (como a comportamental) permanece como uma ferramenta metodológica de valor para a metodologia da pesquisa jurídica⁴⁰. Compreender o Direito Financeiro e Orçamentário como um complexo sistema de incentivos e analisar as consequências das normas sob a ótica dos custos e benefícios é uma abordagem que, despida de pretensões totalizantes, oferece um rigor e uma clareza que a dogmática tradicional, por si só, não pode prover.

É, portanto, como metodologia de pesquisa, e não como teoria finalística do Direito, que enxergamos o maior potencial da AED como critério de argumentação e racionalidade do direito.

2.2. PILARES CONCEITUAIS

Como advertido anteriormente, a AED sustenta suas bases na análise do comportamento econômico dos indivíduos baseado nos estudos que derivam dos critérios de microeconomia. Parte-se da premissa de que os comportamentos da coletividade são embasados no conjunto de comportamentos individuais que cada indivíduo persegue visando a maximização de sua racionalidade econômica⁴¹. Em palavras mais simplórias, todos os indivíduos que compõe a sociedade estão sempre buscando: 1. minimizar os custos dos recursos que adquirem; 2. maximizar a utilidade e satisfação dos recursos que consomem⁴². Para entender por que uma política pública falha ou tem sucesso, a análise deve focar nos incentivos dos indivíduos que a executam e que são por ela afetados⁴³, e não em abstrações como “a vontade do Estado”.

39 Ibid., p.1479. O texto menciona como exemplo o fato de que a maioria das pessoas deixa gorjetas em restaurantes fora da sua cidade que nunca planejam visitar novamente. Isso é um exemplo de como as pessoas agem de acordo com considerações de justiça, mesmo quando é contra o seu autointeresse financeiro e ninguém as observará.

40 Ibid., p.1546.

41 FERNANDEZ, Leandro. Op. cit., 2013, p. 14-18. No mesmo sentido: AMATO, Lucas Fucci, Op. cit. 2021, p. 259-262.

42 BECKER, Gary S., Op. cit., 1978.

43 GICO JR, Ivo. Op. cit. 2010, p. 19.

Nesse sentido, é possível adotar, com os temperamentos que já mencionamos no item 2.1 deste capítulo a respeito do *homos economicus*, que os indivíduos que compõe a sociedade estão sempre buscando a maximização de seus interesses em um contexto de recursos escassos⁴⁴, reagindo a todo momento a uma cadeia de incentivos e preços que reputamos chamar de ordenamento jurídico - o ordenamento jurídico é apenas uma de várias cadeias de preços existentes na sociedade - de maneira explícita ou implícita⁴⁵.

Veja o seguinte exemplo: a Lei Complementar (LC) 101 de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) em seu artigo 11 exige como requisito essencial de uma gestão pública responsável a previsão e arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da federação, prevendo como sanções a proibição do recebimento de transferências voluntárias pelo ente político que descumpra tal medida. É facilmente verificável que a autoridade política terá sua conduta incentivada de maneira explícita a adotar uma gestão pública responsável se o preço (sanção prevista na LC 101/2000) for mais caro e relevante que o custo do descumprimento da norma. O preço, em nosso exemplo hipotético, embora tenha sido monetário - vedação ao recebimento de transferências voluntárias- , às vezes não o é, como por exemplo, a perda do prestígio político da autoridade política em sua área de influência de um pequeno Município ao passar a instituir IPTU dos moradores que até então não havia sido instituído.

Neste sentido, é que temos a figura dos custos de oportunidade como "*the benefit forgone by employing a resource in a way that denies its use to someone else*"⁴⁶, em nosso exemplo, a conduta do Prefeito será racionalizada pelos custos entre: 1. Cumprir a Lei; 2. Arcar com os custos de oportunidade da conduta de não cumprir a Lei; E, se esses custos de oportunidade não forem suficientemente altos haverá um incentivo ao descumprimento daquela Lei.

É nesse sentido que a AED enxerga o mercado como um método de alocação de recursos, sendo o mecanismo primário por meio do qual os bens, direitos, serviços e valores tendem a gravitar em direção aos seus usos mais valiosos e úteis se os custos de transação fossem eliminados⁴⁷.

Com efeito, em um ambiente em que os sujeitos são livres para negociar e aproximar interesses, o mercado é uma "designação económica para um arranjo institucional que determina a utilização de um determinado recurso através da livre

44 Se houvesse recursos suficientes e ilimitados, não haveria conflitos, e até o próprio direito seria despiendo. Nesse sentido: Ibid., p. 22.

45 COOTER, Robert. ULEN, Thomas. 2021. *Law & Economics* (6th ed.). Pearson Education, p.3-5.

46 POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 6.

47 "The third basic economic principle is that resources tend to gravitate toward their most valuable uses if voluntary exchange — a market — is permitted. Why did the manufacturer of lawn mowers in an earlier example pay more for labor and materials than competing users of these resources? The answer is that he thought he could use them to obtain a higher price for his finished good than could competing demanders; they were worth more to him. Why does farmer A offer to buy farmer B's farm at a price higher than B's minimum price for the property? It is because the property is worth more to A than to B, meaning that A can use it to produce a more valuable output as measured by the prices consumers are willing to pay. By a process of voluntary exchange, resources are shifted to those uses in which the value to consumers, as measured by their willingness to pay, is highest. When resources are being used where their value is highest, we may say that they are being employed efficiently" (Ibid., p.9).

negociação entre os que o detêm⁴⁸, oferta x demanda, e é daí que surge a questão do preço.

O preço é, assim, o incentivo ao comportamento do agente num contexto de mercado, servindo, conforme anteriormente explicado como um balizador das condutas - incentivando ou desincentivando-as conforme a lei da oferta e da demanda e o equilíbrio eficiente que o mercado tende a naturalmente estabelecer (sem conjecturar falhas de mercado ou distorções nessa análise inicial)⁴⁹. E é bom esclarecer que, quando se fala de preço, o leitor pode estranhar e/ou achar antiético tratar por meio da precificação valores que à primeira vista parecem ser "invaloráveis": como atribuir preço à vida, à saúde, ao tempo?; Mas a análise econômica neste aspecto é perfeita, afinal de contas, se a vida fosse um bem com valor infinito, seria ilógico imaginar que as pessoas saíssem de casa todos os dias, tivessem relacionamentos ou fizessem qualquer coisa que pudesse pôr a vida em risco⁵⁰, afinal, sair de casa é se submeter a qualquer momento, a sofrer diversos infortúnios que aproximam a pessoa da morte, mas, os indivíduos racionais estão dispostos a tolerar os riscos em troca de satisfação material e psíquica, alguns mais, outros menos⁵¹.

2.2.1. A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA

Se os indivíduos reagem a preços e ponderam custos e benefícios, a AED precisa de um critério para avaliar o resultado agregado dessas escolhas. A eficiência surge, então, como critério balizador e regulador das ações dos indivíduos públicos e privados.

Despida de suas conotações normativas mais controversas, que foram alvo da crítica de Dworkin, a eficiência funciona como um poderoso instrumento analítico para o pesquisador do Direito Financeiro, pois permite em alguns aspectos, avaliar se determinadas ações, normas ou políticas estão maximizando o bem-estar social a partir dos recursos escassos disponíveis ou, ao contrário, se estaria gerando desperdícios⁵².

Nesse sentido, a primeira premissa que deveremos adotar é a de que todo e qualquer desperdício é ineficiente e injusto, e, por óbvio, deve ser evitado, sendo ilegítimo. Ivo Gico Jr explica que: "Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra"⁵³.

E como identificar a eficiência ou não de determinada medida em detrimento de outra?

48 RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 20 Apud FERNANDEZ, Leandro. Op. cit., 2013, p. 20.

49 FERNANDEZ, Leandro. Op. cit., 2013, p. 19. No mesmo sentido: SALAMA, Bruno Meyerhof, Op. cit. 2013, p. 8.

50 CONLEY, Bryan C. "The Value of Human Life in the Demand for Safety." *The American Economic Review*, vol. 66, no. 1, 1976, pp. 45-55. JSTOR, disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1804944>> . Acesso em: 28 de julho de 2025.

51 POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 182.

52 GICO JR, Ivo. Op. cit. 2010, p. 28.

53 Ibid., p. 28.

A análise efficientista parte de algumas formulações econômicas que são extremamente úteis na metodologia da pesquisa em Direito Financeiro e Orçamentário: a) O ótimo de Pareto; b) A eficiência de Kaldor-Hicks.

Uma alocação de recursos é Pareto-eficiente se for impossível realocá-los de modo a melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a situação de nenhuma outra⁵⁴. Este critério está intrinsecamente ligado à ideia de trocas voluntárias: uma negociação que acontece livremente entre duas partes, em princípio, representa uma “melhora de Pareto”, pois presume-se que ambos os envolvidos se beneficiaram (ou, no mínimo, não se prejudicaram). No Direito Financeiro, contudo, a aplicação deste critério é extremamente limitada. A maioria das decisões orçamentárias é, por definição, uma “escolha trágica”, gerando sempre algum perdedor (algum direito sempre é adiado para depois)⁵⁵.

Diante da limitação do critério de Pareto, a noção de eficiência mais utilizada na análise de políticas públicas é a de Kaldor-Hicks, pelo qual uma alteração na alocação de recursos é considerada eficiente sob este critério se os ganhos dos beneficiários forem grandes o suficiente para, *hipoteticamente*, compensar integralmente as perdas dos prejudicados e ainda assim existir um saldo positivo⁵⁶.

A aprovação de uma grande reforma tributária no Brasil, por exemplo como a mais recente introduzida pela Emenda Constitucional nº 132, é tipicamente justificada sob a lógica de Kaldor-Hicks. A unificação de tributos sobre o consumo, como a proposta do IVA-dual, inevitavelmente cria setores perdedores (que antes pagavam menos) e setores ganhadores. O argumento central para a reforma não é que ninguém perde, mas sim que o ganho agregado para a economia brasileira – em termos de simplificação, redução da litigiosidade, transparência e crescimento do PIB – será tão grande que superaria em muito as perdas setoriais⁵⁷. A compensação aos perdedores, embora possa ocorrer parcialmente através de regimes de transição ou fundos de desenvolvimento, não precisa ser completa para que a medida seja considerada eficiente.

Perceba que toda a lógica orçamentária perpassa em alguma medida pela lógica de Kaldor-Hicks: o orçamento é, por definição, um plano de escolhas trágicas, onde inexoravelmente o ator político que efetiva a escolha, sabe que os recursos não são suficientes para atender a todas as demandas, alguém inevitavelmente sairá perdendo, cada real alocado em uma política pública é um real que deixa de ser investido em outra⁵⁸. Porém, o critério de escolha é eficiente e legítimo a partir do

54 POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 12. Também: DWORKIN, Ronald M. Op. cit., 1980, p. 193.

55 LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da lei orçamentária*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/194371>. Acesso em: 28 julho de 2025. p. 100-145.

56 SALAMA, Bruno Meyerhof, Op. cit. 2012, p.466; POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 13.

57 Em grande parte, a exposição de motivos da proposta de Emenda Constitucional traz essas explicações de como os ganhos superam as perdas. Ver: BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 132, de 20 de dezembro de 2023. Dispõe sobre a reforma tributária. disponível em: <https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Projetos/Ato_2023_2026/2024/PLP/exm/Exm-038-24-ME.doc>. Acesso em: 28 de julho de 2025.

58 SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual*: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos

momento em que o custo de oportunidade de determinada escolha pública é inferior aos benefícios que aquela alocação de recursos trouxe.

É crucial, contudo, entender que a eficiência, especialmente a de Kaldor-Hicks, é um critério de análise de consequências, e não um sinônimo de justiça, é dizer, uma situação pode ser eficiente do ponto de vista econômico, mas profundamente injusta do ponto de vista distributivo⁵⁹.

A AED, como ferramenta metodológica, não prescreve que a eficiência deva ser o único objetivo do Direito Financeiro, mas oferece um modo de análise dos custos de oportunidades da escolha pública, se a sociedade, por meio de seus representantes, opta por uma política distributiva que é ineficiente, a AED permite mensurar o quanto de bem-estar agregado está sendo sacrificado em nome daquele objetivo distributivo⁶⁰.

2.3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E ABORDAGENS POSITIVA E NORMATIVA

A Análise Econômica do Direito (AED) utiliza a distinção entre a abordagem positiva e a normativa para analisar o fenômeno jurídico, um conceito que é considerado válido e útil tanto epistemologicamente quanto pragmaticamente⁶¹.

Com efeito, imagine-se que determinada autoridade política criou nova dotação orçamentária por meio da abertura de créditos extraordinários. Se a medida foi eficiente, se gerou desperdícios ou se possui consequências favoráveis à economia são questões respondidas e analisadas com base em uma premissa factual. Ou seja: é possível provar por meio dos instrumentos disponíveis se houve desperdícios ou não, com o instrumental disponível pela AED, conforme explica Ivo Gico Jr., "A idéia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigada e averiguada por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva⁶²".

Na análise econômica positiva do direito, estamos ocupados em descrever e prever as consequências fáticas das normas jurídicas. Ela não emite juízos de valor sobre se uma lei é "boa" ou "ruim", mas busca responder a perguntas como: "Quais os efeitos desta regra sobre o comportamento dos agentes?" ou "Qual será o impacto desta política pública na alocação de recursos?", isso inclui entender como as regras jurídicas estabelecem custos e benefícios e como os agentes, ao pautar seus comportamentos por incentivos, reagem a mudanças nessas regras⁶³.

A disciplina procura modelar o comportamento humano para que o profissional

Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 233-248.

59 TORRES, Heleno Taveira. Op. cit., 2014. p. 199. Também: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*: v. 1: Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 126-127.

60 GICO JR, Ivo. Op. cit. 2010, p. 29-31.

61 Ibid., p. 19-21.

62 Ibid., p. 19.

63 MEYERHOF SALAMA, Bruno, Op. cit., 2013. p. 4-5.

do Direito possa entender os prováveis efeitos das diferentes posturas legais adotadas em determinadas circunstâncias.

O que importa mencionar, dado o objetivo de nosso trabalho, é que na pesquisa acadêmica envolvendo o Direito Financeiro e Orçamentário, a AED em seu espectro de análise positivo, não é capaz de oferecer sugestões da política pública a ser adotada, ou sobre como as decisões públicas devem ser tomadas⁶⁴. Seu grande objetivo é auxiliar o pesquisador na identificação de alternativas e consequências na tomada de decisão pelo juiz, pelo administrador, pelo político, etc. Quero dizer, em uma situação hipotética na qual um Juiz anula a dotação orçamentária da saúde de um Município inteiro visando o fornecimento de medicação milionária a um grupo pequeno de pessoas em processos individuais, a AED Positiva poderá ser útil para informar que essa medida é, talvez, ineficiente em termos de alocação de recursos, fornecer alternativas e identificar as prováveis consequências advindas dessa escolha, como por exemplo a identificação de um cenário de crise econômica advinda da escolha do nosso hipotético Juiz.

Todavia, na análise econômica normativa do direito, a ocupação do jurista é estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica⁶⁵.

Ela parte de um objetivo socialmente desejado – seja ele a eficiência, a redução da pobreza, a universalização da saúde – e utiliza o instrumental econômico para prescrever qual arranjo de regras é o mais adequado para atingir aquele fim⁶⁶. É nesta seara que se insere a tese normativa de Posner – posteriormente abandonada pelo próprio autor –, que prescreve a maximização da riqueza como o objetivo a ser perseguido⁶⁷.

É por meio da AED normativa que escolhemos entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido. Podemos analisar se por exemplo, a concessão de determinado benefício fiscal, partindo do pressuposto de que o objetivo político é “maximizar a inovação tecnológica no país, é o meio mais eficiente (com o melhor custo-benefício) para atingir esse objetivo, ou seria mais eficaz investir diretamente em universidades e centros de pesquisa? Qual desenho específico de benefício fiscal (crédito presumido, isenção, alíquota zero) gera o maior estímulo à inovação com o menor custo fiscal?⁶⁸

A perspectiva pragmática de Posner, por exemplo, reconhece que a eficiência é uma consideração importante, mas uma entre diversas outras, e que questões como repulsa ao trabalho escravo ou tortura devem ser fundamentadas em bases que vão além da eficiência⁶⁹.

64 GICO JR, Ivo. Op. cit. 2010, p. 20.

65 FERNANDEZ, Leandro. Op. cit., 2013, p. 10.

66 MEYERHOF SALAMA, Bruno. Op. cit., 2013, p. 11.

67 AMATO, Lucas Fucci. Op. cit. 2021, p. 262.

68 PESSOA, Paola Marina; MACHADO, Luís Antônio Licks Missel. Op. cit. 2023, p. 189.

69 SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. cit. 2012, p. 477.

Note-se que a análise normativa é sempre condicional: ela depende de um objetivo definido *exogenamente* pelo pesquisador, a depender de sua análise, não sendo possível adotar como certo ou errado determinado valor por ser uma questão subjetiva: se é a maximização da riqueza, se é o respeito aos direitos fundamentais, etc. A AED não define os fins, mas pode ser crucial para avaliar e prescrever os melhores meios.

Uma análise normativa robusta é, portanto, dependente de uma análise positiva precisa. É impossível prescrever a melhor política pública sem antes compreender as prováveis consequências de cada alternativa⁷⁰, sendo a grande contribuição metodológica da AED, justamente, oferecer um arcabouço rigoroso para realizar essa análise de consequências, qualificando o debate sobre os meios para atingir os fins que a sociedade, através de seu processo político, elege como prioritários.

3. A CONSTRUÇÃO DO MÉTODO: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA A METODOLOGIA DA PESQUISA JURÍDICA

Lee Epstein e Gary King, explicam que uma pesquisa pode ser denominada de "empírica", quando o investigador se utiliza de dados do mundo real, coletando-os, resumindo-os, observando-os, experimentando-os, para ao fim realizar interferências descritivas que visem a produção de um novo dado ou conhecimento até então não conhecido⁷¹. "A palavra "empírico" denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência. Essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não-numérica (qualitativa)"⁷².

Com esse conhecimento em voga, já queremos deixar claro de forma explícita que toda pesquisa que adota a metodologia da análise econômica do Direito como modelo de análise e racionalidade do direito, é inegavelmente empírica.

Adota a premissa de que na pesquisa empírica todo pesquisador deve: 1. Adotar objetivos específicos visando a compreensão do tema e a produção de um conhecimento; 2. Estar vinculado a diretrizes gerais que garantam a validade de suas inferências, na AED, essas diretrizes já são fornecidas pelo próprio método econômico⁷³.

Passaremos a analisar algumas construções que devem ser observadas pelo pesquisador quando se utiliza da AED em temas que envolvem o Direito Financeiro e Orçamentário; nesse sentido, este capítulo detalha como a abordagem econômica do direito se traduz em um método de pesquisa estruturado, aplicável, em grande medida, aos complexos problemas do Direito Financeiro e Orçamentário.

70 Sobre a importância do consequencialismo na análise de políticas públicas, ver: MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1994; CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Controle de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

71 EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência. Tradução Fábio Morosini (coord.). São Paulo: Direito GV, 2013. p. 8.

72 Ibid., p. 10.

73 Ibid., p. 23.

3.1. DA PERGUNTA DE PESQUISA À HIPÓTESE ECONÔMICA: FORMULANDO PROBLEMAS INVESTIGÁVEIS NO CAMPO DAS FINANÇAS PÚBLICAS

Toda pesquisa científica parte da resolução de um problema para o qual o conhecimento disponível até o momento é insatisfatório⁷⁴. Para fazê-lo o pesquisador parte de uma premissa/pergunta/questionamento que pretende responder ao futuro a partir de investigações e testes das hipóteses que ele construiu como provisoriamente verdadeiras, chegando a conclusão de que tal hipótese é ou não certa ou errada, adequada ou inadequada etc. Sendo assim, é usual que a pergunta de pesquisa se traduza no problema de pesquisa a ser resolvido pelo pesquisador⁷⁵.

No Direito Financeiro e Orçamentário, tradicionalmente, formulam-se problemas em termos de validade ou interpretação das normas jurídicas que visam atestar ou não a validade de determinadas condutas a partir da sua coerência com o sistema de normas, como: "O artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que exige a instituição e arrecadação de todos os tributos de competência do ente, é uma norma de eficácia plena?;" Essas perguntas e análises mais ligadas à dogmática, embora sejam relevantes em outros aspectos que envolvem o ordenamento jurídico, possuem pressupostos diferentes quando comparadas com a utilização da AED enquanto método de pesquisa⁷⁶.

Como dito exaustivamente no item 2 de nosso trabalho, a finalidade da análise econômica do direito é justamente uma análise comportamental e consequencialista das normas jurídicas e dos agentes que participam do "mercado"; a lógica é outra, sendo muito mais pertinente a formulação da pergunta de pesquisa como: "A sanção de suspensão de transferências voluntárias, prevista na LRF, cria um incentivo eficaz para que prefeitos de pequenos municípios, altamente dependentes desses repasses, instituíam tributos impopulares como o IPTU?".

O que quero esclarecer é que as perguntas a serem formuladas utilizando-se da AED, devem ser construídas a partir de suas construções teóricas: a análise pragmática e as consequências econômicas do ordenamento jurídico e como esse mesmo ordenamento jurídico afeta o comportamento das pessoas e a eficiência econômica⁷⁷.

É a partir da formulação da(s) pergunta(as) de pesquisa que parte-se para a hipótese. A hipótese, é basicamente, uma resposta provisória testável e aferível construída a partir das perguntas formuladas inicialmente na pesquisa e que foram objeto de investigação científica, "Se, para Popper, sem hipóteses testáveis não há pesquisa científica, também se pode afirmar com segurança que, sem problemas atuais do conhecimento, não há hipóteses testáveis"⁷⁸.

74 PRADO, Daniel Nicory do. Op. cit. 2011, p. 82.

75 EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Op. cit. 2013. p. 70.

76 PRADO, Daniel Nicory do. Op. cit. 2011, p. 27-30.

77 FUX, Luiz. Prefácio da obra: Direito e Economia no Brasil: Estudos sobre a Análise Econômica do Direito. TIMM, Luciano Benetti (coord.). 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 1-3.

78 PRADO, Daniel Nicory do. Op. cit. 2011, p. 58-59.

Na AED, a construção da hipótese será uma conjectura sobre como agentes racionais reagirão a um determinado conjunto de incentivos, seguindo a lógica de nosso exemplo anterior, a hipótese poderia ser assim delimitada: "A sanção de suspensão de transferências voluntárias é um incentivo mais forte para o cumprimento do art. 11 da LRF em municípios de baixa arrecadação própria do que o custo político (perda de prestígio e votos) da instituição de tributos impopulares. Em municípios com maior autonomia fiscal, o custo político supera o benefício da transferência, levando ao descumprimento da norma".

Essas formulações, como dissemos anteriormente, partem de uma investigação empírica sobre a ponderação de custos e benefícios por parte dos gestores públicos, permitindo um teste a partir de dados reais sobre arrecadação, transferências e comportamento político dos indivíduos.

Vale o adendo de que não estamos tentando limitar o uso da AED apenas as perguntas de pesquisas ou hipóteses aqui formuladas e delimitadas, apenas estamos esclarecendo e exemplificando que o uso coerente do aparato científico que esse método propõe tem especificidades próprias e únicas, partindo de formulações metodológicas próprias.

3.2. O MAPEAMENTO DE INCENTIVOS E CUSTOS DE TRANSAÇÃO NO PROCESSO ORÇAMENTÁRIO BRASILEIRO

O processo orçamentário não é um exercício técnico neutro, mas o resultado de uma complexa negociação entre múltiplos agentes com interesses próprios⁷⁹, sendo que a metodologia da AED propõe, como passo inicial de análise, o mapeamento dos incentivos desses agentes e dos custos de transação que permeiam suas interações.

A análise parte do individualismo metodológico, focando nas escolhas dos atores que compõem a coletividade para explicar o resultado agregado⁸⁰.

No processo orçamentário, os principais agentes e seus incentivos (suas "funções de utilidade")⁸¹ podem ser modelados da seguinte forma (sem pretensões de esgotar o entendimento do assunto, obviamente): 1. Poder Executivo: Busca maximizar sua capacidade de implementar políticas públicas, cumprir promessas de campanha e manter o apoio de sua coalizão política; 2. Poder Legislativo: Parlamentares buscam maximizar as chances de reeleição, o que frequentemente se traduz na alocação de recursos para suas bases eleitorais e no fortalecimento de sua influência política; 3. Burocracia (Ministérios e Agências): Agem para maximizar seus próprios orçamentos

79 FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. *Orçamento impositivo no Brasil: da ficção à realidade*. São Paulo: Blucher, 2024. p. 322.

80 GICO JR, Ivo. Op. cit. 2010, p. 25.

81 "Outra forma de expressar a mesma idéia é dizer que cada indivíduo atribui uma utilidade a cada escolha possível e é capaz de ordenar essas escolhas de acordo com as utilidades que lhe provêm. Toda vez que tiver de escolher entre duas opções, o indivíduo escolherá aquela que mais lhe traz utilidade, isto é, os agentes são racionais maximizadores de utilidade. Note-se que utilidade aqui é um termo técnico que significa qualquer satisfação que o indivíduo extraia de uma dada escolha, não se restringindo a questões materiais, muito menos monetárias. Um indivíduo pode extrair utilidade tanto do consumo de uma pizza, quanto de ver um quadro de Portinari, de realizar trabalho voluntário ou de tocar em uma banda amadora. Lembre-se, de *gustibus non est disputandum*". (ibid., p.26-27).

e autonomia, garantindo a continuidade e expansão de seus programas; 4. Tribunais: Atuam para garantir o cumprimento de regras fiscais e pisos constitucionais (saúde e educação), além de protegerem a sua própria autonomia orçamentária e maior influência em temas políticos-decisórios; 5. Agentes econômicos e de mercado: buscam sempre a maior fatia possível do orçamento para suas bases por meio do lobby, seja por meio de benefícios fiscais, ou de investimentos diretos em áreas específicas⁸².

A interação entre esses agentes é marcada por elevados custos de transação, que são os custos de negociar, monitorar e fazer cumprir os acordos políticos que sustentam a aprovação e execução do orçamento⁸³. A assimetria de informações (o Executivo naturalmente detém mais dados técnicos que o Legislativo), os custos de barganha (a negociação de emendas em troca de apoio político) e a dificuldade de garantir o cumprimento de acordos informais são exemplos de atritos que moldam o resultado orçamentário, as recentes polêmicas envolvendo a questão do orçamento secreto, além das recentes Emendas Constitucionais que instituíram as emendas parlamentares impositivas são exemplos claros de regras jurídicas que surgem para influenciar os custos de transação da negociação política⁸⁴.

3.3. MODELOS DE ANÁLISE: PREVENDO OS EFEITOS COMPORTAMENTAIS DE NORMAS FISCAIS E TRIBUTÁRIAS

Após o mapeamento dos incentivos e dos custos de transação, o passo seguinte na metodologia da AED é a construção de modelos de análise para prever as consequências das normas sobre o comportamento dos agentes. Um modelo é uma simplificação da realidade que isola as variáveis mais relevantes para gerar hipóteses testáveis sobre como os indivíduos reagirão a mudanças em sua estrutura de incentivos.

O ponto de partida é o modelo do *homo economicus*, o agente que age de forma racional para maximizar sua utilidade, ponderando custos e benefícios de suas ações. Embora criticado, esse modelo é uma ferramenta poderosa para uma primeira aproximação dos efeitos de uma norma.

No campo tributário, por exemplo, a decisão de sonegar pode ser modelada como uma escolha racional onde o contribuinte compara o benefício (imposto não pago) com o custo esperado (valor da multa multiplicado pela probabilidade de ser fiscalizado e punido); ou seja, pode-se prever que um aumento na fiscalização ou na penalidade tenderá a diminuir a sonegação. Sequer precisa de exemplos práticos o

82 Sempre gosto de recordar das ideias de Gordon Tullock sobre a questão de enxergar a política sem romantizar suas características: "Não é razoável que as pessoas se comportam maximizando o próprio bem-estar no supermercado, buscando produtos de maior qualidade e menor preço, e se comportam como anjos altruístas na condição de eleitores ou integrantes do governo. Assim como consumidores maximizam sua satisfação, sujeitos à restrição de renda, produtores maximizam seus próprios interesses sujeitos às restrições institucionais existentes. (...) políticos têm incentivo de levar o maior volume possível de recursos para suas bases políticas, mantendo as chances de sobrevivência política e de ganhos financeiros. Os eleitores, por sua vez, têm em mente ganhos imediatos para seu bairro, sua cidade ou para sua categoria profissional, sem maiores preocupações com o todo. Assim, em vez de um sistema em que todos se comportam como anjos, visando ao interesse geral em primeiro lugar, o que se tem é algo que parece mais próximo da realidade, pessoas egoístas, que priorizam os próprios interesses". (tradução feita pelo autor). (TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. *Government Failure: A Primer in Public Choice*. Washington, D.C.: Cato Institute, 2002. p. 3-7, 14-15, 37-38, 87, 137-146).

83 AMATO, Lucas Fucci, Op. cit. 2021, p. 252.

84 Para mais informações, ver: FARIA, Rodrigo Oliveira de. *Emendas parlamentares e processo orçamentário no presidencialismo de coalizão*. São Paulo: Blucher, 2023.

fato de que, o aumento da alíquota de um tributo sobre o consumo tende a provocar um aumento nos preços que são repassados aos consumidores, e, por consequência, uma diminuição do consumo naquela área devido ao aumento do preço⁸⁵.

Contudo, a AED contemporânea, em diálogo com a psicologia, reconhece que este modelo é incompleto, e, conforme alertamos no item 2.1, o homem racional apresenta desvios sistemáticos da racionalidade plena, considerando seus vieses cognitivos e aceções assimétricas da realidade, o que permite ao pesquisador identificar outros possíveis caminhos e respostas.

Tomemos como exemplo o citado caso da sonegação. Se bem observado, a percepção de justiça e reciprocidade faz com que a sonegação diminua: contribuintes tendem a sonegar menos quando acreditam que o sistema tributário é justo e que os recursos são bem aplicados em serviços públicos e benesses sociais visíveis (*bounded self-interest*)⁸⁶. Da mesma forma, a complexidade da legislação tributária brasileira pode levar inúmeros contribuintes a erros não intencionais, o que advém da conclusão de que a simplificação do sistema pode aumentar a conformidade tanto quanto o aumento da punição em casos de sonegação fiscal⁸⁷.

Com efeito, a utilização desses modelos, que combinam a racionalidade instrumental com os desvios comportamentais, permite ao pesquisador gerar previsões mais ricas e precisas sobre os efeitos das normas financeiras e tributárias. Essa capacidade pragmática transforma a pesquisa jurídica em uma ferramenta proativa, capaz de informar o legislador e o gestor público sobre as prováveis consequências de suas escolhas.

4. CONCLUSÃO

Este trabalho partiu da constatação de que a gestão de recursos públicos escassos, as escolhas alocativas e os conflitos distributivos são fenômenos que demandam uma compreensão para além da exegese tradicional, exigindo uma análise rigorosa de seus efeitos práticos na realidade financeira e orçamentária brasileira. Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito (AED) foi apresentada não como uma teoria finalística ou uma ideologia, mas como uma poderosa ferramenta metodológica para a pesquisa jurídica.

Demonstrou-se que a AED, em sua evolução da Escola de Chicago à Análise Comportamental, fornece um arcabouço conceitual robusto, cujos pilares — individualismo metodológico, racionalidade (limitada), custos de transação e eficiência — permitem desvendar o ordenamento jurídico como uma complexa estrutura de incentivos. Ao distinguir as abordagens positiva e normativa, a metodologia oferece ao pesquisador a capacidade de, primeiramente, descrever e prever as consequências de uma norma (análise positiva) e, subsequentemente,

85 POSNER, Richard H. 1986, Op. cit., p. 3, 249-250.

86 SUNSTEIN, Cass R. JOLLS, Christine & THALER, Richard H., Op. cit. 1998, p. 1480.

87 AMATO, Lucas Fucci, Op. cit. 2021, p. 267.

prescrever arranjos institucionais mais adequados para atingir fins socialmente definidos (análise normativa). A aplicação desse método, como ilustrado, permite transformar problemas jurídicos em hipóteses empíricas testáveis, mapear a lógica estratégica do processo orçamentário e construir modelos para antecipar os efeitos comportamentais de regras fiscais e tributárias.

A adoção da AED como metodologia não implica um abandono da dogmática jurídica ou dos princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, a proposta deste trabalho é de uma síntese integradora: a análise consequencialista da AED deve ser acoplada à dogmática principiológica para potencializar a efetividade das normas financeiras e orçamentárias.

Nessa visão, os princípios constitucionais — como a dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades e a justiça social — definem os *fins* do Direito Financeiro. A AED, por sua vez, oferece o instrumental para analisar criticamente os *meios* escolhidos para alcançar esses fins. Uma política de renúncia fiscal, por exemplo, pode ser justificada por nobres objetivos distributivos; contudo, apenas uma análise de custo-benefício, que pondere seus custos de oportunidade e seus reais efeitos sobre o comportamento dos agentes, pode revelar se ela é um caminho eficaz ou um desperdício de recursos públicos que poderiam ser mais bem empregados em outras áreas. A eficiência, portanto, não surge como um valor que se opõe à justiça, mas como uma condição para a sua realização em um mundo de escassez. A integração das duas abordagens permite que a pesquisa jurídica transcenda a dicotomia entre validade e eficácia, buscando soluções que sejam, ao mesmo tempo, juridicamente fundamentadas e pragmaticamente viáveis.

A incorporação da metodologia da AED abre uma vasta e promissora agenda de pesquisa para o Direito Financeiro e Orçamentário no Brasil. A superação da análise puramente teórica em favor de investigações empíricas e informadas pela economia comportamental é um passo fundamental para a produção de um conhecimento mais relevante e capaz de subsidiar o debate público e a tomada de decisão.

Enveredar por essa agenda de pesquisa mais pragmática e consequencialista significa equipar a ciência jurídica brasileira com as ferramentas necessárias para dialogar de forma mais qualificada com a realidade, contribuindo para a construção de um Direito Financeiro que não apenas declare seus objetivos, mas que também se preocupe, de forma rigorosa e transparente, com as consequências de suas escolhas.

REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci. Variedades de análise econômica do direito: da nova economia institucional às arquiteturas de incentivos comportamentais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 116, n. 2, p. 249-272, 2021.

ÁVILA, Humberto Bérghmann. Ciência do direito tributário e discussão crítica. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 32, p. 159-197, 2014.

BECKER, Gary S. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023.** Altera o Sistema Tributário Nacional, promulga a reforma tributária, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm. Acesso em: 28 jul. 2025.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. **Controle de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias: o uso de argumentos consequentialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal.** 2014. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COASE, Ronald. H. *The Problem of Social Cost.* **The Journal of Law & Economics**, v. 56, n. 4, p. 837-77, 2013.

CONLEY, Bryan C. *The Value of Human Life in the Demand for Safety.* **The American Economic Review**, v. 66, n. 1, p. 45-55, 1976.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics.** 6. ed. Boston: Pearson Education, 2021.

DWORKIN, Ronald. M. *Is Wealth a Value?* **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 191-226, 1980.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência.** Tradução Fábio Morosini (coord.). São Paulo: Direito GV, 2013.

FARIA, Rodrigo Oliveira de. **Emendas parlamentares e processo orçamentário no presidencialismo de coalizão.** São Paulo: Blucher, 2023.

FERNANDEZ, Leandro. Metodologia da Pesquisa e a Análise Econômica Do Direito: fundamentos de uma abordagem consequentialista da investigação jurídica. **Direito UNIFACS-Debate Virtual-Qualis A2 em Direito**, n. 156, 2013.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **Orçamento impositivo no Brasil: da ficção à realidade.** São Paulo: Blucher, 2024.

FUX, Luiz. Prefácio. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia no Brasil: Estudos sobre a Análise Econômica do Direito.** 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 1-3.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária.** 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory.** Oxford: Clarendon Press, 1994.

PEREZ, Nahshon. *Posner's "Law and Economics" and Politics: Bringing State-Skepticism Back In.* **Journal of Social Philosophy**, v. 49, p. 589-609, 2018.

PESSOA, Paola Marina; MACHADO, Luís Antônio Licks Missel. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO FINANCEIRO: UMA ABORDAGEM TEÓRICA SOBRE A DESPESA PÚBLICA OBRIGATÓRIA EM EDUCAÇÃO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19. **Revista Eletrônica de Ciências Contábeis**, v. 12, n. 2, p. 178-190, 2023.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of the Law.** 3. ed. Boston: Little Brown and Co., 1986.

PRADO, Daniel Nicory do. **Temas de Metodologia da Pesquisa em Direito.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: Uma Introdução.** Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 435-483, 2012.

_____. O QUE É "DIREITO E ECONOMIA"? **Direito UNIFACS-Debate Virtual-Qualis A2 em Direito**, n. 160, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1471-1550, 1998.

**Artigos
Científicos**

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: v. 1: Constituição financeira, sistema tributário e estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Government Failure: A Primer in Public Choice**. Washington, D.C.: Cato Institute, 2002.