

# Economic Analysis of Law Review

## A Análise Econômica do Direito no Direito Tributário e a Aplicação na Modulação de Efeitos

*The Economic Analysis of Law When the Higher Court Modulates the Effects of its Decision on Tax Matters*

Isabela Bonfá de Jesus<sup>1</sup>

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)*

Fernando Bonfá de Jesus<sup>2</sup>

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)*

Camila Mosna Tomazella Jacob<sup>3</sup>

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)*

### RESUMO

O presente artigo tem como finalidade o estudo da análise econômica do direito no direito tributário e sua aplicabilidade na modulação de efeitos. Para tanto, serão analisados aspectos da Teoria da Decisão que culminarão no que é a análise econômica do direito e o que se denomina de tributo “ótimo”. Essas premissas serão importantes para a aplicação do referido instituto como ferramenta para a interpretação da lei e modulação de efeitos de decisão que julga a inconstitucionalidade de lei, buscando-se a escolha racional, a vinculação das consequências da decisão e resultados eficientes e equilibrados com o sistema judicial. Ao final, será analisado caso concreto para examinar se os preceitos estudados possuem aplicabilidade na prática. A metodologia adotada é a de pesquisa de perfil exploratório, qualitativa, baseada no método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e normativa.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito; Modulação de efeitos; Decisão judicial; Direito Tributário; Teoria da Decisão.

**JEL:** K34; K40

### ABSTRACT

This article aims to study the Law and Economics in tax law and its applicability in the modulation of effects. Therefore, aspects of Decision Theory will be analyzed, which will culminate in what is the economic analysis of law and what is called “great” tax. These premises will be important for the application of the referred institute as a tool for the interpretation of law and modulation of decision effects that judges the law unconstitutional, seeking a rational choice, linking the consequences of the decision and efficient and balanced results with the judicial system. At the end, a specific case will be analyzed to examine whether the studied precepts are applicable in practice. The methodology adopted was a literature review, with a case study, applying the precepts evaluated in the literature review.

**Keywords:** Law and Economics; Effects modulation; Judicial decision; Tax law; Decision Theory

**R:** 12/03/21 **A:** 24/06/21 **P:** 31/12/21

<sup>1</sup> E-mail: isabelabonfa@hotmail.com

<sup>2</sup> E-mail: bonfa@bonfalaw.com.br

<sup>3</sup> E-mail: camilamtomazella@gmail.com

## **1. Introdução**

**C**om frequência, o intérprete e os usuários do Direito encontram dificuldades em sua aplicação. Não são poucos os casos que há conflito entre princípios e regras. E, nesses momentos, há necessidade de encontrar mecanismos para que tais conflitos sejam resolvidos.

É nesse sentido que surge a ideia de vinculação de direito e economia. De fato, a ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreensão do direito não é nova. É possível encontrar a vinculação dessas duas ciências desde Maquiavel, Hobbes e Locke.

Atualmente, a expressão Análise Econômica do Direito (AED) deve ser relacionada com o método de estudo construído a partir de técnicas econômicas neoclássicas que vinculam assuntos jurídicos a teoria econômica de preços. Vale dizer, a utilização da economia – em especial a microeconomia – como forma de aprimorar e influenciar a formação do direito, buscando a máxima eficiência econômica ou maximização da riqueza.

Enquanto isso, a modulação de efeitos, prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e artigo 11 da Lei nº 9.882/1999, permite que o judiciário, ao realizar o controle de constitucionalidade, em face da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos daquela declaração ou determine que ela passe a produzir efeitos a partir de determinado momento fixado pela própria corte.

Nesse sentido, presta o presente artigo para analisar os presentes institutos e verificar sua aplicabilidade conjunta. Vale dizer, se haveria a possibilidade de, a partir da análise econômica do direito, modular os efeitos de maneira a persuadir a aplicação do direito de maneira eficaz, considerando a escolha racional, suas consequências e aplicação eficiente e em equilíbrio com todo o sistema jurídico.

Para tanto, será aplicada a metodologia bibliográfica e estudo de caso, a fim de verificar os preceitos da análise econômica do direito e se tais apontamentos são aplicáveis em casos de modulação dos efeitos de decisão judicial. Busca-se compreender se a decisão do caso analisado seria a mesma em face dos preceitos previstos pela doutrina na análise econômica do direito.

## **2. Análise Econômica no Direito Tributário**

O Direito é a ciência que regula as relações humanas, por meio de obrigações positivas e negativas, bem como através de formas de incentivos e desincentivos. Já a economia, é a ciência que estuda como os seres humanos tomam decisões e se comportam em um mundo onde os recursos são cada vez mais escassos, destacando, ainda, quais seriam as consequências disso.

Ambos lidam com questões vinculadas à sociedade. Sejam elas de coordenação, estabilidade ou até mesmo de eficiência. Há, contudo, importantes diferenças entre eles:

O Direito é exclusivamente verbal, mas a Economia é cada vez mais matemática. O Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica. O Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica. A Economia é iconoclasta; o Direito é tradicional. A Economia é uma ciência relativamente nova; o Direito é um

saber ancestral. E mais importante do que tudo: a crítica econômica se dá pelo custo, mas crítica jurídica se dá pela legalidade<sup>4</sup>.

Interessante analisar, entretanto, que essas diferenças resultaram na aproximação dessas ciências. Nas últimas décadas, vem se consolidando a análise econômica do direito – teoria que as une.

Embora tal consolidação tenha ocorrido nas últimas décadas, a ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreensão do direito não é nova, conforme já mencionado. É possível encontrar a vinculação dessas duas ciências desde Maquiavel, Hobbes e Locke.

O atual movimento tem origem na doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos da América e é influenciado basicamente por duas ideias distintas: imperialismo econômico – que usa ferramentas de análise econômica fora do campo tradicional da ciência econômica – e realismo jurídico – que defende que tanto a sociologia quanto a economia são disciplinas conexas que fazem parte do direito<sup>5</sup>.

Atualmente, a expressão Análise Econômica do Direito (AED) está relacionada com o método de estudo construído a partir de técnicas econômicas neoclássicas que vinculam assuntos jurídicos a teoria econômica de preços. Vale dizer, a utilização da economia – em especial a microeconomia – como forma de aprimorar e influenciar a formação do direito, buscando a máxima eficiência econômica ou maximização da riqueza.

Para entendermos melhor a Análise Econômica do Direito, cabe analisarmos, mesmo que brevemente, institutos que são importantes para a sua formação.

## **2.1 Teoria Geral da Decisão**

Preliminarmente, é importante destacar que o presente estudo não tem ambição de esgotar a Teoria Geral da Decisão. Sabemos que referido tema demandaria análise pormenorizada, que não se prestará o presente artigo. Analisaremos características que serão importantes no desenvolvimento do presente estudo.

Não podemos desconsiderar o papel das instituições em qualquer sociedade complexa. São elas as responsáveis por garantir regras sociais de conduta para todos aqueles que fazem parte dessa sociedade. Trata-se de troca realizada pelo indivíduo. Para ter garantido o direito à liberdade, opta por fazer parte de um grupo organizado. Esse grupo organizado, em nome da manutenção da ordem, retira parte da liberdade do indivíduo através das regras sociais criadas por eles.

Não há, entretanto, garantia desse resultado. Embora as regras existam, o Estado não tem como garantir que elas sempre serão cumpridas. Nesses casos, entram em cena outros

---

<sup>4</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>

<sup>5</sup> MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 8.

mecanismos que são responsáveis para reestabelecer a ordem possivelmente descontinuada pelo não cumprimento das regras sociais.

Assim, é possível afirmar que as instituições são compostas de três fatores: (a) regras formais, (b) regras informais e, (c) mecanismos responsáveis pela eficácia desses dois tipos de regras<sup>6</sup>.

Ainda sobre a importância das instituições, CRISTIANO CARVALHO<sup>7</sup> destaca que:

A importância enorme que as instituições têm para as ciências sociais, notadamente para a Sociologia e de forma mais intensa ainda para a Economia, decorre da sua intrínseca relação com o desenvolvimento dos sistemas sociais e econômicos. Pode-se afirmar, inclusive, que, quanto mais sólidas e estáveis forem as instituições, mais desenvolvido será o sistema social por elas estruturado.

A doutrina utiliza dois mecanismos para explicar melhor a importância das instituições: a Teoria dos Jogos e o Teorema de Coase.

A Teoria dos Jogos é utilizada para a interpretação do comportamento das pessoas entre si. Ela ampara a compreensão da teoria da decisão, pois busca auxiliar no entendimento teórico do processo de decisão dos agentes e desenvolver nesses agentes, a capacidade de raciocinar estrategicamente.

Através de sua ótica, seria possível afirmar que certas regras de conduta sociais surgem a partir de reiteradas situações que forçam a cooperação entre os indivíduos de um mesmo grupo. No âmbito jurídico, podemos dizer que ela contribuiria para induzir o comportamento socialmente desejado. Isso ocorreria vez que todos os “jogadores” (indivíduos de uma mesma sociedade) sabem quais são as regras estabelecidas e quais são as consequências se não as cumprir. Vale dizer, qual será a penalidade que irão sofrer.

Não é possível analisar a Teoria dos Jogos sem, contudo, compreender a existência do Equilíbrio de Nash:

Partindo das definições de interação e comportamento estratégico, é fácil compreender que um jogador racional ao formular sua estratégia leva em consideração as estratégias dos demais jogadores, de modo que nem sempre a conduta assumida pelo jogador será aquela que inicialmente por ele pretendia de acordo apenas com as suas ambições. O equilíbrio de Nash se verifica quando cada jogador está satisfeito com a sua jogada, tendo em vista a estratégia adotada pelos demais e isto é verdadeiro para todos os envolvidos<sup>8</sup>.

É admissível concluir, portanto, que através da Teoria dos Jogos permite incentivar que os sujeitos da sociedade – os jogadores – tenham determinados comportamentos estratégicos de modo a otimizar os objetivos da coletividade, desestimulando atitudes puramente intuitivas. Ainda, será através dessa otimização, que serão formadas as regras de cooperação e, conseqüentemente, as instituições sociais.

Conforme mencionado anteriormente, outra forma de analisar as instituições seria através do Teorema de Coase. Referido teorema está diretamente vinculado às externalidades. As

<sup>6</sup> CARVALHO, Cristiano. Teoria da decisão tributária. São Paulo: Almedina, 2018 eBook Kindle, pos. 854

<sup>7</sup> Cf. item 3. pos. 874.

<sup>8</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coords.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 122.

externalidades seriam os custos ou benefícios que atingem terceiros, não integrantes da relação econômica-jurídica. Elas podem gerar benefícios ou prejuízos para terceiros, que não pagaram por ele ou que não estavam cientes de sua possibilidade.

Quando elas ocorrem, há falhas no mercado. Descreve CARVALHO<sup>9</sup> que as externalidades causam situações onde supostamente a homeostase ou “mão invisível” não é suficiente para corrigir desvios do sistema econômico.

O Teorema de Coase desvia dos problemas das externalidades ao mudar o foco dos chamados custos de transação. Para COASE, se os custos de transação forem nulos e as partes puderem transacionar no sentido de compensação mútua (barganha entre as partes), poderão solucionar as externalidades geradas – sendo essas não causadas por uma das partes, mas pela escolha de ambas as partes.

Vale dizer, quando não há externalidades, os bens ou recursos se alocam com aqueles que os valorarem mais. O resultado seria, portanto, eficiente do ponto de vista econômico.

O Teorema de Coase leva em consideração duas hipóteses: a hipótese da eficiência e da invariância. A hipótese da eficiência afirma que as partes sempre conseguirão chegar a um acordo que seja eficiente para todos. Enquanto que a hipótese da invariância determina que isso sempre ocorrerá, não importando como a responsabilidade legal está disposta.

Não nos parece necessário afirmar que excluir as externalidades, onde os custos de transação sejam nulos, se trata de mera ficção que somente ocorreria no mundo perfeito. O próprio RONALD H. COASE admitia que o Teorema deve ser visto como um trampolim no caminho da análise de uma economia com custos de transação positivo.

O que importa para o presente estudo, contudo, é sua relação na análise do Direito. O referido teorema teria seu impacto no sistema jurídico na medida que afirma que existindo direitos de propriedades bem definidos e podendo as partes negociar, a solução eficiente seria alcançada. CARVALHO<sup>10</sup> acrescenta que, o Teorema demonstra que apenas em um mundo sem custos de transação é que o paradigma neoclássico da Economia – de mercado totalmente eficiente – funcionaria sem a necessidade de instituições.

Outro importante tema na Teoria Geral da Decisão é a denominada Teoria da Escolha Racional. Referida teoria tem como finalidade modelar matematicamente as escolhas dos indivíduos. Ela parte do pressuposto de que os indivíduos são auto interessados – agindo de maneira a maximizar seu bem estar em face dos recursos limitados que possui; eles realizam escolhas consistentes, mediante a informação de que dispõe – em relação as alternativas que são possíveis em face de seus objetivos; e de que os indivíduos irão reagir a incentivos<sup>11</sup>.

A Teoria da Escolha Racional teria como base, portanto, as preferências reveladas de cada indivíduo. Espera-se que suas escolhas sejam consistentes com seus comportamentos. É importante observar, entretanto, que cada escolha trará uma renúncia. Vale dizer, sempre que o indivíduo optar por uma alternativa, irá excluir as demais.

---

<sup>9</sup> CARVALHO, Cristiano. Análise Econômica da Tributação, *in* TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019

<sup>10</sup> Cf. item 3, pos. 913.

<sup>11</sup> Cf. item 3, pos. 995.

Com base em todo o exposto, é possível concluir que a Teoria da Decisão seria o campo de estudo baseado na racionalidade que tem como finalidade a maximização dos resultados, por meio de processo organizado e metódico. Procura-se analisar como as decisões devem ser, em vez de como elas realmente ocorrem.

### 2.2 Definição do Conceito

Realizadas importantes anotações sobre a Teoria Geral da Decisão, cabe analisarmos de forma mais íntima o que é a Análise Econômica do Direito. E, talvez mais importante, o que não é a Análise Econômica do Direito.

A análise econômica do direito se refere à aplicação de métodos econômicos às questões jurídicas. Vale dizer, seria utilizar a teoria da microeconomia neoclássica à análise das principais instituições e sistema jurídico do conjunto.

Busca-se através da análise econômica do direito prever, ainda que de forma precária, as consequências advindas das normas jurídicas. Seu enfoque está vinculado aos incentivos gerados aos indivíduos pelo sistema jurídico, bem como as consequências efetivas acarretadas por tais estímulos.

É importante ter em mente que, quando se fala em “análise econômica” de determinado fato, não estamos aqui defendendo um estudo específico sobre o tema. Trata-se, na realidade, de método de investigação aplicado ao problema. Esse método econômico terá como objetivo qualquer questão que envolva a escolha humana. A abordagem econômica servirá para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos. Toda atividade humana relevante será, portanto, passível de análise econômica<sup>12</sup>.

Quando trazemos referido conceito para o âmbito do direito, estaremos buscando compreender e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico existente. Busca-se enquadrar o Direito no mundo e o mundo no Direito<sup>13</sup>.

Nota-se, portanto, que não estamos aqui tratando de análise financeira pró-fisco ou pró-contribuinte. Esse não é o presente caso. Trata-se, na realidade, da análise da escolha. Os economistas estudam como os indivíduos tomam as decisões e os motivos que levam a isso. Nesse sentido, CARVALHO<sup>14</sup> descreve que tal análise faz sentido, vez que:

(...) o seu destinatário efetua cálculos racionais em relação às consequências jurídicas das alternativas que se apresentam a sua escolha. Em outras palavras, o indivíduo racional decidirá quais condutas tomar levando em conta (portanto, não apenas) os efeitos jurídicos possíveis a partir da escolha que realiza.

Veja que, a partir de tal ótica, os efeitos jurídicos irão influenciar a forma como o indivíduo atuará. Isso não significa dizer, entretanto, que serão apenas os efeitos jurídicos que influenciarão o indivíduo em suas escolhas. É nesse sentido que a análise econômica do direito nos traz novidades.

<sup>12</sup> Cf. item 5, p. 19.

<sup>13</sup> Cf. item 5, p. 20.

<sup>14</sup> CARVALHO, Cristiano. A análise Econômica do Direito Tributário. Livro AIDET – Académia Internacional de Derecho Tributario: Peru, p. 8.



Enquanto a teoria jurídica tradicional se preocupa com as definições e conceitos dos institutos jurídicos, a análise econômica do direito aplica as ferramentas microeconômicas de maneira a construir modelos, que tentarão prever quais serão os comportamentos dos indivíduos em face das leis existentes. Através dessa mesma previsão, é possível identificar qual seria a melhor metodologia de redação e aplicação de determinada lei para que os objetivos pretendidos pelo legislador sejam alcançados.

Nesse sentido, é possível destacar quatro premissas básicas da AED. Vale dizer, escolha racional, consequências, equilíbrio e eficiência.

No que concerne a escolha racional, entende-se que os indivíduos são racionais e, por isso, efetuam suas escolhas com a finalidade de maximizar o seu próprio interesse – sua utilidade. A ciência da economia descreve a escolha racional como sendo aquela consistente, completa e transitivas. Completa, pois o indivíduo é capaz de demonstrar suas preferências de maneira clara, em face das alternativas que lhe são oferecidas. E, transitivas, vez que se o indivíduo é capaz de saber suas escolhas, ele também será capaz de notar qual o grau de preferência entre outras opções – no exemplo clássico: se a opção A é preferida à opção B e a opção B é preferida à opção C, então A é preferido em relação a C.

É a existência de escolhas completas e transitivas que permite a consistência das mesmas. Vale dizer, quando as escolhas são completas e transitivas, é possível prever – mesmo que eivado de certa precariedade – como cada indivíduo irá agir, pois há consistência em suas escolhas.

Quer nos parecer que a premissa da consequência parte do campo da obviedade. Parece-nos claro que todas as escolhas implicam em consequências. E, são essas consequências que darão o tom do “montante” de renúncia que o indivíduo está sujeito a aceitar, em face da escolha preterida. Embora tratemos a presente premissa com obviedade, é claro perceber que isso não ocorre no sistema jurídico. Não são poucos os casos onde os aplicadores da ciência jurídica tendem a descartar as consequências que advém de suas decisões.

No que concerne ao equilíbrio, a análise econômica do direito compreende que as pessoas, ainda que em busca da maximização de seus interesses, tendem a conviver de forma pacífica, mesmo que não existam regras formais para tanto. Isso pode ser melhor explicado pelo fato de que os costumes, as tradições e as regras informais usualmente já primam pelo equilíbrio. Vale dizer, embora possam existir atitudes que não visem primariamente o equilíbrio das relações, ainda assim, tal ação será pequena e não terá poder de influenciar o sistema de outras.

Como última premissa da AED temos a eficiência. Embora não seja simples definir o que é eficiência, é claro que ao se criar lei, busca-se que a mesma seja suficientemente eficiente para atingir a finalidade almejada com o mínimo de recurso e custo possível. Nesse sentido, a eficiência seria obtida através de melhores resultados a partir dos recursos escassos. Nota-se que os recursos não levam em consideração apenas a eficiência financeira. Devem ser observados, inclusive, outros custos, como, por exemplo, o pessoal, o moral, o social, de oportunidade, de transação etc.

Analisando tais premissas, é possível concluir que a AED busca oferecer respostas a questionamentos que vinculam o Direito às escolhas dos indivíduos. Como é o caso, por

exemplo, de como o comportamento do agente é afetado pelas normas legais? Ou em termos de medidas de bem-estar social, quais são as melhores normas?<sup>15</sup>

Pelo exposto, nota-se que não há similaridade entre a análise econômica do direito com a interpretação econômica de um fato gerador. A interpretação econômica do fato gerador está vinculada com hermenêutica orientada para os interesses do Estado, enquanto que a AED não se preocupará com os objetivos financeiros do Estado, mas sim em analisar como os incentivos criados pelo Estado são recepcionados pelos indivíduos. Não se trata, portanto, de formas de interpretação que beneficiem interesses financeiros pró-fisco ou pró-contribuinte.

### 2.3 Tributo “Ótimo”

O Direito Tributário situa-se no âmbito do Direito Público, no conjunto normativo que disciplina as relações jurídicas em que o Estado é parte. Vale dizer, quando há a presença do Estado em uma relação jurídica, essa será disciplinada pelo conjunto de normas de direito público, restando a aplicação de normas de direito privado como meramente subsidiárias.

Para COSTA<sup>16</sup>, podemos definir o Direito Tributário como o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a instituição, a arrecadação e a fiscalização de tributos. Já CARVALHO<sup>17</sup>, descreve o Direito Tributário como sendo:

(...) o ramo didaticamente autônomo do direito, integrado pelo conjunto das proposições jurídico-normativas que correspondam, direta ou indiretamente, à instituição, arrecadação e fiscalização de tributos. Compete à Ciência do Direito Tributário descrever esse objeto, expedindo proposições declarativas que nos permitam conhecer as articulações lógicas e o conteúdo orgânico desse núcleo normativo, dentro de uma concepção unitária do sistema jurídico vigente.

É importante observar que, embora os juristas descrevam o direito como autônomo, isso não significa dizer que estejam afirmando que o direito tributário não é ligado a todo universo das regras jurídicas em vigor. Não poderia ser diferente. Por se tratar de ramo do direito público, muitas vezes o direito tributário se socorre de lições do direito constitucional e direito administrativo.

Embora tais definições expliquem de maneira primorosa o que é o direito tributário, ainda nos resta analisar o porquê de sua existência. Em outras palavras, qual o motivo de instituição dos tributos.

A existência de tributos é tão antiga quanto a própria civilização. Pode-se dizer que eles estão diretamente vinculados à vida em sociedade organizada.

A relação é realizada de forma simples: para se viver em sociedade, conforme já mencionado anteriormente, o indivíduo abre mão de determinadas liberdades, considerando que tal renúncia fará com que sua liberdade em sentido amplo seja mantida. Consequentemente, o Estado é o responsável pela manutenção e fiscalização de tal liberdade. Referida atividade demanda custos que devem ser arcados por aquele indivíduo que faz parte dessa mesma sociedade.

<sup>15</sup> SERRANO, Rafael Eduardo. Interpretação Jurídica da Lei Tributária e a Análise Econômica do Direito (“Law and Economics”) in RDTA – Revista Direito Tributário Anual, n. 41, ano 37. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2019, p. 398.

<sup>16</sup> COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pos. 576.

<sup>17</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 30. ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 59.



BENTHAM<sup>18</sup> afirmava que “a propriedade e o direito nascem juntos e morrem juntos. Antes de haver leis, não havia propriedade; tirando-se as leis, toda propriedade deixa de existir”. De fato, de acordo com os filósofos contratualistas clássicos, essa relação existente entre o indivíduo e a sociedade se materializa através do contrato social:

Por “contrato social” entende-se o pacto realizado entre os indivíduos, pelo qual ao renunciar parte de sua liberdade individual constituem uma entidade central, dotada de autoridade sobre todos. Esta autoridade, normalmente o Estado, terá a função de proteger e garantir a liberdade dos mesmos indivíduos que abdicaram de parcela dela ao pactuarem o contrato social<sup>19</sup>.

Consequentemente, a despesa de manutenção desse contrato social, é custeada pelos tributos. Descreve CARVALHO<sup>20</sup> que tributo pode ter diversas significações, *in verbis*:

a) Tributo como quantia de dinheiro; b) Tributo como prestação correspondente ao dever jurídico do sujeito passivo; c) tributo como direito subjetivo de que é titular o sujeito ativo; d) tributo como sinônimo de relação jurídica tributária; e) tributo como norma jurídica tributária; f) tributo como norma, fato e relação jurídica.

Todas essas acepções são corretas e podem ser extraídas do próprio texto constitucional. Nessa determinação constitucional, tributo poderia ser a relação jurídica existente entre o Estado e o Contribuinte, uma vez implementada determinada situação fática prevista em lei como autorizadora dessa exigência, cujo objeto consiste numa prestação pecuniária, não revestida de caráter sancionatório, e disciplinada por regime jurídico próprio<sup>21</sup>.

Partindo de tais conceituações, cabe a seguinte análise: se o tributo não tem caráter sancionatório e se ele é necessário para que o contrato social se mantenha – que, inclusive, é de interesse de todos da sociedade que haja continuidade – poderíamos indagar qual o motivo de sua obrigatoriedade.

Tal explicação pode ser dada a partir da ótica econômica. Vale dizer, o tributo precisa ser compulsório para que se possa evitar uma das anomalias decorrentes dos bens públicos. A anomalia seria a sua utilização sem que o indivíduo houvesse pago por ele.

Conforme descreve CARVALHO<sup>22</sup>, de acordo com o paradigma econômico, tal anomalia seria inevitável, vez que, conforme já mencionamos anteriormente, os seres humanos são racionais e, portanto, agem de modo a maximizarem a sua utilidade, reagindo aos incentivos que recebem. Para que o equilíbrio nas contas públicas seja mantido, há, portanto, a necessidade de compulsoriedade do tributo.

Além de tal função – custeio da atividade estatal, é possível destacar a finalidade distributiva dos tributos. Não são poucos os casos que a tributação age de maneira a alterar a estrutura da sociedade. É possível notar tal atuação quando notamos a extrafiscalidade dos tributos ou, ainda, a progressividade.

---

<sup>18</sup> BENTHAM, Jeremy. *The Theory of Legislation*, trad. C. K. Ogden e Richard Hildreth. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 1931, p. 113

<sup>19</sup> Cf. item 11, p. 17.

<sup>20</sup> Cf. item 14, p. 65.

<sup>21</sup> Cf. item 13, pos. 2.252.

<sup>22</sup> Cf. item 11, p. 18.

O que verificamos é que, nesses casos, o tributo é utilizado como um agente incentivador ou inibidor de comportamento, com a finalidade de proteger e prestigiar valores albergados em nossa Constituição Federal.

De fato, como regra geral, os tributos geram incentivos, sejam eles fiscais ou extrafiscais. O que muda nesses incentivos é o interesse do sujeito ativo ao instituí-lo – arrecadatório ou distributivo.

Por fim, ainda é possível destacar os benefícios e subsídios fiscais. Os benefícios e subsídios são concedidos pelos Estados como mecanismo de incentivar determinada atividade ou redistribuir a carga tributária.

Os benefícios e subsídios devem ser vistos com certa parcimônia. Relembramos premissa já destacada anteriormente de que os tributos existem, pois há necessidade de manutenção da máquina estatal. Nesse sentido, imaginar a existência de tributo que não tem necessária destinação, ou ainda, que não precisaria existir, não nos parece verossímil. O tributo existe para custeio da atividade estatal e não para o enriquecimento do Estado.

Assim, ao considerarmos que benefícios e subsídios estão sendo dados para determinado grupo de contribuintes, há de se esperar que outro grupo de contribuintes tenha sua carga tributária elevada. *De fato, sua concessão desonera alguns setores atingidos pela tributação, ocasionando uma redistribuição da carga tributária. Ou seja, quem arca com o custo dos benefícios fiscais obviamente não é o Estado que os concede, mas a própria sociedade*<sup>23</sup>.

A conclusão que se chega é que a concessão de benefícios e subsídios podem prejudicar toda a sociedade, para que determinados indivíduos sejam amparados. Se não realizado com devido estudo, há risco de prejuízos graves para toda sociedade, em face da ineficiência arrecadatória do Estado.

Alguns autores denominam tal situação como “peso morto”. CARVALHO<sup>24</sup> explica que:

O conflito se dá pelo fato de a tributação causar distorções no sistema de preços do mercado, gerando ineficiências alocativas e, conseqüentemente, custo social. A distorção causada pela tributação é chamada de “peso morto”, em outras palavras, perda do chamado excedente social – de forma mais simples, desperdício de recursos da sociedade.

A tributação deve levar em consideração, portanto, o interesse de toda a coletividade. Isso não significa dizer, entretanto, que benefícios e subsídios não devem existir. Pelo contrário. O que se busca é eficiência econômica do ponto de vista da tributação. A tributação deve ocorrer no sentido de não inibir a atividade privada, responsável por gerar a riqueza da sociedade – que irá custear os tributos. Os benefícios e subsídios deveriam ser regulamentados, portanto, em situação de equilíbrio. Vale dizer, quando há a possibilidade de verificar que o retorno do possível benefício ou subsídio é maior do que o seu custo social.

Quando iniciamos a análise de tributos, restou claro que se trata de mecanismo necessário para manutenção da máquina estatal. Isso significa dizer que, embora o indivíduo seja afetado pelo tributo, a sua justificativa compensa o prejuízo causado. Isso não significa dizer, entretanto, que o tributo não interfira no mercado. A interferência no mercado é mais um dos prejuízos causados pelos tributos, mas ignorado em face de sua relevância e importância.

<sup>23</sup> Cf. item 11, p. 22.

<sup>24</sup> Cf. item 3, pos. 3.254.

Embora essa interferência seja ignorada, os legisladores devem sempre buscar o melhor tributo possível. Tal tributação poderia ser aquela que interferisse o mínimo possível na economia e na liberdade do indivíduo. É o que os doutrinadores denominam de tributo “ótimo”.

RICHARD POSNER aponta quatro requisitos para que o tributo alcance o nível ótimo: 1. Ter uma base grande de contribuintes; 2. Incidir sobre produtos e serviços de demanda inelástica; 3. Atender à isonomia (ser justo) e; 4. Ter baixo custo administrativo<sup>25</sup>. CARVALHO<sup>26</sup> adiciona um último requisito: 5. Ter regras simples e objetivas. Analisemos rapidamente esses cinco requisitos.

Quando estamos tratando da base grande de contribuintes, é importante ter em mente tema já analisando no presente estudo: a racionalidade do indivíduo. É comum que indivíduo busque alternativas para que ele não sofra a tributação ou que a sofra, mas de maneira mais branda. Quando o tributo incide sobre atividades realizadas por diversos indivíduos, é mais difícil que tal fuga ocorra de maneira significativa.

De fato, será esperado que nesses casos, a carga da exação seja relativamente baixa, por incidir indiscriminadamente e mais vezes. E, em se tratando de carga tributária baixa, podemos dizer que menos indivíduos buscarão alternativas para a não incidência de tal tributação.

A questão da demanda também merece atenção. A incidência tributária, quando ocorre sobre bens e produtos que não podem ser substituídos por outros, faz com que aquela arrecadação ocorra da maneira como planejado pelo legislador originário. Isso ocorrerá vez que a alteração de preço, não alterará a sensibilidade do consumidor para aquele produto; ele irá continuar consumindo-o, por não encontrar um substituto. A tributação, portanto, será mais eficiente.

No que concerne a isonomia, é importante lembrar que nossa Constituição Federal veda a instituição de tributos fixos não distorcivos. Isso significa dizer que o texto constitucional prioriza a isonomia e capacidade contributiva dos cidadãos e assim deve ocorrer na tributação. A incidência tributária deve respeitar os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, primando para que não ocorram distorções no sistema tributário.

O sistema tributário brasileiro é, sem dúvida, um dos mais complexos sistemas tributário existentes. E tal complexidade afeta diretamente os contribuintes e o próprio Estado. Isso ocorre vez que há a necessidade de alto investimento para que seja possível regulamentar, fiscalizar e arrecadar os tributos devidos.

Pode-se dizer que esses altos custos administrativos acabam gerando um ciclo vicioso, vez que quanto maior o custo, maior a necessidade de arrecadação para sua manutenção. Se, contudo, os tributos tiverem uma forma simples e eficaz de fiscalização e cobrança, seus custos administrativos também serão baixos.

Seguindo esse mesmo sentido, podemos destacar a importância para o tributo “ótimo” de que suas regras sejam poucas, simples e objetivas. O que vemos atualmente, entretanto, é a grande dificuldade que os contribuintes passam para compreender e cumprir legislação fiscal

---

<sup>25</sup> Cf. item 3, pos. 4.271

<sup>26</sup> Cf. item 11, p. 24.

muito complexa e confusa – o que gera, muitas vezes, discussões nos tribunais. É que se denomina de custos de conformidade, que implicam, por sua vez, em custos de transação<sup>27</sup>.

Analisando tais premissas é possível verificar que o que se busca com o tributo “ótimo” nada mais é do que a eficiência tributária – tema já recorrente no presente estudo.

E conforme já mencionado anteriormente, os recursos não levam em consideração apenas a eficiência financeira. Devem ser observados, inclusive, outros custos, como o pessoal, o moral, o social, de oportunidade, de transação, etc.

### 3. Modulação de Efeitos

A possibilidade de modulação de efeitos das decisões é fortemente inspirada no direito norte-americano, no instituto denominado *prospective overruling*. Referida técnica de julgamento é adotada quando, ao superar um precedente anterior, a Suprema Corte, em atenção à segurança jurídica e à previsibilidade das decisões judiciais, decide que a nova regra será aplicada apenas aos fatos que ainda estão sob apreciação e aos subsequentes, mas não aos fatos já ocorridos<sup>28</sup>.

A modulação de efeitos está prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99<sup>29</sup> e artigo 11 da Lei nº 9.882/1999<sup>30</sup>. Ela permite que o judiciário, ao realizar o controle de constitucionalidade, em face da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos daquela declaração ou determine que ela passe a produzir efeitos a partir de determinado momento fixado pela própria corte.

Embora regulamentada apenas com o advento das Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/1999, tal prática não é um assunto recente. É possível encontrar a modulação de efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade sendo utilizada no STF desde 1977. O primeiro caso não discutia uma questão tributária; o RE 79.343/BA inaugurou na jurisprudência brasileira a discussão em torno da excepcionalidade da regra de nulidade da lei ou ato normativo declarado inconstitucional<sup>31</sup>.

Atualmente, é possível verificar que a modulação de efeitos ocorre em duas situações distintas: (i) quando há consolidação de situação fática e, primando-se pela segurança jurídica, opta por sua preservação e; (ii) ou em casos de declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado.

---

<sup>27</sup> Cf. item 11, p. 26.

<sup>28</sup> FERRAZ, Taís Schilling. O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017 eBook Kindle, pos. 1.711.

<sup>29</sup> Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>30</sup> Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>31</sup> MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti. O grave problema da técnica de modulação dos efeitos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade em matéria tributária, *in* Novos Rumos do Processo Tributário: judicial, administrativo e métodos alternativos de cobrança do crédito tributário, volume I. Org. MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti e JESUS, Isabela Bonfá de. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2020, p. 768.

Nesse sentido, é importante destacar que o STF tem admitido a modulação dos efeitos de suas decisões também em sede de controle difuso<sup>32</sup>. E não poderia ser diferente, vez que não há legislação prescrevendo a impossibilidade de sua utilização também nesse tipo de controle.

Embora o presente instituto tenha como mote a preservação da segurança jurídica e o interesse social, ainda existe grande cuidado em sua utilização. Nas palavras de Carvalho<sup>33</sup>:

Atualmente, nos Tribunais Superiores, admite-se em benefício do interesse público e em situação excepcional, isto é, nas hipóteses em que do reconhecimento da nulidade de ato normativo, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente, atribuir efeito pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. A referida inovação conduziu nossas consciências, de maneira vertiginosa, ao questionamento de princípios fundamentais. Aquilo que há de mais caro para a dignidade de um sistema de direito positivo está sendo posto em tela de juízo, desafiando nosso espírito e estimulando nossas inteligências, ao reivindicar uma tomada de posição firme e contundente. Chegando-se a esse ponto, não cabem mais tergiversações e os expedientes retóricos somente serão admitidos para fundamentar a decisão de manter a segurança jurídica, garantindo a estabilidade das relações já reconhecidas pelo direito, ou de anunciar, em alto e bom som, que chegou o reino da incerteza, que o ordenamento vigente já não assegura, com seriedade, o teor de suas diretrizes, que as pomposas manifestações dos tribunais superiores devem ser recebidas com reservas, por que, a qualquer momento, podem ser revistas, desmanchando-se as orientações jurídicas até então vigentes, sem outras garantias para os jurisdicionados.

No sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, quando estamos tratando de decisão judicial em sede de controle concentrado, essa poderá produzir efeitos modificando a vigência do referido diploma, mas não em relação a sua validade. No caso de decisões emanadas em face de controle difuso, o que se verifica é a retirada apenas da eficácia técnica da norma, vale dizer, um impedimento de aplicação da norma para um caso concreto, podendo, inclusive, estabelecer quando esses efeitos terão início<sup>34</sup>.

É importante observar, entretanto, que não são todos os fatos que podem ser albergados na modulação de efeitos. Da leitura do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 é possível notar que a modulação de efeitos, além do aspecto temporal, também engloba os efeitos da referida decisão que estaria sendo modulada.

Nesse sentido, é possível identificar que modulação de efeitos poderá produzir seus efeitos em face do aspecto temporal – quando estabelece determinada data para a decisão da corte surtir efeitos, e em face de outros aspectos – quando estabelece que a modulação tratará de limitação ao aspecto material, especial ou pessoal da vigência.

Quando buscamos tratar da modulação de efeitos vinculada à análise econômica do direito, isso não significa dizer o abandono ao Direito e seus preceitos. Pelo contrário. Quer nos parecer que a análise econômica deve ser utilizada nos casos onde no Direito, a partir de seus preceitos fundamentais, ainda persiste dúvida sobre qual aplicação mais adequada pautada na legislação e eficiência, condizente com a realidade existente.

Não há que se falar, portanto, na aplicação de institutos da ciência da economia, sobrepondo preceitos jurídicos, mas sim, complementando-os.

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 365.

<sup>33</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Derivação e Positivização. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 276.

<sup>34</sup> Cf. item 27, p. 772.

É nesse sentido que nos parece que a modulação de efeitos poderia ser beneficiada pela análise econômica do direito. Conforme estudado, a modulação de efeitos somente tem sentido em face do princípio da segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

E, no caso do interesse social, nada mais preciso do que a ciência que estuda como os indivíduos tomam decisões e se comportam, para analisar a forma como determinada decisão deverá ser modulada. Pois, será através da análise econômica que será possível verificar se o interesse social está sendo preservado – através do estudo na escolha racional, das consequências da eficiência e do equilíbrio do sistema jurídico.

Passemos à análise de caso concreto onde a modulação dos efeitos se mostra presente em face do interesse social. Cabe indagarmos se as conclusões postas no caso que será analisado, seriam as mesmas em face da análise econômica do direito.

### 4. Análise de Caso Concreto

Até o presente momento, foi possível verificar que a análise econômica do direito propõe leitura das regras jurídicas de maneira a avaliar seus efeitos de estímulo, as mudanças de comportamento das instituições jurídicas e das reformas propostas<sup>35</sup>. E, por isso, é ferramenta que pode ser utilizada pelos julgadores na análise e interpretação de casos concretos.

Considerando os ensinamentos de FRIEDMAN<sup>36</sup>, existem três tipos de abordagem propostas pela análise econômica do direito, que devem ser interligados:

- (i) prever os efeitos a serem produzidos por certas normas: isso significa dizer que nessa abordagem serão analisados quais são os efeitos da mudança da regra e os efeitos que ainda não foram modificados. Não cabe dentro da presente análise, entretanto, o julgamento moral. A análise será realizada apenas considerando as consequências. Isso não significa dizer que o usuário não poderá chegar a julgamento esclarecido sobre a moralidade da regra em apreço. Esse, contudo, não é o foco principal dessa abordagem;
- (ii) explicar por que existem normas particulares: nesse ponto, busca-se o fundamento da norma que é observado nos sistemas existentes. Há, contudo, uma dificuldade na presente abordagem, vale dizer, colocar debaixo de um mesmo denominador comum, efeitos de natureza variável, aos quais os agentes econômicos afetados podem ligar, subjetivamente valores variáveis; e
- (iii) decidir que regras devem existir: consiste em estabelecer os efeitos da norma e a julgá-la. Seria o mesmo que determinar qual seria a norma considerada eficiente e compará-la à norma existente ou considerada.

Descreve MACKAAY E ROUSSEAU<sup>37</sup> que essas abordagens seriam melhor aplicáveis considerando quatro etapas.

<sup>35</sup> Cf. item 2, p. 666.

<sup>36</sup> FRIEDMAN, David D., *Law's order – what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 15.

<sup>37</sup> Cf. item 2, p. 669.



Inicialmente, caberia se preocupar com a estrutura dos incentivos que aquela norma produz. Considerando a teoria da escolha racional, já estudada previamente, entende-se que os indivíduos se adaptam conforme o risco de perda ou ganho de determinadas atitudes que eles irão realizar, considerando a norma vigente. De fato, é esperado que eles tenham adaptado seu comportamento de forma a reduzir a incidência dos ônus que o direito lhes impõe.

Assim, a relação de cada contribuinte com terceiros que será atingido por determinada norma jurídica que será declarada como inconstitucional, poderá ser modificada. Esses efeitos, portanto, devem ser considerados. Quando consideramos esses efeitos com terceiros, ou seja, não somente com o sujeito passivo e o sujeito ativo da obrigação tributária, é possível criar um modelo de comportamento das partes que podem ser impactadas com referida alteração. Esse modelo deverá ser considerado nas etapas subsequentes.

A segunda etapa diz respeito aos objetivos subjacentes. Quando analisamos os resultados da primeira etapa da aplicação da análise econômica do direito, é possível verificar em qual delas se atingirá custos mais baixos, com a finalidade de se analisar a eficiência das situações ora em tela. Nesse sentido, deve-se primar pela otimização e incentivo à boa gestão e à inovação. Não podemos perder de vista, inclusive, quais seriam os custos ligados à administração da norma que está sendo analisada.

Superada tal etapa, cabe discutir os custos de transação, considerando o aumento do realismo. Aumento de realismo é utilizado no presente texto, em face do Teorema de Coase. Relembramos que o próprio criador de tal teorema, descrevia a necessidade de sua adaptação à realidade existente – “com os atritos da física”.

Assim, devem ser incluídos os custos de transação. Eles seriam todos os encargos que impedem que haja a alteração desejável no cenário existente. Tal análise se faz necessária vez que a nova regra ou, ainda, a supressão da regra inconstitucional poderá provocar efeitos secundários relevantes e indesejados.

Por fim, caberia a análise de estudos empíricos. A observação sistêmica permitiria analisar e verificar o bom fundamento de todas as conclusões e alterações sugeridas. Sobre a presente etapa, entretanto, nos parece clara sua real dificuldade em aplicação nos casos de análise de normas que podem ser consideradas inconstitucional. O que pode ser realizado é a análise da situação presente com a norma em análise em plena eficácia. Não nos parece possível, entretanto, a verificação empírica de forma plena da situação pós alteração, por motivos óbvios. Não há como prescrever normas “testes” para, posteriormente dar a devida eficácia.

Utilizaremos tais etapas na análise do caso concreto abaixo mencionado.

## **4.1 RE 593.849**

### *4.1.1 Breve Síntese do Julgamento*

O Recurso Extraordinário 593.849<sup>38</sup> discutia a legitimidade da restituição da diferença de ICMS pago a maior no regime da substituição tributária para frente, quando a base de cálculo

---

<sup>38</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA 233

efetiva da operação for inferior à presumida, utilizada para o pagamento do tributo pela sistemática da substituição tributária.

Os contribuintes sustentavam que a não realização do fato gerador presumido, previsto no artigo 150, §7º da Constituição Federal, deveria abarcar tanto a hipótese em que o fato não se realiza, quanto a hipótese de eventual saída de mercadoria por preço inferior àquela que serviu de base de cálculo para o imposto.

E, pelo ICMS ser um tributo que está albergado pela não-cumulatividade por determinação do próprio texto legal, não haveria como manter base de cálculo estimada em valor superior ao preço pelo qual foi executada a operação. Que a manutenção de tal base “inflada”, acarretaria em confisco.

Os estados sustentavam, contudo, que o fato gerador do ICMS calculado pelo regime da substituição tributária deveria ser visto como fato gerador próprio, não relacionado à forma de ocorrência do fato gerador posterior. Ademais, sustentavam que referida discussão já tinha sido realizada em sede da ADI 1.851.

Ao final de tal julgamento, o STF fixou a tese de que:

Tema 201: É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior a presumida.

Com referido julgamento, foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 22, §10 da Lei Estadual (MG) nº 6.763/75 e artigo 21 do Decreto Estadual (MG) nº 43.080/2002, fixando a interpretação conforme à Constituição Federal.

Tal entendimento alterou parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851 e, por isso, a Suprema Corte entendeu que os efeitos jurídicos desse novo entendimento deveriam ser utilizados para orientar apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.

---

REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral. 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

(RE 593849, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017)

Para que a alteração de entendimento e modulação de efeitos, entretanto, foram pontuados dois argumentos principais: (i) preocupação com a jurisprudência já sedimentada e como as questões futuras seriam resolvidas<sup>39</sup> e (ii) preocupação com a situação financeira do Estado<sup>40</sup>.

No presente caso, é possível notar, portanto, diversos conflitos existentes entre princípios. Citando apenas alguns, vemos que estão presente no caso em tela, o princípio da segurança jurídica, da praticidade tributária, da igualdade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

#### *4.1.2 Análise Econômica da Decisão*

Com base nos argumentos apontados na decisão, cabe analisarmos se a presente modulação de efeitos seria realizada dessa mesma maneira – orientar litígios judiciais futuros e pendentes – sob o enfoque da Análise Econômica do Direito. Para tanto, cabe utilizarmos as etapas de análise de MACKAAY E ROUSSEAU<sup>41</sup>.

Iniciando a presente análise pela estrutura de incentivo, estamos analisando os resultados que determinada norma produz. De fato, conforme já mencionado, os indivíduos se adaptam conforme o risco de perda ou ganho de determinadas atitudes. Nesse sentido, quando a Suprema Corte entendeu, em 2013, na ADI 1.851 que os valores pagos à maior de ICMS na modalidade

---

<sup>39</sup> “Todas as posições são absolutamente bem fundamentadas e todas param de pé, do ponto de vista da análise, entrando, aí, aquela situação que meu ex-professor e sempre Ministro desta Casa dizia: "O Direito é prudência". Nessa prudência, a análise feita pelo Ministro Teori Zavascki – e, desde já, peço vênias, já havia elogiado o voto e, a princípio, acompanharia o Ministro Edson Fachin -, mas a riqueza do colegiado nos faz refletir, depois de ouvir as várias manifestações - convenceu-me de que a solução de manter a posição do Tribunal naquela ação direta relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, a ADI 1.851/AL, é a que menos reflexos terá do ponto de vista de decisões judiciais, de processos judiciais. Ou seja, ela é a que mais pacífica, que traz uma segurança jurídica maior, até porque já foi adiantado que teremos um embate em relação à modulação, com a devida vênias, uma vez prevalecendo a posição do Relator neste RE. Então, fico a imaginar qual seria a solução: de duas que param em pé, de duas que têm fundamentos constitucionais extremamente sólidos, qual é aquela que daria uma solução prática, já que, como disse o Ministro Luiz Fux e os que o antecederam, é uma via de mão dupla; tanto favorece o valor final ao Fisco quanto ao particular. A solução do Ministro Ilmar Galvão, no final da sua decisão, ao estabelecer e fixar aquele valor provisório como um valor definitivo, evita os conflitos, as várias discussões a respeito”. (RE 593849, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-065 Divulg 30-03-2017 Public 31-03-2017 Republicação: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 Public 05-04-2017, p. 67).

<sup>40</sup> “Nesse sentido, na linha do que já disse o ministro Toffoli, eu seria muito cauteloso no que diz respeito à mudança da jurisprudência. Já não estamos em um momento brilhante em termos econômicos e financeiros. Estamos vivendo, talvez, a maior depressão que esse país já enfrentou. Naquela conversa que Vossa Excelência muito bem conduziu com o Ministro da Fazenda, tivemos oportunidade de ouvir que, quando a economia e o PIB crescem, a tendência brasileira é que o crescimento da receita se projete ainda mais. E, quando a economia decresce, o decréscimo da receita é mais acentuado. Atualmente, economistas de renome, como José Roberto Afonso, têm observado que, em função de uma realidade, o retorno do desenvolvimento econômico não se vai traduzir no regresso ao estágio existente da tributação. Por quê? Porque hoje já se usa de outras estratégias. Veja que se generalizou, gostemos ou não, aquilo que chamam na linguagem trabalhista, um pouco pejorativa, de "pejotização" - antigos empregados que agora são pessoas jurídicas. Portanto, nessa parte, a arrecadação tributária cai. Usa-se Skype ou WhatsApp para fugir da telefonia; e, logo, não se faz incidência de ICMS. Portanto, estamos aqui a desarrumar um sistema que funciona. E não é o momento de "acender fósforo para ver se tem gasolina no tanque". É essa a minha ponderação. Do ponto de vista jurídico, não é difícil dizer que se trata de uma realidade institucional. O que se deu ao legislador foi a possibilidade de desenhar a substituição. "Ah, mas houve um caso arbitrário"; o caso arbitrário terá que ser tratado. Uma fixação de um valor absolutamente destoante claro que terá de ser tratada. Mas o sistema em si tem de ser tratado como tal, porque não é pensado para relações individualizadas e singularizadas”. (RE 593849, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-065 Divulg 30-03-2017 Public 31-03-2017 Republicação: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 Public 05-04-2017, p. 74).

<sup>41</sup> Cf. item 32.

substituição tributária não poderia ser restituídos, a escolha racional do contribuinte o que provavelmente o levou a considerar possíveis valores maiores de tributação e, conseqüentemente, embutir tal valor no preço pago pelo consumidor final – que é o contribuinte de fato da obrigação tributária.

Assim, quer nos parecer que a possibilidade de restituição dos valores pagos à maior poderia ensejar uma diminuição de preço dos produtos que estão sujeitos à substituição tributária e, quando isso não ocorrer, crescimento de capital para investimento no sujeito passivo da obrigação tributária.

Analisando os objetivos subjacentes, é importante ter em mente qual seria a resolução que promoveria o custo mais baixo e demonstraria maior eficiência na sua aplicação. Nesse sentido, teríamos que considerar, inclusive, os custos ligados à administração da alteração da norma.

Nos parece que o presente ponto é determinante no caso em tela. Ao modular os efeitos de maneira *ex nunc*, o custo ligado à eventual possibilidade de restituição para todos os contribuintes de maneira discriminada, poderia ensejar corrida ao contencioso de maneira contundente, ampliando ainda mais o alto nível de judicialização de casos existentes atualmente.

Ademais, é possível considerar o alto custo de devolução de valores que foram cobrados em momento que a interpretação dada para determinado fato jurídico, permitia que isso ocorresse. Tal interpretação era, inclusive, ratificada pelo STF.

Não é possível ignorar, também, que a eficiência deve levar em consideração outros parâmetros que não apenas o financeiro – conforme já amplamente discutido. Nesse sentido, a decisão deveria prezar pela ponderação da confiança aplicada pelas partes em decisão já transitada em julgado sobre o tema.

Nos parece ser necessário indagar qual o efeito de tal decisão para fins de manutenção da segurança jurídica. Como os próprios ministros descreveram em seus votos, a presente decisão poderia ser fundamentada nos princípios e regras jurídicas vigentes em ambas as decisões. De fato, quer nos parecer que é esse conflito que permite que a AED seja aplicada no presente caso. Deveras, não há como entender sua aplicação, sem que os princípios e regras jurídicas sejam preservados. Assim, qual seria o resultado que a aplicação de efeitos *ex tunc* gerariam no presente caso? A segurança jurídica e a confiança em decisão prolatada pelo STF restariam abalados. O indivíduo, ao procurar o contencioso para discussão de lide, espera que a resposta recebida esteja eivada de certeza e liquidez. E, que tal resposta obtida, somente poderá ser alterada em face de fato novo que não foi analisado à época.

E, de fato, há alteração no presente caso. Conforme relembra o MINISTRO MARCO AURÉLIO<sup>42</sup> em aparte realizado durante o voto do MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, a diferença existente entre as duas legislações analisadas em cada um dos julgados, é que, no primeiro caso, a legislação permitia que o contribuinte não optasse pelo regime de substituição tributária.

No presente caso, essa etapa da análise se confunde com a consideração dos custos de transação. A alteração desejada seria no sentido de que, a legislação inconstitucional nunca tivesse produzido seus efeitos. Para a exclusão de seus efeitos, contudo, caberia a modulação de maneira

---

<sup>42</sup> RE 593849, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-065 Divulg 30-03-2017 Public 31-03-2017 Republicação: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 Public 05-04-2017, p. 40.

*ex tunc*. Isso, entretanto, afetaria aqueles indivíduos que fizeram as escolhas racionais, pautadas em julgamento anterior. Assim, no caso em tela, os encargos que impedem que a alteração desejada ocorra são os mesmos analisados na etapa de análise dos objetivos subjacentes.

Conforme mencionado anteriormente, nos parece que o estudo empírico nem sempre é possível em sua plenitude. Dessa forma, nos parece cabível sua análise considerando o que ocorreu após o julgamento da ADI 1.851. No presente caso, foi possível constatar que com exceção de dois estados – São Paulo e Pernambuco, que já haviam regulamentado a restituição do ICMS recolhido à maior – não houve qualquer movimentação dos estados para resolução da presente demanda.

Isso poderia demonstrar o efeito negativo da modulação dos efeitos *ex nunc*. Os estados que não criaram mecanismos de restituição poderiam se sentir premiados por criação de legislação que foi considerada inconstitucional após decisão do STF.

No caso de Minas Gerais, por exemplo, o estado se promoveu e se enriqueceu com recursos advindos de legislação que, após o julgamento em questão, foi considerada inconstitucional. A aplicação de efeitos *ex nunc*, portanto, poderia incentivar que novas legislações eivadas de vícios fossem prescritas, vez que o Estado não seria impactado, no futuro, por sua revogação.

Quer nos parecer, entretanto, que no presente caso, como já tivemos uma decisão que julgava o tema de maneira favorável aos estados, tal prejuízo deve ser considerado sobre uma ótica menor do que teria ocorrido se o julgamento da ADI 1.851 não tivesse ocorrido. Desconsiderar o julgamento da ADI 1.851 poderia ocasionar maiores prejuízos na relação de confiança estabelecida entre contribuinte e poder público e na defesa do princípio da segurança jurídica.

Embora os argumentos utilizados pelos Ministros leve consideração apenas parte do que se denomina como Análise Econômica do Direito, quer nos parecer que no presente caso, a decisão de modulação dos efeitos apenas para o futuro ocorreu em conformidade com os preceitos da análise econômica do direito.

## **5. Considerações Finais**

Com base no presente estudo, quer nos parecer que a análise econômica do direito, é uma importante ferramenta para a interpretação e análise do Direito Tributário. Ela irá auxiliar nas respostas a questionamentos que vinculam o Direito às escolhas dos indivíduos. Isso não significa dizer, entretanto, que ela deve ser realizada desvinculada à preceitos fundamentais do Direito.

Quer nos parecer que ela deverá ser utilizada no momento em que todos os preceitos fundamentais já foram garantidos e, mesmo assim, há dúvida sobre qual aplicação e interpretação deve prevalecer.

A modulação de efeitos permite ao judiciário, realizar o controle de constitucionalidade, em face da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e restringir os efeitos daquela declaração ou determine que ela passe a produzir efeitos a partir de determinado momento fixado pela própria corte.

Nesse sentido, nos parece que modulação de efeitos é um dos institutos que podem ser favorecido pela respectiva análise econômica. De fato, quando tratamos de modular efeitos de decisões, já demonstra que estamos tratando de temática enraizada de preocupações relacionadas à segurança jurídica e ao interesse social. Se assim não fosse, não haveria necessidade de tal modulação.

E foi possível constatar tal afirmação a partir de caso concreto que analisava a incidência de ICMS-ST sobre bases de cálculo que se comprovou ser maior do que a utilizada para incidência do referido tributo. A aplicação dos preceitos da análise econômica do direito demonstrou que o STF jugou de forma correta a modulação dos efeitos de maneira futura, embora os motivos que o levou a isso sejam incompletos do ponto de vista da AED.

## **6. Referências**

- BENTHAM, Jeremy. **The Theory of Legislation**, trad. C. K. Ogden e Richard Hildreth. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 1931.
- BORBA, Rogério. MÔNACO, Rafael de Oliveira. Uma introdução à análise econômica do direito. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 215-225, jan./abr. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Brasília, DF, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999**. Brasília, DF, 1999.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851/AL**. Relator: Ilmar Galvão. Dj 22/11/2002.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 79.343/BA**. Relator: Leitão De Abreu. Dj 02/09/1977.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 593.849/MG**. Relator: Edson Fachin. DJe 30/03/2017.
- CARVALHO, Cristiano. **Análise Econômica da Tributação**, in TIMM, Luciano Benetti. Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.
- CARVALHO, Cristiano. **A análise Econômica do Direito Tributário**. Livro AIDET – Académia Internacional de Derecho Tributario: Peru.
- CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018 eBook Kindle.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 30. ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivção**. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2016.



COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 9. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017 eBook Kindle.

FIREDMAN, David D., **Law's order – what economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti. **O grave problema da técnica de modulação dos efeitos das decisões proferidas em controle de constitucionalidade em matéria tributária, in Novos Rumos do Processo Tributário: judicial, administrativo e métodos alternativos de cobrança do crédito tributário**, volume I. Org. MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti e JESUS, Isabela Bonfá de. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2020.

MINAS GERAIS. **Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975**. Belo Horizonte, MG, 1975.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002**. Belo Horizonte, MG, 2002.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coords.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Análise econômica do direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>

SERRANO, Rafael Eduardo. **Interpretação Jurídica da Lei Tributária e a Análise Econômica do Direito (“Law and Economics”)** in RDTA – Revista Direito Tributário Anual, n. 41, ano 37. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2019.