

Centro Universitário Alves Faria – Pós-graduação *Stricto Sensu*

Programa: Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional Econômico

Disciplina: O Direito Constitucional Econômico e a Importância de Sistemas de Uniformização Jurisprudencial como forma de Resolução de Desigualdades Regionais e Sociais.

Docente: Profa. Dra. Mariane Morato Stival

Discente: Agatha Lorrana de Oliveira Cardoso

A CONVERGÊNCIA ENTRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO STF EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

THE CONVERGENCE BETWEEN THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND THE MODULATION OF THE EFFECTS OF DECISIONS HANDED DOWN BY THE STF IN TAX MATTERS.

Agatha Lorrana de Oliveira Cardoso ¹

RESUMO: O presente artigo situa sua problemática na convergência entre a Análise Econômica do Direito – AED e a modulação dos efeitos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, estudando o caso específico das justificativas adotadas para modulação de efeitos no julgamento do RE 574.706/PR, a chamada Tese do Século. Procura- se demonstrar de que maneira fundamentos da análise econômica do direito são utilizados para fundamentar as decisões em matéria tributária, cujos efeitos foram, eventualmente, modulados pelo STF. Para tanto, o artigo analisa os fundamentos da AED aplicáveis ao Direito Tributário, bem como, os conceitos e elementos usados na *ratio decidendi* de ações judiciais que decidiram causas tributárias de grande repercussão jurídico-financeira e econômica. Por fim, pretende-se explicitar de que forma os fundamentos da AED estão presentes nessas decisões e quais os eventuais impactos. A metodologia utilizada neste artigo foi à pesquisa bibliográfica, com a técnica de pesquisa direta, método de abordagem dedutivo e estudo de caso.

Palavras – chave: Direito Tributário. Análise Econômica do Direito. Modulação de efeitos.

ABSTRACT: This article focuses on the convergence between the Economic Analysis of Law - EAL - and the modulation of the effects of decisions handed down by the Supreme Court in tax matters, studying the specific case of the justifications adopted for the modulation of effects in the judgment of RE 574.706/PR, the so-called Thesis of the Century. The aim is to demonstrate how the foundations of the economic analysis of law are used to justify decisions on tax matters, the effects of which were eventually modulated by the STF. To this end, the article analyzes the foundations of EDA applicable to tax law, as well as the concepts and elements used in the *ratio decidendi* of lawsuits that have decided tax cases with major legal, financial and economic repercussions. Finally, the aim is to explain how the foundations of EDA are present in these decisions and what the possible impacts are. The methodology used in this article was bibliographical research, with the direct research technique, deductive approach method and case study.

Keywords: Tax Law. Economic Analysis of Law. Modulation of effects.

1. INTRODUÇÃO

¹ Mestranda no curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional Econômico (MADIR) do Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA. E-mail adv.agathalorrana@gmail.com.

O Direito e a Economia por muito tempo foram pensados de forma dissociada, de forma que a interpretação jurídica realizada por economistas, quando muito, ficou adstrita à descrição de conceitos econômicos e das condutas de seus agentes. Todavia, essa perspectiva sofre fortes modificações a partir da constituição da Teoria denominada Análise Econômica do Direito.

Ocorre que a Análise Econômica do Direito – AED, enquanto teoria, visa ampliar a interface entre o Direito e a Economia, significativamente, a partir da influência da tradição realista americana de crítica ao formalismo jurídico, considerando os efeitos das alterações em uma ou mais variáveis acerca dos elementos do sistema.

No Brasil, a expansão dos estudos pertinentes a temática da AED ainda sofre críticas, sobretudo, pela forma como é pensada no cenário estrangeiro, onde a *Law & Economics* reflete as condições e os institutos jurídicos do sistema da *common law*, e consequentemente, gera conflitos em relação ao, sistema jurídico de *civil law* adotado pelo Brasil. Sendo o uso da disciplina no âmbito da atividade de interpretação jurídica um fator bastante controverso, com aplicação ainda restrita.

De tal forma, o presente artigo pretende demonstrar a aplicação dos fundamentos centrais da AED nas decisões judiciais proferidas em matéria tributária com modulação de efeitos, revelando de qual forma os pressupostos estão sendo aplicados, bem como, observar a valoração das consequências econômicas e sociais das eventuais decisões.

Iniciaremos com uma breve apresentação da origem da teoria da Análise Econômica do Direito e seus principais conceitos, passando pela aplicação do conceito e fundamentos no direito tributário para, por fim, analisar o caso específico do julgamento do Tema 69 pelo Supremo Tribunal Federal, cuja interpretação sofreu influência da teoria em questão.

O presente trabalho não pretende, de forma alguma, o esgotamento do estudo da Análise Econômica do Direito, tendo em vista a inequívoca complexidade do tema e a dificuldade de sua aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro.

A Análise Econômica do Direito – AED pode ser considerada uma corrente de pensamento que tem suas origens em Chicago, na década de 1950, com Aaron Director, quando ocorre a criação do primeiro programa de pesquisa “*Law & Economics*”, que viria, posteriormente, a ser dirigido por Ronald Coase, considerado um dos precursores da AED enquanto movimento teórico (ZANATTA, 2012, p. 56).

O movimento denominado de análise econômica do Direito (Law and Economics) se constitui em uma alternativa à filosofia moral e política do utilitarismo que era dominante no contexto teórico norte-americano até a década de 60. E apresenta elementos que compreendem a rejeição da visão de autonomia do Direito quanto às realidades sociais e, consequentemente, enquanto área autônoma das demais ciências sociais. Ao mesmo tempo em que defende “a utilização das ideias e métodos de outras disciplinas na análise da realidade jurídica, quais sejam, respectivamente, a economia e a política, razão da interdisciplinaridade” (PACHECO, 1994, p.175).

Também se apresenta como características da AED a reação ao convencionalismo ou tradicionalismo, teoria predominante até a década de 60, que tinha como tese fundamental o anti-reducionismo à Filosofia, à Política, à Economia. Da mesma forma, a teoria da AED que se consolida rejeita o raciocínio abstrato e a hostilidade em relação ao conhecimento e à ciência exatos para decidir acerca da interpretação, os precedentes e os direitos existentes, e não mais consubstanciado em determinada concepção política ou normas da eficiência econômica (PACHECO, 1994, p.176).

O movimento assume, nesse sentido, a tese do realismo no que se refere à crítica da jurisprudência tradicional e à desconstrução do pensamento legal clássico por meio do entendimento das normas como fatos (PACHECO, 1994, p. 178).

Partindo de tal entendimento, tem-se a compreensão da análise econômica do Direito enquanto sucessora da tradição realista americana em sua crítica ao formalismo e na construção do conhecimento jurídico. De tal forma, o movimento recria a concepção realista da Direito como ciência fundada na metodologia e na contribuição das ciências sociais (PACHECO, 1994, p. 205).

Em linhas gerais, a análise econômica do Direito comprehende os indivíduos enquanto criaturas racionais que podem maximizar seus interesses em todos os âmbitos e

facetas da vida, de modo que na visão econômica, o Direito é composto de incentivos que premiam as condutas eficientes e penaliza as ineficientes (PACHECO, 1994, p. 264).

De tal forma, a análise econômica do Direito reflete acerca da imperfeição do pensamento jurídico tradicional, no que tange aos objetivos, enquanto métodos de estudo, sustentando que as análises e justificações doutrinárias podem ser completadas pela análise econômica para conseguir maior objetividade e precisão na tomada de decisões (PACHECO, 1994, p. 266).

Mais ainda, defende “que existe uma racionalidade subjacente à *Common Law* baseada no princípio da eficiência econômica” (PACHECO, 1994, p. 176- 177). Defendendo a aplicação da teoria econômica na explicação do Direito, sobretudo, pela aplicação das categorias e instrumentos teóricos da teoria microeconômica neoclássica, em geral, e de um de seus ramos desenvolvidos neste século – a economia do bem-estar, em particular, na explicação e avaliação das instituições e realidades jurídicas (PACHECO, 1994, p. 27).

A partir desta perspectiva, parte-se da ciência econômica como referencial analítico da regulação e do sistema jurídico, estabelecendo um novo tipo de relação, de modo que a interpretação e a avaliação de uma norma se concretizem a partir dos pressupostos da teoria econômica (PACHECO, 1994, p. 34).

A ideia coloca em foco nos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do Direito, ao custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins ou das consequências econômicas das intervenções jurídicas (PACHECO, 1994, p. 34). Além disso, abarca a tentativa de reconstrução do discurso jurídico mediante uma linguagem tecnocrática, posto que os destinatários desse discurso seriam os operadores jurídicos que partem de uma visão funcional e operacional do Direito.

A utilização das técnicas de análise custo benefício e a reformulação das categorias tradicionais em categorias econômicas levam a priorizar o caráter tecnocrático do discurso porque o Direito passa a ser compreendido como meio para atingir fins ou objetivos sociais, razão do instrumentalismo, resultante do movimento do realismo jurídico e do movimento do pragmatismo filosófico e progressista (PACHECO, 1994, p. 263).

Por fim, a proposta implica no instrumentalismo pragmático, cujas principais características são: 1) uma concepção essencialmente instrumental do Direito entendido como o conjunto de meios sociais, de instrumentos que servem a objetivos determinados, que surgem, por sua vez, de necessidades e interesses sociais externos ao Direito, uma forma de tecnologia social complexa (PACHECO, 1994, p. 266); 2) uma teoria do Direito em que os juízes e

operadores jurídicos são os verdadeiros protagonistas no processo de criação do Direito; 3) uma visão otimista da potencial eficácia do Direito para cambiar a sociedade; 4) uma teoria do valor de mercado caráter utilitarista porquanto o Direito existe para satisfazer necessidades ou interesses.

Spector (2003, p. 9) concebe a análise econômica do Direito enquanto um modelo analítico unificado utilizado para explicar a formação de normas jurídicas que parecem não ter conexão entre si. É premissa fundamental do modelo que os indivíduos sejam agentes racionais que escolhem suas ações para maximizar suas utilidades individuais com base numa ordem coerente de preferências transitivas. O modelo também assume que existe uma noção básica de eficiência consistente e inteligível que pode servir de base para avaliar instituições jurídicas.

Segundo o autor, “o paradigma econômico do direito comparte com o utilitarismo a proposição de que o direito pode atribuir benefícios e sanções entre os diferentes indivíduos de modo tal que se maximize o bem-estar geral” (SPECTOR, 2003, p. 11).

A análise econômica do Direito, portanto, enquanto teoria passou a refletir acerca de inúmeras áreas do direito que passaram a concorrer com os ideais tradicionais da *Common Law*, sobretudo, quanto à concepção de que a razão do Direito é fazer justiça. As premissas iniciais da referida análise aduzem que, o paradigma econômico buscava compreender o Direito enquanto facilitador do funcionamento dos mercados livres ou enquanto solução de suas anomalias (SPECTOR, 2003, p. 12).

No recorte utilizado para a presente abordagem, tem-se a aplicação de métodos econômicos da análise econômica em face das questões jurídicas. De modo que, utiliza-se a chamada teoria da microeconomia neoclássica com o fim de promover a análise das principais instituições e sistema jurídico do conjunto (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p.19).

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 (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p.20).

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 (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p.20).

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Partindo-se dos conceitos inicialmente apresentados, tem-se que a teoria jurídica tradicional tem enfoque nas definições e conceituações acerca dos institutos jurídicos, de modo que, a análise econômica do direito aplica ferramentas microeconômicas de maneira a construir modelos, com o intuito de antever os comportamentos dos indivíduos frente às leis existentes (SERRANO, 2018, p. 398).

Nesse contexto, é possível se identificar quatro premissas que fundamentam a AED, que são: a escolha racional, as consequências, o equilíbrio e a eficiência.

Analizando tais premissas, se infere que a AED busca oferecer respostas a questionamentos que vinculam o Direito às escolhas dos indivíduos, seja na forma como as normas afetam o comportamento ou em termos de quais normas propiciam melhor bem-estar social (SERRANO, 2018, p. 398).

Considerando tais premissas e voltando-nos para a análise da convergência entre a análise econômica do direito e o direito tributário, observa-se que a interpretação econômica do fato gerador está ligada a hermenêutica volta aos interesses do Estado, ao passo que a AED não se restringe aos objetivos financeiros do Estado, buscando analisar como os incentivos criados pelo Estado são recepcionados pelos indivíduos, sem promover interpretações que privilegiam quaisquer das partes (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 31).

Conforme dispõe Paulo Márcio Reis Santos (2013):

A Análise Econômica do Direito é um critério hermenêutico que se propõe a auxiliar a obtenção de respostas a diversos problemas jurídicos. Para tanto, a AED utiliza diversos instrumentos teóricos e práticos da Ciência Econômica para ampliar e aperfeiçoar a aplicação do Direito. Ela é um método de estudo que investiga os fatos, de modo racional, em conformidade às regras da Economia para a obtenção do resultado eficiente e justo. (SANTOS, 2013, p. 101-102).

Por sua vez, SERRANO (2019) destaca que:

A Análise Econômica do Direito privilegia a busca do valor eficiência quando da análise comparativa das consequências de diferentes normas passíveis de aplicação a um caso concreto. O direito, por sua vez, estabelece a busca do ideal de justiça como seu norteador. Nessa questão, vale examinar se as conclusões acerca de decisão mais eficiente a ser tomada pelo juiz no caso concreto poderiam afetar direitos fundamentais. Para os defensores mais fervorosos da AED, poderia a eficiência até influenciar o conceito de justiça. O ordenamento jurídico brasileiro, de forte influência da *civil law*, tem nas garantias e direitos previstas na Constituição Federal do Brasil, a base irradiadora de força normativa de todo sistema. (SERRANO, 2019, p. 411)

O Direito Tributário, por sua vez, situa-se no âmbito do Direito Público, no

conjunto normativo que disciplina as relações jurídicas em que o Estado é parte, sendo disciplinado pelo conjunto de normas de direito público, com aplicação subsidiária de normas de direito privado.

Na concepção de COSTA (2019) o Direito Tributário é um conjunto de normas jurídicas que disciplinam a instituição, a arrecadação e a fiscalização de tributos. Em contrapartida, CARVALHO (2019), define o Direito Tributário como:

(...) 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.

Sem dúvidas, o sistema tributário brasileiro é um dos mais complexos sistemas existentes, o que afeta diretamente os contribuintes e o próprio Estado, havendo, portanto, a necessidade de alto investimento para que seja possível regulamentar, fiscalizar e arrecadar os tributos devidos.

A insegurança jurídica e a complexidade do sistema vigente são, costumeiramente, apontadas como justificativas para quedas nos índices de investimentos internacionais no Brasil, de maneira que o direito tributário possui uma linha de intersecção clara com a economia.

Durante muito tempo as decisões judiciais em matéria tributária se ocuparam da famigerada complexidade do sistema brasileiro, sem, contudo, observar o viés econômico. Todavia, o que se observa nos julgamentos mais recentes, sobretudo, àqueles de grande repercussão, promovidos pelo Supremo Tribunal Federal, é a adoção de premissas inaugurais da teoria econômica do direito como fundamento para desprover pretensões dos contribuintes que gerem grandes impactos nas contas públicas, ou ainda, para modular os efeitos de decisões contrárias ao fisco, a fim de minimizar eventuais impactos.

3. MODULAÇÃO DE EFEITOS

A modulação de efeitos das decisões tem inspiração no direito norte- americano, no instituto chamado de *prospective overruling*. Essa técnica de julgamento é adotada quando a Corte Suprema decide que uma nova regra, proveniente da alteração de um precedente, será aplicada apenas aos fatos que ainda estão sob apreciação e aos subsequentes, mas não aos fatos

já ocorridos, garantindo segurança jurídica e em homenagem a previsibilidade das decisões judiciais (FERRAZ, 2017, pos. 1.711).

No Direito brasileiro, a ideia de modulação de efeitos está assentada no artigo 27 da Lei nº 9.868/99² e artigo 11 da Lei nº 9.882/1999³, possibilitando ao Poder judiciário, restringir os efeitos da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade, consubstanciado na segurança jurídica ou em eventual, interesse social. Todavia, esse tema não é recente, de modo que é possível encontrar a modulação de efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade sendo utilizada no STF desde 1977, como ocorreu no caso do RE 79.343/BA.

No atual cenário, a modulação de efeitos ocorre quando há consolidação de situação fática e, primando-se pela segurança jurídica, opta por sua preservação e/ou nos casos de declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado. Embora o STF também venha admitindo a modulação dos efeitos de em sede de controle difuso, o que não é vedado pela legislação.

Em que pese o instituto da modulação de efeitos objetive a preservação da segurança jurídica e o interesse social, sua utilização ainda é feita com certa parcimônia.

Segundo Carvalho (2016):

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. (CARVALHO, Paulo de Barros. Derivação e Positivação. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 276.)

² 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.

³ 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.

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 ser aplicada sob o aspecto temporal – quando é fixada determinada data para a decisão da corte surtir efeitos, e/ou em relação a outros aspectos – quando se estabelece a modulação como limitação ao aspecto material, especial ou pessoal da vigência.

Ao tratar da modulação de efeitos vinculada à análise econômica do direito, verifica-se a adoção da teoria de forma subsidiária, ou seja, nos casos onde persiste dúvida acerca da aplicação mais adequada pautada na legislação e eficiência, dentro dos ditames da realidade do caso concreto.

Logo, a aplicação de ciência da economia se dá de maneira complementar aos aspectos jurídicos, especialmente, em observância ao princípio da segurança jurídica /ou do excepcional interesse social.

4. ANÁLISE DE CASO CONCRETO

Para FRIEDMAN⁴, existem três tipos de abordagens estabelecidas a partir da análise econômica do direito, quais sejam:

- (i) predizer 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;
- (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.
- (iv)

Essa abordagem, a proposta da análise econômica do direito seria de promover a interpretação das regras jurídicas com o fim de avaliar seus efeitos de estímulo, as mudanças

⁴ FRIEDMAN, David D., Law's order – what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 15.

de comportamento das instituições jurídicas e das reformas propostas, criando uma ferramenta para análise e interpretação de casos concretos.

Partindo das abordagens mencionadas, volvemo-nos ao caso concreto posto em apreço, o qual consiste no julgamento promovido pelo Supremo Tribunal Federal em 15 de março de 2017, do RE 574.706/PR (Tese do século).

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármem Lúcia, então Presidente da Corte, apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Conforme o entendimento do Supremo, os valores de ICMS são repassados para o Estado arrecadador, sendo, assim, uma receita temporária para as empresas — e, portanto, não podem ser vistos como parte do faturamento ou da receita bruta, não estando assim sujeitos à incidência do PIS e Cofins.

Segundo a decisão proferida pelo STF, o ICMS seria uma receita pertencente aos estados e não aos contribuintes.

A partir da decisão acerca do RE nº 574.706/PR, a Fazenda Nacional apresentou embargos de declaração, cujos pontos foram esclarecidos e julgados definitivamente em 2021 pelo STF, que concluiu que o valor de ICMS a ser excluído da base de cálculo de PIS e Cofins é o destacado na nota fiscal da operação da venda, e não apenas o valor recolhido de fato, havendo ainda a modulação dos efeitos da decisão, que será objeto de análise adiante.

Todavia, neste ponto, cabe destacar que no lapso temporal decorrido entre a data do julgamento da “tese do século”, ocorrido em 2017, até o julgamento dos embargos em 2021, inúmeras previsões foram divulgadas por analistas e, sobretudo pela própria Fazenda Nacional acerca do impacto financeiro que a decisão traria aos cofres públicos, sobretudo, na hipótese de não acolhimento dos embargos de declaração opostos com a finalidade de obter a modulação dos efeitos.

Inicialmente, o prejuízo foi orçado em R\$ 250 bilhões, porém, mesmo após a modulação dos efeitos, em 2021, as estimativas de impacto foram elevadas para R\$ 533 bilhões — valores estimados de perda de arrecadação e estimativa de resarcimentos.⁵

No tema 69, o STF entendeu que, como havia recurso repetitivo julgado pelo STJ em favor da Fazenda e como o próprio STF chegou a decidir em casos individuais que o

⁵ VITAL, Danilo. Rescisórias abrem novo round na disputa sobre a ‘tese do século’. CONJUR, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-20/rescisorias-abrem-novo-round-na-disputa-sobre-a-tese-do-seculo-no-judiciario/>. Acesso em: 10 de dezembro de 2023.

tema não deveria ser julgado pela Corte, por ser matéria infraconstitucional, havia um quadro estabilizado de orientação jurisprudencial, alterado pelo julgamento do tribunal em 2017. Assim, essa mudança jurisprudencial autorizaria a modulação dos efeitos da decisão.

Nos embargos de declaração opostos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em suas razões, requereu a modulação dos efeitos da decisão para que produza efeitos gerais, após o julgamento dos Embargos de Declaração e da definição de todas as questões pendentes, buscando evitar, com base nos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, alegada nociva “reforma tributária com efeitos retroativos.

Foi apontada ainda em sede de embargos matéria jornalística publicada no Valor Econômico sobre as consequências do julgamento, em que se teria divulgado que a:

“decisão, nos termos em que foi proferida (i) atinge profundamente o sistema tributário brasileiro, podendo alcançar um sem número de tributos; (ii) provocará uma mudança dos preços relativos da economia (beneficiando os maiores contribuintes do ICMS); (iii) impõe uma reforma tributária (sem garantias que se crie um sistema melhor que o sistema atual, mas aquele que for possível); (iv) possibilita restituições que implicarão em vultosas transferências de riqueza dentro da sociedade”.

Os embargos asseveraram ainda um gravoso impacto no equilíbrio orçamentário e financeiro dos Estados, assinalando que os:

Riscos fiscais para o ano de 2015, exclusivamente no que diz respeito a incidência do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS – excluído portanto o potencial da tese adotada impactar em outras controvérsias –, chegou aos seguintes valores, com base em informações da Receita Federal do Brasil, para as possíveis restituições: R\$ 250.294,05 milhões, até 2015. Tais números, no que tange às perdas, se repetiram na LDO de 2017.

Claramente, houve uma chamada ao apelo dos impactos econômicos e reflexos sociais para provimento dos embargos de declaração.

De tal forma, o Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017 - data em que julgado o RE nº 574.706 e fixada a tese com repercussão geral "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS" -, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-COFINS, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado.

A ementa assentada no caso em questão aduz que:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO

DO PIS E CONFINS. DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO/RECEITA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE DO JULGADO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES. IMPACTOS FINANCEIROS E ADMINISTRATIVOS DA DECISÃO. MODULAÇÃO DEFERIDA DOS EFEITOS DO JULGADO, CUJA PRODUÇÃO HAVERÁ DE SE DAR DESDE 15.3.2017 – DATA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 E FIXADA A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DE QUE “O ICMS NAO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS” - , RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PROTOCOLADAS ATÉ A DATA DA SESSÃO EM QUE PROFERIDO O JULGAMENTO DE MÉRITO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

Especificamente quanto à modulação dos efeitos, o julgamento em questão enfatizou as lições de Teresa Arruda Alvim (2021), para quem “a posição do jurisdicionado frente ao poder estatal, a boa-fé, a confiança e a segurança jurídica são princípios fundamentais subjacentes à prospecção dos efeitos das decisões judiciais modificadoras da jurisprudência até então dominante⁶”.

Ao mesmo tempo, o julgamento em questão adotou o entendimento de que a modulação seria aplicável, da mesma forma que para o jurisdicionado, aos casos em que a modificação na orientação jurisprudencial ocorre em desfavor da Fazenda Pública, como no caso vertente⁷.

O acórdão destaca ainda que o posicionamento assentado em sede do julgamento proferido em 2017 pelo Supremo Tribunal, em sede de repercussão geral, teria rompido com a jurisprudência até então consolidada no Superior Tribunal de Justiça, fato que, aliado ao cenário de crise fiscal suscitado pela União em suas razões recursais, fundamentaria a modulação dos efeitos da decisão.

É cediço o entendimento segundo o qual, dentre os fundamentos da Análise Econômica do Direito, destacar-se-ia a segurança e previsibilidade no ordenamento jurídico. De modo que a teoria em questão contribuiria para a maximização, equilíbrio e eficiência as relações jurídicas (LEITE MONTEIRO, 2015, P. 1089)

Mediante análise detida da *ratio decidendi* que se extrai do julgamento proferido em sede de embargos de declaração no âmbito do RE nº 574.706 verifica-se que estão presentes

⁶ ALVIM, Teresa Arruda. Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 PARANÁ. MINISTRA CÂRMEN LÚCIA (Relatora). Brasília – DF, 12 de maio de 2021.

os mesmos fundamentos que norteiam a análise econômica do direito, tanto a segurança jurídica quanto a previsibilidade da decisão.

De tal forma, pode-se considerar que, embora não seja nominalmente citada no texto jurisprudencial em análise, denota-se a presença dos fundamentos da AED nas razões que justificam a modulação dos efeitos da decisão em questão, a qual esteve substancialmente em questões estritamente econômicas, na busca pela menor onerosidade ao Estado, bem como, na segurança jurídica frente à jurisprudência anteriormente adotada pelos Tribunais Superiores acerca do tema.

CONCLUSÃO

Pelo o exposto, depreende-se que a análise econômica do direito pretende promover, em arrazoada síntese, a aplicação de teorias econômicas nas ciências jurídicas na tentativa de se alcançar um maior grau de segurança, previsibilidade e eficiência das normas do Direito.

Ademais, restou consignado que os fundamentos da AED há muito já são utilizados em diversos ramos do Direito, de modo que a implementação de suas diretrizes para a aplicação, formulação e interpretação das normas jurídicas tem a função precípua de aumentar, como já mencionado, o grau de segurança, previsibilidade e eficiências das relações jurídicas.

Partindo-se dessas premissas, o estudo de caso apresentado referiu-se ao julgamento da chamada Tese do Século, mediante a qual o STF decidiu pela “não incidência do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS”, no qual houve a modulação dos efeitos da decisão, evitando a judicialização de mais demandas sobre o tema, bem como, protegendo a situação econômica e fiscal da União e, por fim, garantindo a segurança jurídica frente às teses já existentes acerca do tema.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica.** Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 30. ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e Positivação.** 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.

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

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: Enfam, 2010.

MONTEIRO, Renato Leite. **Análise econômica do direito: Uma visão didática**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf>. Acesso em: 13.dez.2023.

LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). *Trinta anos de brasil: diálogos entre direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 8.

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.

MONTORO FILHO, André Franco (org.). *Direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PACHECO, P. M. **El análisis económico del Derecho – una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2 ed. Revista e Ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2016. Volumes 1 e 2.

SANTOS, Paulo Márcio Reis. **Direito Econômico Processual: uma abordagem pela análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Universidade Fumec. Fundação Mineira de Educação e Cultura, 2013.

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.

SPECTOR, H. Justicia y bienestar. **Desde uma perspectiva de Derecho comparado.** Doxa, n° 26, 2003.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. **Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no brasil**, REDUnB, v.10, 2012, pp. 25-53.