

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: ANÁLISE À LUZ
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Marcos Rodrigues Nunes da Silva

Rio de Janeiro
2026

MARCOS RODRIGUES NUNES DA SILVA

MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: ANÁLISE À LUZ
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador

Prof. Gabriel Sant'anna Quintanilha

Coorientadora:

Profa. Mônica C. F. Areal

Rio de Janeiro
2026

MARCOS RODRIGUES NUNES DA SILVA

MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: ANÁLISE À LUZ
DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro

Aprovada em ____ de _____ de 2026. Grau atribuído: ____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro-EMERJ

Convidado: Desembargador Guilherme Braga Peña de Moraes– Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

Orientador: Prof. Gabriel Sant’anna Quintanilha – Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro-EMERJ

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO AUTOR.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, dedico este esforço aos meus familiares, em especial à minha mãe, cujo companheirismo e suporte incondicional foram a base que sustentou cada passo da minha trajetória. Nada do que conquistei seria possível sem a força silenciosa, o amor cotidiano e a confiança absoluta que ela sempre depositou em mim. Ao meu padrasto, agradeço pelos ensinamentos que, dia após dia, me moldaram, fortaleceram e engrandeceram — como pessoa e como homem. Carrego comigo cada conselho, cada gesto e cada exemplo.

Agradeço também, com profundo carinho, à minha companheira Giovanna, pela caminhada compartilhada desde a adolescência até a maturidade. Crescemos juntos, aprendemos juntos e seguimos lado a lado, certos de que muito mais virá. Sua presença constante e seu amor tornam minhas jornadas mais simples, apesar de suas dificuldades.

Por fim, manifesto minha sincera gratidão aos meus colegas da EMERJ, com quem dividi três anos intensos de convivência, estudo e aprendizado e hoje chamo de amigos. Cada troca, cada apoio e cada momento de parceria tornaram o caminho mais leve e simples. Seguimos juntos, rumo à aprovação, carregando não apenas conhecimento, mas uma história e um laço que jamais serão esquecidos.

SÍNTESE

A presente monografia desenvolve uma análise empírica, crítica e interdisciplinar sobre a utilização da técnica da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, examinando-a à luz da Análise Econômica do Direito. O trabalho parte da premissa de que a modulação, concebida como técnica excepcional para proteção da segurança jurídica e do interesse social, sofre um processo de expansão e normalização no âmbito tributário, muitas vezes orientado por normas abertas e argumentos de baixa densidade argumentativa. A pesquisa combina o levantamento quantitativo das decisões do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral com a análise qualitativa de julgados paradigmáticos, evidenciando a falta de coerência argumentativa no padrão decisório. Por fim, a monografia conclui que a aplicação da modulação em matéria tributária somente pode ser reconduzida aos seus pressupostos constitucionais quando acompanhada de critérios objetivos e de uma análise consequencial estruturada, fundada na racionalidade própria da Análise Econômica do Direito. O emprego da AED funciona, assim, como mecanismo de legitimação democrática da jurisdição constitucional, ao exigir fundamentação qualificada e transparente, capaz de oferecer maior segurança jurídica, reforçar a isonomia entre contribuintes e assegurar a neutralidade concorrencial do sistema tributário, evitando que a exceção se transforme em regra e que a supremacia da Constituição seja relativizada por argumentos fiscais intuitivos ou voluntaristas.

PALAVRAS-CHAVE: análise econômica do direito; modulação de efeitos; Supremo Tribunal Federal; Tributação; controle de constitucionalidade; segurança jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: CONCEITO E APLICAÇÃO.....	10
1.1. INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E CONCEITOS FUNDAMENTAIS.....	10
1.2. MATRIZES TEÓRICAS	16
1.3. APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA NO DIREITO BRASILEIRO	28
2. INSTITUTO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA..	36
2.1. CONDIÇÕES GERAIS PARA A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	36
2.2. SEGURANÇA JURÍDICA E EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL	46
2.3. APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	49
3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES MODULADAS PELO STF ...	55
3.1. ANÁLISE QUALITATIVA DAS DECISÕES COM EFEITOS MODULADOS PELO STF	55
3.2. MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	80
CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	94

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AED – Análise Econômica do DireitoCPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTN – Código Tributário Nacional
EC – Emenda Constitucional
ER – Embargos de Declaração
Fisco – Fazenda Pública (União, Estados, DF e Municípios)
ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IRPJ – Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas
ISS – Imposto Sobre Serviços
LC – Lei Complementar
Min. – Ministro
MP – Medida Provisória
P. – Página
PEC – Proposta de Emenda à Constituição
RE – Recurso Extraordinário
RG – Repercussão Geral
RFB – Receita Federal do Brasil
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

A presente monografia explora, de forma quantitativa e qualitativa, a aplicação do instituto da modulação de efeitos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária à luz da Análise Econômica do Direito.

O objeto geral deste estudo consiste em examinar o emprego do instituto da modulação de efeitos dentro da seara do Direito Tributário e verificar como o emprego da AED revela-se imprescindível para oferecer maior coerência argumentativa e metodológica para este instituto. Quanto aos objetivos específicos, são eles: (a) identificar, em termos quantitativos, o número e o perfil das decisões proferidas pelo STF em matéria tributária com modulação de efeitos, bem como a compatibilidade desse uso com os parâmetros constitucionais; (b) analisar qualitativamente os fundamentos invocados para modular – ou para rejeitar a modulação – em julgados paradigmáticos, contrastando decisões em que a modulação foi deferida e indeferida; e (c) investigar os incentivos jurídicos, econômicos e concorrenciais gerados pelo atual estado da arte, com especial atenção a fenômenos como a inconstitucionalidade útil, o moral *hazard* institucional e a litigância estratégica.

O tema revela-se de grande relevância prática e teórica. No plano prático, a modulação em matéria tributária repercute diretamente na arrecadação pública e nas finanças estatais, além de afetar o comportamento dos contribuintes e dos entes federados, que passam a ajustar suas condutas diante dos incentivos gerados pela jurisprudência do STF. No plano teórico, o crescente uso da modulação tem despertado intenso debate jurídico e acadêmico acerca dos limites da jurisdição constitucional, da influência de argumentos consequencialistas e do papel da Corte como agente ativo na política tributária nacional e na concorrência entre competidores de mercado.

Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa empírico-qualitativa, desenvolvida por meio de análise bibliográfica e documental, que envolve o levantamento e o exame sistemático das decisões proferidas pelo STF em sede de repercussão geral, no período compreendido entre 2007 e 2025. A metodologia combina uma etapa quantitativa, voltada à identificação das decisões que aplicaram a técnica da modulação de efeitos, com uma etapa qualitativa, destinada à análise das razões determinantes de tais decisões, de modo a identificar padrões de comportamento e fundamentos recorrentes.

O primeiro capítulo é dedicado à introdução teórica da Análise Econômica do Direito, a partir da apresentação de conceitos fundamentais, origens históricas e principais correntes de pensamento que compõem essa disciplina. São exploradas, ainda, as hipóteses de aplicação da

AED no ordenamento jurídico brasileiro diante da transmissão de um instituto da *common law* para um país de *civil law*.

O segundo capítulo concentra-se na modulação de efeitos como instrumento jurídico, abordando sua origem normativa, seu desenvolvimento na jurisprudência constitucional brasileira e os fundamentos que legitimam sua aplicação, em especial os princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social, previstos no art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e no art. 927, §3º, do Código de Processo Civil. Além disso, o capítulo apresenta a dicotomia de aplicação do instituto: de um lado, como a doutrina entende devida a sua aplicação e, de outro, a forma como a jurisprudência do STF aplica quantitativamente esse instituto, a partir do levantamento histórico das decisões em sede de repercussão geral, proferidas entre 2007 e 2025.

O terceiro capítulo constitui o eixo central da monografia. Nele se realiza, inicialmente, uma análise qualitativa de julgados paradigmáticos do STF em matéria tributária, a partir do estudo dos Temas 69, 881 e 745 de repercussão geral, com destaque para as razões de decidir, as divergências entre os ministros e a ausência de critérios uniformes na fixação de marcos temporais. Em seguida, as decisões são reinterpretadas à luz da Análise Econômica do Direito, examinando-se os incentivos gerados para o Estado e para os contribuintes, os efeitos sobre a neutralidade tributária, a isonomia concorrencial e a hiperlitigiosidade.

A importância deste estudo decorre da necessidade de compreender, de forma empírica e interdisciplinar, como o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado da técnica da modulação de efeitos no contexto tributário e de que maneira suas decisões influenciam o comportamento dos contribuintes, o desenho institucional do sistema tributário e o próprio equilíbrio entre supremacia constitucional e governabilidade fiscal. Ao aproximar o Direito Constitucional Tributário da Análise Econômica do Direito, pretende-se oferecer subsídios teóricos e práticos para o aperfeiçoamento do uso da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade e para a construção de um sistema mais previsível, racional e eficiente, em que a exceção não se converta em regra nem a supremacia da Constituição seja relativizada por argumentos fiscais de baixa densidade justificativa.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: CONCEITO E APLICAÇÃO

O presente estudo tem por objetivo examinar as contribuições da Análise Econômica do Direito para o Direito como campo normativo e metodológico decisório. Parte-se da premissa de que os sistemas jurídico, político e econômico não operam de forma isolada, mas se comunicam e se influenciam mutuamente. O que se pretende, portanto, é apresentar uma introdução aos principais conceitos e matrizes teóricas da AED, buscando compreender como o Direito se transforma quando é analisado sob a ótica da racionalidade econômica.

Este capítulo busca responder à seguinte indagação: de que modo a Análise Econômica do Direito deve ser utilizada no Direito brasileiro? A fim de responder essa pergunta, o presente estudo se propõe a delimitar o objeto da AED, bem como explicitar os principais conceitos abordados por esta literatura, aproximando o leitor dessa temática interdisciplinar.

A estrutura do capítulo organiza-se em três seções: na primeira, apresentam-se os conceitos fundamentais da Análise Econômica do Direito; na segunda, analisam-se as principais matrizes teóricas da AED; e, na terceira, discute-se a aplicação da análise econômica ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no campo tributário.

1.1. INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Richard Posner¹, a AED é o estudo das normas jurídicas, com o objetivo de compreender, criticar e aprimorar o ordenamento jurídico com base no critério da eficiência alocativa. A partir dessa premissa, o comportamento humano é guiado pela racionalidade e pela maximização da utilidade, em que escolhas são feitas em resposta a incentivos em um contexto de recursos escassos. Seu objetivo central, segundo Luiz Fux e Bruno Bodart², é avaliar como as regras jurídicas podem promover a eficiência econômica, alocando recursos de maneira a maximizar o bem-estar social.

A origem institucional da Análise Econômica do Direito remonta aos estudos desenvolvidos na Universidade de Chicago nas décadas de 1950 e 1960, especialmente no

¹POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986. p. 23.

²FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

trabalho de Ronald Coase, com o célebre artigo *The Problem of Social Cost*,³ e de Gary Becker, que propôs modelos econômicos para a análise do comportamento criminoso⁴. No entanto, é com Richard Posner que a AED adquire robustez teórica e difusão sistemática, a partir da publicação de *Economic Analysis of Law*⁵, obra na qual o autor propõe a eficiência como critério principal de avaliação das normas jurídicas. Posner⁶ parte do pressuposto de que o Direito, historicamente, tende a promover soluções economicamente eficientes, ainda que não de forma consciente ou deliberada.

Pode-se sintetizar a proposta da Análise Econômica do Direito com a seguinte definição de Nicholas Mercuro e Steven G. Medema⁷: “*Law and Economics*” can be defined as the application of economic theory—primarily microeconomics and the basic concepts of welfare economics—to examine the formation, structure, processes, and economic impact of law and legal institutions”.

Trata-se, portanto, de um paradigma teórico que, ao aplicar o raciocínio econômico às instituições jurídicas, contribui para o aperfeiçoamento do Direito e para a identificação de seus efeitos sociais concretos. Ao colocar o comportamento humano no centro da análise normativa, a AED revela-se um importante recurso para a crítica e a reforma do ordenamento jurídico, especialmente em contextos de complexidade e ineficiência institucional, como é o caso do emprego do instituto da modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade de tributos no sistema tributário brasileiro, conforme será amplamente demonstrado no terceiro capítulo deste trabalho.

³COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 15, Oct. 1960.

⁴ Em “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”, Gary Becker (1968) aplica a lógica da escolha racional ao comportamento criminoso, inaugurando uma nova abordagem para o estudo das infrações penais. O autor propõe que os indivíduos decidem cometer crimes a partir de uma análise de custo-benefício, considerando as probabilidades de detecção, os tipos e severidades das penas e as alternativas legais disponíveis. A partir de modelos microeconômicos e função de utilidade esperada, Becker demonstra que a criminalidade pode ser reduzida por meio de políticas que aumentem a probabilidade de punição e/ou o custo da penalidade, observando os limites impostos pelos custos de aplicação da lei e pelas externalidades das sanções. O trabalho estabelece critérios de eficiência para o sistema penal, revelando que, em muitos casos, a pena pecuniária pode ser superior à prisão em termos de custo social. Trata-se de uma contribuição seminal à Análise Econômica do Direito Penal, com profundas implicações para a teoria da pena, a política criminal e o desenho institucional do sistema de justiça. BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169–217, 1968.

⁵POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

⁶*Ibidem*.

⁷ A Análise Econômica do Direito pode ser definida como a aplicação da teoria econômica — especialmente a microeconomia e os conceitos fundamentais da economia do bem-estar — para examinar a formação, a estrutura, os processos e o impacto econômico das leis e das instituições jurídicas. Tradução livre. MAERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p.1.

Segundo Luiz Fux e Bruno Bodart⁸, a análise econômica do Direito pode ser compreendida sob três dimensões complementares. Em primeiro lugar, os autores destacam a perspectiva heurística, voltada à identificação da racionalidade que fundamenta a criação e a estruturação dos institutos jurídicos, conferindo-lhes unidade e justificando sua existência, como ocorre com os direitos de propriedade, as regras de responsabilidade civil ou a disciplina dos contratos. Em segundo lugar, destacam o aspecto descritivo, direcionado à observação e determinação dos efeitos sociais das normas jurídicas, investigando como diferentes escolhas legislativas impactam a realidade, a exemplo da comparação entre a adoção da responsabilidade objetiva e a exigência da prova de culpa. Esses dois enfoques, em conjunto, são denominados análise econômica positiva do Direito, na medida em que descrevem e explicam o funcionamento das normas sem propor alterações de valor. Por fim, descrevem o aspecto normativo, que se volta a definir quais normas devem prevalecer, avaliando sua eficiência a partir dos resultados apurados nas análises heurística e descritiva, estabelecendo, assim, um critério de desejabilidade normativa orientado pela racionalidade econômica.

Segundo Luiz Fux e Bruno Bodart⁹:

Toda determinação imposta pelas fontes do Direito influencia a forma como os indivíduos se comportam na busca pelos seus interesses. A alteração dos mandamentos legais gera modificações, intencionais ou não, na forma como recursos são alocados na sociedade. Essas mudanças decorrentes da configuração do ordenamento jurídico podem constituir um resultado socialmente indesejado ou que não confere a melhor satisfação possível ao interesse dos envolvidos. Uma das principais características da análise econômica do Direito, portanto, é concentrar o exame das normas jurídicas exclusivamente nas suas consequências. Leis e decisões judiciais são importantes não por possuírem um valor em si, mas pelos efeitos causados em relação ao grupo que pretendem atingir — ou que atingem não intencionalmente. Sob a análise econômica, o Direito é uma política pública, sendo que o raciocínio analítico teórico e a pesquisa empírica são utilizados para torná-la mais eficiente no cumprimento dos objetivos eleitos pela sociedade.

Na AED, por se tratar de uma ciência derivada do campo da economia, são empregados conceitos pouco ou nada familiares ao operador do direito, sendo imperioso, neste momento do trabalho, familiarizar o leitor com eles, a fim de gerar maior compreensão do objeto deste estudo.

O primeiro conceito a ser abordado no presente estudo é o de economia, que, segundo Robbins¹⁰, trata-se de ciência social que analisa o processo de escolha humana em situações nas

⁸FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. 2. ed. London: Macmillan, 1935. p. 12-17.

quais os recursos disponíveis são insuficientes para atender a todos os desejos. Segundo o autor, a essência do problema econômico está na escassez: os recursos necessários para atingir os fins humanos são limitados e possuem usos alternativos, o que obriga os indivíduos a priorizarem.

De forma conexa, Luiz Fux e Bruno Bodart¹¹ conceituam economia como o campo de estudo cujo escopo é a análise da alocação de recursos escassos de modo eficiente, considerando o comportamento dos diversos agentes que buscam maximizar a satisfação de suas preferências individuais. Os autores¹² remetem à origem etimológica do termo “economia”, que deriva do grego *oikonomos*, em que *oiko* significa “casa” e *nomos* traduz-se por “regras”. Trata-se, portanto, da figura do administrador doméstico ou de uma coletividade, cuja função consiste em gerir, da forma mais racional possível, os bens limitados disponíveis para atender às necessidades de seus integrantes.

Segundo, em relação ao conceito de eficiência, Posner¹³ define como a alocação de recursos de forma a maximizar a riqueza social. Para definir o que seria essa maximização social é possível empregar dois critérios diferentes¹⁴, quais sejam: o critério da eficiência de Pareto, no qual uma alocação é eficiente quando não for possível melhorar a situação de um agente sem piorar a de outro, ou o critério de Kaldor-Hicks, que considera uma situação eficiente se os benefícios totais superam os custos, mesmo que alguns indivíduos sejam prejudicados, desde que, em teoria, possam ser compensados.

Exemplificando, para assegurar a compreensão de ambas as teorias: quanto ao critério de Pareto, imagine que duas empresas negociam um contrato de fornecimento. Após ajustes, ambas saem ganhando: uma com maior lucro e a outra com insumos mais baratos. Nenhuma terceira parte é afetada. A troca gera uma melhoria de Pareto, pois ambas melhoram e ninguém piora. A partir desse critério, caso haja alguma parte com qualquer prejuízo, não haverá eficiência na medida. Quanto ao critério de Kaldor-Hicks, imagine uma simplificação tributária que reduz custos para a maioria dos setores, mas aumenta a carga sobre setores específicos antes favorecidos. Caso o ganho agregado (redução de litígios, aumento de arrecadação) supere as perdas dos setores afetados, tratar-se-ia de um ganho eficiente, segundo Kaldor-Hicks¹⁵.

¹¹FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹²*Ibidem*.

¹³POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986. p. 13.

¹⁴MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2020. p. 43-46.

¹⁵*Ibidem*.

Por outro lado, Coase¹⁶, em sua obra *The Problem of Social Cost*, aborda a eficiência em termos de custos de transação dentro do setor privado. Para o autor¹⁷, uma alocação eficiente ocorre quando, na ausência de custos de transação, as partes negociam livremente para alcançar uma distribuição de recursos que minimize os custos totais e maximize o benefício coletivo.

Dessa forma, a importância prática desse conceito no contexto da AED é sua adoção como parâmetro normativo para avaliar normas jurídicas, políticas públicas e decisões judiciais, com base em sua capacidade de minimizar os custos sociais e maximizar o bem-estar agregado. Assim, leis e instituições são analisadas não apenas por sua coerência interna, mas também pelos efeitos que produzem sobre o comportamento dos agentes e sobre a alocação de recursos na sociedade.

Terceiro, a utilidade, segundo Posner¹⁸, é entendida como a medida subjetiva de satisfação ou benefício que os indivíduos buscam maximizar por meio de suas escolhas, sendo o principal critério para avaliar comportamentos racionais. No mesmo sentido, Robbins¹⁹ conceitua utilidade como uma expressão da preferência ou da prioridade que um agente atribui a certos fins em comparação com outros, no momento de escolher como empregar os recursos disponíveis. Ele²⁰ rejeita a ideia de uma utilidade mensurável em termos quantificáveis, defendendo que a análise econômica trabalha com utilidade ordinal, isto é, com a ordenação das preferências individuais. Dessa forma, a utilidade está intimamente ligada à escolha racional: os agentes econômicos buscam maximizar o uso dos recursos escassos segundo uma hierarquia de fins.

Trata-se do principal fundamento da teoria da escolha racional, segundo a qual os agentes econômicos tomam decisões com o objetivo de maximizar sua utilidade, que será estudada de forma mais detalhada no próximo subcapítulo.

Quinto, sobre o conceito de escassez. Para Lionel Robbins²¹, a escassez é o elemento central que define a natureza do problema econômico. O autor²² conceitua a Economia como a ciência que estuda o comportamento humano em relação à alocação de meios escassos com usos alternativos para a satisfação de fins múltiplos. A escassez implica que não é possível

¹⁶COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 15, Oct. 1960.

¹⁷*Ibidem*.

¹⁸POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986. p. 4.

¹⁹ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. 2. ed. London: Macmillan, 1935. p. 12-17.

²⁰*Ibidem*.

²¹*Ibidem*.

²²*Ibidem*.

atingir todos os objetivos simultaneamente, o que obriga os indivíduos e a sociedade a fazerem escolhas.

No campo do Direito e da Economia, a escassez está intimamente ligada à necessidade de criar sistemas que promovam a eficiência na alocação de recursos. Como prova disso, em seu artigo clássico *The Tragedy of the Commons*, Garrett Hardin²³ argumenta que a busca individual pela maximização de utilidade em um contexto de acesso comum a recursos finitos conduz, inevitavelmente, à degradação desses recursos. Utilizando o exemplo de um pasto compartilhado por diversos criadores de gado, Hardin²⁴ demonstra como cada indivíduo é incentivado a adicionar mais um animal ao rebanho, pois os lucros são privados, enquanto os custos do sobrepastoreio são socializados. A lógica do comportamento racional individual, portanto, leva ao colapso do sistema coletivo, uma vez que os incentivos estruturais delineados para um maior bem-estar individual levam a um resultado coletivo subótimo e destrutivo.

Sexto, em relação ao conceito de externalidade, Ronald Coase²⁵ exprime a ideia segundo a qual uma externalidade ocorre quando uma atividade econômica realizada por um agente impacta terceiros, positiva ou negativamente, sem que esses efeitos sejam refletidos diretamente nos custos ou benefícios enfrentados pelo agente causador. Isso significa que há um descompasso entre os custos ou benefícios privados e os sociais de uma decisão econômica.

Nesse sentido, há diferentes formas de externalidades, sejam negativas, quando uma atividade impõe custos a terceiros que não estão diretamente envolvidos na transação, sejam positivas, quando uma atividade gera benefícios para terceiros sem que esses beneficiários se onerem com tais benesses.

Logo, a Análise Econômica do Direito se destaca como um instrumento teórico e prático essencial para compreender e aperfeiçoar o funcionamento das normas jurídicas em contextos marcados por escassez de recursos, conflitos distributivos e consequências sociais relevantes. Ao incorporar conceitos como eficiência, utilidade, externalidade e racionalidade dos agentes, a AED permite avaliar o impacto real das normas sobre o comportamento humano e a alocação de recursos, superando uma abordagem puramente formalista no campo do direito. Sua importância reside na capacidade de orientar decisões legislativas, judiciais e administrativas com base em critérios objetivos e consequencialistas, contribuindo para a construção de um

²³HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, v. 162, n. 3859, p. 1243–1248, 1968.

²⁴*Ibidem*.

²⁵COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1–8, 1960.

ordenamento jurídico mais eficiente, transparente e capaz de aplicar melhores decisões no caso concreto.

1.2. MATRIZES TEÓRICAS E JURISPRUDÊNCIA DA AED NA SUPREMA CORTE AMERICANA

A Análise Econômica do Direito desenvolveu-se a partir da intersecção entre o raciocínio jurídico e os modelos explicativos da ciência econômica. No século XX, especialmente nos Estados Unidos, consolidaram-se diferentes matrizes teóricas que sustentam a aplicação de princípios econômicos às normas, instituições e decisões jurídicas. Este subcapítulo apresenta três dessas principais vertentes, discutindo seus pressupostos, contribuições e implicações jurídicas, sendo elas: o modelo da escolha racional, a teoria da racionalidade limitada e a economia comportamental.

Primeiro, segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau²⁶:

O modelo da escolha racional permite generalizações quanto ao comportamento humano. Atribui aos humanos uma linha de conduta previsível; supõe que os humanos escolherão, sempre, entre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação. Isso implica, por exemplo, que se o custo de uma opção (preço de um bem que se quer adquirir, sacrifício para empreender uma ação) aumenta, as pessoas afetadas escolherão menos frequentemente essa opção (lei da demanda).

Segundo Posner²⁷, a base da análise econômica aplicada ao Direito é a ideia de que os indivíduos são racionais e tomam decisões orientadas pela maximização de sua utilidade. O ponto de partida desse pensamento é a premissa de que indivíduos possuem preferências logicamente ordenadas e se comportam de modo a maximizar a satisfação de seus interesses, ainda que não o façam de forma perfeita ou plenamente consciente. Dessa forma, para essa teoria, a racionalidade é presumida como um comportamento lógico e consistente: os indivíduos ordenam preferências, avaliam alternativas e escolhem aquela que lhes proporciona o maior benefício possível.

²⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. E-book.

²⁷ “The concept of man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives — that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so”. POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986. p. 4.

A teoria da escolha racional, conforme Luiz Fux e Bruno Bodart²⁸, constitui a base da economia moderna e oferece um modelo explicativo para o comportamento humano diante da escassez de recursos. Segundo os autores²⁹, essa racionalidade se apoia em duas premissas principais. Trata-se da premissa da completude, qual seja a capacidade de comparar e ordenar preferências, e da transitividade, qual seja a coerência lógica entre essas escolhas. Assim, cada agente escolhe, entre as alternativas possíveis ao seu dispor, aquela que espera gerar maior bem-estar, dadas suas limitações e expectativas. A função de utilidade traduz esse grau de satisfação e permite avaliar, de forma agregada, os efeitos das decisões individuais sobre o bem-estar coletivo, fundamento da chamada economia do bem-estar.

A adoção dessa teoria implica na noção de que o Direito deve ser analisado como um sistema de incentivos, cujas normas modelam o comportamento humano ao alterar o custo ou o benefício das escolhas disponíveis. Logo, leis, sanções, recompensas, obrigações e proibições funcionam como variáveis que modificam o cálculo racional dos agentes.

Todavia, tal teoria não é isenta de críticas. Como resposta às limitações do modelo racional clássico, a teoria da racionalidade limitada, proposta por Herbert Simon³⁰, afirma que os indivíduos tomam decisões com base em informações incompletas, capacidades cognitivas restritas e tempo limitado. A premissa é simples: ao invés de sempre se buscar uma decisão perfeita, o agente busca uma solução satisfatória dentro de um conjunto limitado de alternativas.

Segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau³¹:

Para Simon, o modelo da escolha racional é irrealista como descrição de decisões humanas, uma vez que se apoia muito sobre o tratamento da informação. Os seres humanos que decidem raramente dispõem, para problemas de média complexidade, da informação necessária para inventariar e valorizar corretamente todas as opções existentes. Mais grave ainda, mesmo que toda a informação pertinente estivesse disponível, o tomador da decisão não teria como saber disso para chegar à decisão. O espírito humano não pode fazer mais do que determinado número de coisas ao mesmo tempo, ou por vez. Deve usar esquemas simplificadores para delimitar as informações a serem consideradas na decisão.

Se a informação não for levada em conta, de forma seletiva, na decisão, é preciso resignar-se com uma “aproximação que substitua a exatidão na tomada da decisão”. Simon propõe que essa concepção seja denominada de “racionalidade limitada” (*bounded rationality*).

²⁸FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

²⁹*Ibidem*.

³⁰SIMON, Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice. **Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99–118, 1955.

³¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788522497652/>. Acesso em: 25 nov. 2024.

Em decisões complexas, os seres humanos limitam sua atenção a certo número restrito de aspectos e buscam uma solução que atenda, sob cada um deles, um nível de “satisfação”.

Exemplificando a utilização dessa teoria, imagine um microempreendedor que precisa declarar seus tributos. O sistema legal prevê um conjunto de regras específicas, mas complexas, que envolvem diferentes alíquotas, regimes especiais, prazos e obrigações acessórias. Diante da quantidade de normas e da dificuldade de compreendê-las, esse contribuinte não consegue avaliar todas as alternativas disponíveis com precisão, nem os custos exatos de cada escolha. Assim, em vez de escolher a estratégia mais eficiente para cumprir sua obrigação fiscal e capaz de resultar no menor pagamento possível de tributos, ele simplesmente adere ao regime do Simples Nacional, que, embora não seja o mais vantajoso financeiramente, representa uma escolha satisfatória, previsível e de menor risco diante das limitações informacionais e cognitivas que enfrenta.

Por fim, a teoria da economia comportamental, introduzida por Daniel Kahneman e Amos Tversky no trabalho chamado *Prospect Theory*,³² demonstra que os indivíduos avaliam perdas e ganhos de forma assimétrica, atribuindo mais peso às perdas do que aos ganhos equivalentes — um fenômeno conhecido como “*loss aversion*”. Além disso, os indivíduos apresentam comportamento inconsistente no tempo, preferências instáveis e tomam decisões influenciadas por aspectos irrelevantes da forma como as opções são apresentadas (*framing effect*), contrariando os postulados da racionalidade clássica. Esse viés comportamental desafia a ideia de que as preferências são sempre coerentes e transitivas, evidenciando que fatores psicológicos interferem na percepção de valor e risco.

Nessa senda, a Economia Comportamental consolida-se como uma das principais críticas à teoria da escolha racional, ao demonstrar, com base em experimentos empíricos e estudos interdisciplinares, que os indivíduos não se comportam de forma plenamente racional — base do modelo neoclássico³³. Em vez disso, decisões econômicas e jurídicas são influenciadas por limitações cognitivas, vieses sistemáticos e fatores emocionais. Descobertas realizadas no campo da psicologia cognitiva e da neuroeconomia revelaram que o processo decisório humano tende a simplificar a complexidade das escolhas por meio de atalhos mentais que levam a julgamentos previsivelmente falhos.³⁴

³²KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Prospect theory: an analysis of decision under risk**. *Econometrica*, v. 47, n. 2, p. 263–291, 1979.

³³FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

³⁴*Ibidem*.

Richard Thaler e Cass Sunstein, em *Nudge*³⁵, desafiam o paradigma tradicional da economia clássica ao incorporar elementos da psicologia cognitiva para entender como as pessoas realmente tomam decisões.

Um dos exemplos dados e mais conhecidos dessa irracionalidade é o efeito de dotação (*endowment effect*), que descreve a tendência das pessoas a atribuir valor mais alto a um bem simplesmente por possuí-lo³⁶. Em um experimento realizado pelos autores, participantes que receberam uma caneca exigiam, em média, o dobro do valor para vendê-la em comparação com o preço que estavam dispostos a pagar para adquiri-la antes de possuí-la. Esse fenômeno, associado à aversão à perda (*loss aversion*), demonstra que a dor psicológica de perder algo supera o prazer de ganhar o mesmo objeto ou quantia. No campo jurídico e econômico, isso explica por que consumidores relutam em trocar de fornecedor mesmo diante de vantagens financeiras ou por que investidores mantêm ativos em queda esperando que se valorizem novamente — comportamento contrário à racionalidade esperada³⁷. Na seara do direito público tributário, essa tendência pode ser observada na resistência à retirada de benefícios fiscais ou sociais já concedidos, ainda que sua manutenção se mostre economicamente ineficiente.

Outro desvio relevante identificado pela Economia Comportamental é o viés do presente (*present bias*), que evidencia a dificuldade dos indivíduos em valorarem adequadamente recompensas futuras.³⁸ Segundo os autores, a teoria do desconto hiperbólico mostra que as pessoas tendem a preferir ganhos imediatos menores em detrimento de benefícios futuros maiores — por exemplo, escolher receber X hoje em vez de duas vezes X daqui a dois anos, ainda que a segunda opção seja objetivamente mais vantajosa. Essa inclinação, segundo os autores, ajuda a compreender fenômenos como o endividamento excessivo, o consumo impulsivo e a baixa adesão a planos de previdência.³⁹

Dessa forma, a fim de contornar tais ineficiências econômicas sem retirar a autonomia dos indivíduos, Richard Thaler e Cass Sunstein⁴⁰ introduzem em sua obra três conceitos fundamentais⁴¹: primeiro, o conceito de “*nudge*” como um método leve de intervenção pública

³⁵THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.

³⁶*Ibidem*.

³⁷THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.

³⁸*Ibidem*.

³⁹*Ibidem*.

⁴⁰*Ibidem*.

⁴¹*Ibidem*.

— “empurrão” — que influencia o comportamento das pessoas de maneira previsível, sem proibir opções nem alterar significativamente os incentivos econômicos; segundo, o conceito de “arquitetura da escolha”, que diz respeito à estruturação do contexto em que as decisões são tomadas. Segundo os autores⁴² qualquer pessoa responsável por organizar as opções disponíveis a outros — sejam formuladores de políticas públicas, empresas ou instituições — atua como um arquiteto da escolha. Como exemplo, mostram que simplesmente alterar a ordem dos alimentos em uma cafeteria pode aumentar a escolha por comidas saudáveis. Por fim, a teoria é sustentada pela proposta de um “paternalismo libertário”, expressão aparentemente contraditória que, no entanto, expressa bem a intenção dos autores: influenciar o comportamento em direção a resultados melhores, sem eliminar a liberdade individual de escolha⁴³.

Dessa forma, as matrizes teóricas da Análise Econômica do Direito apresentadas acima representam abordagens complementares a fim de compreender como os indivíduos tomam decisões. Enquanto o modelo da escolha racional parte da premissa de agentes racionais, maximizadores de utilidade e responsivos a incentivos claros, a teoria da racionalidade limitada introduz realismo ao reconhecer restrições cognitivas, informacionais e temporais que afetam o processo decisório. Por fim, a economia comportamental, com base empírica sólida, evidencia que os indivíduos estão sujeitos a vieses sistemáticos e emoções, concluindo que suas escolhas nem sempre se baseiam em um pensamento lógico. Em conjunto, essas matrizes enriquecem a AED ao fornecerem ferramentas analíticas para avaliar a eficácia das normas, o desenho institucional e os resultados jurídicos sob diferentes perspectivas da racionalidade humana, tornando o Direito mais eficiente, responsivo e alinhado ao comportamento real das pessoas.

Neste momento, este trabalho examinará como a Suprema Corte dos EUA incorporou a Análise Econômica do Direito em sua jurisprudência. Como observa Heloísa Carpena⁴⁴, se os conflitos jurídicos derivam de barganhas e trocas entre agentes que buscam maximizar ganhos, o Direito deve dialogar com a economia em contratos, penal, responsabilidade civil, família e propriedade. Por meio da ótica da AED, avaliar-se-á a eficácia normativa, o desenho institucional e os resultados judiciais, explicando a evolução do emprego dessa ciência pela Suprema Corte a partir de testes formalistas para análises de efeitos e incentivos.

⁴²THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.

⁴³*Ibidem*.

⁴⁴CARPENA, Heloísa. Um olhar estrangeiro sobre a experiência norte americana no direito da concorrência. **Revista do IBRAC**, [S.l.], v.12, n.6, p.43–86, 2024. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/revista/article/view/504>. Acesso em: 1 out. 2025.

O caso *Mathews v. Eldridge* (424 U.S. 319, 1976)⁴⁵ é um marco de introdução explícita da análise custo-benefício no devido processo legal estadunidense. A lide discutiu se a suspensão de benefícios por invalidez do *social security* poderia ocorrer sem audiência probatória prévia. O autor da ação alegou que o corte de seus pagamentos sem a devida audiência prévia violava o devido processo legal. A Suprema Corte⁴⁶, discutindo a interpretação da cláusula do devido processo legal⁴⁷, estabeleceu o chamado *Mathews test*, estruturado em três fatores: primeiro, o interesse privado afetado pela decisão governamental; segundo, o risco de erro da decisão e a provável redução desse risco por meio de garantias procedimentais adicionais; e terceiro, o interesse público, incluindo os custos fiscais e administrativos de fornecer tais procedimentos.

Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que a exigência de audiências probatórias antes da suspensão de benefícios por invalidez imporia ao Estado um peso administrativo e financeiro desproporcional. Seria necessário organizar milhares de audiências, com aumento de pessoal, infraestrutura e tempo de análise, além da manutenção de pagamentos a beneficiários já considerados não mais incapazes até o julgamento final. Esses custos adicionais poderiam comprometer a sustentabilidade do programa e reduzir os recursos disponíveis para outros segurados legítimos. Esse raciocínio revela uma lógica de eficiência processual dentro do devido processo legal: a Corte reconheceu que garantias procedimentais extras só se justificam quando o ganho em acurácia supera o ônus administrativo e fiscal.⁴⁸

⁴⁵UNITED STATES Supreme Court. **Mathews v. Eldridge**, 424 U.S. 319 (1976). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/319/>. Acesso em: 2 out. 2025.

⁴⁶LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Due Process Test in *Mathews v. Eldridge* – Fourteenth Amendment, Section 1. **Cornell Law School**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-14/due-process-test-in-mathews-v-eldridge>. Acesso em: 2 out. 2025.

⁴⁷UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of the United States**. Washington, D.C.: Library of Congress, 2025. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/>. Acesso em: 2 out. 2025. *Fourteenth Amendment, Section 1* (Emenda Constitucional nº 14, §1º): “*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*” Tradução livre: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou aplicará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa de vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

⁴⁸LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Due Process Test in *Mathews v. Eldridge* – Fourteenth Amendment, Section 1. **Cornell Law School**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/amendment-14/due-process-test-in-mathews-v-eldridge>. Acesso em: 2 out. 2025.

Já o caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* (433 U.S. 36, 1977)⁴⁹ representa um paradigma na incorporação da Análise Econômica do Direito pela Suprema Corte dos EUA no campo do direito da concorrência. Até então, prevalecia o entendimento do precedente *United States v. Arnold, Schwinn & Co.* (1967)⁵⁰, segundo o qual restrições verticais impostas por fabricantes a distribuidores seriam ilícitas *per se*⁵¹, sem necessidade de avaliar seus efeitos sobre o mercado. Em *Sylvania*, contudo, a Corte alterou substancialmente esse paradigma ao afirmar que tais condutas deveriam ser examinadas à luz do “*rule of reason*”⁵², considerando não apenas a limitação da liberdade do distribuidor, mas também os possíveis ganhos de eficiência e os impactos reais sobre a concorrência. Com isso, a decisão afastou o formalismo jurídico e abriu espaço para a lógica econômica, destacando que determinadas restrições verticais podem reduzir problemas de aproveitamento parasitário, incentivar investimentos em serviços e marketing e, em última análise, beneficiar o consumidor. A relevância do caso, portanto, não está apenas no resultado específico, mas no movimento mais amplo de transformar o antitruste em uma disciplina orientada por análises de eficiência alocativa e incentivos.

⁴⁹UNITED STATES. Supreme Court. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>. Acesso em: 1 out. 2025.

⁵⁰UNITED STATES. Supreme Court. *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/365/>. Acesso em: 1 out. 2025.

⁵¹A *per se rule*, segundo a Suprema Corte dos EUA, significa que certas condutas são consideradas automaticamente ilegais, sem necessidade de avaliar seus efeitos concretos no mercado, pois a experiência já demonstrou que sempre produzem efeitos anticompetitivos. Exemplos clássicos são a fixação de preços, divisão de mercados e boicotes horizontais. Nesse caso, basta provar a existência do acordo para que se configure a violação do § 1 do Sherman Act, sem que o réu possa justificar a prática como pró-competitiva. Esse entendimento foi reafirmado em *Northern Pacific Railway Co. v. United States* (356 U.S. 1, 1958), quando a Corte destacou que tais práticas são “conclusivamente presumidas como irrazoáveis e, portanto, ilegais”. CARPENA, Heloísa. Um olhar estrangeiro sobre a experiência norte americana no direito da concorrência. *Revista do IBRAC*, [S.l.], v.12, n.6, p.43–86, 2024. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/revista/article/view/504>. Acesso em: 1 out. 2025.

⁵² Segundo Richard A. Posner, o *rule of reason* deve ser compreendido como um padrão analítico voltado para identificar se determinada restrição é, no conjunto, pró ou anticompetitiva, com base em critérios econômicos e não apenas jurídicos formais. Para Posner, a decisão da Suprema Corte em *Continental T.V. v. GTE Sylvania* (1977) representou uma guinada porque abandonou a lógica do *per se rule* e passou a reconhecer que restrições verticais podem aumentar a eficiência do mercado ao resolver problemas de *free riding* e estimular a prestação de serviços pelos distribuidores. Assim, o *rule of reason* deve condenar apenas aquelas práticas que reduzem a produção ou suprimem a concorrência de forma líquida, distinguindo entre restrições impostas para cartelizar a distribuição e aquelas voltadas a estimular a competitividade intermarca e aumentar a eficiência alocativa. Em outras palavras, trata-se de uma ferramenta econômica: não basta saber se há restrição; é preciso avaliar se, após a restrição, a produção aumentou ou diminuiu, e quais incentivos ela criou. POSNER, Richard A. *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*. *University of Chicago Law Review*, v. 45, n. 1, p. 1-20, 1977. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/vol45/iss1/1/. Acesso em: 1 out. 2025.

Ato contínuo, o caso *Exxon Shipping Co. v. Baker* (554 U.S. 471, 2008)⁵³ representa um marco na incorporação da Análise Econômica do Direito pela Suprema Corte dos EUA no campo do Direito Civil no regime dos *punitive damages*⁵⁴. Até esse julgamento, a fixação desses valores era marcada por grande variabilidade, dependente da discricionariedade dos júris, resultando em indenizações punitivas altamente desproporcionais e imprevisíveis. Nesse paradigma, contudo, a Corte alterou substancialmente sua metodologia decisória ao estabelecer, no âmbito do direito marítimo, um limite de um para um entre danos punitivos e compensatórios, fundamentando-se em evidências empíricas sobre a distribuição real das condenações e em critérios de eficiência e previsibilidade. Com isso, a decisão afastou o caráter meramente retributivo e moralista dos *punitive damages* e abriu espaço para uma lógica econômica, destacando que a sanção deve punir e dissuadir sem gerar excesso de incerteza e decisões anti-isonômicas. Logo, esse caso representa um movimento de racionalização de remédios civis dentro do contexto da responsabilidade civil, à luz da eficiência alocativa e da previsibilidade das sanções.

Essa decisão se coaduna com o modelo proposto por Polinsky e Shavell⁵⁵, que busca balancear duas funções centrais dos *punitive damages*: a dissuasão e a punição. De um lado, a teoria da dissuasão, inspirada na Análise Econômica do Direito, parte da ideia de que o montante indenizatório deve ser calibrado de modo a internalizar o custo social da conduta e impedir que o agente se beneficie de comportamentos ilícitos diante da possibilidade de escapar da responsabilização. De outro, a punição cumpre a função de expressar a censura moral e retributiva por condutas gravemente reprováveis, independentemente de cálculos de eficiência.

Além dos casos expostos, faz-se imperioso mencionar o caso *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm* (463 U.S. 29, 1983)⁵⁶, *leading case* do controle judicial de

⁵³ UNITED STATES. **Supreme Court. Exxon Shipping Co. v. Baker**, 554 U.S. 471 (2008). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/554/471/>. Acesso em: 1 out. 2025.

⁵⁴ Nos Estados Unidos, os *punitive damages* (danos punitivos ou exemplares) constituem uma categoria indenizatória extra-compensatória, isto é, valores arbitrados em acréscimo aos *compensatory damages* (indenização compensatória). Seu propósito não é apenas reparar a vítima, mas punir condutas especialmente reprováveis e, sobretudo, dissuadir o agente e terceiros de comportamentos semelhantes no futuro. A Suprema Corte norte-americana reconhece a categoria desde o século XIX, em *Day v. Woodworth* (54 U.S. 363, 1852), onde se afirmou que o júri poderia fixar valores “exemplares” para além do dano estritamente provado, quando houvesse dolo, malícia ou indiferença consciente aos direitos alheios. Desde então, a doutrina passou a classificá-los como um instituto de natureza híbrida: retributiva (pois castigam o ofensor) e preventiva (pois criam incentivos contrários à repetição do ilícito). POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*. **Harvard Law Review**, v. 111, n. 4, p. 869-962, 1998.

⁵⁵ POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: An Economic Analysis*. **Harvard Law Review**, v. 111, n. 4, p. 869-962, 1998.

⁵⁶ UNITED STATE. **Supreme Court. Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.**, 463 U.S. 29 (1983). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/463/29>. Acesso em: 2 out. 2025.

políticas regulatórias nos EUA sob o *Administrative Procedure Act*⁵⁷. A lide se inaugurou quando a *National Highway Traffic Safety Administration* rescindiu a norma de segurança veicular que obrigava as montadoras a instalarem dispositivos de proteção passiva em veículos novos, como airbags ou cintos automáticos. A agência reguladora justificou a revogação alegando que, como a maioria dos fabricantes optaria por cintos destacáveis facilmente inutilizados, os benefícios em termos de segurança seriam reduzidos, não compensando os altos custos da medida.

Nesse caso, a Suprema Corte reafirmou que, tanto na edição quanto na revogação de normas, as agências administrativas devem demonstrar uma fundamentação racional, pautada na consideração de dados relevantes e de alternativas razoáveis. Dessa forma, a decisão anulou a revogação de uma norma de segurança veicular, dado que a agência reguladora deixou de analisar opções como a obrigatoriedade dos airbags e o uso de cintos contínuos não destacáveis, revelando atuação arbitrária ao desconsiderar os custos de sua decisão, incompatível com o *Administrative Procedure Act*.⁵⁸

Esse julgamento consolidou a doutrina conhecida como *hard look review*⁵⁹, segundo a qual o Poder Judiciário deve exercer um controle rigoroso da racionalidade administrativa. De acordo com Cass Sunstein⁶⁰, o *hard look* não implica substituir a discricionariedade da agência em detrimento do juízo judicial, mas garantir que as escolhas públicas realizem uma análise consequencialista, transparente e informada, de modo a evitar arbitrariedades e omissões relevantes.

⁵⁷ A *Administrative Procedure Act* é uma lei federal norte-americana que regula os procedimentos do direito administrativo, disciplinando como as agências federais elaboram regulamentos, conduzem processos administrativos e são controladas pelo Poder Judiciário. Codificada em 5 U.S.C. §§ 551–559, a APA estabelece os princípios de transparência, participação pública e fundamentação racional das decisões, além de prever que atos administrativos podem ser invalidados caso sejam arbitrários, caprichosos ou contrários à lei. É considerada o marco normativo fundamental do direito administrativo norte-americano. LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Administrative Procedure Act*. **Cornell Law School**. Disponível em: http://law.cornell.edu/wex/administrative_procedure_act. Acesso em: 2 out. 2025.

⁵⁸ UNITED STATE. **Supreme Court. Motor Vehicle Manufacturers Ass’n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.**, 463 U.S. 29 (1983). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/463/29>. Acesso em: 2 out. 2025.

⁵⁹ A doutrina do *hard look review* surgiu na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana como uma intensificação do controle judicial sobre as decisões administrativas, especialmente diante da percepção de que o tradicional teste *do arbitrary and capricious*, previsto no *Administrative Procedure Act* (APA), era excessivamente deferente às agências. A partir do caso *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm* (1983), a Corte passou a exigir uma análise “*searching and careful*”, obrigando as agências a apresentar um registro administrativo robusto e a justificar suas escolhas com base em fatores relevantes, alternativas possíveis e dados concretos. GARRY, Patrick M. *Judicial review and the “hard look” doctrine*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 13-39, maio/ago. 2017.

⁶⁰ SUNSTEIN, Cass R. *Hard Look Doctrine and Judicial Review*. In: *The Supreme Court Review*. Chicago: **University of Chicago Press**, 1983.

De forma análoga, o caso *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.* (556 U.S. 208, 2009)⁶¹ representa um marco na incorporação da Análise Econômica do Direito pela Suprema Corte dos EUA no campo da regulação ambiental. Até então, prevalecia a leitura segundo a qual a Agência de Proteção Ambiental estaria restrita a impor às usinas elétricas a “melhor tecnologia disponível” para reduzir impactos ambientais, sem considerar os custos de implementação em relação aos benefícios ecológicos. Nesse caso, contudo, a Corte alterou substancialmente esse paradigma ao reconhecer a legitimidade do uso da análise custo-benefício na definição dos padrões regulatórios, afastando a ideia de que a proteção ambiental deveria sempre buscar a máxima redução de danos, independentemente do custo social.

A Suprema Corte⁶² reconheceu que a Agência de Proteção Ambiental poderia ponderar custos e benefícios na regulação das estruturas de captação de água de usinas elétricas, evitando a imposição de despesas desproporcionais frente a ganhos ambientais limitados.

Portanto, o julgamento de *Entergy Corp. v. Riverkeeper* exemplifica a aplicação dos “*cost-benefit default principles*” de Cass Sunstein⁶³, segundo os quais, diante de ambiguidades legais, presume-se que as agências possam — e em certos casos devam — recorrer à análise custo-benefício. De acordo com o autor⁶⁴, esses princípios conferem racionalidade e previsibilidade à atuação administrativa e demandam que riscos significativos, proporcionalidade econômica e viabilidade prática orientem a decisão regulatória.

De forma semelhante, em *Michigan v. Environmental Protection Agency* (135 S. Ct. 2699, 2015)⁶⁵, a Suprema Corte norte-americana considerou ilegal a interpretação da agência

⁶¹ UNITED STATES. **Supreme Court. Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.**, 556 U.S. 208 (2009). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/556/208/>. Acesso em: 1 out. 2025. O caso concreto foi o seguinte: O litígio surgiu porque usinas termoeletricas utilizavam sistemas de resfriamento que captavam enormes quantidades de água de rios e mares, causando a morte (“impingement” e “entrainment”) de bilhões de peixes e organismos aquáticos a cada ano. O Clean Water Act (CWA), §1326(b), determinava que essas estruturas deveriam adotar a “melhor tecnologia disponível para minimizar os impactos ambientais adversos”. A agência ambiental (EPA) editou regulações (*Phase II rules*) que impunham reduções substanciais de mortalidade de peixes, mas não exigiam a adoção obrigatória de sistemas de ciclo fechado (mais caros). A justificativa foi econômica: tornar obrigatórios esses sistemas custariam cerca de US\$ 3,5 bilhões/ano, contra benefícios ambientais estimados em menos de US\$ 400 milhões. Assim, a EPA recorreu à análise custo-benefício (CBA) para fixar padrões de desempenho mais realistas. Organizações ambientalistas contestaram essa opção, alegando que a lei não permitia ponderação entre custos e benefícios, apenas a aplicação da tecnologia mais eficiente ambientalmente possível. A Suprema Corte, em voto de Justice Scalia, decidiu que a EPA podia, sim, usar CBA como critério, desde que evitasse desproporções extremas.

⁶² UNITED STATES. **Supreme Court. Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.**, 556 U.S. 208 (2009). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/556/208/>. Acesso em: 1 out. 2025.

⁶³ SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Default Principles. **Michigan Law Review**, v. 99, n. 7, p. 1651-1715, 2001.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ UNITED STATES. **Supreme Court Michigan v. Environmental Protection Agency**, 576 U.S. 743 (2015). Nov. 25, 2014. Argued Mar. 25, 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/743/>. Acesso em: 1 out. 2025.

reguladora segundo a qual os custos seriam irrelevantes para decidir se a regulação de usinas termoelétricas seria “apropriada e necessária” à luz do *Clean Air Act*⁶⁶. O caso surgiu a partir das emendas de 1990, que instituíram o programa de poluentes perigosos do ar (NESHAP) e criaram um regime especial para usinas elétricas: sua submissão ao programa dependeria de estudo prévio sobre riscos à saúde e ao meio ambiente. A EPA concluiu que a regulação era “apropriada e necessária”, mas expressamente afastou a consideração de custos nesse juízo inicial, ainda que seu próprio impacto regulatório apontasse despesas anuais de US\$ 9,6 bilhões contra benefícios diretos mensuráveis de apenas US\$ 4–6 milhões.

De acordo com Cass Sunstein⁶⁷, a exclusão dos custos na tomada de decisões regulatórias caracteriza evidente falta de razoabilidade. Ainda que não se exija, em todos os casos, uma mensuração precisa e numérica da relação entre custos e benefícios, há um patamar mínimo de racionalidade que impõe que tais fatores sejam ao menos considerados de maneira qualitativa. Para o autor⁶⁸, essa omissão é incompatível com a necessidade de uma fundamentação consistente e transparente das escolhas administrativas.

Por fim, o caso *Gregg v. Georgia* (428 U.S. 153, 1976)⁶⁹ é um marco fundamental na jurisprudência constitucional norte-americana sobre a pena de morte. No caso concreto, o réu foi acusado de assalto à mão armada e duplo homicídio, tendo sido condenado à pena capital segundo o novo procedimento bifásico adotado pela Geórgia após a decisão em *Furman v. Georgia* (1972), que havia invalidado a pena de morte em razão de sua aplicação arbitrária⁷⁰.

⁶⁶“*The Clean Air Act (CAA) is the comprehensive federal law that regulates air emissions from stationary and mobile sources. Among other things, this law authorizes EPA to establish National Ambient Air Quality Standards (NAAQS) to protect public health and public welfare and to regulate emissions of hazardous air pollutants.*” Tradução livre: O Clean Air Act (CAA) é a lei federal abrangente dos EUA que regula emissões atmosféricas de fontes fixas e móveis. Entre outras atribuições, autoriza a EPA a estabelecer os Padrões Nacionais de Qualidade do Ar Ambiente (NAAQS) para proteger a saúde pública e o bem-estar, e a controlar emissões de poluentes atmosféricos perigosos. UNITED STATES. Environmental Protection Agency. **Summary of the Clean Air Act**. Washington, DC: EPA. Disponível em <https://www.epa.gov/laws-regulations/summary-clean-air-act>. Acesso em: 1 out. 2025.

⁶⁷ SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review. **Harvard Environmental Law Review**, v.39,2015. Disponível em: <https://journals.law.harvard.edu/elr/wp-content/uploads/sites/79/2015/10/Sunstein.pdf>. Acesso em: 1 out. 2025.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ UNITED STATES. **Supreme Court. Gregg v. Georgia**, 428 U.S. 153 (1976). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/153/>. Acesso em: 2 out. 2025.

⁷⁰ O procedimento bifásico, também chamado de *bifurcated trial*, foi introduzido nos Estados Unidos após a decisão em *Furman v. Georgia* (1972), quando a Suprema Corte suspendeu a pena de morte por considerá-la aplicada de forma arbitrária. Esse modelo passou a ser utilizado como salvaguarda processual e foi posteriormente validado em *Gregg v. Georgia* (1976). Ele consiste na divisão do julgamento em duas etapas distintas. Na primeira fase, conhecida como *guilt phase*, o tribunal ou júri analisa apenas a responsabilidade penal do acusado, isto é, se ele é culpado ou inocente do crime que lhe é imputado, sem qualquer discussão sobre a sanção a ser aplicada. Somente se o réu for condenado por crime passível de pena capital, inicia-se a segunda fase, denominada *penalty phase*. Nessa etapa, o foco recai sobre a fixação da pena, e o tribunal deve avaliar se a pena de morte é cabível, considerando critérios objetivos estabelecidos em lei, como a presença de circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Ao aceitar que a pena capital possa ser justificada por fins de dissuasão comportamental, a Suprema Corte incorporou o raciocínio de incentivos formulado por Gary Becker em *Crime and Punishment: An Economic Approach*⁷¹. Segundo Becker⁷², indivíduos agem racionalmente, avaliando os benefícios esperados do crime em juízo de ponderação em relação à probabilidade de punição e seus custos sociais e econômicos. A Suprema Corte ao validar a dissuasão como fundamento constitucional da pena capital, a decisão em *Gregg* incorporou indiretamente essa lógica econômica, na medida em que reconhece a pena como instrumento capaz de alterar incentivos sociais e aumentar o custo esperado do homicídio doloso, reforçando o papel do Direito Penal como mecanismo de gestão racional de comportamentos.

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana desempenhou papel decisivo na consolidação da Análise Econômica do Direito, ao legitimar o uso de categorias como eficiência, racionalidade e incentivos na interpretação constitucional e no controle de políticas públicas. Casos como *Mathews v. Eldridge* introduziram o raciocínio de custo-benefício no devido processo legal, enquanto *State Farm* e *Entergy Corp. v. Riverkeeper* reforçaram a exigência de fundamentação consequencialista das decisões administrativas e *Gregg v. Georgia* demonstrou a incorporação da lógica da dissuasão na própria definição dos fins constitucionais da pena. Em todos esses julgados, a Corte substituiu visões formalistas por análises pragmáticas, voltadas para a mensuração de custos sociais, benefícios esperados e efeitos comportamentais das normas jurídicas.

Conclui-se, portanto, que essa evolução não apenas delineou a identidade contemporânea da AED nos Estados Unidos, mas também ofereceu importante referencial comparativo para o estudo de sua recepção no Brasil. Baseado nesse panorama, o próximo subcapítulo examinará a aplicação da Análise Econômica do Direito no contexto brasileiro, destacando como a aplicação dessa ciência em uma tradição jurídica de *common law* dialoga com a realidade normativa e judicial brasileira, permitindo identificar avanços, resistências e potenciais contribuições da AED para a eficiência e a legitimidade do sistema jurídico nacional.

O objetivo central desse procedimento é reduzir o risco de arbitrariedade, garantindo que a decisão sobre a aplicação da pena de morte seja tomada de forma mais racional, transparente e controlada, em consonância com as exigências constitucionais da Oitava Emenda, que veda punições cruéis e iníquas. UNITED STATES. **Supreme Court. Gregg v. Georgia**, 428 U.S. 153 (1976). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/153/>. Acesso em: 2 out. 2025.

⁷¹ BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: An Economic Approach*. **Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, Chicago. 1968.

⁷² *Ibidem*.

1.3. APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA NO DIREITO BRASILEIRO

A Análise Econômica do Direito enfrenta obstáculos estruturais e normativos quando aplicada ao modelo constitucional brasileiro, orientado pela promoção de direitos fundamentais. A seguir, serão examinadas criticamente essas dificuldades e como o instituto deve ser aplicado neste ordenamento, a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.655 de 2018, alterando as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷³.

O primeiro desafio reside na aplicabilidade de um instituto desenvolvido em países cuja tradição jurídica é de *common law* (ligados aos sistemas jurídicos anglo-saxônicos) no ordenamento jurídico pátrio, de tradição civilista (tradição jurídica romano-germânica). Sobre a origem e desenvolvimento da *common law*⁷⁴:

Common law, as it has evolved from the English royal courts of centuries past to present-day America, consists of the doctrines and principles developed gradually by judges and used as the foundation for judges' decisions. The history of this common law jurisprudence has at its roots a search for moorings, for a set of interpretive and adjudicatory principles in which to ground law's legitimacy and authority, and, thereby, to justify judicial decisions. Once those moorings were set in place, they provided a firm, albeit evolving, basis upon which to guide the law's development.

Ao contrário da tradição da *civil law*, baseada na existência de disposições expressas e codificadas a serem aplicadas aos casos concretos, na tradição dos países de *common law*, o Direito é construído a partir de precedentes judiciais⁷⁵, constituindo precedentes vinculantes (*stare decisis*), sendo a fonte primária do Direito. Tais precedentes são formados a partir de um método indutivo e pragmático, por meio do qual os juízes constroem regras a partir da experiência e da resolução de conflitos concretos, o que confere ao sistema uma dimensão casuística e flexível. Conclui-se, portanto, que a ausência de codificação rígida e a abertura à interdisciplinaridade do sistema jurídico forma um contexto fértil à AED.

⁷³BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 11 ago. 2025.

⁷⁴MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. Tradução livre: “O common law, conforme evoluiu desde os tribunais reais ingleses de séculos passados até os dias atuais nos Estados Unidos, consiste em doutrinas e princípios desenvolvidos gradualmente pelos juízes e utilizados como base para suas decisões. A história dessa jurisprudência do *common law* tem em suas raízes uma busca por fundamentos sólidos, por um conjunto de princípios interpretativos e decisórios que conferissem legitimidade e autoridade ao direito e, assim, justificassem as decisões judiciais. Uma vez estabelecidos esses fundamentos, eles passaram a fornecer uma base firme, embora em constante evolução, para orientar o desenvolvimento do direito.”

⁷⁵BAKER, John. **An Introduction to English Legal History**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

De fato, o sistema da *common law*, conforme exposto no subcapítulo acima, permite ao juiz avaliar os efeitos práticos de diferentes interpretações. Isso abre espaço para a AED como um instrumento de racionalidade prática, que orienta o julgamento pelo resultado socialmente desejável. Deve-se citar, entre os fatores para tanto: a avaliação das *rules* e *standards* com base em seus efeitos econômicos; a atribuição ao juiz de um papel ativo na estruturação de incentivos; e a noção de que o Direito deve maximizar a eficiência.

Em sentido contrário, no ordenamento jurídico brasileiro, a legitimidade do direito vem do processo democrático de produção normativa, sendo a Constituição o ápice dessa legitimidade. A atuação judicial, portanto, deve respeitar os limites de legalidade e separação de poderes, mesmo ao interpretar normas abertas.

O segundo desafio se encontra na dicotomia entre a legitimidade da decisão judicial fundada no utilitarismo jurídico — como proposto pela Análise Econômica do Direito — e aquela baseada na teoria dos direitos fundamentais. Essa oposição revela não apenas uma divergência de critérios normativos, mas um verdadeiro embate filosófico sobre o papel do Direito na sociedade: eficiência *versus* dignidade.

Segundo Richard Posner⁷⁶, a legitimidade da decisão judicial deve ser aferida, principalmente, por seu potencial de maximizar a eficiência econômica. Inspirado no utilitarismo de Jeremy Bentham⁷⁷, em sua obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Posner⁷⁸ propõe um modelo de justiça em que o Direito deve funcionar como sistema de incentivos para alocar recursos de forma mais eficiente, privilegiando soluções que tragam o maior bem-estar agregado à sociedade⁷⁹, ainda que às custas de sacrifícios individuais. Tal abordagem filosófica se insere no campo mais amplo do consequencialismo, segundo o qual o valor moral ou jurídico de uma ação deve ser avaliado pelas consequências que ela produz, em contraste com visões deontológicas que priorizam princípios abstratos, como deveres ou direitos absolutos, independentemente dos resultados concretos.

⁷⁶POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986. p. 4.

⁷⁷Para Bentham, a moralidade e a legislação devem ser julgadas pelos efeitos que produzem no bem-estar humano, mensurado em termos de prazer e dor. Segue uma passagem que deixa isso claro: “*By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question.*” Tradução livre: “Pelo princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, conforme a tendência que esta aparenta ter de aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão.” BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1789.

⁷⁸POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986. p. 4.

⁷⁹ Segue passagem para esclarecer o pensamento do autor: “*Law should be viewed not as a system of commands but as a method of maximizing the wealth of society.*” Tradução livre: “O Direito deve ser visto não como um sistema de comandos, mas como um método de maximização da riqueza da sociedade.” *Ibidem*, p. 23.

Em contraste a essa doutrina, John Rawls, em sua obra *A Theory of Justice*⁸⁰, fornece a concepção de justiça como equidade. O autor propõe que uma sociedade justa é aquela cujas instituições básicas são estruturadas de forma a respeitar a liberdade de todos e promover a igualdade material, especialmente dos mais desfavorecidos. O autor rejeita a lógica utilitarista,⁸¹ na medida em que ela não respeita a separação moral entre os indivíduos — ou seja, permite que alguns sejam prejudicados para o benefício de outros, desde que o resultado total seja “positivo”.

De forma conexa, Daniel Sarmento⁸² critica a ideia de que a legitimidade decisória possa ser reduzida à eficiência. Em sua concepção⁸³, os direitos fundamentais são limites normativos e éticos à atuação estatal, inclusive do Poder Judiciário. Eles funcionam como “travas morais contra o utilitarismo jurídico”, especialmente em contextos de desigualdade estrutural. “A dignidade da pessoa humana não é um dado econômico, mas um valor absoluto. Os direitos fundamentais impõem limites morais à atuação do Estado e não podem ser relativizados por juízos utilitaristas de conveniência ou eficiência.”

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso⁸⁴ reforça que a função do juiz, especialmente no contexto do controle de constitucionalidade, é dar concretude aos princípios constitucionais, como dignidade, igualdade, liberdade e solidariedade. A decisão judicial, nessa seara, somente se legitima quando promove os fins ético-políticos da Constituição e não por critérios puramente instrumentais.

Imprescindível, portanto, que a transposição de um instituto de sistema jurídico da *common law* para ser aplicado em países de *civil law* seja feita com parcimônia. Nesse sentido, alertam Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau⁸⁵:

A utilização normativa da análise econômica do direito exige cautela. Entretanto, a análise econômica do direito permite, em quase qualquer circunstância, indicar os efeitos relevantes e por vezes não suspeitos das normas jurídicas. [...] Não apenas nos parece que a análise econômica do direito possa ser transposta para os sistemas civilistas, mas que deverá ocupar um lugar de destaque, tão importante quanto nos

⁸⁰ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised edition. Cambridge: Belknap Press, 1999

⁸¹ “Os princípios da justiça impõem limites sobre as formas admissíveis de influência do bem comum sobre os direitos individuais.” *Ibidem*.

⁸² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ “A decisão judicial, especialmente em matéria constitucional, deve ser avaliada pela sua conformidade com os princípios estruturantes da Constituição e não apenas por sua racionalidade técnica ou seus efeitos práticos.” BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 347.

⁸⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

sistemas de *common law*. [...] A análise econômica do direito tem a fazer, ainda, aporte específico para o direito civil. A sistematização da teoria nos sistemas codificados permite encontro mais direto com a análise econômica do direito. A análise econômica do direito explica a razão de ser dos princípios do direito civil ao associá-los aos efeitos sociais que produzem e que ela propõe julgar no que concerne à propositura de regras à luz de seus efeitos.

O consequencialismo jurídico foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.655 de 2018, alterando as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁸⁶. A lei foi editada com o objetivo de aprimorar a segurança jurídica e a eficiência da atuação administrativa, principalmente no que diz respeito à interpretação e aplicação do Direito Público. Suas mudanças visam reduzir a imprevisibilidade das decisões administrativas e judiciais que impactam a gestão pública e os agentes privados, a partir da adoção de novos marcos teóricos, tais como o consequencialismo e a Análise Econômica do Direito.

O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁸⁷ representa um marco no Direito brasileiro ao incorporar uma perspectiva consequencialista na fundamentação das decisões administrativas, judiciais e de controle. Trata-se de técnica decisória que pretende evitar decisões que, embora formalmente corretas, possam gerar instabilidade ou prejuízos desproporcionais à coletividade. Veja-se:

Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Segundo Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira⁸⁸, desse dispositivo podem ser extraídas duas normas: um postulado hermenêutico e uma regra de densificação do dever de motivar as decisões. Primeiro, em relação ao postulado hermenêutico:

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 11 ago. 2025.

⁸⁷ BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 11 ago. 2025.

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 73, p. 4-115, jul./set. 2019. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1473819/Fredie+Didier+Jr.+%26+Rafael+Alexandria+de+Oliveira.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2024.

Em relação à postura hermenêutica da norma, estabelece-se uma diretriz interpretativa para o órgão julgador: ele deve considerar as consequências práticas da decisão a ser tomada. A consideração das consequências práticas deve acontecer sempre que o julgador pretender decidir com base em “valores jurídicos abstratos” (...) Ou seja, trata-se de técnica decisória a ser implementada em face de decisões cuja fundamentação tenha como base valores jurídicos abstratos, ou “princípios normativos menos densificados”.

Segundo, em relação ao postulado da motivação, o que se prevê é um maior ônus argumentativo do magistrado ao decidir com base em valores jurídicos abstratos, reforçando o princípio fundamental previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal⁸⁹:

Art. 93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*)

Sobre a fundamentação judicial, discorre Alexandre Câmara⁹⁰:

A fundamentação da decisão judicial é o elemento consistente na indicação das razões que justificam, juridicamente, a conclusão a que se tenha chegado. Este é um ponto essencial: fundamentar é justificar. É que a decisão precisa ser legitimada democraticamente, isto é, a decisão precisa ser constitucionalmente legítima. Para isso, é absolutamente essencial que o órgão jurisdicional, ao decidir, aponte os motivos que justificam constitucionalmente aquela decisão, de modo que ela possa ser considerada a decisão correta para a hipótese. E esses fundamentos precisam ser apresentados substancialmente. Afinal, se os direitos processuais fundamentais (como o direito ao contraditório ou o direito à igualdade) têm de ser compreendidos em sua dimensão substancial – e não em uma dimensão meramente formal –, o mesmo deve se aplicar ao direito fundamental a uma decisão fundamentada.

Nessa senda, a relevância do art. 20 da LINDB⁹¹ reside na exigência de que as consequências sejam consideradas também na parte em que ele exige que o julgador explicita, na fundamentação, o caminho que seu raciocínio trilhou para chegar até elas. Trata-se, portanto, de técnica decisória a ser implementada quando as razões de decidir basearem-se em princípios jurídicos abstratos, a fim de evitar-se subjetivismos por parte do julgador.

⁸⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar.2025.

⁹⁰ CÂMARA, Alexandre F. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. *E-book*. p.486. ISBN 9786559775910. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775910/>. Acesso em: 02 fev. 2025.

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 11 ago. 2025.

Trata-se de preocupação, ao que Daniel Sarmento⁹² denominou de “carnavalização de princípios”. Segundo o autor:

Os princípios constitucionais, de teor mais vago, acabam servindo para tudo, no contexto de uma cultura jurídica que vê como mais culta sua invocação do que o recurso às regras legais. Com frequência, tais princípios são empregados sem a devida fundamentação. Paga-se por isto um preço caro em termos de segurança jurídica – já que as decisões judiciais se tornam imprevisíveis – e de democracia – pois os cidadãos ficam sujeitos aos gostos e às preferências de magistrados não eleitos.

Na mesma linha, Justen Marçal Filho⁹³ pondera que:

Toda decisão fundada em normas gerais e abstratas pressupõe um processo de ponderação relacionado de modo inafastável com o universo fático existente. Isso exige considerar as consequências práticas de uma decisão, inclusive para evitar a consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento para decidir.

Defende-se no presente trabalho, portanto, que o emprego do consequencialismo jurídico como técnica decisória deve ser aplicado quando se estiver diante de um *hard case*. Para Ronald Dworkin⁹⁴, um *hard case* ocorre quando não há uma regra jurídica clara e previamente estabelecida que determine a solução da controvérsia, exigindo que o juiz recorra a princípios jurídicos para fundamentar sua decisão. Diferentemente das regras, que são aplicadas de forma binária — tudo ou nada — a partir da subsunção do fato à norma, os princípios devem ser balanceados de acordo com os valores subjacentes ao ordenamento jurídico por meio do sopesamento dos mesmos e da análise das vantagens e desvantagens da aplicação em maior escala de um princípio ou outro no caso concreto.

⁹² SARMENTO, Daniel. **O STF não é o centro do constitucionalismo**. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>. Acesso em: 7 dez. 2024.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 15-41, nov. 2018.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 81

Nestes casos baseados em conflitos entre princípios⁹⁵, aplicar-se-á a técnica da proporcionalidade. Trata-se de técnica escalonada em três etapas que, segundo Gilmar Mendes⁹⁶:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema (teste da adequação), que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado (teste da necessidade) e que passe no teste da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.

De fato, a técnica da ponderação visa assegurar a mínima restrição aos direitos, garantindo a preservação de sua essência e de seu núcleo essencial. Nesse contexto, aplica-se o princípio da concordância prática⁹⁷, que busca harmonizar os direitos em conflito, assegurando a unidade da Constituição e evitando interpretações que levem a uma colisão irreconciliável entre os direitos fundamentais por ela protegidos. Como bem explica Rafael Clemente Marins⁹⁸:

Conflito entre princípios, a solução para a *colisão entre princípios*. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado. Na verdade, em uma “dimensão de pesos” (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro – caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.

Em conclusão, a aplicação da Análise Econômica do Direito no ordenamento jurídico brasileiro demanda uma adaptação criteriosa às peculiaridades constitucionais, normativas e axiológicas do sistema de *civil law*. Ao contrário do modelo anglo-saxão, no qual o precedente judicial e a flexibilidade interpretativa conferem maior espaço à consideração de consequências práticas e à experimentação normativa, o Direito brasileiro está assentado sobre a supremacia da Constituição e o princípio democrático da legalidade. Assim, a utilização de critérios econômicos e consequencialistas na interpretação jurídica deve sempre respeitar os limites

⁹⁵ Segundo Gilmar Mendes, “Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai.” BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. Série IDP. 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. p.149. ISBN 9786553629417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629417/>. Acesso em: 02 fev. 2025.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Segundo Gilmar Mendes, o “princípio da concordância prática tem apelo, nos casos de conflito entre normas constitucionais, quando os seus programas normativos se entrecrocaram. O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto”. *Ibidem*.

⁹⁸ MARINS, Rafael Clemente. **A legitimidade sui generis das confederações sindicais e entidades de classe nas ações do controle abstrato de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano, 2024.

impostos pelos direitos fundamentais, pela separação dos poderes e pela dignidade da pessoa humana, que constituem o núcleo axiológico do Estado Constitucional de Direito.

A Lei nº 13.655/2018, ao introduzir o art. 20 na LINDB, não pretendeu substituir valores ético-jurídicos por critérios utilitaristas, mas aperfeiçoar a racionalidade decisória, exigindo dos julgadores e administradores públicos uma fundamentação mais densa, transparente e comprometida com as consequências sociais, econômicas e institucionais de suas decisões.

Logo, a Análise Econômica do Direito, reinterpretada à luz da Constituição de 1988, constitui um instrumento de aperfeiçoamento da eficiência e da legitimidade do Direito brasileiro, desde que aplicada de modo prudente, proporcional e constitucionalmente orientado. Seu propósito não é substituir a justiça pela eficiência, mas agregar racionalidade empírica ao processo decisório, permitindo que julgadores e legisladores compreendam os efeitos concretos de suas escolhas normativas e institucionais. Essa contribuição torna-se particularmente relevante nos *hard cases*⁹⁹, em que a ausência de uma regra jurídica clara exige do intérprete a utilização de princípios e valores constitucionais para alcançar a solução mais justa. Nesses contextos, o consequencialismo jurídico, informado pela AED, oferece uma metodologia racional de ponderação, auxiliando o magistrado a avaliar os impactos práticos, os custos sociais e os benefícios de cada alternativa interpretativa. Assim, a integração entre análise econômica e hermenêutica constitucional reforça a segurança jurídica e a legitimidade democrática das decisões, promovendo um Direito mais eficiente, responsável e comprometido com os resultados sociais que busca realizar.

⁹⁹DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 81

2 INSTITUTO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Este capítulo estrutura a arena de argumentos que envolve a técnica decisória da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, com especial atenção à sua aplicação no âmbito tributário. A análise recai, especificamente, sobre a previsão normativa do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999¹⁰⁰, que autoriza o Supremo Tribunal Federal a restringir os efeitos retroativos das decisões de inconstitucionalidade, desde que presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Veja-se:

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.

Este capítulo se divide da seguinte forma: no primeiro subcapítulo, apresenta-se as condições gerais que legitimam a modulação de efeitos em matéria tributária, destacando seus fundamentos jurídicos, principiológicos e pragmáticos — em especial a tensão entre a supremacia constitucional e os vetores de segurança jurídica e confiança legítima no âmbito das relações entre fisco e contribuinte; no segundo subcapítulo, por sua vez, aprofunda-se a análise dos conceitos de segurança jurídica e de excepcional interesse social, examinando-os como pressupostos normativos do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 e discutindo seus limites dogmáticos; e, por fim, o terceiro subcapítulo sistematiza a aplicação prática da modulação no Direito Tributário brasileiro, mapeando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede repercussão geral, identificando padrões decisórios e avaliando seus impactos distributivos sobre contribuintes e entes fazendários.

2.1 CONDIÇÕES GERAIS PARA A MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade representa uma técnica de crescente relevância no contexto do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. No que tange ao campo tributário — em que as decisões afetam a arrecadação estatal, o equilíbrio fiscal e a previsibilidade das relações entre fisco e contribuinte — a modulação

¹⁰⁰BRASIL. **Lei nº 9.868, de 20 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 11. jun. 2025.

assume papel central no esforço de compatibilização entre a supremacia da Constituição e os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.

Segundo Teresa Arruda Alvim¹⁰¹, a expressão da modulação de efeitos de uma decisão significa manipulação ou calibração da forma como os efeitos das decisões judiciais se operarão no mundo empírico.

Trata-se de técnica empregada em sede de controle de constitucionalidade que, segundo Marcelo Neves,¹⁰² trata-se do “juízo de adequação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), por meio da verificação da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor a sanção de invalidade à norma que seja revestida de incompatibilidade material e/ou formal com a Constituição.”

Segundo Gilmar Mendes¹⁰³, o controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional. Pode ser concentrado, difuso ou misto. Segundo o autor:

O controle concentrado de constitucionalidade de origem austríaca defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. Referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco.

Segundo, o sistema americano de controle, por seu turno, adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva. O controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.

¹⁰¹ ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

¹⁰² NEVES, Marcelo. Teoria da Inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Saraiva, 1988 *apud* MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775958/>. Acesso em: 11 jun. 2025.

¹⁰³ BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. p.1254. ISBN 9786553629417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629417/>. Acesso em: 11 jun. 2025.

Conforme doutrina de Guilherme Peña¹⁰⁴, o *judicial review of legislation* é originário do *leading case Marbury v. Madison*, de 1803¹⁰⁵.

Por fim, segundo Gilmar Mendes:¹⁰⁶

O controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Neste sistema encontra-se o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal.

Como regra geral, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma implica a nulidade do ato normativo desde sua origem, produzindo efeitos *ex tunc*. De acordo com a corrente predominante no Direito brasileiro¹⁰⁷ e no STF¹⁰⁸, a natureza do ato inconstitucional é a de ato nulo, de modo que a invalidade da lei ou ato normativo importa na sua ineficácia *ab initio*, visto que o ato inconstitucional não integrou o ordenamento jurídico, não tendo havido a produção de nenhum efeito jurídico.

¹⁰⁴MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. *E-book*. ISBN 9786559775958. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775958/>. Acesso em: 11 jun. 2025.

¹⁰⁵ “William Marbury havia sido nomeado, por intermédio do Midnight Judges Act, de 13 de fevereiro de 1801, juiz de paz do Distrito de Columbia ao final do mandato presidencial de Adams. Tendo Jefferson assumido a Presidência da República, o Secretário de Governo, James Madison, denegou a entrega da devida comissão a William Marbury, dando ensejo à impetração, perante a Suprema Corte estadunidense, do writ of mandamus em 16 de dezembro de 1801. Neste contexto, o Chief Justice John Marshall, em 24 de fevereiro de 1803, declarou a inconstitucionalidade da norma veiculada pelo art. 13 da Lei Judiciária norte-americana, que atribuía à Suprema Corte a competência para processo e julgamento do writ respectivo, nos seguintes termos: “se uma lei for em oposição à Constituição, e se ambas, a lei e a Constituição, se aplicam a um caso particular, as Cortes devem decidir, nesse caso, se aplicam a lei, deixando de aplicar a Constituição, ou se conformam com a Constituição, deixando de aplicar a lei. A Corte, portanto, deve determinar qual de duas normas conflitantes deve reger o caso. Isso é da própria essência da função jurisdicional. Se, pois, as Cortes devem zelar pela Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer lei ordinária editada pelo Legislativo, a Constituição, e não essa lei ordinária, deve reger o caso ao qual ambas, a lei e a Constituição, se aplicam”. REHNQUIST, William. **The Supreme Court of the United States**. New York: William Morrow Press, 1987.

¹⁰⁶BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. p.1254. ISBN 9786553629417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629417/>. Acesso em: 11 jun. 2025.

¹⁰⁷*Ibidem*.

¹⁰⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 652**. Atos inconstitucionais são nulos e destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 02 abr. 1992. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur139217/false>. Acesso em: 11 ago. 2025. In verbis: “Atos inconstitucionais são nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica, de maneira que a declaração de inconstitucionalidade importa no reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público”

Segundo Luis Roberto Barroso¹⁰⁹:

Corolário natural da teoria da nulidade é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter declaratório — e não constitutivo —, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente. Como consequência, seus efeitos se produzem retroativamente, colhendo a lei desde o momento de sua entrada no mundo jurídico. Disso resulta que, como regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as relações jurídicas constituídas com base nela voltar ao status quo ante.

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela mesma matéria. A teoria constitucionalista não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí porque a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.

Prossegue o autor¹¹⁰:

A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela mesma matéria. A teoria constitucionalista não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí porque a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato.

Exceção à regra da eficácia *ex tunc* da sentença declaratória de inconstitucionalidade de ato normativo primário é a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Essa faculdade encontra amparo no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999¹¹¹, que autoriza o Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada, a restringir os efeitos retroativos da decisão ou a atribuir-lhe eficácia *ex nunc*, nos casos em que a segurança jurídica ou o excepcional interesse social assim o exigirem. Com efeito, as técnicas decisórias previstas nos artigos 27 e 28 da referida lei atenuam a lógica da nulidade automática do ato inconstitucional, bem como o caráter meramente declaratório da decisão, ao permitirem a limitação ou supressão da retroatividade e a produção de efeitos prospectivos.

¹⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022. *E-book*. p.102. ISBN 9786555598995. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598995/>. Acesso em: 02 fev. 2025.

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

¹¹¹ BRASIL. **Lei nº 9.868, de 20 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 11 jun. 2025.

Não obstante a ausência inicial de previsão legal expressa, a modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade já era praticada antes mesmo da entrada em vigor da Lei n.º 9.868/1999¹¹². Exemplo emblemático é o RE 78.594/74¹¹³, no qual o Supremo Tribunal Federal admitiu, de forma pioneira, a preservação dos efeitos de atos praticados sob a vigência de norma posteriormente declarada inconstitucional. Assim, mesmo em um contexto anterior à positivação da técnica pela mencionada lei, já se verificava a mitigação da teoria tradicional da nulidade no controle de constitucionalidade.

Além da previsão normativa para as ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Código de Processo Civil de 2015 previu, no art. 927, § 3º, a possibilidade de modulação também em sede de controle difuso de constitucionalidade¹¹⁴. Veja-se:

Art. 927 § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Segundo Ricardo Lobo Torres¹¹⁵, a modulação de efeitos não é uma exceção ao controle de constitucionalidade, mas expressão legítima da segurança jurídica como valor constitucional.

Nessa senda, a modulação dos efeitos de decisões em controle de constitucionalidade, seja difuso, seja concentrado, apresenta contornos específicos no âmbito tributário, dada a rigidez estrutural das normas fiscais e a repercussão econômica direta nas relações entre fisco e contribuinte.

A primeira condição é a necessidade de proteção da confiança legítima do contribuinte na estabilidade do ordenamento jurídico. Trata-se da dimensão subjetiva da segurança

¹¹² BRASIL. **Lei nº 9.868, de 20 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 11 jun. 2025.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário 78.594/PR. Constitucional. Tributário. Natureza jurídica da multa fiscal moratória. Distinção entre tributo e penalidade. Relator: Min. Aliomar Baleeiro, 17 de dezembro de 1974 *apud* MESSINGER, Caroline Cignachi. **Modulação de efeitos em matéria tributária: análise dos critérios de decisão adotados pelo Supremo Tribunal Federal em casos de repercussão geral**. 2023. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2023.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 11 ago. 2025.

¹¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

jurídica¹¹⁶, cujo objetivo é resguardar as legítimas expectativas dos jurisdicionados que pautaram suas condutas com base em norma vigente ou em jurisprudência consolidada. Conforme defende Teresa Arruda Alvim¹¹⁷, a confiança depositada na orientação anterior deve ser protegida, sobretudo quando fundada em precedente vinculante ou jurisprudência dominante, pois representa um verdadeiro limite ao poder de transformação judicial do direito vigente.

A segunda condição é a preservação do interesse social qualificado. Esse fenômeno ocorre quando a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade é capaz de desorganizar a ordem econômica, gerar instabilidade institucional ou inviabilizar a continuidade de políticas públicas, transformando a modulação em instrumento necessário ao equilíbrio entre a supremacia da Constituição e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança¹¹⁸.

De fato, a aplicação da modulação em matéria tributária demanda especial cautela, em razão de peculiaridades que não se verificam em outros ramos do Direito. A primeira delas é a rigidez estrutural da norma tributária, cuja formação é dada pela regra-matriz de incidência, composta por critérios objetivos de validade e eficácia. Como destaca Cavalcante¹¹⁹, as normas tributárias possuem “estrutura própria”, o que impõe maior rigor à sua invalidação com efeitos retroativos¹²⁰.

Outro ponto relevante é a observância dos efeitos concorrenciais. A ausência de modulação pode causar desequilíbrios entre contribuintes que se encontram na mesma situação jurídica, favorecendo uns em detrimento de outros, violando, portanto, o princípio da isonomia. Logo, a análise da modulação deve levar em consideração o impacto setorial e concorrencial da decisão.

Em conclusão, a modulação de efeitos em matéria tributária constitui instrumento essencial para compatibilizar a supremacia da Constituição com a estabilidade das relações jurídicas, assegurando que a correção de inconstitucionalidades não produza desorganização fiscal, insegurança institucional ou desequilíbrios econômicos. Ao limitar os efeitos retroativos das decisões do Supremo Tribunal Federal, a modulação atua como mecanismo de ponderação

¹¹⁶*Ibidem*.

¹¹⁷ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

¹¹⁸SALUM, Joaquim Benedito Barbosa. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

¹¹⁹CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **A modulação de eficácia da norma tributária em controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: PUC-SP, 2016.

¹²⁰*Ibidem*.

entre a efetividade da ordem constitucional e a proteção da confiança legítima dos contribuintes, permitindo que a transição entre regimes jurídicos ocorra de forma previsível e proporcional.

A aplicação dessa técnica, entretanto, depende do atendimento de requisitos específicos, expressamente previstos no art. 27 da Lei nº 9.868/1999: a segurança jurídica e o excepcional interesse social. Esses critérios funcionam como parâmetros normativos que orientam o julgador na aferição da necessidade e da legitimidade da modulação, exigindo fundamentação concreta e ponderada.

No subcapítulo seguinte, serão examinados cada um desses requisitos, destacando seus fundamentos teóricos, sua construção jurisprudencial e sua relevância prática no âmbito das decisões tributárias do Supremo Tribunal Federal.

2.2. SEGURANÇA JURÍDICA E EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL

Conforme demonstrado neste capítulo, a modulação de efeitos é uma técnica de decisão jurídica pela qual se atenua a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. De fato, tal possibilidade adveio a partir da introdução do art. 27 da Lei nº 9.868/1999¹²¹. O ordenamento passou a admitir, em caráter excepcional, a possibilidade de restringir os efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, conferindo eficácia prospectiva (*ex nunc* ou mesmo *pro futuro*) à decisão por meio da utilização da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, também conhecida como declaração de mera incompatibilidade constitucional.

O presente subcapítulo tem por objetivo expor a dogmática acerca das hipóteses em que se admite a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, partindo da premissa de que a regra geral é a nulidade da lei ou do ato normativo inconstitucional, com eficácia retroativa. A análise demonstrará em quais circunstâncias excepcionais é possível atenuar a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, conferindo-lhe eficácia prospectiva. Assim, serão examinados os fundamentos teóricos e normativos que justificam a modulação — notadamente a segurança jurídica e o excepcional interesse social —, bem como os limites dogmáticos que impedem que esse instituto se transforme em instrumento de mera conveniência arrecadatória ou em forma de convalidação de atos manifestamente inconstitucionais.

¹²¹BRASIL. **Lei nº 9.868, de 20 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 11. jun. 2025.

Os conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social constituem cláusulas abertas cuja aplicação exige do intérprete um juízo valorativo à luz do caso concreto, sobretudo quando estão em jogo colisões de princípios constitucionais. No contexto da modulação de efeitos de decisões judiciais, esses conceitos funcionam como condições autorizadoras da restrição à eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, conforme previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/1999¹²².

Primeiro, em relação à segurança jurídica: antes de um princípio, deve ser compreendida como uma consequência lógica do Direito. Segundo Kelsen¹²³, o Direito é, antes de tudo, um sistema de normas estruturadas logicamente em uma hierarquia escalonada, cuja validade decorre da conformidade com uma norma fundamental. Nesse modelo, a segurança jurídica não é uma escolha política, mas exigência da racionalidade formal do Direito. Desse modo, a validade formal da norma não basta para assegurar sua permanência na ordem jurídica, mas é necessário que ela faça valer tal direito. Isso significa que há uma relação de interdependência entre validade e eficácia, na qual a segurança jurídica cumpre papel de estabilização do sistema¹²⁴.

Para além dessa visão sistêmica do Direito, que garante previsibilidade, imparcialidade e coerência à ordem jurídica, a segurança jurídica deve ser compreendida como direito fundamental no ordenamento pátrio. Segundo Gilmar Ferreira Mendes¹²⁵, a segurança jurídica é um direito fundamental de matriz implícita, decorrente diretamente do Estado de Direito. Ela aparece como um limite material ao exercício do poder estatal e como fundamento da proteção das expectativas legítimas dos cidadãos. Em sua obra¹²⁶, com base na obra de Kelsen, o autor afirma que a segurança jurídica se desdobra em duas dimensões: a estabilidade das normas e das decisões judiciais — dimensão objetiva; e proteção da confiança legítima dos administrados — dimensão subjetiva.

¹²²BRASIL. **Lei nº 9.868, de 20 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 11. jun. 2025.

¹²³KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.

¹²⁴MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

¹²⁵*Ibidem*.

¹²⁶KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. In verbis: “Uma norma jurídica é válida apenas se pertence a uma ordem jurídica eficaz. Um mínimo de eficácia é condição de validade.”

No âmbito da dimensão subjetiva da segurança jurídica, Ricardo Lobo Torres¹²⁷ estabelece uma estreita relação entre esse princípio e a boa-fé objetiva, sobretudo nas relações entre o fisco e o contribuinte. Segundo o autor¹²⁸, a retroatividade das decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária deve ser excepcional, aplicada apenas quando for possível comprometer a confiança legítima depositada pelos contribuintes na validade e eficácia da norma vigente à época dos fatos. Em seu entendimento¹²⁹, a segurança jurídica não se apresenta apenas como um valor abstrato, mas integra o núcleo essencial dos princípios constitucionais tributários, funcionando como garantia de previsibilidade, estabilidade e lealdade nas relações jurídico-fiscais.

De outro lado, Humberto Ávila¹³⁰ afirma que a segurança jurídica é um ideal normativo de primeira grandeza e decompõe o princípio normativo segurança jurídica em uma estrutura tripartida, composta pelos elementos da estabilidade, da previsibilidade e da confiabilidade. Veja-se:

A segurança jurídica é um ideal normativo de primeira grandeza em qualquer ordenamento jurídico, especialmente no ordenamento pátrio. Essa importância revela-se ainda maior no âmbito do Direito Tributário: os ideais protegidos pelo princípio da segurança jurídica apresentam um relevo especial no subsistema tributário e possuem um sentido mais protetivo, em razão da existência de normas específicas e enfáticas no Sistema Tributário Nacional, que servem de instrumento para se garantir a inteligibilidade do Direito pela determinabilidade das hipóteses de incidência (regra da legalidade e sistema de regras de competência), a confiabilidade do Direito pela estabilidade no tempo (regra de reserva de competência para lei complementar regular prescrição e decadência), pela vigência (regra de proibição de retroatividade) e pelo procedimento (regras expressas de abertura do subsistema tributário a direitos e garantias nele não previstos, como é o caso das proteções ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito), e a calculabilidade do Direito pela não-surpresa (regra da anterioridade).

Quanto à estrutura da segurança jurídica, é possível decompô-la da seguinte forma: o primeiro componente é a estabilidade, entendida como a manutenção razoável das normas jurídicas no tempo. Ela não implica a rigidez absoluta ou a aversão à mudança, mas a rejeição de alterações arbitrárias, repentinas ou casuísticas. No campo tributário, por exemplo, a estabilidade normativa permite ao contribuinte estruturar sua atividade econômica com base em regras fiscais claras e duradouras, o que se relaciona diretamente com princípios constitucionais

¹²⁷TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. V.II.

¹²⁸*Ibidem*.

¹²⁹TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. V.II.

¹³⁰ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

como a legalidade, a anterioridade e a vedação de retroatividade da norma tributária mais gravosa.¹³¹

A previsibilidade, segundo elemento destacado pelo autor¹³², refere-se à possibilidade de os destinatários do direito anteverem, com grau razoável de certeza, as consequências jurídicas de suas condutas. Tal exigência demanda não apenas normas redigidas de maneira clara e acessível, mas também padrões interpretativos consistentes e decisões judiciais coerentes.

Por fim, o terceiro elemento estruturante é a confiabilidade, que diz respeito à expectativa legítima de que o Estado agirá de forma coerente com os padrões que ele próprio instituiu. Ávila¹³³ sustenta que a confiança dos jurisdicionados deve ser preservada não apenas em face da lei vigente, mas também em relação à jurisprudência consolidada e às práticas administrativas reiteradas. Essa dimensão da segurança jurídica impõe ao Estado o dever de consistência institucional, de modo que mudanças interpretativas ou normativas não deslegitimem expectativas legítimas geradas no passado. Em sede de matéria tributária, essa exigência fundamenta, por exemplo, a modulação dos efeitos de decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram a inconstitucionalidade de normas antes consideradas válidas, justamente para evitar que contribuintes de boa-fé sejam surpreendidos por efeitos retroativos desfavoráveis.

Humberto Ávila¹³⁴, ao tratar da modulação em Direito Tributário, questiona se a segurança jurídica poderia ser usada com o propósito de manter a “lei tributária inconstitucional”. Responde o autor¹³⁵:

A segurança jurídica, tal como posta na CF/88, não pode ser usada pelo Estado para suportar restrição dos direitos fundamentais de liberdade. A essa conclusão se chega com base nos seguintes argumentos.

Em primeiro lugar, porque a segurança jurídica é o princípio protetivo dos direitos individuais frente ao Estado, e não instrumento de aumento de poder do Estado [...].

Em segundo lugar, porque, mesmo que não se aceite esse caráter protetivo geral da segurança jurídica em favor do cidadão, ainda assim a segurança jurídica é concretizada socialmente, no âmbito do Direito Tributário, com caráter ainda mais flagrante de proteção de direitos individuais, em dia e, logo, de limitação da atividade estatal, de outro [...].

Em terceiro lugar, porque, quando o assunto é a proteção da expectativa ou o afastamento da surpresa, o CF/88 contém as regras protetivas dos direitos individuais frente ao Estado.

¹³¹ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹³²*Ibidem*.

¹³³ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹³⁴ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021

¹³⁵*Ibidem*.

Dessa forma, embora o princípio constitucional da segurança jurídica possua indiscutivelmente elevada estatura, é necessário exercer cautela na sua invocação como fundamento para a modulação de efeitos. Isso porque tal prática pode comprometer os três pilares que compõem esse princípio na doutrina de Humberto Ávila¹³⁶. Segundo o autor, primeiramente, afeta a cognoscibilidade, ao gerar incerteza quanto à norma efetivamente aplicável aos casos concretos. Em segundo lugar, prejudica a confiabilidade, pois instaura um problema de orientação para os destinatários do direito: o padrão condicional “se, então” que caracteriza as regras jurídicas transforma-se em um instável “se, então, talvez”. Por fim, compromete-se a calculabilidade, na medida em que se reduz a previsibilidade da conduta alheia e a força vinculante do direito¹³⁷.

Dessa forma, o princípio da segurança jurídica é, por assim dizer, a face jurídica da dignidade humana, que, ao exigir a visibilidade da respeitosa transição do passado ao presente e do presente ao futuro, impede que o direito se volte contra quem nele confiou e que com a sua contribuição agiu. Ele estabelece, assim, as condições, temporais aplicativos, de funcionamento do Direito, sem as quais este último respeita o contribuinte como ser humano e como cidadão e, por isso, deixa de ser instrumento de civilidade no trato e de decência na atuação. Pode-se afirmar, por consequência, que o princípio da segurança jurídica fixa as condições aplicativo-temporais do funcionamento humano e civilmente comprometido do Direito Tributário¹³⁸.

Em conclusão, para que a modulação de efeitos atenda adequadamente ao princípio da segurança jurídica em todas as suas dimensões, é necessário que ela se submeta a pressupostos rigorosos e finalidades legítimas. De fato, a modulação deve ser admitida apenas em hipóteses excepcionais, nas quais esteja evidenciado que o caso concreto não comporta a aplicação retroativa da decisão sem causar prejuízos relevantes à estabilidade do ordenamento. Além disso, não pode haver inconstitucionalidade manifesta no ato impugnado, sob pena de contrariar a própria razão de ser do controle de constitucionalidade.

No que tange ao conceito normativo indeterminado de excepcional interesse social, segundo Teresa Arruda Alvim,¹³⁹ trata-se de “a necessidade de se evitar o impacto que o efeito retroativo deste “novo” ordenamento jurídico teria na esfera dos jurisdicionados e da sociedade, como um todo.”

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

Para além disso, a autora¹⁴⁰ faz uma análise metodológica de quando seria necessária a modulação de efeitos de uma decisão, a fim de se tutelar o interesse social a partir dos seguintes critérios: o primeiro objetivo consiste na necessidade de proteger a confiança legítima do jurisdicionado na estabilidade da orientação anteriormente adotada pelo Estado, assegurando a previsibilidade das condutas estatais; o segundo critério refere-se à rigidez do ambiente decisional, no qual, em tese, eventuais mudanças no estado de direito não deveriam ser promovidas por meio de intervenção do Poder Judiciário; já a terceira diretriz estabelece que a modulação é recomendável quando a alteração da orientação jurisprudencial acarreta prejuízos ao particular em relações com o Estado, especialmente porque não se pode impor ao administrado os ônus advindos da incoerência na atuação estatal.

Quanto às finalidades, a modulação de efeitos visa restaurar o estado de constitucionalidade, ao mesmo tempo em que protege a segurança jurídica em sua integralidade, tanto na dimensão subjetiva da confiança legítima, quanto na dimensão objetiva da previsibilidade normativa e estabilidade institucional. Ademais, somente se justifica quando for imprescindível para evitar uma ameaça grave à segurança jurídica, entendida não como mero argumento retórico de conveniência estatal, mas como valor constitucional que limita a atuação do próprio Estado. Assim, a modulação não pode ser utilizada como instrumento de convalidação de normas inconstitucionais, mas como mecanismo excepcional de proteção da confiança legítima dos cidadãos e de preservação da coerência sistêmica do ordenamento jurídico.

Nesse cenário, segundo Humberto Ávila¹⁴¹, a modulação apenas seria legítima quando presentes pressupostos rigorosos, ante a inexistência de inconstitucionalidade manifesta e a configuração de situação de excepcionalidade, em que a aplicação retroativa da decisão comprometeria gravemente a segurança jurídica ou colocaria em risco direitos fundamentais. Assim, ela não pode ser admitida em qualquer cenário, mas apenas quando indispensável para evitar uma ruptura na ordem constitucional ou uma ameaça concreta e intensa à estabilidade das relações jurídicas.

Além de pressupostos bem definidos, a modulação deve visar finalidades claras, quais sejam: restaurar o estado de constitucionalidade e não prolongar um estado de inconstitucionalidade; proteger diretamente a segurança jurídica objetiva e, de forma indireta,

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

os direitos fundamentais dos contribuintes; e afastar riscos de grave insegurança jurídica decorrentes de mudanças abruptas¹⁴².

No mesmo sentido, a Constituição da República consagra a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, instituindo um regime jurídico que resguarda o passado contra mudanças arbitrárias. Esse regime é complementado, no campo tributário, pelas limitações ao poder de tributar já referidas, que operam na dimensão prospectiva, garantindo ao contribuinte condições mínimas de calculabilidade para o futuro. Assim, o sistema constitucional assegura simultaneamente a preservação de situações jurídicas pretéritas e a previsibilidade das condutas estatais futuras, configurando um modelo coerente de respeito à confiança legítima. Importa frisar que não há, em contrapartida, normas constitucionais que atribuam ao Estado garantias equivalentes de manutenção de sua arrecadação. Logo, o ordenamento não consagra uma “segurança arrecadatória” estatal, mas apenas a segurança jurídica em favor do contribuinte¹⁴³.

Segundo o autor¹⁴⁴:

A segurança jurídica, tal como posta na CF/88, não pode ser usada pelo Estado para suportar a restrição dos direitos fundamentais de liberdade. A essa conclusão se chega com base nos seguintes argumentos. Em primeiro lugar, porque a segurança jurídica é princípio protetivo de direitos individuais frente ao Estado, e não instrumento de aumento do poder do Estado, como ficou assentado na parte relativa ao exame dos seus fundamentos. Essa conotação individualista e protetiva da segurança jurídica exterioriza-se pela forma e pelo conteúdo dos seus fundamentos. Pela forma, na medida em que os fundamentos da segurança jurídica, especialmente no Direito Tributário, são direitos e garantias individuais, com conotação protetiva, sendo que algumas garantias são até mesmo autointituladas de “limitações ao poder de tributar”; princípios administrativos, com conotação restritiva do exercício arbitrário do poder; e princípios estruturantes, com conotação igualmente limitativa do poder e protetiva dos direitos individuais. Pelo conteúdo, já que os fundamentos, como previsão de comportamentos ou de ideais, implicam ou pressupõem a segurança em favor dos direitos de liberdade pelo indivíduo. Isso significa dizer que a segurança jurídica “ergue-se”, por dentro da Constituição, a partir de normas protetivas de direitos individuais e limitativas da atividade estatal. O seu conteúdo, portanto, não pode ignorar a sua fonte. Se a construção da segurança jurídica, como ideal maior, é feita por indução a partir de ideais menores, o ideal maior deverá conservar a orientação dos ideais que lhe deram origem. Enfim, a segurança jurídica é princípio objetivo em favor dos cidadãos (embora nem sempre em favor de determinado cidadão), e não em favor do Estado.

¹⁴²*Ibidem*.

¹⁴³ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁴⁴*Ibidem*.

Assim, Humberto Ávila¹⁴⁵ sustenta que a regra deve ser a não aplicação da modulação, já que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei tributária restabelece imediatamente a ordem constitucional antes violada. A manutenção de efeitos de uma norma tributária inconstitucional significaria, na prática, impor ao contribuinte a continuidade de uma cobrança indevida, subvertendo o caráter protetivo dos direitos fundamentais em face do Estado. Isso esvaziaria tanto a função de resistência desses direitos quanto a eficácia mínima do princípio da universalidade da jurisdição, pois se admitiria que uma lei sabidamente inválida continuasse a produzir efeitos contra os cidadãos.

Nesse cenário¹⁴⁶, a modulação só se legitima quando presentes pressupostos rigorosos, como a inexistência de inconstitucionalidade manifesta e a configuração de situação de excepcionalidade, em que a aplicação retroativa da decisão comprometeria gravemente a segurança jurídica ou colocaria em risco direitos fundamentais. Assim, ela não pode ser admitida em qualquer cenário, mas apenas quando indispensável para evitar uma ruptura na ordem constitucional ou uma ameaça concreta e intensa à estabilidade das relações jurídicas¹⁴⁷.

Conclui o autor¹⁴⁸: “não basta, contudo, que o contribuinte seja respeitado: é preciso que ele possa ver-se sendo respeitado e atuar argumentativamente nessa respeitabilidade.”

Logo, conforme doutrina especializada no tema, a modulação de efeitos em matéria tributária deve observar pressupostos estritos, finalidades específicas e procedimentos cuidadosamente delineados, todos eles orientados pelo princípio da segurança jurídica em sua dimensão protetiva, voltada precipuamente ao contribuinte. Em contrapartida, constata-se que esse arcabouço dogmático e teórico não encontra correspondência na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que frequentemente adota critérios menos rigorosos e mais voltados à preservação do equilíbrio fiscal dos entes federativos. Essa discrepância será examinada no próximo subcapítulo, no qual se analisará, quantitativamente, a jurisprudência da Corte acerca das decisões moduladas, com especial destaque para o campo tributário.

¹⁴⁵*Ibidem.*

¹⁴⁶ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁴⁷*Ibidem.*

¹⁴⁸*Ibidem.*

2.3. APLICAÇÃO DA MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

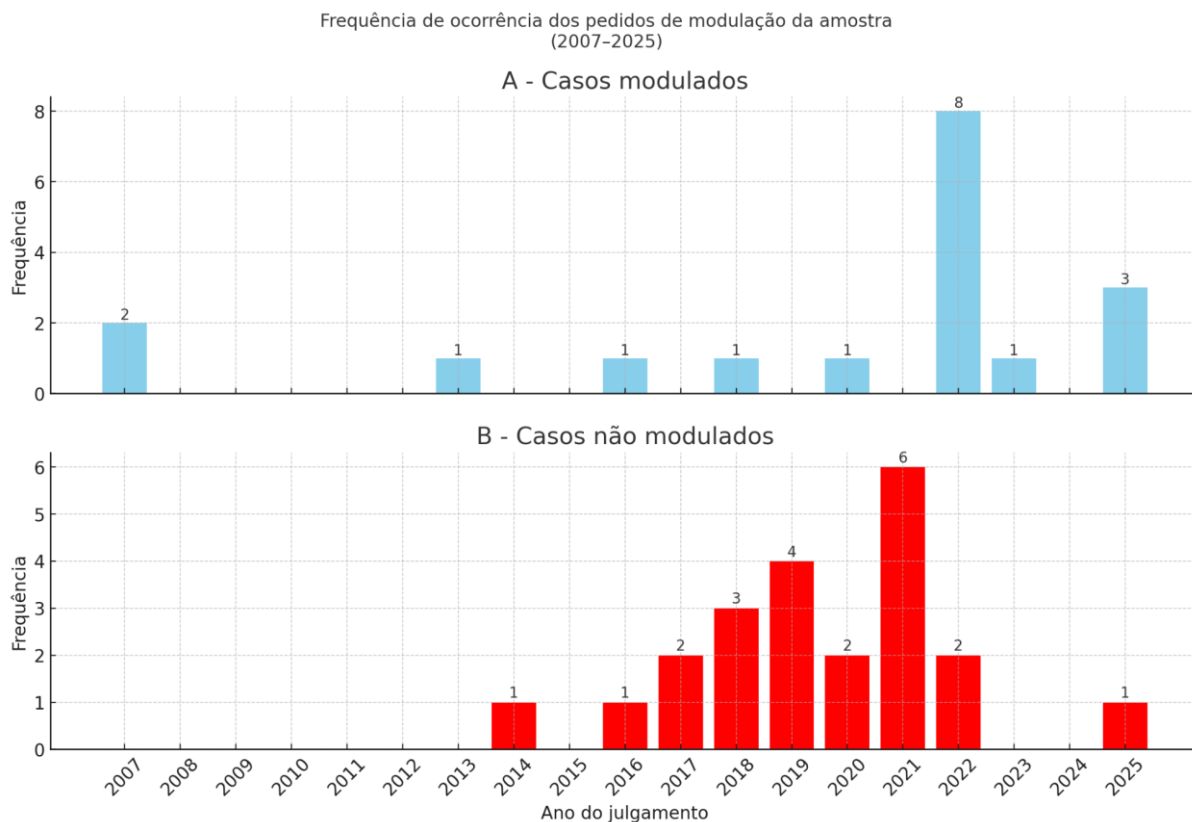
De início, observa-se que, em matéria tributária, as justificativas mais comuns para a modulação dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade se baseiam na segurança jurídica e no equilíbrio orçamentário. A questão é, então, dupla: pode a segurança jurídica servir como argumento em favor do Estado para perpetuar obrigações tributárias inconstitucionais? E, se admitida tal possibilidade, como compatibilizá-la com outros valores constitucionais?

Este subcapítulo tem por objetivo apresentar uma análise quantitativa das decisões em que o Supremo Tribunal Federal aplicou modulação de efeitos em julgamentos submetidos ao regime da repercussão geral, no âmbito tributário, no período de 2007 a 2025. Como marco normativo, recorde-se que a repercussão geral foi introduzida pela EC 45/2004 e passou a operar, de fato, a partir de 2007, ano que inaugura o recorte temporal aqui adotado.

No período compreendido entre 2007 e 2025, foram identificados 47 temas de repercussão geral em que se discutiu a modulação de efeitos no âmbito tributário. Desse universo, 20 casos tiveram a modulação deferida, enquanto 25 resultaram na negativa do pedido e um foi considerado prejudicado. Além disso, nos cinco temas acrescidos ao recorte temporal, verificou-se uma negativa, três provimentos e um julgamento de relevo, correspondente à Repercussão Geral – Mérito, Tema 1.367, em que se debateu a modulação dos efeitos da incidência do ICMS, matéria decidida no contexto da ADC 49. Dessa forma, esse conjunto de decisões fornece a base quantitativa consolidada para a presente investigação, permitindo avaliar, de maneira mais abrangente, o comportamento do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicação da modulação em repercussão geral no campo tributário.

Para a obtenção dos resultados, inicialmente adotou-se como recorte de pesquisa a palavra-chave “tributário”, que retornou 22.899 decisões. Em seguida, aplicou-se o filtro de “repercussão geral”, por meio do qual foram identificadas 498 decisões. Destas, consideraram-se apenas aquelas em que houve julgamento de mérito, o que reduziu a amostra para 265 decisões. A partir desse conjunto, realizou-se a análise decisão por decisão, com o objetivo de verificar quantas efetivamente mencionavam a modulação de efeitos. Tal procedimento mostrou-se necessário porque o sistema de pesquisa não dispõe de campo específico para identificar automaticamente os julgados em que houve pedido ou deliberação sobre modulação, exigindo, portanto, um exame detalhado e manual.

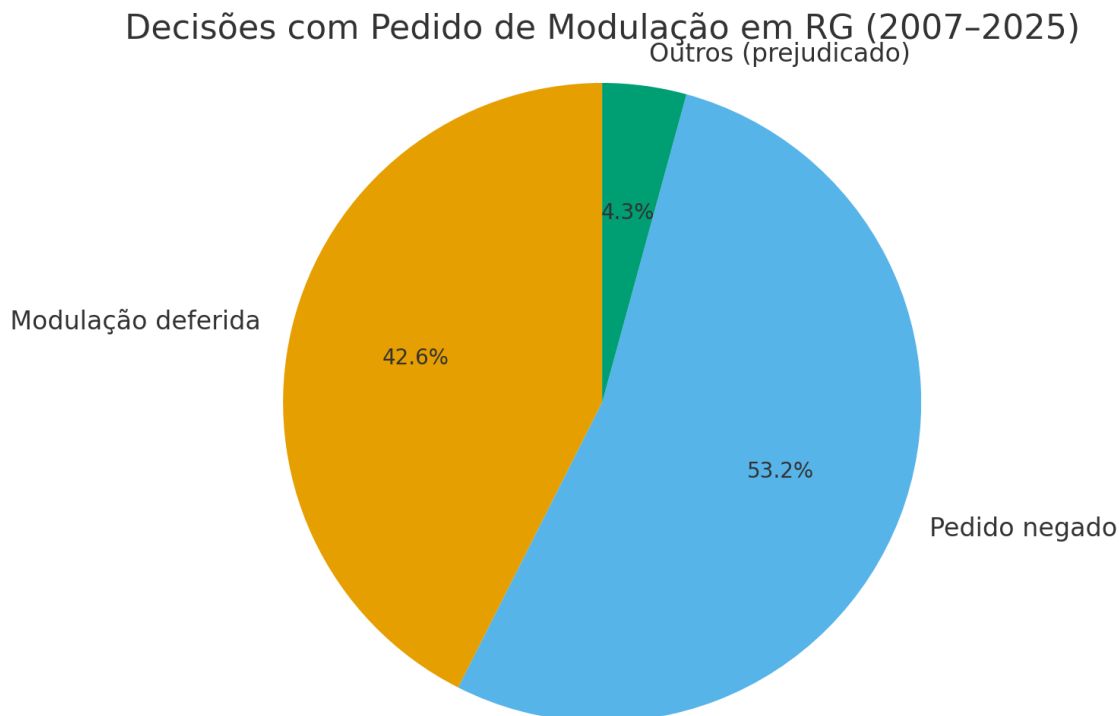
Veja-se o que se extraiu dessa pesquisa jurisprudencial:



A análise da frequência de ocorrência dos casos de modulação ao longo dos anos, conforme exposto na figura, evidencia um crescimento expressivo das decisões moduladas (Figura A) nos períodos mais recentes. Nota-se que, até 2019, as modulações eram pontuais e esparsas, variando entre um e dois casos por ano. Contudo, em 2021 e 2022 houve um salto significativo, com 11 decisões deferindo modulação nesses dois anos (8 em 2021 e 3 em 2022). Se considerado o período da pandemia de Covid-19 (2020–2022), foram 12 decisões moduladas, o que corresponde a aproximadamente 70% do total de deferimentos desde 2007. Esse dado confirma a tendência de que, diante de cenários de forte impacto econômico e social, o Supremo Tribunal Federal intensificou o uso da técnica da modulação como forma de mitigar os efeitos de suas decisões.

De modo semelhante, a Figura B (indeferimentos) também demonstra maior concentração nos anos mais recentes. Entre 2018 e 2022, registraram-se 18 indeferimentos em um total de 25 casos não modulados, o que equivale a 72% do total. Esse acúmulo indica que a Corte não apenas discutiu mais frequentemente a possibilidade de modular, mas também deliberou, em grande parte, pelo indeferimento do pedido, consolidando um padrão de forte atividade jurisprudencial nesse período.

Neste próximo gráfico, a figura revela a distribuição percentual das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, no período de 2007 a 2025, quando houve pedido de modulação de efeitos. Veja-se:



Observa-se que a maior parte das deliberações resultou no indeferimento da modulação (53,2%), o que indica a predominância da regra segundo a qual as decisões em controle de constitucionalidade produzem efeitos retroativos, mantendo-se a eficácia *ex tunc* como padrão. Ainda assim, uma parcela significativa, correspondente a 42,6% dos casos, demonstra que o Tribunal tem recorrido de forma consistente à técnica da modulação, especialmente em situações de excepcional gravidade, nas quais se reconhece a necessidade de preservar a segurança jurídica e atenuar os impactos econômicos e sociais decorrentes da imediata aplicação da decisão. Além dessas hipóteses, registra-se uma pequena fração de 4,3% destinada a casos residuais, como os prejudicados ou aqueles em que a modulação foi discutida em contexto processual atípico.

A figura revela a distribuição percentual das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, no período de 2007 a 2025, quando houve pedido de modulação de efeitos. Observa-se que a maior parte das deliberações resultou no indeferimento da modulação (53,2%), o que indica a predominância da regra segundo a qual as decisões em controle de constitucionalidade produzem efeitos retroativos, mantendo-se a eficácia *ex tunc* como padrão. Ainda assim, uma parcela significativa, correspondente a 42,6% dos casos,

demonstra que o Tribunal tem recorrido de forma consistente à técnica da modulação, especialmente em situações de excepcional gravidade, nas quais se reconhece a necessidade de preservar a segurança jurídica e atenuar os impactos econômicos e sociais decorrentes da imediata aplicação da decisão. Além dessas hipóteses, registra-se uma pequena fração de 4,3% destinada a casos residuais, como os prejudicados ou aqueles em que a modulação foi discutida em contexto processual atípico.

Para além da pesquisa realizada neste trabalho, desde 2021 delineia-se no Supremo Tribunal Federal um padrão de modulação pró-fisco. De 66 processos tributários mapeados, 90,9% limitaram a eficácia temporal das decisões para impedir a restituição retroativa de tributos indevidamente recolhidos, o que revela uma tendência institucional de privilegiar a proteção do erário em detrimento da plena eficácia da declaração de inconstitucionalidade. Mesmo quando os casos são agrupados por teses, 14 delas (73,7%) resultaram em modulação favorável ao Estado, confirmando um viés consistente de preservação dos efeitos arrecadatórios pretéritos¹⁴⁹.

Essa constatação reforça, sob a perspectiva empírica, as conclusões da presente pesquisa: a modulação em matéria tributária tem se consolidado como instrumento de contenção fiscal, utilizado para evitar desequilíbrios orçamentários e reduzir o impacto financeiro imediato das decisões do Supremo Tribunal Federal. O dado estatístico, portanto, não apenas confirma a predominância de argumentos de segurança jurídica e estabilidade financeira nas decisões moduladas, como também evidencia o deslocamento da técnica de exceção — concebida originalmente para situações de excepcional interesse social — para um mecanismo recorrente de proteção fiscal do Estado, muitas vezes à custa da confiança legítima do contribuinte e da coerência sistêmica do controle de constitucionalidade, em detrimento das matrizes teóricas sobre o tema.

Em síntese, o exame desenvolvido neste capítulo demonstra que a modulação de efeitos, embora concebida como técnica excepcional destinada a harmonizar a supremacia da Constituição com a estabilidade das relações jurídicas, tem se transformado, na prática, em instrumento recorrente de proteção fiscal. Os dados empíricos revelam um padrão de modulação pró-fisco, o que evidencia um afastamento entre a doutrina especializada do instituto

¹⁴⁹JOTA. **Modulação de efeitos:** STF decide em 90,9% dos casos favoravelmente ao fisco. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos/modulacao-de-efeitos-stf-decide-em-909-dos-casos-favoravelmente-ao-fisco>. Acesso em: 7 out. 2025.

e sua aplicação concreta pelo STF. Esse quadro reforça a necessidade de uma abordagem mais criteriosa e racional da técnica de modulação de efeitos, capaz de compatibilizar previsibilidade e justiça constitucional. Nesse sentido, o próximo capítulo buscará identificar se existe um padrão argumentativo nas decisões do Supremo Tribunal Federal e de que forma a Análise Econômica do Direito pode contribuir para aperfeiçoar a fundamentação e a consistência do uso da modulação.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES MODULADAS PELO STF

No capítulo anterior, constatou-se uma expansão do emprego da técnica da modulação de efeitos em matéria tributária pelo Supremo Tribunal Federal. Neste presente capítulo, objetiva-se realizar uma análise qualitativa de decisões paradigmáticas do STF que consubstanciam esse padrão decisório. Para além de compreender os fundamentos jurídicos invocados para limitar a retroatividade das declarações de inconstitucionalidade, também serão analisadas as consequências institucionais e econômicas derivadas dessa prática jurisprudencial.

Para isso, a análise será dividida em dois campos complementares. No primeiro, serão examinadas decisões concretas em que o Supremo modulou os efeitos de suas decisões no âmbito tributário, com o objetivo de compreender em que medida o Tribunal utiliza critérios consistentes ou casuísticos ao ponderar entre supremacia constitucional, estabilidade orçamentária e previsibilidade das relações jurídicas, delineando, assim, o perfil atual da modulação tributária no Brasil.

No segundo campo, propõe-se interpretar essas decisões à luz da Análise Econômica do Direito, investigando como a modulação impacta os incentivos dos agentes públicos e privados, a eficiência do sistema tributário e a isonomia concorrencial. Parte-se da premissa de que o Direito não opera em abstração, mas influencia e é influenciado pelo comportamento racional dos sujeitos. Sob essa perspectiva, pretende-se demonstrar que decisões moduladas sem o critério econômico-constitucional adequado podem gerar distorções e estimular comportamentos, bem como gerar externalidades negativas e comprometer o equilíbrio entre Estado e contribuinte. Dessa forma, este capítulo busca construir uma ponte entre a dogmática constitucional e a racionalidade consequencialista, oferecendo uma leitura empírica e interdisciplinar do papel da modulação de efeitos no desenho institucional do sistema tributário brasileiro.

3.1 ANÁLISE QUALITATIVA DAS DECISÕES COM EFEITOS MODULADOS PELO STF

Após a delimitação quantitativa das decisões de repercussão geral em matéria tributária com aplicação da técnica da modulação de efeitos, cumpre avançar para uma análise qualitativa, examinando em profundidade alguns dos julgados paradigmáticos do Supremo Tribunal

Federal. Para tanto, foram selecionados três temas de grande relevância: Temas 69¹⁵⁰ (ICMS – “tese do século”), 881¹⁵¹ (CSLL – modulação parcial) e 745¹⁵² (ICMS – modulação pró-futuro) de Repercussão Geral.

A escolha desses precedentes não é aleatória. Pelo contrário, cada um deles revela um aspecto peculiar da forma como o STF tem recorrido à modulação de efeitos em controle de constitucionalidade tributária, permitindo identificar padrões, divergências e justificativas reiteradamente invocadas pelos ministros. O Tema 69, conhecido como “tese do século”, envolveu impacto econômico bilionário e exigiu do Tribunal a ponderação entre a eficácia imediata da declaração de inconstitucionalidade e a necessidade de preservar a estabilidade orçamentária da União e dos entes federativos. O Tema 881 apresenta um exemplo de modulação parcial, em que a Corte modulou apenas parte dos efeitos, revelando uma técnica de ajuste temporal ímpar. Já o Tema 745 se destaca pela opção de uma modulação pró-futuro, enfatizando a segurança jurídica e evitando efeitos retroativos que poderiam gerar insegurança nos contribuintes e no próprio fisco.

Para melhor compreensão dessas decisões, a análise buscou responder às seguintes questões norteadoras:

1. Quais critérios o STF tem utilizado para restringir a eficácia das decisões de inconstitucionalidade em matéria tributária?
2. Há um padrão nas decisões moduladas? É possível identificar um núcleo comum de fundamentos ou a prática revela maior casuísmo e fragmentação nos votos?

Ao problematizar tais questões a partir dos três precedentes selecionados, pretende-se oferecer uma visão crítica e sistemática sobre os fundamentos e limites da modulação de efeitos no âmbito da repercussão geral tributária, avaliando tanto a consistência argumentativa dos

¹⁵⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 574.706/PR**. Constitucional. Tributário. Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Impossibilidade. O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15 de março de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>. Acesso em: 13 set.2025.

¹⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 949.297/CE** (Tema 881). Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4930112&numeroProcesso=949297&classeProcesso=RE&numeroTema=881>. Acesso em: 13 set.2025.

¹⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 714.139/SC**. Constitucional. Tributário. ICMS. Seletividade. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Inconstitucionalidade de alíquotas superiores à geral. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4307031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745>. Acesso em: 13 set. 2025.

ministros quanto as consequências institucionais e práticas para o federalismo fiscal e para a justiça tributária.

Primeiro, o julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR¹⁵³, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, foi consagrado como a chamada “tese do século” no âmbito tributário. Naquela oportunidade, em 15 de março de 2017, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de repercussão geral (Tema 69) nos seguintes termos: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”. A decisão implicou profundo impacto fiscal e jurídico, pois afastou da base de cálculo das contribuições sociais parcela significativa da arrecadação federal.

A controvérsia analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 574.706/PR¹⁵⁴ partiu da definição do conceito constitucional de faturamento como base de incidência das contribuições ao PIS e à COFINS. O art. 195, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, estabelece que a seguridade social será financiada, entre outras fontes, por contribuições sociais incidentes sobre “a receita ou o faturamento” das empresas.

Em uma breve análise do mérito da controvérsia, observa-se que o Ministro Gilmar Mendes, vencido no julgamento, sustentou que o ICMS deveria compor a base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS. Destacou, inicialmente, que o imposto integra a própria base de cálculo — em razão do chamado cálculo “por dentro” —, de modo que o tributo indireto compõe o valor da operação de compra e venda de mercadorias ou de prestação de serviços. Ressaltou, ainda, que a hipótese de incidência e a base de cálculo do PIS e da COFINS, por serem tributos reais, vinculam-se à realidade econômica bruta, sendo irrelevante o resultado superavitário ou deficitário da atividade empresarial. Na mesma linha, advertiu que a exclusão do ICMS aproxima indevidamente a COFINS da CSLL, o que distorce sua finalidade. Além disso, enfatizou os efeitos negativos da tese vencedora, entre eles a necessidade de buscar novas fontes de financiamento ou de elevar alíquotas para compensar perdas na seguridade social, o aumento da complexidade e dos custos administrativos do sistema tributário e a criação de distorções no equilíbrio fiscal. Por fim, refutou a concepção de que o ICMS destacado em nota

¹⁵³BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 574.706/PR**. Constitucional. Tributário. Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Impossibilidade. O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15 de março de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>. Acesso em: 13 set.2025.

¹⁵⁴*Ibidem*.

fiscal seria automaticamente repassado ao Erário, assinalando que o contribuinte não atua como mero intermediário, e criticou o expediente de reduzir a arrecadação por via oblíqua, por tornar ainda mais onerosa e intrincada a tributação.

A análise recairá especialmente sobre as consequências dessa orientação para a sustentabilidade do sistema tributário e para o financiamento da seguridade social, já que a redução abrupta da arrecadação pode impor a necessidade de criação de novas fontes de receita ou a elevação de alíquotas, comprometendo o equilíbrio fiscal e a efetividade das políticas públicas. Também será objeto de atenção a crítica quanto ao agravamento da complexidade e dos custos de administração do sistema tributário, uma vez que a diminuição indireta da arrecadação, por meio de expedientes interpretativos, tende a gerar distorções e a tornar a estrutura fiscal ainda mais onerosa.

Primeiro, o voto do Ministro Gilmar Mendes, ao enfrentar as consequências da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, revela uma abordagem nitidamente consequencialista, inspirada na tradição da Análise Econômica do Direito. O Ministro enfatiza que decisões judiciais não podem ser compreendidas apenas como declarações abstratas de validade normativa, mas devem considerar os custos de transação, os incentivos gerados e os efeitos práticos sobre a eficiência do sistema jurídico e econômico.

Nessa senda, a razão de decidir do Ministro constrói-se sobre dois eixos fundamentais. O primeiro é o impacto orçamentário e sistêmico da medida: a exclusão do ICMS representaria perda bilionária de arrecadação¹⁵⁵ destinada ao financiamento da Seguridade Social, comprometendo a sustentabilidade de direitos fundamentais como saúde, previdência e assistência social. O segundo é a desestabilização do sistema tributário: ao abrir espaço para novas disputas sobre o conceito de faturamento, a decisão majoritária fomentaria insegurança

¹⁵⁵Em seu voto: “Na Nota PGFN/CASTF/Nº 1232/2014, destinada à elaboração do Anexo de Riscos Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias, a Coordenadoria de Atuação Judicial da PGFN perante o STF (CASTF) estimou a perda de arrecadação da União, caso confirmada a exclusão do ICMS sobre a base de cálculo das contribuições, em 27 bilhões de reais para exercício de 2015, verbis: “Conforme dados da Receita Federal do Brasil, impacto estimado de R\$ 89,44 bilhões, no período de 2003 a 2008. Este valor foi atualizado pela Nota Cetad/Coest nº 146, de 7 de outubro de 2014, utilizando a SELIC como indexador e chegou-se ao seguinte valor: 2003 a 2008: R\$ 133.620,37 milhões, ao qual adicionou-se o período de 2009 a 2014, no valor de R\$ 116.673,68 milhões, totalizando um valor de devolução aos contribuintes em caso de derrota da União de R\$ 250.294,05 milhões e uma perda de arrecadação projetada para 2015 de R\$ 27,12 bilhões”. O número já está totalmente superado hoje. O anexo de riscos fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias relativas ao exercício de 2017 fala de um impacto de 250,3 bilhões de reais.”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 574.706/PR**. Constitucional. Tributário. Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Impossibilidade. O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15 de março de 2017. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>. Acesso em: 13 set.2025. P. 137.

jurídica, multiplicaria litígios e elevaria custos administrativos, produzindo efeitos negativos tanto para o Estado quanto para os contribuintes.

Essa preocupação do Min. Gilmar Mendes, citando R. Posner, resta clara no seguinte trecho de seu voto¹⁵⁶:

A ruptura do sistema das contribuições ao PIS/COFINS estimulará o dispêndio de recursos e o esforço na busca de novas exceções ao faturamento de cada contribuinte, além de mais recursos públicos para solucionar controvérsias administrativas e judiciais sobre a determinação do faturamento. Inevitavelmente, a complexidade da determinação da base de cálculo da contribuição ensejará aumento no custo de arrecadação e fiscalização, além das declarações e prestações de contas dos próprios contribuintes

Ainda em seu voto¹⁵⁷, argumenta que reduzir a carga tributária por vias oblíquas, como a exclusão pontual e casuística de parcelas da base de cálculo do PIS/COFINS, não é solução legítima para o problema da alta tributação. Isso porque o sistema continua a ter os mesmos custos constitucionais — saúde, previdência e assistência social — e, se a base de arrecadação é artificialmente esvaziada, o Estado precisará aumentar as alíquotas ou criar novas fontes para recompor a receita. Esse tipo de engenharia jurídica, ao invés de simplificar, torna o sistema mais intrincado. Cada nova exceção abre espaço para contestações futuras: se o ICMS não deve integrar a base, por que não também os salários pagos, o custo da mercadoria ou outros elementos de repasse? O resultado é a multiplicação de teses tributárias, a litigiosidade crescente e a erosão da confiança dos contribuintes e do próprio fisco.

Do ponto de vista sistêmico, essa estratégia aumenta tanto os custos privados de compliance (as empresas precisam gastar mais para calcular, declarar e discutir tributos) quanto os custos públicos de fiscalização e contencioso. Ou seja, o ganho pontual de desoneração é compensado por um ônus coletivo mais elevado, o que reforça a crítica de que tais medidas são, na verdade, ineficientes e contraproducentes.

Em sentido conexo ao entendimento do Min. Gilmar Mendes, a dimensão fiscal da decisão levou a União Federal a interpor embargos de declaração, alegando, entre outros pontos, a necessidade de modular os efeitos do precedente. Para a Procuradoria-Geral da Fazenda

¹⁵⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 574.706/PR**. Constitucional. Tributário. Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Impossibilidade. O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15 de março de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>. Acesso em: 13 set.2025. P. 138. Apud: cf. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7ª ed. New York: Aspen, 2007. p. 512-513

¹⁵⁷*Ibidem*.

Nacional, a aplicação retroativa da tese implicaria perdas orçamentárias de grande magnitude, cujos riscos fiscais poderiam alcançar R\$ 205 bilhões, além de restituições já projetadas em R\$ 250,294 bilhões até 2015. Acrescentou ainda que, apenas em São Paulo, 74 processos em fase de liquidação somavam cerca de R\$ 16 bilhões. Com base nesses números, sustentou que a modulação era imprescindível para evitar impactos negativos ao sistema tributário e o comprometimento do equilíbrio econômico¹⁵⁸.

No julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 574.706/PR¹⁵⁹, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, modular os efeitos da tese de repercussão geral fixada em 2017. A Corte estabeleceu que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS produziria efeitos apenas a partir de 15 de março de 2017, ressalvadas as ações judiciais e os procedimentos administrativos protocolados até aquela data. Dessa forma, buscou-se equilibrar a proteção dos contribuintes que já haviam acionado o Judiciário com a preservação da estabilidade das contas públicas diante do impacto fiscal projetado pela União.

Os ministros favoráveis à modulação — Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Roberto Barroso — fundamentaram seu entendimento, sobretudo, em razões de segurança jurídica e interesse social. Destacaram a longa vigência das normas que previam a inclusão do ICMS na base de cálculo, sua aplicação sob a presunção de constitucionalidade e o risco de comprometer o equilíbrio orçamentário da União com restituições bilionárias. Sob esse prisma, a modulação aparecia como mecanismo apto a conciliar a força normativa da decisão com a necessidade de responsabilidade fiscal e a preservação de expectativas legítimas.

De outro lado, vozes contrárias à modulação, em especial o voto do Min. Edson Fachin, argumentaram que não se verificavam os pressupostos constitucionais e legais para restringir a eficácia da decisão¹⁶⁰. O ministro ressaltou que não havia alteração de jurisprudência dominante, já que a própria Corte havia, há anos, sinalizado a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo. Acrescentou que a mera alegação de impacto orçamentário não pode se confundir com o interesse social, sob pena de subordinar os direitos fundamentais dos contribuintes às contingências financeiras do Estado. Para o min.¹⁶¹, a segurança jurídica está ligada à previsibilidade e à estabilidade das relações, e não à conveniência orçamentária, motivo

¹⁵⁸BRASIL, ref. 156.

¹⁵⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 574.706/PR**. Constitucional. Tributário. Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Modulação de efeitos. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 13 de maio de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347284289&ext=.pdf>. Acesso em: 13 set.2025.

¹⁶⁰*Ibidem*.

¹⁶¹*Ibidem*.

pelo qual a decisão deveria produzir efeitos retroativos, beneficiando integralmente os contribuintes.

A discussão ganhou contornos ainda mais complexos quando se analisou a definição de qual parcela do ICMS deveria ser excluída da base de cálculo. A min. rel. Cármen Lúcia¹⁶² manteve o entendimento de que o valor a ser deduzido corresponde ao ICMS destacado em nota fiscal, por ser critério objetivo, transparente e compatível com a tese de que o imposto não integra o faturamento da empresa. Já o min. Nunes Marques¹⁶³, embora concordasse com a exclusão do ICMS, defendeu que a parcela a ser considerada era apenas o ICMS efetivamente recolhido ao Estado. Seu argumento central era que, ao se adotar o critério do destaque, haveria risco de deduções superiores ao imposto globalmente recolhido, em razão do regime da não-cumulatividade, o que poderia gerar desequilíbrios e enriquecimento sem causa.

A principal diferença entre esses entendimentos é a seguinte¹⁶⁴: ao defender a exclusão do ICMS destacado em nota fiscal, Cármen Lúcia garantiu aos contribuintes uma interpretação mais ampla, permitindo que todo o valor indicado como ICMS na operação de saída fosse retirado da base de cálculo do PIS e da COFINS. Essa posição, embora coerente com a lógica de que o imposto não integra o faturamento da empresa, ampliou de forma significativa os créditos a serem reconhecidos pelos contribuintes, implicando, por consequência, uma expressiva redução da arrecadação da União e um impacto fiscal elevado. Já o entendimento de Nunes Marques buscou restringir o alcance da decisão ao propor que apenas o ICMS efetivamente recolhido aos cofres estaduais (ICMS líquido) fosse excluído. A consequência direta dessa interpretação é a limitação do benefício econômico para os contribuintes, pois a dedução não se daria sobre o montante integral destacado, mas somente sobre aquele que efetivamente saiu do caixa da empresa. Com isso, reduzem-se os riscos de aproveitamento em cascata do imposto ao longo da cadeia produtiva e atenua-se o impacto fiscal sobre as finanças públicas, preservando em maior medida o equilíbrio orçamentário da União¹⁶⁵.

Dessa forma, a divergência entre os min. Cármen Lúcia e Nunes Marques revela dois enfoques distintos¹⁶⁶: enquanto a relatora privilegiou a coerência conceitual e a proteção

¹⁶²BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 574.706/PR**. Constitucional. Tributário. Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Modulação de efeitos. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 13 de maio de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347284289&ext=.pdf>. Acesso em: 13 set.2025.

¹⁶³*Ibidem*.

¹⁶⁴*Ibidem*.

¹⁶⁵*Ibidem*.

¹⁶⁶*Ibidem*.

objetiva do contribuinte, o voto divergente enfatizou a consistência sistêmica e o equilíbrio fiscal. Em ambos os casos, todavia, verifica-se a tentativa de conciliar a interpretação constitucional do conceito de faturamento com as consequências práticas de sua aplicação, ainda que por caminhos distintos.

Em suma, a escolha desse julgado para este trabalho se dá pelo debate realizado pela Corte Constitucional para os embargos de declaração e pela discussão sobre a modulação de efeitos. A União, diante de estimativas de perdas bilionárias (valores provisionados em torno de R\$ 250 bilhões), argumentou que a aplicação retroativa da tese poderia desestabilizar o orçamento público e comprometer a própria estrutura do Estado Social. Nessa linha, ministros como Gilmar Mendes e Nunes Marques enfatizaram que decisões tributárias de grande impacto não podem ser apartadas de sua repercussão prática no financiamento da seguridade social, aproximando-se de uma leitura consequencialista.

A AED fornece instrumental adicional para compreender a tensão: de um lado, a exclusão do ICMS da base do PIS/COFINS reduz a distorção conhecida como “tributação em cascata”, aumentando a onerosidade do sistema e reduzindo o chamado custo Brasil. De outro lado, a perda de arrecadação fiscal gera pressões que podem levar a aumentos de alíquotas ou à criação de novos tributos, a fim de substituir tal perda, produzindo um ônus sistêmico que recai, em última instância, sobre a coletividade.

Em síntese, o julgamento dos embargos de declaração o consequencialismo fiscal, que justificou a modulação como resposta a impactos orçamentários e à preservação da estabilidade estatal. Em concreto, a decisão privilegiou a estabilidade macroeconômica, consciente de que uma decisão puramente retroativa poderia desorganizar a estrutura tributária, gerar insegurança nos mercados e comprometer o equilíbrio das contas públicas. É por isso que a modulação, nesse contexto, não foi apenas um expediente técnico, mas um instrumento de governabilidade fiscal.

Neste momento será realizada a análise do Tema 881 de Repercussão Geral do STF. A escolha do Tema 881 do STF (RE 949.297/CE)¹⁶⁷ para ilustrar o estudo da modulação de efeitos decorre do caráter emblemático desse julgamento na definição dos limites da coisa julgada em matéria tributária. A relativização da coisa julgada em matéria tributária — especialmente em relações de trato sucessivo — tornou-se um dos debates mais sensíveis do contencioso

¹⁶⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 949.297/CE** (Tema 881). Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4930112&numeroProcesso=949297&classeProcesso=RE&numeroTema=881>. Acesso em: 13 set.2025.

brasileiro. A controvérsia foi catalisada, de um lado, pela prática administrativa realizada a partir do Parecer PGFN/CRJ 492/2011¹⁶⁸ e, de outro, pela necessidade de compatibilizar decisões individuais transitadas em julgado com pronunciamentos posteriores do STF em sede de controle de constitucionalidade. Em 2022/2023, o Supremo enfrentou a questão nos Temas 881 (RE 949.297/CE) e 885 (RE 955.227)¹⁶⁹, ambos com repercussão geral, firmando critérios para a cessação dos efeitos temporais da coisa julgada quando sobrevier orientação constitucional vinculante em sentido oposto.

A controvérsia meritória se centrou na possibilidade de decisões transitadas em julgado, que haviam reconhecido a inexigibilidade da CSLL, permanecerem eficazes após o Supremo declarar a constitucionalidade da contribuição em sede de controle concentrado.

O ponto de maior relevo para o presente trabalho, contudo, reside na modulação parcial dos efeitos, não para afastar a exigibilidade do tributo em si, mas para proteger os contribuintes que, amparados por coisa julgada, deixaram de recolhê-lo sem dolo ou má-fé. Nesses casos, o STF afastou a incidência de multas punitivas e moratórias, fundamentando sua decisão em razões de segurança jurídica e no reconhecimento de que a conduta dos contribuintes estava legitimamente respaldada por decisões judiciais transitadas. Assim, a decisão demonstra como o Tribunal buscou um equilíbrio entre a preservação da autoridade de seus precedentes constitucionais e a proteção da confiança legítima dos jurisdicionados, evidenciando, de maneira paradigmática, a função da modulação como técnica de ponderação entre estabilidade, justiça e interesse público.

Sobre o tema, a Constituição de 1988¹⁷⁰ conferiu à União, em seu art. 149, competência para instituir contribuições sociais, prevendo, ainda, no art. 195, inciso I, alínea c, que a seguridade social deve ser financiada pela sociedade, inclusive por recursos provenientes do lucro das empresas. Nesse contexto, foi editada a Lei nº 7.689/1988, que instituiu a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), destinada ao custeio da seguridade social.

¹⁶⁸BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011**. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/documentos-portaria-502/PARECER%20CRJ%20492-11.pdf>. Acesso em: 1 out. 2025.

¹⁶⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 955.227/BA (Tema 885)**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Relações jurídicas tributárias de trato continuado. Controle difuso de constitucionalidade. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, [data do julgamento]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4945134&numeroProcesso=955227&classeProcesso=RE&numeroTema=885>. Acesso em: 13 set. 2025.

¹⁷⁰BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2025.

Desde a origem, a contribuição foi objeto de controvérsia, sendo questionada no Judiciário por supostos vícios formais e materiais.

Alguns contribuintes obtiveram sentenças favoráveis, afastando a cobrança da CSLL, muitas delas com trânsito em julgado. Esse foi o caso da empresa têxtil envolvida no RE 949.297, que, em 1992, obteve decisão definitiva no sentido de que a exação seria indevida, à época considerada inconstitucional em sede de controle incidental. Entretanto, a jurisprudência do STF evoluiu: em 2007, no julgamento da ADI 15¹⁷¹, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da lei instituidora da CSLL, ressalvados apenas os dispositivos relativos à anterioridade (arts. 8º e 9º).

Diante dessa alteração, a Receita Federal buscou cobrar da empresa valores devidos a título de CSLL referentes a exercícios posteriores a 2007. O contribuinte, amparado na coisa julgada de 1992, impetrou mandado de segurança, alegando violação a direito líquido e certo. A Justiça Federal de primeira instância denegou a segurança, sob o fundamento de que nem mesmo a Constituição é imutável e que, em matéria tributária de trato sucessivo, a coisa julgada não impediria a incidência do novo entendimento do Supremo. Todavia, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região reformou a decisão, reconhecendo que a decisão favorável ao contribuinte continuava a produzir efeitos, entendimento depois confirmado pelo STJ, que ressaltou a legitimidade da projeção da coisa julgada sobre fatos geradores subsequentes. A União, então, interpôs o recurso extraordinário, que deu origem ao Tema 881 da repercussão geral, no qual o STF reconheceu a necessidade de definir se e como as decisões do Supremo em controle concentrado ou de repercussão geral poderiam cessar os efeitos de coisa julgada em matéria tributária de trato sucessivo.

Nessa senda, segundo o voto do min. Roberto Barroso¹⁷², a decisão judicial transitada em julgado rege-se pela cláusula *rebus sic stantibus*: permanece válida enquanto perdurarem os pressupostos fáticos e jurídicos que a fundamentaram. Alterados esses pressupostos — no caso, pela decisão do Plenário em sede de controle abstrato que declarou constitucional a lei —, cessa a eficácia futura da sentença, na forma do art. 503 do CPC/2015. O ministro também

¹⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 15/DF**. Constitucional. Tributário. Contribuição social sobre o lucro. Entidade de classe de âmbito nacional. Pertinência temática. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14 de junho de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em 15 set. 2025.

¹⁷²BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 949.297/CE** (Tema 881). Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4930112&numeroProcesso=949297&classeProcesso=RE&numeroTema=881>. Acesso em: 13 set.2025.

reforça a noção de abstrativização do controle difuso e de aproximação entre controle difuso e concentrado. Com a sistemática da repercussão geral (EC 45/2004 e Lei 11.418/2006), as decisões do STF, ainda que em casos concretos, passaram a assumir caráter mais objetivo e vinculante, justificando a uniformização de efeitos mesmo contra decisões individuais com trânsito em julgado.

No voto¹⁷³, o ministro Luís Roberto Barroso realiza um diagnóstico claro da distorção competitiva produzida pela manutenção de coisas julgadas pretéritas que afastavam a incidência da CSLL. Tal vantagem seria propiciada por meio da coisa julgada pró-contribuinte, em relações de trato sucessivo, não podendo perpetuar vantagens competitivas quando o STF, depois, afirma a constitucionalidade da exação (aqui, a CSLL). Manter isenções individualizadas “por inércia” feriria a igualdade tributária e distorceria a livre concorrência.

Sob a ótica do consequencialismo jurídico, o min. Barroso não se limita a afirmar a contradição normativa entre decisões, projetando as consequências práticas no mercado. O ponto de partida é a constatação de que “o contribuinte dispensado do pagamento de tributo por decisão transitada em julgado ostenta vantagem competitiva”. Essa vantagem não é apenas formal, mas econômica: ao se exonerar do encargo tributário, a empresa reduz custos de produção, obtendo margem para praticar preços inferiores, reinvestir em expansão ou ampliar sua rentabilidade. Assim, uma decisão individual, pensada para resolver um caso concreto, passa a funcionar, de fato, como subvenção privada — criando um benefício artificial e exógeno à lógica de mercado¹⁷⁴.

Sob a perspectiva da AED, esse raciocínio se coaduna com a eficiência alocativa e com os incentivos. A isonomia tributária atua como condição de neutralidade competitiva: empresas que disputam o mesmo mercado devem enfrentar custos fiscais equivalentes, sob pena de distorcer a rivalidade e gerar incentivos perversos. Se uma parcela do setor é dispensada de recolher a CSLL, o sistema produz uma externalidade negativa, qual seja, os concorrentes que pagam arcam com a carga integral, enquanto os isentos judicialmente competem em desigualdade.

Logo, a coisa julgada pró-contribuinte, em relações de trato sucessivo, não pode perpetuar vantagens competitivas quando o STF, depois, afirma a constitucionalidade da exação

¹⁷³BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 949.297/CE** (Tema 881). Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 03 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4930112&numeroProcesso=949297&classeProcesso=RE&numeroTema=881>. Acesso em: 13 set.2025.

¹⁷⁴*Ibidem*.

(aqui, a CSLL). Manter isenções individualizadas “por inércia” fere a igualdade tributária (art. 150, inciso II) e distorce a livre concorrência (art. 170, inciso IV). Dessa forma, a proteção da coisa julgada, embora seja valor fundamental, não pode ser convertida em salvo-conduto para criar regimes tributários paralelos, sob pena de corroer a legitimidade do sistema fiscal brasileiro.

Após breve análise do mérito da questão, passo a analisar o tema enfrentado nos embargos de declaração opostos no Tema 881 do STF¹⁷⁵. Esses embargos revelam uma etapa fundamental para compreender os limites e a concretização da modulação de efeitos em matéria tributária. Na decisão, reconheceu-se a necessidade de resguardar a segurança jurídica por meio da exclusão das multas punitivas e moratórias em favor dos contribuintes que, amparados por coisa julgada, deixaram de recolher a CSLL até a publicação da ata do julgamento de mérito. Nesse contexto, ganha relevo o contraste entre os votos dos ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso¹⁷⁶: enquanto o primeiro acentua a necessidade de proteção integral da coisa julgada e a força estabilizadora das decisões judiciais, o segundo enfatiza a dimensão concorrencial e isonômica do sistema tributário, ressaltando que a manutenção de regimes diferenciados compromete a livre concorrência e perpetua distorções econômicas. O exame dessa divergência fornece o eixo central para compreender como a Suprema Corte tem equilibrado valores constitucionais como a segurança jurídica, a igualdade tributária e a livre concorrência, servindo de paradigma para a discussão dogmática e consequencialista sobre a modulação parcial dos efeitos.

Em relação ao voto do min. Luiz Fux, este se baseia no seguinte tripé de ideias¹⁷⁷:

Primeiro, no ponto em que invoca o brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo* (“Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”), Fux enxerga uma incoerência estrutural no acórdão embargado: se o próprio voto condutor reconhece que a decisão do STF — ao contrariar coisa julgada favorável em relações tributárias de trato sucessivo — cria “norma jurídica nova” e, por isso, aciona garantias de não surpresa (irretroatividade e anterioridades anual e nonagesimal), então a mesma razão protetiva da segurança jurídica deve valer, simetricamente, na etapa de modulação dos efeitos. Isto é, não

¹⁷⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 949.297/CE**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 04 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15369230017&ext=.pdf>

Acesso em: 15 set. 2025.

¹⁷⁶*Ibidem*.

¹⁷⁷*Ibidem*.

basta diferir a exigibilidade pelo marco da publicação da ata, é preciso também equalizar as consequências para quem confiou de boa-fé na autoridade da coisa julgada. Ao tratar como juridicamente equivalentes (novo regime normativo), mas remediar de modo desigual (reconhece anterioridade, mas recusa modulação), o acórdão produz proposições inconciliáveis: protege a confiança para o futuro imediato, mas a nega quando se pede a contenção de efeitos gravosos (v.g., cobranças e sanções) sobre o passado recente, ainda coberto por decisões transitadas. Daí a utilidade dos embargos de declaração: expurgar a contradição interna, alinhando a tese de mérito às suas consequências práticas e assegurando que, onde a razão é a mesma — preservação da confiança e da previsibilidade tributária —, a solução normativa também o seja.

Segundo, a posição de Fux¹⁷⁸ se ancora na premissa de que a segurança jurídica não pode ser relativizada ao ponto de corroer o núcleo essencial da coisa julgada. Por isso, quando o Supremo Tribunal Federal revisa a orientação dominante e, em sede de repercussão geral, atribui novos efeitos normativos, é imperioso que o faça de maneira prospectiva. Trata-se de uma exigência de coerência sistêmica: de um lado, porque o ambiente de incerteza criado por decisões anteriores — inclusive do Superior Tribunal de Justiça em regime repetitivo — legitimava a confiança dos contribuintes na permanência da proteção judicial obtida; de outro,¹⁷⁹ porque qualquer restrição à eficácia da coisa julgada só se sustenta se for proporcional, voltada à promoção de outros direitos fundamentais e jamais retroativa a ponto de surpreender condutas pautadas em títulos estáveis. Desse modo, a superação jurisprudencial deve respeitar as expectativas legítimas formadas no passado e projetar seus efeitos apenas para o futuro, sob pena de comprometer a previsibilidade do sistema de precedentes e, por consequência, a eficiência econômica e institucional da própria ordem jurídica.

¹⁷⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 949.297/CE**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 04 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15369230017&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025.

¹⁷⁹Decisão do STJ no Tema Repetitivo 340: "Não é possível a cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). **Recurso Especial 1.118.893/MG (Tema 340)**. Constitucional. Tributário. Processual civil. Contribuição Social sobre o Lucro – CSLL. Coisa julgada. Declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7.689/88 e inexistência de relação jurídico-tributária. Súmula 239/STF. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 23 de março de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=340&cod_tema_final=340. Acesso em: 15 set. 2025.

Conforme estampado em seu voto¹⁸⁰:

É dizer que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu tanto os limites expansivos dos precedentes formados sob os auspícios do regime de repercussão geral, bem como da eficácia de seus julgamentos formados em controle concentrado. Até este momento havia um cenário de incerteza para diversos players do mercado, que somente foi dissipado com o julgamento da questão nesta assentada, em sede de repercussão geral. Ademais, em sendo a coisa julgada um direito fundamental do cidadão sob a ordem constitucional vigente, eventuais restrições a sua eficácia só podem ser admitidas se objetivarem a promoção de outros direitos fundamentais cujo âmbito de proteção se sobreponha em um dado caso concreto e se puderem ser justificadas à luz do postulado da proporcionalidade.

Terceiro, e como tese final, assevera Fux¹⁸¹ que a ausência de modulação projeta sobre os contribuintes, que se fixaram em decisões transitadas em julgado, um gravame excessivo, pois abre caminho para autuações fiscais retroativas, acompanhadas da aplicação da multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96¹⁸², no percentual de 75% sobre o tributo devido. Essa consequência, além de onerosa, revela-se frontalmente contrária à boa-fé objetiva e à legítima confiança, que norteiam a relação entre fisco e contribuinte, já que estes deixaram de recolher a exação, amparados por pronunciamentos jurisdicionais estáveis. Logo, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, tal cenário corrompe a lógica do sistema de precedentes, que deveria servir como “estoque de capital” institucional¹⁸³, capaz de fomentar a

¹⁸⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 949.297/CE**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 04 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15369230017&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025. P. 55.

¹⁸¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 949.297/CE**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 04 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15369230017&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025.

¹⁸²BRASIL. **Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 134, n. 249, p. 27833-27854, 30 dez. 1996. Acesso em: 15 set. 2025.

¹⁸³A ideia de Richard Posner e William Landes acerca da jurisprudência como um “estoque de capital” institucional insere-se no âmbito da Análise Econômica do Direito (AED). Para os autores, as decisões judiciais acumuladas ao longo do tempo constituem um capital institucional capaz de incrementar a eficiência das futuras deliberações, reduzindo custos de incerteza e aumentando a previsibilidade do sistema jurídico. Esse “capital jurisprudencial” deve ser preservado e atualizado: por um lado, mediante o respeito aos precedentes já consolidados; por outro, pela adaptação desses precedentes às transformações sociais e econômicas. Assim, o sistema de precedentes não é apenas uma técnica jurídica, mas um mecanismo que reforça a confiança institucional, permitindo ao mercado e à sociedade organizar suas condutas com base em expectativas estáveis e racionais de enforcement. Essa noção é bem explicada pela seguinte passagem; “*precedents are viewed as constituting a stock of legal capital subject to depreciation and the production of precedents is treated as a form of investment*”, cuja tradução livre é: Os precedentes são vistos como constituindo um estoque de capital jurídico sujeito à depreciação, e a produção de precedentes é tratada como uma forma de investimento. POSNER, Richard A.; LANDES, William M. **Legal precedent: a theoretical and empirical analysis**. The Journal of Law and Economics, Chicago: University of Chicago Press, 1976.

previsibilidade e reduzir os custos de transação, mas, ao contrário, produz insegurança e incentiva comportamentos defensivos, como o provisionamento exagerado de riscos fiscais, com reflexos negativos sobre o ambiente de negócios.

Em contraponto, voto do ministro Barroso parte da premissa de que a repercussão geral, introduzida pela EC nº 45/2004¹⁸⁴, objetivou transformar o recurso extraordinário em um instrumento de caráter marcadamente objetivo, aproximando-o das ações de controle concentrado¹⁸⁵. Para ele, desde então, a eficácia transcendente das decisões não depende mais de resolução do Senado ou de súmula vinculante, mas decorre diretamente do julgamento do STF¹⁸⁶ em plenário sob repercussão geral. Esse raciocínio, que ele denomina de “objetivação do controle difuso”, conduz à conclusão de que não houve mutação jurisprudencial nem inovação apta a surpreender os jurisdicionados, mas apenas a aplicação coerente de uma tendência institucional consolidada. Não haveria, portanto, expectativa legítima de manutenção de decisões pretéritas em dissonância com precedentes vinculantes, sobretudo após o julgamento da ADI 15/DF¹⁸⁷, em 2007, quando o Tribunal declarou constitucional a CSLL.

¹⁸⁴BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos da Constituição Federal relativos ao Poder Judiciário e à função jurisdicional do Estado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 15 set. 2025.

¹⁸⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 949.297/CE**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 04 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15369230017&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025. P. 55.

¹⁸⁶ Segundo Gilmar Mendes, a exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. Série IDP - Linha Doutrina - **Curso de direito constitucional**. 15. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2020. E-book. p.1308.

¹⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 15/DF**. Constitucional. Tributário. Contribuição social sobre o lucro. Entidade de classe de âmbito nacional. Pertinência temática. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14 de junho de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em 15 set. 2025.

Ademais, o voto se pauta no julgamento do Recurso Extraordinário 596.663 do STF¹⁸⁸, julgado em 2014:

O tema da cessação da eficácia da coisa julgada, embora complexo, já se encontra razoavelmente bem equacionado na doutrina, na legislação e na jurisprudência desta Corte. Nas obrigações de trato sucessivo, a força vinculante da decisão, mesmo que transitada em julgado, somente permanece enquanto se mantiverem inalterados os seus pressupostos fáticos e jurídicos.

Nesse precedente, restou firmado, na forma do voto vencedor do ministro Teori Zavascki, que¹⁸⁹:

A força vinculativa das sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado atua *rebus sic stantibus*: sua eficácia permanece enquanto se mantiverem inalterados os pressupostos fáticos e jurídicos adotados para o juízo de certeza estabelecido pelo provimento sentencial. A superveniente alteração de qualquer desses pressupostos (a) determina a imediata cessação da eficácia executiva do julgado, independentemente de ação rescisória ou, salvo em estritas hipóteses previstas em lei, de ação revisional, razão pela qual (b) a matéria pode ser alegada como matéria de defesa em impugnação ou em embargos do executado.

Em posicionamento intermediário, o ministro André Mendonça¹⁹⁰, ao apreciar os embargos no RE 949.297 (Tema 881), destacou que havia omissão no acórdão quanto ao tratamento das multas tributárias, defendendo que, como regra geral, deveria ser afastada a exigibilidade de penalidades de qualquer natureza — inclusive as moratórias — em favor dos contribuintes amparados por decisões transitadas em julgado. Para ele¹⁹¹, a aplicação de multas só se justificaria em situações excepcionais, quando comprovada a conduta dolosa ou reprovável, pois não se poderia imputar má-fé a quem deixou de recolher a CSLL amparado por decisão judicial estável e pela jurisprudência então consolidada do STJ. Fundamentou-se, ainda, na natureza punitiva das multas, inclusive daquelas qualificadas como moratórias, que exigem proporcionalidade e razoabilidade em sua imposição, eis que as limitações constitucionais ao poder de tributar, notadamente a vedação ao confisco, também alcançam as

¹⁸⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 596.663/RJ**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Relações jurídicas de trato sucessivo. Contribuições sociais. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki, 24 de setembro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=283071423&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025.

¹⁸⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 596.663/RJ**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Relações jurídicas de trato sucessivo. Contribuições sociais. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki, 24 de setembro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=283071423&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025.

¹⁹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 949.297/CE**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 04 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15369230017&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025. P. 55.

¹⁹¹*Ibidem*.

penalidades. Em conclusão¹⁹², à luz do que se expôs, a virada jurisprudencial consagrada pelo STF nos Temas 881 e 885 — aplicada ao caso paradigmático da CSLL — redefiniu os limites temporais da coisa julgada nas relações tributárias de trato sucessivo, sob a lógica da cláusula *rebus sic stantibus*. A partir do julgamento da ADI 15¹⁹³, que afirmou a constitucionalidade da Lei nº 7.689/1988¹⁹⁴, a manutenção de títulos judiciais individuais, afastando a CSLL para fatos geradores posteriores, passou a produzir discrepâncias anti-isonômicas e distorções concorrenciais: quem permaneceu dispensado do tributo operou com custos artificiais menores e obteve vantagem competitiva indevida frente aos concorrentes obrigados ao pagamento.

No entendimento da Corte, “a coisa julgada não pode servir como salvo conduto inalterável a fim de ser oponível eternamente pelo jurisdicionado somente porque lhe é favorável”¹⁹⁵. A fim de se dimensionar o impacto orçamentário das empresas que deixavam de pagar o tributo, com base em decisão transitada em julgado pela inconstitucionalidade da CSLL e com base na Lei nº 7.689/1988, segundo números da Procuradoria da Fazenda Nacional, em 2016, o valor somado das autuações chegava a R\$ 1,2 bilhão. Daí a necessidade de cessação prospectiva da eficácia dessas coisas julgadas quando sobrevém precedente vinculante em sentido oposto, seja em controle concentrado, seja em recurso extraordinário com repercussão geral.

Nessa senda, veja-se a entrevista concedida pelo min. Luís Roberto Barroso ao canal oficial do STF¹⁹⁶:

O que o Supremo entendeu é que: nos casos em que seja um tributo instantâneo, você conseguiu uma decisão para não pagá-lo, você tem esse direito para sempre. No caso das relações de trato continuado, se você tiver obtido uma decisão favorável ao não pagamento que transitou em julgado, ela vigora. Mas se o Supremo Tribunal Federal decidir que aquela lei que foi considerada, por exemplo, inconstitucional e permitiu

¹⁹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 949.297/CE**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 04 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15369230017&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025.

¹⁹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 15/DF**. Constitucional. Tributário. Contribuição social sobre o lucro. Entidade de classe de âmbito nacional. Pertinência temática. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14 de junho de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em: 15 set. 2025.

¹⁹⁴BRASIL. **Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988**. Institui a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 239, p. 23549, 16 dez. 1988.

¹⁹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 596.663/RJ**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Relações jurídicas de trato sucessivo. Contribuições sociais. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki, 24 de setembro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=283071423&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025.

¹⁹⁶YOUTUBE. **Canal STF oficial**: Ministro Barroso explica julgamento sobre coisa julgada em matéria tributária (min 0:42 até 4:53). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=F2-2bdXU_bg (min 0:42 até 4:53). Acesso em: 15 set. 2025.

você não pagar o tributo, a partir da decisão do Supremo, você não está mais protegido pela coisa julgada, porque aquela é uma relação que se renova ano a ano e o direito mudou. E isso é importante porque se você não faz valer aquela incidência tributária sobre todos os atores do mercado, o sujeito que tiver obtido uma coisa julgada antiga tem uma vantagem competitiva, você cria uma desigualdade tributária. Então o que nós fizemos ontem foi dizer, quando o Supremo decide que um tributo é devido, a partir daquele momento todo mundo tem que pagar. Então a coisa julgada protegeu aquele contribuinte da decisão que o favoreceu até a decisão do Supremo Tribunal Federal. A questão que gerou maior discussão foi saber se o tributo (...) deveria ser devido a partir de 2007, que foi quando o Supremo disse que ele era devido, ou a partir da decisão de agora. Mas a partir de 2007 ninguém mais tinha dúvida de que aquele tributo era devido e que a coisa julgada não protege as relações de trato continuada porque elas se resolvem ano a ano. E se você permite que um contribuinte não pague, você de novo criou uma desigualdade competitiva. De modo que a divergência que houve, básica, essencial, foi saber se a cobrança deveria incidir a partir de agora, dessa decisão, ou se deveria incidir desde 2007 quando o Supremo disse, olha, tem que pagar. De modo que a partir de 2007 quem não pagou fez uma aposta. As empresas, como regra geral, se fosse um empresário, mas as empresas, certamente deveriam estar provisionando ou depositando esse dinheiro enquanto não se esclarecia. Quem não se preparou fez uma aposta no escuro. [...] Se você for num cassino e fizer uma aposta você está em um quadro de insegurança jurídica que você pode ganhar ou perder, de modo que a partir do momento em que o Supremo disse que o tributo é devido quem não pagou fez uma aposta.

Esse trecho revela uma compreensão econômica e consequencialista do Direito Tributário, ao identificar que a perpetuação de coisas julgadas que afastam o pagamento de tributos de trato sucessivo cria vantagens competitivas indevidas e distorções de mercado, violando a isonomia fiscal e comprometendo a neutralidade tributária, valores indispensáveis à livre concorrência. Do ponto de vista econômico, essas “ilhas de privilégio” funcionam como subsídios seletivos, criando desigualdades competitivas e custos sociais derivados de decisões judiciais assimétricas.

Além disso, resta clara a mensagem de que o sistema jurídico não deve premiar comportamentos de risco especulativo, como o não pagamento deliberado de tributos diante de incerteza jurídica. Ao caracterizar a conduta como uma “aposta”, o ministro distingue o contribuinte prudente — que provisiona valores ou deposita judicialmente — daquele que age estrategicamente para se beneficiar de um cenário de indefinição, transferindo o risco de sua decisão ao Estado. Nessa perspectiva, a decisão do Tribunal busca recompor a coerência e a previsibilidade do sistema, desestimulando condutas oportunistas e reforçando a responsabilidade individual dos agentes econômicos diante de mudanças jurisprudenciais.

Em síntese, o julgamento dos embargos de declaração no Tema 881 da repercussão geral evidencia o esforço do Supremo Tribunal Federal em harmonizar os valores constitucionais em conflito — segurança jurídica, igualdade tributária e livre concorrência — mediante o uso calibrado da modulação parcial de efeitos. Ao afastar a cobrança de multas punitivas e moratórias contra contribuintes que, amparados por coisa julgada, deixaram de recolher a CSLL

de boa-fé, a Corte reconheceu, em uma espécie de modulação parcial, que a virada jurisprudencial não poderia gerar efeitos sancionatórios retroativos sem violar a confiança legítima e a previsibilidade do sistema jurídico. Se, por um lado, a estabilidade das relações jurídicas é valor fundamental, por outro, não é coerente permitir que decisões pretéritas criem ilhas de privilégio fiscal capazes de distorcer a neutralidade tributária e conferir vantagens competitivas indevidas a determinados contribuintes. A manutenção desse quadro implicaria aceitar a formação de um sistema desigual de condições, em flagrante oposição ao modelo de livre concorrência erigido como fundamento da ordem econômica pela Constituição de 1988. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao relativizar a coisa julgada em matéria tributária de trato sucessivo, buscou restaurar a neutralidade fiscal e assegurar igualdade de condições no mercado, afastando a perpetuação de um desequilíbrio que, a despeito de amparado por decisões transitadas em julgado, já se revelava incompatível com os valores estruturantes da ordem constitucional¹⁹⁷.

Por fim, como último objeto de análise qualitativa do presente trabalho, o Recurso Extraordinário 714.139/SC¹⁹⁸, paradigma do Tema 745 de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, discutiu a constitucionalidade do art. 19, inciso I, alínea “a”, da Lei Estadual nº 10.297/1996, de Santa Catarina, que fixava alíquota majorada de 25% de ICMS para operações de energia elétrica e serviços de telecomunicações, em contraste com a alíquota geral de 17% aplicável às demais mercadorias.

A escolha desse tema se justifica, sobretudo, pelo modo como o Supremo enfrentou a questão da modulação dos efeitos da decisão, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma estadual, mas, ao mesmo tempo, preservando os efeitos pretéritos da cobrança com vistas a resguardar a segurança jurídica e a estabilidade das finanças públicas estaduais. Tal opção evidencia, de forma clara, a função instrumental da modulação como mecanismo de equilíbrio entre a efetividade da jurisdição constitucional e a necessidade de evitar graves impactos econômicos e sociais, revelando-se, assim, um exemplo paradigmático da utilização desse instituto no controle de constitucionalidade tributário.

¹⁹⁷ MARTINS, Urá Lobato. Controle de constitucionalidade no âmbito tributário: o impacto da flexibilização da coisa julgada nas relações tributárias de trato sucessivo. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, Encontro Virtual, v. 10, n. 1, p. 18-35, jan./jul. 2024. e-ISSN 2526-0138.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 714.139/SC**. Constitucional. Tributário. ICMS. Seletividade. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Inconstitucionalidade de alíquotas superiores à geral. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4307031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745>. Acesso em: 13 set. 2025.

O caso teve origem em mandado de segurança impetrado pelas Lojas Americanas S.A., sob o argumento de que a fixação de alíquota superior para bens e serviços essenciais violaria os princípios da seletividade (art. 155, § 2º, inciso III, CF) e da isonomia tributária (art. 150, inciso II, CF). O Tribunal de Justiça catarinense, contudo, havia reconhecido a constitucionalidade da norma estadual, entendendo que a seletividade no ICMS teria caráter meramente facultativo ao legislador.

A controvérsia alcançou o Plenário do STF em razão de sua repercussão geral, por envolver relevante impacto político, econômico e social, considerando que a energia elétrica e os serviços de telecomunicações compõem a base estrutural da economia e da vida cotidiana. O Supremo, ao julgar o mérito, fixou a tese de que, uma vez adotada a técnica da seletividade pelo legislador estadual, não se pode tributar bens essenciais com alíquota superior à alíquota geral, sob pena de violar a eficácia negativa da seletividade.

De fato, Schoueri¹⁹⁹ dispõe que o conceito de “essencialidade” deve ser analisado sob duas perspectivas: de um lado, o ponto de vista individual dos contribuintes; de outro, as necessidades coletivas. Nessa segunda dimensão, o conceito deve ser compreendido à luz dos objetivos e valores constitucionais, de modo que será considerado essencial o bem que mais se aproxime da concretização desses fins. Desse modo, não apenas será essencial o produto consumido pelas camadas menos favorecidas da população — em razão do objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e a marginalização —, mas também aquele que atenda às diretrizes da ordem econômica, em especial o propósito de garantir o desenvolvimento nacional.

Ainda sobre a seletividade, Leandro Paulsen²⁰⁰ discorre que:

Dentre as técnicas para a tributação conforme a capacidade contributiva de cada pessoa está a previsão de alíquotas conforme a natureza ou a finalidade dos bens, produtos ou mercadorias. Selecionar é distinguir, separar, escolher. A seletividade implica múltiplos tratamentos tributários, conforme o objeto. A Constituição determina que seja utilizada a seletividade em vários dispositivos, estabelecendo, inclusive, o critério para a diferenciação de alíquotas. Em outros casos, simplesmente autoriza a seletividade. (...) O art. 155, § 2º, III, autoriza a seletividade do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) também em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”

¹⁹⁹ PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625901/>. Acesso em: 17 set. 2025.

²⁰⁰ SCHOUERI, Luís E. **Direito tributário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626041/>. Acesso em: 17 set. 2025.

De fato, o ponto de especial interesse para este trabalho reside na modulação dos efeitos da decisão. Reconhecendo o risco de grave impacto econômico-financeiro e de insegurança jurídica caso houvesse aplicação retroativa da decisão — com possibilidade de repetição de indébito bilionária —, o STF determinou que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade só se projetariam a partir do exercício financeiro de 2024, ressaltando as ações ajuizadas até 5 de fevereiro de 2021²⁰¹. Tal escolha evidencia a função da modulação como técnica de equilíbrio entre a efetividade da decisão constitucional e a preservação da estabilidade das relações jurídicas, além de se alinhar a fundamentos de justiça fiscal, neutralidade concorrencial e proteção da confiança legítima.

Em relação ao mérito, restou vencedora a corrente capitaneada pelo ministro Toffoli²⁰², na qual a seletividade do ICMS, ainda que facultativa, uma vez escolhida pelo legislador estadual, deve necessariamente obedecer ao critério da essencialidade. O ministro distingue entre a eficácia positiva e a eficácia negativa da seletividade: a positiva autoriza o legislador a conceder benefícios em prol de grupos específicos, como consumidores de baixa renda ou pequenos produtores rurais; já a negativa impõe limite inafastável — bens e serviços essenciais, como energia elétrica e telecomunicações, não podem ser tributados com alíquotas superiores às operações em geral.

Lado outro, restou vencido o posicionamento do min. Gilmar Mendes²⁰³, cuja tese centrava-se na seletividade, no ICMS, ser uma faculdade do legislador estadual e que, ao exercê-la, não se pode reduzir o conceito de essencialidade apenas ao uso individual do bem ou serviço. Para ele, o critério da essencialidade deve ser lido em conjunto com a capacidade contributiva, de modo que é legítimo aplicar alíquotas mais elevadas para consumidores de maior poder econômico e reduzi-las para consumidores residenciais ou de baixa renda. Assim, o voto buscou relativizar a noção pela qual a energia elétrica e as telecomunicações são sempre essenciais em qualquer contexto, admitindo diferenciações em concreto. De fato, o min.

²⁰¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 714.139/SC**. Constitucional. Tributário. ICMS. Seletividade. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Inconstitucionalidade de alíquotas superiores à geral. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4307031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745>. Acesso em: 13 set. 2025.

²⁰²BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 949.297/CE**. Constitucional. Tributário. Coisa julgada. Contribuição social. Decisão de inconstitucionalidade em controle concentrado. Efeitos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 04 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15369230017&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025.

²⁰³*Ibidem*.

Gilmar²⁰⁴ enfatizou que o Judiciário não deve substituir o legislador estadual na definição das políticas fiscais, sob pena de violar a separação de poderes. Logo, seu entendimento conciliava-se de forma mais deferente ao espaço de conformação do legislador estadual e menos rígida quanto à aplicação do princípio da essencialidade.

Passando pela análise do mérito da questão, agora abordaremos o tópico da discussão da modulação dos efeitos da decisão. No tocante às perdas arrecadatórias, o impacto financeiro da decisão no Tema 745 revelou-se expressivo. De acordo com matéria publicada pelo Jota²⁰⁵, com participação do diretor institucional do Comsefaz, a redefinição das alíquotas de ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações poderia implicar uma perda anual de aproximadamente R\$ 26,6 bilhões em todo o país, caso as legislações locais fossem adequadas ao entendimento firmado pelo STF. Ademais, como ressaltou o ministro Dias Toffoli em seu voto²⁰⁶, procuradorias estaduais apresentaram estimativas regionais igualmente preocupantes: de R\$ 19 milhões em Roraima a R\$ 3,59 bilhões em São Paulo, passando por valores como R\$ 1,45 bilhão na Bahia, R\$ 1,66 bilhão em Goiás, R\$ 3,08 bilhões em Minas Gerais, R\$ 3,10 bilhões no Paraná, R\$ 2,32 bilhões no Rio de Janeiro, R\$ 3,26 bilhões no Rio Grande do Sul e R\$ 1,49 bilhão em Santa Catarina. Tais números evidenciaram a dimensão do impacto fiscal e serviram de fundamento central para justificar a modulação dos efeitos da decisão, como forma de preservar a estabilidade das contas públicas estaduais e evitar desequilíbrios orçamentários imediatos.

No voto do ministro Dias Toffoli²⁰⁷, a proposta de modulação no julgamento do Tema 745 foi reformulada para postergar os efeitos da decisão para o exercício financeiro de 2024, coincidindo com o início do próximo Plano Plurianual (PPA) das unidades federadas. O fundamento central foi a constatação de que a imediata aplicação da tese firmada pelo STF — que reconheceu a inconstitucionalidade de alíquotas de ICMS superiores à alíquota geral sobre energia elétrica e telecomunicações — geraria grave impacto fiscal e orçamentário nos estados, cujas legislações, editadas sob a presunção de constitucionalidade, sustentaram receitas

²⁰⁴*Ibidem.*

²⁰⁵JOTA. **Como decisão do STF sobre ICMS de energia e telecom impacta empresas e arrecadação.** Disponível em: <https://www.jota.info/tributos/como-decisao-do-stf-sobre-icms-de-energia-e-telecom-impacta-empresas-e-arrecadacao>. Acesso em: 15 set. 2025.

²⁰⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 714.139/SC**. Constitucional. Tributário. ICMS. Seletividade. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Inconstitucionalidade de alíquotas superiores à geral. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4307031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745>. Acesso em: 13 set. 2025.

²⁰⁷*Ibidem.*

legítimas ao longo dos anos. Para Toffoli²⁰⁸, a transição gradual asseguraria tempo hábil para que as administrações estaduais reorganizassem suas contas, mitigando riscos de desequilíbrios abruptos nas finanças públicas.

Além disso, o ministro²⁰⁹ destacou a dificuldade de identificar o momento exato em que a legislação estadual teria se tornado inconstitucional, especialmente em relação às telecomunicações, cujo perfil de consumo se transformou profundamente com a ampliação do acesso às camadas de menor capacidade contributiva. Esse elemento reforçou a ideia de que seria inadequado exigir efeitos retroativos, já que a norma continuou a ser aplicada sob o manto da presunção de constitucionalidade, gerando expectativas legítimas de arrecadação.

Outro ponto essencial do voto foi a preocupação em evitar uma corrida ao Judiciário, estimulada pelo anúncio da tese firmada em repercussão geral. Por isso, Toffoli²¹⁰ propôs ressalvar apenas as ações ajuizadas até 5 de fevereiro de 2021, data do início do julgamento do mérito, marco que delimitaria a boa-fé dos contribuintes que buscaram tutela judicial antes da definição de mérito. A medida, segundo ele, equilibra a proteção da confiança dos contribuintes que já haviam judicializado a questão e a preservação da segurança fiscal dos estados, que teriam prazo suficiente para absorver os impactos da decisão no novo ciclo orçamentário.

Da mesma forma, o min. Gilmar Mendes²¹¹ aderiu à necessidade de modular os efeitos por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Para ele, duas balizas impõem a modulação: a sistemática do ICMS com seletividade majorada perdurou por longo período sem resposta definitiva do Judiciário, e alterar essa lógica tem repercussão orçamentária ampla nos Estados.

No desenho temporal, Gilmar²¹² propõe que os efeitos só valham a partir do PPA 2024-2027, isto é, no primeiro exercício financeiro regido pelo próximo plano plurianual, exatamente para permitir transição orçamentária. O fundamento central é evitar a desorganização das contas públicas, mas aprofunda-se a análise quanto ao aspecto de proteção ao federalismo dos estados membros. Seu voto²¹³ aprofunda a discussão no contexto do federalismo fiscal brasileiro,

²⁰⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 714.139/SC**. Constitucional. Tributário. ICMS. Seletividade. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Inconstitucionalidade de alíquotas superiores à geral. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4307031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745>. Acesso em: 13 set. 2025.

²⁰⁹*Ibidem*.

²¹⁰*Ibidem*.

²¹¹*Ibidem*.

²¹²*Ibidem*.

²¹³*Ibidem*.

enfatizando como a decisão repercute diretamente em pilares constitucionais como o financiamento da saúde e da educação — cujas despesas mínimas são constitucionalmente vinculadas à receita de impostos estaduais (arts. 198, § 2º, inciso II, e 212 da CF). Evidencia-se que a redução das alíquotas de ICMS sobre energia e telecomunicações implicaria, na prática, perdas anuais superiores a R\$ 3 bilhões para a saúde e R\$ 6 bilhões para a educação, afetando de modo imediato a execução de políticas públicas essenciais. Além disso, detalha-se a repercussão sobre o pagamento de precatórios (art. 101 do ADCT) e sobre o cálculo da Capacidade de Pagamento (CAPAG) dos entes federados, indicador crucial para a habilitação de novos empréstimos com garantia da União. O raciocínio é reforçado pelo contexto pós-pandemia, que deixou as contas públicas em situação já fragilizada, e pelos reflexos diretos nos municípios, cuja quota-parte do ICMS constitui, em muitos casos, a principal fonte de custeio das políticas sociais.

Em contraponto à tese favorável à modulação dos efeitos da decisão, destaca-se o voto do ministro Edson Fachin²¹⁴, que assume posição central ao afirmar que a aplicação desse instituto somente se legitima em situações verdadeiramente excepcionais, voltadas à tutela dos direitos fundamentais dos contribuintes, bem como à preservação da segurança jurídica e do interesse social. Amparado na lição de Humberto Ávila²¹⁵, o ministro sublinha que a segurança jurídica pressupõe estabilidade, cognoscibilidade e confiabilidade nas relações entre Estado e cidadão, não podendo ser confundida com a simples previsibilidade arrecadatória. Nessa linha, sustenta que o pleito dos Estados se limitava a invocar uma pretensa “segurança arrecadatória”, direcionada a resguardar receitas previamente previstas no orçamento de 2022, fundamento que não encontra respaldo jurídico adequado. Para Fachin²¹⁶, a mera alegação de perdas fiscais

²¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 714.139/SC**. Constitucional. Tributário. ICMS. Seletividade. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Inconstitucionalidade de alíquotas superiores à geral. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4307031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745>. Acesso em: 13 set. 2025.

²¹⁵ “O princípio da segurança jurídica implica processos de determinação, de legitimação, de argumentação e de fundamentação que viabilizem a controlabilidade semânticoargumentativa da atuação estatal, de um lado, e a respeitabilidade da ação do contribuinte fundada no Direito, de outro, bem como, por via reflexa, da argumentação referente a essa ação”. ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 285 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 714.139/SC**. Constitucional. Tributário. ICMS. Seletividade. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Inconstitucionalidade de alíquotas superiores à geral. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4307031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745>. Acesso em: 13 set. 2025.

²¹⁶*Ibidem*.

projetadas não autoriza a postergação dos efeitos da decisão, uma vez que desloca o debate para um campo meramente contábil e ignora a necessária proteção aos direitos dos contribuintes.

Ademais, o ministro²¹⁷ adverte que eventual modulação, ao convalidar exações já declaradas inconstitucionais, implicaria a perpetuação de uma “inconstitucionalidade útil”, beneficiando os cofres públicos à custa do contribuinte. Esse cenário, segundo sua leitura, afrontaria a supremacia constitucional e resultaria em enriquecimento sem causa do Estado, ao impor aos particulares o ônus de tributos indevidos. Assim, Fachin²¹⁸ conclui que a perda de arrecadação não se confunde com interesse público legítimo e que a modulação não pode ser transformada em instrumento de ajuste orçamentário. Para ele, admitir essa lógica significaria subordinar a Constituição à conveniência fiscal, invertendo os papéis de proteção do controle de constitucionalidade e comprometendo os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

No campo formal, o Supremo Tribunal Federal tem recorrido a distintas soluções para a modulação de efeitos, cuja aplicação reforça o caráter casuístico das decisões. Neste trabalho abordam-se três: a primeira é a modulação total, observada no Tema 69 da repercussão geral (RE 574.706/PR), relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Nesse caso, a Corte afastou integralmente a retroatividade da decisão — fixando seus efeitos apenas a partir de 15 de março de 2017, data do julgamento de mérito —, de modo a preservar arrecadações pretéritas e evitar restituições bilionárias que poderiam comprometer a sustentabilidade fiscal da União. A segunda modalidade é a modulação parcial, exemplificada pelo Tema 881 (RE 949.297/CE), em que o STF, ao relativizar a coisa julgada em matéria tributária, manteve a exigibilidade da CSLL a partir da decisão de mérito, mas afastou a cobrança de multas e juros para contribuintes que haviam deixado de recolher o tributo amparados por decisões transitadas em julgado, reconhecendo a necessidade de proteger a confiança legítima e a boa-fé. Por fim, a terceira forma é a modulação pró-futuro, adotada no Tema 745 (RE 714.139/SC), no qual, ao declarar inconstitucional a alíquota majorada de ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações, o Tribunal postergou a eficácia da decisão para o exercício financeiro de 2024, a fim de permitir uma transição orçamentária gradual e evitar desequilíbrios imediatos nas finanças estaduais. A coexistência dessas três modalidades — total, parcial e pró-futuro —, escolhidas segundo o contexto político e fiscal de cada caso, revela

²¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 714.139/SC**. Constitucional. Tributário. ICMS. Seletividade. Energia elétrica e serviços de telecomunicação. Inconstitucionalidade de alíquotas superiores à geral. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4307031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745>. Acesso em: 13 set. 2025.

²¹⁸*Ibidem*.

uma prática sem hierarquia clara nem parâmetros objetivos, marcada por soluções pragmáticas e pela composição de maiorias conjunturais, mais do que por um modelo decisório coerente e previsível, que em última análise fragiliza a segurança jurídica.

Em conclusão, os fundamentos utilizados para empregar a técnica da modulação de efeitos, por constituírem cláusulas abertas, permitem que, em um mesmo julgamento, votos divergentes as empreguem tanto para modular quanto para não modular. Essa elasticidade semântica faz com que a mesma premissa (*e.g.* risco fiscal ou preservação da confiança) ampare conclusões opostas, revelando que não há um padrão uniforme nem um teste operacional estabilizado para restringir a eficácia temporal das decisões de inconstitucionalidade: há, antes, um uso argumentativo variável, sensível ao caso concreto e às preferências interpretativas de cada ministro, gerando insegurança jurídica.

Diante desse quadro, o próximo subcapítulo abordará como a Análise Econômica do Direito evidencia-se como instrumento capaz de racionalizar a prática decisória do STF e conferir padrão e previsibilidade à aplicação da modulação de efeitos. Ao incorporar critérios objetivos de análise à fundamentação da decisão judicial, a AED permite substituir a retórica genérica de cláusulas abertas por um método de decisão orientado à eficiência e à coerência institucional, capaz de gerar as melhores consequências ao caso concreto. Assim, diante de *hard cases* tributários, a modulação deixa de ser um expediente casuístico e passa a atuar como mecanismo técnico de equilíbrio entre estabilidade jurídica, justiça fiscal e sustentabilidade orçamentária, reforçando a legitimidade e a credibilidade do sistema jurídico.

3.2 MODULAÇÃO DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Ante o exposto, parte-se aqui da premissa de que a modulação de efeitos vem sendo desvirtuada e convertida, com frequência, em artifício de proteção do Erário, amparado em argumentos utilitaristas e consequencialistas de baixa robustez. Quando a exceção vira rotina, comprometem-se os princípios da segurança jurídica, legalidade e isonomia.

Desde 2021 delinea-se no STF um padrão de modulação pró-fisco: de 66 processos tributários mapeados, 60 (90,9%) limitaram a eficácia temporal para impedir a restituição retroativa²¹⁹; mesmo ao agrupar por teses, 73,7% seguiram favoráveis ao Erário. Esse cenário

²¹⁹JOTA. **Modulação de efeitos:** STF decide em 90,9% dos casos favoravelmente ao fisco. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos/modulacao-de-efeitos-stf-decide-em-909-dos-casos-favoravelmente-ao-fisco>. Acesso em: 7 out. 2025.

se verifica em casos paradigmáticos, como o RE 574.706 (Tema 69), o RE 714.139 (Tema 745) e o RE 851.108 (ITCMD do exterior), nos quais, apesar do reconhecimento do vício ou da limitação ao poder de tributar, a Corte projetou efeitos *ex nunc*, muitas vezes replicando entendimentos pretéritos e ressaltando apenas ações já ajuizadas, justificadas por impactos fiscais bilionários e pela preservação de políticas públicas. Tais escolhas fomentam críticas sobre a inversão do caráter excepcional do instituto e o risco de estimular a “inconstitucionalidade útil”.

Segundo Leonel Pittzer²²⁰, a banalização da modulação tende a produzir uma externalidade negativa especialmente deletéria para o sistema: o incentivo à edição de veículos normativos sabidamente incompatíveis com a Constituição Republicana, com a expectativa de que a provável declaração de inconstitucionalidade será objeto de modulação, de modo que a arrecadação ou os efeitos extrafiscais gerados pela lei invalidada sejam preservados.

De fato, decisões moduladas sem lastro convincente fomentam a “inconstitucionalidade útil”, premiando a edição e a manutenção de normas sabidamente inválidas (que arrecadam enquanto vigoram) e produzindo um *discrímen* indevido entre os contribuintes que judicializaram a tempo e os que não o fizeram²²¹.

Humberto Ávila²²² discorre sobre o estímulo a leis inconstitucionais, chamando atenção para um efeito perverso da modulação em matéria tributária: quando o Supremo admite preservar, por razões fiscais, os efeitos pretéritos de leis inconstitucionais, cria-se um incentivo para que novas leis igualmente viciadas sejam editadas. O mecanismo é simples e problemático: se o “tamanho do rombo” passa a contar a favor da manutenção de efeitos, quanto mais restritiva (e arrecadatória) for a lei, maior o impacto financeiro de sua derrubada e, por isso mesmo, maior a probabilidade de o Tribunal conter a retroatividade da decisão.

No âmbito do Direito Tributário, a manutenção de passados de leis tributárias inconstitucionais estimula a edição futura de novas leis inconstitucionais, pelo inevitável efeito financeiro causado por qualquer norma tributária: se o impacto financeiro da declaração inconstitucionalidade, com efeito *ex tunc*, for fundamento para a modulação de efeitos da decisão, quanto maior for esse impacto, maior será a chance de os efeitos da lei serem mantidos. Assim, quanto mais restritiva for a lei tributária, maior será o impacto financeiro causado; e quanto maior for este impacto, tanto maior será a chance de a lei ser considerada constitucional. Esse raciocínio

²²⁰PITZER, Leonel. **Modulação em matéria tributária**: uma análise normativa, descritiva e prescritiva do padrão decisório do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024. p. 163.

²²¹JOTA. **Da banalização do instituto da modulação de efeitos pelo STF**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/da-banalizacao-do-instituto-da-modulacao-de-efeitos-pelo-stf>. Acesso em: 7 out. 2025.

²²²ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

perverso faz com que, quanto "mais inconstitucional" for a lei tributária, maior seja a chance de ela ser considerada constitucional. Esse modo de compreender, além de manifestamente contrário ao próprio princípio da segurança jurídica, também contradiz os mais elementares requisitos do Estado de Direito, além da própria racionalidade do ser humano.

A “inconstitucionalidade útil”, na formulação de Ricardo Lobo Torres²²³, designa a prática estratégica de editar atos sabidamente incompatíveis com a Constituição para, no intervalo entre a edição e o controle judicial, colher benefícios políticos, corporativos ou fiscais. Trata-se, portanto, do abuso do poder legislativo para instituir tributos ou exigências inconstitucionais, colher arrecadação enquanto a norma vigora e apostar na lentidão judicial e na eventual modulação *ex nunc* quando a invalidade for declarada.

Essa expressão foi cunhada no STF pelo então ministro, Otávio Gallotti, em seu discurso de posse na Presidência do STF, no qual definiu inconstitucionalidade útil como “atos deliberadamente inconstitucionais, praticados com finalidades corporativas ou pelo desejo de governadores que querem consertar as finanças de seus Estados. Eles praticam esses atos torcendo pelos efeitos que eles produzem até serem corrigidos”. Em conclusão, trata-se do abuso de poder legislativo que institui tributos ou exigências inconstitucionais, visando obter arrecadação enquanto a norma vigora, apostando na lentidão judicial e na eventual modulação *ex nunc* da decisão que a declarará inválida²²⁴.

Da mesma forma, o ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADI 1.102-2, que discutia sobre a possibilidade de se fixar a eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, advertia que “essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade”²²⁵.

O ponto central da questão é o seguinte: o interesse financeiro do Estado não se confunde com o interesse público ou social para justificar as modulações. Como frisou o min. Edson Fachin no Tema 69 (RE 574.706/PR)²²⁶, resguardar expectativas legítimas e relações

²²³ TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito Tributário Atual**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 24, p. 439–463, 2009. Disponível em: file:///C:/Users/marco/Downloads/nmitsuhashi,+22RicardoLoboTorres%20(2).pdf. Acesso em: 7 out. 2025.

²²⁴ MELLO, Gustavo Miguez; TROIANELLI, Gabriel Lacerda. O Princípio da Moralidade no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário**. São Paulo: RT, [s.d.]. p. 212.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.102-2/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 5 out. 1995. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 5, p. 134, 1996 *apud* TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito Tributário Atual**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 24, p. 439–463, 2009. Disponível em: file:///C:/Users/marco/Downloads/nmitsuhashi,+22RicardoLoboTorres%20(2).pdf. Acesso em: 7 out. 2025.

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 574.706/PR**. Constitucional. Tributário. Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Impossibilidade. O ICMS não compõe a

constituídas de boa-fé é algo diverso de evitar um “rombo” gerado por cobrança inconstitucional. Se a mera alegação de perda arrecadatória bastasse, a legalidade tributária e o direito de propriedade viveriam sob permanente tutela orçamentária; além disso, premiar-se-ia a estratégia da inconstitucionalidade útil.

Ricardo Lobo Torres²²⁷ apresenta a noção de consequencialismo financeiro de sinal trocado. Nela, utiliza-se a técnica consequencialista quase exclusivamente para blindar receitas públicas. O roteiro é recorrente: reconhece-se a inconstitucionalidade da exação; em seguida, modula-se *ex nunc* invocando “interesse social”, que, na prática, se confunde com interesse fiscal; por fim, restringem-se as restituições e resguardam-se apenas as ações já ajuizadas. Sob a capa do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 (“segurança jurídica” ou “excepcional interesse social”), transfere-se o custo do vício do Estado para o contribuinte, preservando-se o caixa e enfraquecendo-se, no plano prático, a supremacia constitucional que a decisão afirma no plano abstrato.

Esse “sinal trocado” manifesta-se em três planos interligados. Primeiro, no plano normativo-argumentativo, o “interesse social” é reduzido a projeções, sem demonstração de por que a proteção da confiança legítima e da isonomia deveria ceder; inverte-se, assim, o ônus da prova e o mero impacto fiscal passa a ser tratado como suficiente para excepcionar a regra da nulidade. Segundo, no plano institucional de incentivos, cria-se a chamada inconstitucionalidade útil: edita-se norma restritiva, arrecada-se enquanto vigora e aposta-se que, se o STF a derrubar, virá modulação *ex nunc* que evita devoluções. Terceiro, no plano concorrencial-distributivo, surge o efeito “*winner-takes-litigation*”: quem litigou cedo captura vantagem (ou restitui), enquanto quem não litigou — embora em idêntica situação jurídica — perde, com quebra da isonomia e distorção competitiva entre agentes do mesmo setor²²⁸.

No Brasil, forma-se um dualismo de racionalidades entre o Direito Financeiro e o Direito Tributário. No lado do orçamentário, o STF opera com maior plasticidade argumentativa ao ponderar custos e benefícios, admitindo soluções conciliatórias e, em temas como o mínimo existencial e a judicialização de políticas públicas, flexibiliza limites

base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15 de março de 2017. Disponível

em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>. Acesso em: 13 set. 2025.

²²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito Tributário Atual**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 24, p. 439–463, 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/marco/Downloads/nmitsuhashi,+22RicardoLoboTorres%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/marco/Downloads/nmitsuhashi,+22RicardoLoboTorres%20(2).pdf). Acesso em: 7 out. 2025.

²²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito Tributário Atual**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 24, p. 439–463, 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/marco/Downloads/nmitsuhashi,+22RicardoLoboTorres%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/marco/Downloads/nmitsuhashi,+22RicardoLoboTorres%20(2).pdf). Acesso em: 7 out. 2025.

orçamentários para garantir prestações essenciais. No lado tributário, contudo, prevalece uma lógica formalista e restritiva, ancorada na legalidade estrita, na tipicidade cerrada e na anterioridade. Paradoxalmente, quando a Corte reconhece a inconstitucionalidade de exações, o argumento consequencialista reaparece, mas quase sempre pró-fisco, para conter efeitos retroativos, justamente o que Ricardo Lobo Torres descreve como “consequencialismo financeiro de sinal trocado”²²⁹.

Na prática, entretanto, o uso da modulação de efeitos em matéria tributária tem gerado efeitos perversos e comportamento estratégico por parte dos contribuintes. Diante da possibilidade de o tribunal restringir os efeitos de uma decisão favorável aos contribuintes apenas para quem acionou a Justiça, muitas empresas passaram a antecipar-se com ações judiciais. Há um “temor da modulação”,²³⁰ em que os contribuintes temem perder direitos caso não ingressem com suas ações antes do julgamento definitivo de determinado tema tributário. Se o tribunal decidir a favor dos contribuintes, mas modular os efeitos, quem ficou inerte acabará não beneficiado.

Leonel Pittzer,²³¹ descrevendo o tema abordado acima, afere que:

Os contribuintes não aguardam os julgamentos das ações de controle concentrado e dos casos repetitivos para então se beneficiarem com total segurança dos efeitos vinculativos das decisões que lhe forem favoráveis, mas impetram mandados de segurança – que não admitem condenação em honorários e podem ser objeto de desistência a qualquer tempo – para “discutir” exatamente as mesmas teses que estão na iminência de serem apreciadas pelo Supremo, ou, o que é ainda mais “contrassistemático”, acabaram de ser julgadas, com o único objetivo de se blindarem contra uma provável modulação com ressalva às demandas já propostas.

Os efeitos desse excesso de litígios são amplamente negativos. Em primeiro lugar, há a sobrecarga do Poder Judiciário, que enfrenta dificuldade intransponível para dar vazão a tantas demandas tributárias. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, em seu Relatório Justiça em Números, edição 2023²³², o congestionamento dos tribunais e a longa duração das execuções fiscais minam a eficácia da justiça e comprometem a confiança de cidadãos e empresas. As

²²⁹TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito Tributário Atual**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 24, p. 439–463, 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/marco/Downloads/nmitsuhashi,+22RicardoLoboTorres%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/marco/Downloads/nmitsuhashi,+22RicardoLoboTorres%20(2).pdf). Acesso em: 7 out. 2025.

²³⁰JOTA. **Quem tem medo da modulação de efeitos das decisões judiciais?**. Coluna Pauta Fiscal. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/pauta-fiscal/quem-tem-medo-da-modulacao-de-efeitos-das-decisoes-judiciais>. Acesso em: 7 out. 2025.

²³¹PITZER, Leonel. **Modulação em matéria tributária: uma análise normativa, descritiva e prescritiva do padrão decisório do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024. p. 174.

²³²CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/execucao-fiscal/sobre-o-programa/>. Acesso em: 7 out. 2025.

execuções fiscais abrangem 33,5% do total de processos em tramitação (27,3 milhões), com a maior taxa de congestionamento do Poder Judiciário (88,4%). Tal volume compromete a celeridade processual e a efetividade da justiça tributária. O próprio CNJ, ao instituir a Política Nacional de Tratamento da Alta Litigiosidade Tributária (Resolução 471/2022)²³³, reconheceu que o contencioso tributário é caracterizado pelo elevado número de processos pendentes, culminando em dificuldade intransponível de se aplicar a justiça efetiva e a celeridade na decisão.

Um diagnóstico possível à luz da Análise Econômica do Direito, especialmente pautado pela teoria da escolha racional, é o de que os agentes decidem litigar ao ponderar custos, probabilidade de êxito e expectativas de ganho. Assim, contribuintes tendem a assumir mais risco quando se sentem punidos ou cobrados, comportando-se como *risk seekers*, enquanto o Estado, por sua vez, mantém execuções mesmo economicamente ineficientes, motivado por incentivos institucionais e pela expectativa de arrecadação. O CNJ²³⁴ observa que, em certos casos, litigar é racional para ambas as partes, já que o custo de oportunidade da não judicialização é percebido como maior que o custo do processo. Essa dinâmica reforça a tese central do presente trabalho: a modulação de efeitos das decisões tributárias — ao premiar quem litigou e desestimular quem cumpriu a norma — intensifica os incentivos econômicos à judicialização, perpetuando a hiperlitigiosidade e corroendo a isonomia concorrencial, gerando uma externalidade negativa não levada em consideração quando se decide pela modulação dos efeitos da decisão.

Esse cenário ganha especial relevo no contexto do sistema brasileiro, no qual a carga sobre as empresas evidencia-se robusta. Segundo o Banco Mundial²³⁵, estima-se que a empresa-tipo brasileira de porte médio destina cerca de 65,1% do lucro ao pagamento de tributos e contribuições. Nesse contexto, quando uma decisão judicial modulada restringe efeitos retroativos apenas a quem ajuizou ação, ela segmenta o custo fiscal dentro do mesmo mercado:

²³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistematização do Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário Nacional**. Brasília: CNJ/Insper, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/sistematizacao-do-diagnostico-do-contencioso-tributario-nacional-v-eletronica.pdf>. Acesso em: 7 out. 2025.

²³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programa Nacional de Governança Diferenciada das Execuções Fiscais**. Brasília: CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/execucao-fiscal/sobre-o-programa/>. Acesso em: 7 out. 2025.

²³⁵ WORLD BANK. **Doing Business 2020: Economy Profile of Brazil**. Washington, DC: World Bank, 2019. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/703151574758753892/pdf/Doing-Business-2020-Comparing-Business-Regulation-in-190-Economies-Economy-Profile-of-Brazil.pdf> e <https://documents1.worldbank.org/curated/en/703151574758753892/pdf/Doing-Business-2020-Comparing-Business-Regulation-in-190-Economies-Economy-Profile-of-Brazil.pdf>. Acesso em: 7 out. 2025.

quem litigou antes reduz custo efetivo e quem não litigou sustenta a carga cheia, com impacto direto no preço, na margem e no investimento. A fotografia de caixa nas indústrias corrobora esse efeito: em 60,3% das empresas pesquisadas pela CNI²³⁶, os tributos superam 20% do faturamento, com maior incidência justamente nas médias empresas — isto é, qualquer recuperação/isenção obtida por alguns concorrentes altera, de imediato, a estrutura de custos relativos e desequilibra a competição. Em pano de fundo, a carga tributária bruta do setor público — 32,44% do PIB em 2023²³⁷ — ajuda a explicar por que o “prêmio” de uma vitória tributária é tão potente no Brasil: ele não é pequeno; ele reconfigura mercados.

Isso resulta em desequilíbrio de concorrência: quem conseguiu se livrar de um tributo ou reaver valores pagos obtém vantagem competitiva direta sobre o concorrente que suporta aqueles encargos tributários.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, esse quadro fere a isonomia tributária, assegurada pelo art. 150, inciso II, da Constituição, descumprindo a exigência que contribuintes em situação equivalente tenham tratamento fiscal igual.

Da mesma forma, viola-se o princípio da livre concorrência, consagrado como princípio da ordem econômica no art. 170, inciso IV, da CF, e o da neutralidade tributária, uma vez que a modulação, quando mal calibrada, tem levado a discriminações entre contribuintes, não por diferenças de fato em suas obrigações, mas pelo acaso, ou estratégia, de ter uma ação judicial em andamento. A tributação não deve gerar distorções no mercado que privilegiem uns em detrimento de outros — contudo, é exatamente essa distorção que certas modulações de efeitos criaram, ao penalizar quem não litiga e premiar quem litiga.

No contexto delineado pelo CNJ²³⁸ e pela análise econômica do litígio tributário, percebe-se que uma decisão judicial favorável em matéria tributária pode funcionar como um verdadeiro fator de distorção concorrencial. Quando parcela dos agentes de um mesmo setor consegue afastar a incidência de determinado tributo cria-se um desequilíbrio competitivo estrutural. Essa assimetria de tratamento, derivada do *timing* processual e do acesso

²³⁶ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Consulta Empresarial:** Tributos — Grande parte das empresas paga tributos antes de receber por suas vendas. Ano 3, n. 1, ago. 2011. Brasília, DF: CNI, 2011. 6 p. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/9d/fe/9dfe9636-3a31-4212-b031-3fa839ac6c85/consultaempresarial_agosto2011.pdf. Acesso em: 7 out. 2025.

²³⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Carga tributária bruta do Governo Geral cai para 32,44% do PIB em 2023.** Brasília, DF: Tesouro Nacional, 28 mar. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/noticias/carga-tributaria-bruta-do-governo-geral-cai-para-32-44-do-pib-em-2023>. Acesso em: 7 out. 2025.

²³⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programa Nacional de Governança Diferenciada das Execuções Fiscais.** Brasília: CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/execucao-fiscal/sobre-o-programa/>. Acesso em: 7 out. 2025.

diferenciado ao Judiciário, transforma o êxito tributário em ativo estratégico de mercado, com repercussões que ultrapassam o campo jurídico e afetam diretamente a dinâmica concorrencial.

Essa vantagem competitiva pode ser vista a partir de uma redução imediata de custos operacionais, ao se desobrigarem sociedades empresárias de recolherem tributos que ainda oneram seus concorrentes. Esse diferencial se converte em maior margem de lucro ou maior capacidade de competir via preço, gerando pressão econômica sobre os demais players do setor. Além disso, a melhora do fluxo de caixa e o reconhecimento de créditos tributários recuperáveis conferem liquidez adicional, possibilitando investimentos em tecnologia, expansão e inovação — elementos que ampliam a eficiência e reforçam o poder de mercado da empresa litigante.

Além disso, a devolução de tributos pagos sob lei posteriormente declarada inconstitucional desincentiva o pagamento voluntário e compromete a lógica de confiança que sustenta a arrecadação. Em um sistema jurídico estável, o contribuinte cumpre seu dever fiscal não apenas por imposição legal, mas por acreditar que o Estado respeitará a legalidade e garantirá tratamento isonômico. Quando, porém, o STF reconhece a inconstitucionalidade da exação, mas restringe os efeitos retroativos da decisão, a mensagem transmitida é paradoxal: quem cumpriu a lei é penalizado, enquanto quem a contesta é recompensado. Forma-se, assim, um incentivo perverso no qual o contribuinte conclui, racionalmente, que “obedecer à lei pode ser mais oneroso do que desobedecê-la”.

Esse cenário configura o que a Análise Econômica do Direito denomina como *moral hazard*²³⁹ institucional. O Estado passa a ter estímulo para editar normas de arrecadação juridicamente duvidosas, ciente de que, ainda que venham a ser invalidadas, seus efeitos pretéritos serão mantidos. Por outro lado, o contribuinte percebe que há vantagem em litigar ou em postergar o pagamento até que haja definição judicial. No plano microeconômico, esse desequilíbrio afeta a concorrência e corrói os incentivos à conformidade tributária, substituindo a lealdade fiscal por um comportamento estratégico e oportunista.

²³⁹ O *moral hazard* é o problema de comportamento oportunista que surge quando, sob condições de informação assimétrica e proteção contratual, o agente altera seu nível de esforço ou risco de modo a maximizar seu benefício privado, ainda que isso reduza a eficiência global ou prejudique o principal. LEWIS, Gregory; BAJARI, Patrick. *Moral Hazard, Incentive Contracts and Risk: Evidence from Procurement*. **Harvard University**; University of Washington; NBER, 2013. Disponível em: <https://www.hks.harvard.edu/centers/mrcbg/programs/growthpolicy/moral-hazard-incentive-contracts-and-risk-evidence-procurement>. Acesso em: 8 out. 2025.

Para Posner, o *moral hazard* é o fenômeno pelo qual a proteção contra perdas altera o comportamento racional do agente, reduzindo seu cuidado ou incentivando condutas de risco, de modo que o custo social do acidente aumenta. O Direito, portanto, deve corrigir ou compensar essa distorção mediante regras de responsabilidade e contratos que restaurem os incentivos eficientes ao cuidado. POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

Para além dessas consequências deletérias, a partir da análise dos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em matéria de modulação de efeitos, revela-se preocupante a ausência de metodologia decisória uniforme e de padrão argumentativo consistente. Compromete-se, assim, de maneira sensível, a segurança jurídica e a estabilidade das relações tributárias. A análise empírica demonstra que, ao longo dos julgados, não se formou uma *ratio decidendi* consistente quanto aos pressupostos e limites do instituto: cada ministro parece adotar critérios próprios, com motivações que variam conforme o contexto político e econômico do país. Essa volatilidade decisória cria um ambiente de incerteza em que os fundamentos invocados — como a “segurança jurídica” e o “excepcional interesse social” — se mostram, em regra, genéricos, inconclusivos e desprovidos de demonstração empírica, reduzidos a fórmulas retóricas que pouco esclarecem sobre o alcance e a finalidade da modulação.

Na prática, o que se observa é a prevalência de argumentos de natureza fiscal e consequencialista, centrados em potenciais impactos orçamentários para o Estado, em detrimento da proteção efetiva das expectativas legítimas dos contribuintes. No emblemático caso da “tese do século” (Tema 69)²⁴⁰, por exemplo, a Corte admitiu parcialmente a modulação com fundamento no risco de um “rombo bilionário” às contas públicas, sem, contudo, demonstrar de que modo essa decisão preservaria a segurança jurídica ou o interesse social.

Essa dinâmica cria uma espécie de volatilidade institucional, em que as decisões do Supremo variam conforme a conjuntura econômica, a pressão dos entes federados e até mesmo a composição da Corte. Em alguns julgados, a mera alegação de perda arrecadatória é tida como suficiente para justificar a modulação; em outros, como nos Temas de Repercussão Geral

²⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 574.706/PR**. Constitucional. Tributário. Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Impossibilidade. O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15 de março de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>. Acesso em: 13 set.2025.

166²⁴¹, 810²⁴² e 899²⁴³, o mesmo argumento é rejeitado por ausência de provas técnicas. A ausência de parâmetros estáveis para aferir a “excepcionalidade” da modulação e a falta de critérios uniformes para a fixação das datas de corte — ora no julgamento, ora na publicação do acórdão, ora em exercício financeiro futuro — tornam os resultados imprevisíveis e desiguais, fragmentando a coerência do sistema e estimulando o ajuizamento massivo de ações preventivas. O contribuinte, diante da incerteza quanto à futura posição do Tribunal, vê-se compelido a recorrer ao Judiciário não apenas para contestar tributos, mas para garantir que seu

²⁴¹ Fundamentação: Indeferimento do pedido de modulação por ausência de excepcionalidade comprovada. O voto do Min. Dias Toffoli afirma que a modulação é medida extrema, só cabível diante de “gravíssimo risco irreversível à ordem social” indicado e comprovado, e que a mera perda de arrecadação não basta. Destaca que modular negaria ao contribuinte o direito de repetir o indébito; que prescrição/decadência já salvaguardam o Erário; e que a segurança jurídica reside em dar primazia à Constituição e proclamar o resultado tal como julgado, não em limitar efeitos. Quanto ao efeito repristinatório, trata-se de matéria infraconstitucional. Resultado: pedido de modulação rejeitado e embargos improvidos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 595.838/SP**. Constitucional. Tributário. Contribuição previdenciária de 15% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura relativa a serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho. Inconstitucionalidade do art. 22, IV, da Lei 8.212/1991 (redação da Lei 9.876/1999). Relator: Min. Dias Toffoli, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2651722&numeroProcesso=595838&classeProcesso=RE&numeroTema=166>. Acesso em: 8 out. 2025.

²⁴² Fundamentação: Indeferimento, por maioria, do pedido de modulação de efeitos ao entender que não havia situação excepcional que justificasse restringir a eficácia retroativa da decisão que declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei 9.494/1997. O Tribunal afirmou que a aplicação da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária viola o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF) e não reflete a real variação de preços da economia, razão pela qual deveria ser imediatamente afastada. Considerou-se que a mera alegação de impacto fiscal não constitui motivo suficiente para limitar os efeitos da decisão, sob pena de perpetuar a inconstitucionalidade e comprometer a efetividade das decisões de controle, reafirmando-se que a segurança jurídica reside na aplicação direta da Constituição, e não na convalidação de normas inconstitucionais. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 870.947/SE**. Constitucional e Administrativo. Validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009 (Tema 810). Tese: (1) É inconstitucional a aplicação da Taxa Referencial (TR) para atualização monetária de débitos da Fazenda Pública, por violar o direito de propriedade; (2) são inconstitucionais os juros moratórios da caderneta de poupança apenas em condenações de natureza tributária, devendo, nesses casos, aplicar-se os mesmos juros utilizados pela Fazenda para seus créditos fiscais. Relator: Min. Luiz Fux, 20 de setembro de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342138130&ext=.pdf>. Acesso em: 8 out. 2025.

²⁴³ Fundamentação: O Ministro Rel. Alexandre de Moraes indeferiu o pedido de modulação de efeitos ao entender que não se configurou situação excepcional capaz de justificar a restrição da eficácia retroativa da decisão, conforme exige o art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Destacou que a mera alegação de impacto financeiro ou de eventual comprometimento do erário não constitui fundamento legítimo para limitar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, pois a segurança jurídica não pode ser invocada para perpetuar práticas inconstitucionais nem para amparar a ineficiência administrativa do Estado. Afirmou ainda que a supremacia da Constituição impõe a aplicação imediata dos efeitos da decisão, sendo inaceitável utilizar dificuldades fiscais como justificativa para afastar direitos fundamentais e a responsabilização estatal, motivo pelo qual rejeitou a modulação e manteve os efeitos ex tunc do julgado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 636.886/AL**. Constitucional e Administrativo. Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas (Tema 899). Tese: É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 29 de abril de 2020 (mérito). Embargos de declaração: indeferida a modulação de efeitos, 23 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciarepercussao/verandamentoprocesso.asp?incidente=4046531&numeroprocesso=636886&classeprocesso=re&numerotema=899>. Acesso em: 8 out. 2025.

caso seja incluído no marco temporal de uma eventual modulação, o que gera sobrecarga processual e deslegitima o papel estabilizador da jurisdição constitucional.

Em última análise, a falta de metodologia decisória padronizada e o uso variável da modulação, a partir dos mesmos fundamentos, revelam uma inversão de finalidade. Percebe-se que tal instrumento, concebido para reforçar a previsibilidade e a confiança no sistema jurídico, passa a ser uma fonte de incerteza. De fato, fragiliza-se a segurança jurídica, fundamento invocado para justificar a modulação, vez que o jurisdicionado não pode antecipar, com a mínima racionalidade, os efeitos temporais da decisão. Essa oscilação contínua compromete a integridade do controle de constitucionalidade, desfigura o princípio da isonomia e ameaça o equilíbrio entre Estado e contribuinte, evidenciando a necessidade urgente de uma padronização metodológica, com parâmetros objetivos, ônus probatório qualificado e dever de fundamentação densa que reconduzam a modulação à sua natureza excepcional e não à sua atual condição de válvula fiscal de conveniência.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito apresenta-se como ferramenta essencial para suprir essa lacuna metodológica. Aplicá-la à modulação significa introduzir racionalidade empírica e mensuração consequencialista²⁴⁴ ao processo decisório, convertendo a modulação em um exercício de análise de custos e benefícios sociais, e não em mera escolha política ou retórica. Como propõe Posner²⁴⁵, o direito deve ser avaliado pelos efeitos que produz e não apenas pela coerência lógica de seus fundamentos. Logo, cada decisão moduladora deve ser examinada como um problema de alocação de recursos escassos entre Estado, contribuintes e sociedade — um dilema distributivo que exige eficiência e transparência argumentativa.

De um lado, no plano individual, a prática reiterada de modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal cria um incentivo perverso à litigância estratégica. Pois, o contribuinte, ao perceber que as decisões de inconstitucionalidade, via de regra, preservam efeitos pretéritos das normas tributárias, passa a litigar não apenas por convicção jurídica, mas como mecanismo racional de competição econômica. Grandes agentes de mercado, dotados de estrutura jurídica e financeira robusta, transformam o contencioso em instrumento de vantagem competitiva, apostando no diferimento de tributos ou na postergação da carga fiscal mediante

²⁴⁴ “O argumento de consequência é utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial - boas ou más - no mundo fático. Efeitos econômicos, sociais e culturais - prejudiciais ou favoráveis à sociedade - devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias. Depende, portanto, da permanente tensão entre valores e princípios, de um lado, e faticidade, do outro.” TORRES, Ricardo Lobo. *O Consequencialismo e a Modulação dos Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal. Direito Tributário Atual*, n. 24, p. 439-463, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²⁴⁵ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

o ajuizamento de ações em massa. Nesse contexto, a litigância deixa de ser expressão do direito de ação e passa a constituir estratégia de investimento, em que o custo do processo é calculado frente ao potencial ganho de caixa, gerando externalidades negativas para a coletividade ao sobrecarregar o sistema judicial.

De outro lado, no plano macroinstitucional, observa-se que o Estado também é influenciado por incentivos assimétricos decorrentes da prática de modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal. Diante da tendência de preservação dos efeitos passados de normas declaradas inconstitucionais, o poder público pode acabar adotando uma postura pragmática, editando leis ou exigências tributárias de questionável constitucionalidade, na expectativa de que, mesmo em caso de futura invalidação, os impactos financeiros retroativos sejam mitigados pela modulação. Esse cenário gera o que Leonel Pittzer²⁴⁶ denomina como “inconstitucionalidade útil”, em que a preservação de receitas já arrecadadas atenua o custo político e econômico do descumprimento constitucional.

Dessa forma, a adoção da Análise Econômica do Direito como matriz de fundamentação para a técnica de modulação de efeitos confere maior legitimidade à jurisdição constitucional tributária, ao obrigar o julgador a considerar as consequências práticas e institucionais do provimento jurisdicional. Além disso, oferece uma metodologia cartesiana — pautada em critérios racionais, estruturados e verificáveis — que se contrapõe diretamente ao pamprincipiologismo denunciado por Lenio Streck²⁴⁷, evitando que a modulação se sustente em construções principiológicas vagas ou retóricas e, assim, promovendo maior segurança, integridade e objetividade no controle de constitucionalidade.

²⁴⁶PITZER, Leonel. **Modulação em matéria tributária**: uma análise normativa, descritiva e prescritiva do padrão decisório do STF. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

²⁴⁷O pamprincipiologismo, segundo Lenio Streck, é uma patologia das práticas jurídicas brasileiras marcada pelo uso inflacionado e indiscriminado de supostos “princípios” para justificar decisões voluntaristas. Trata-se de uma hiperestesia interpretativa em que standards retóricos convertendo valores subjetivos em argumentos jurídicos. Esse fenômeno banaliza a principiologia constitucional, enfraquece sua força normativa e abre espaço para decisões *ad hoc* travestidas de ponderação. STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2025.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, infere-se que a recorrente utilização da técnica da modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, especialmente no período compreendido entre 2007 e 2025, revela a consolidação de um fenômeno hermenêutico e institucional que ultrapassa a mera dimensão técnica do instituto e expõe tensões estruturais entre segurança jurídica, supremacia constitucional, governabilidade fiscal e isonomia concorrencial. A análise empreendida ao longo desta monografia demonstra que, embora concebida como mecanismo de exceção destinado a mitigar impactos desproporcionais de decisões de inconstitucionalidade, a modulação tem se transformado, na prática, em ferramenta de manejo recorrente e, muitas vezes, orientada por argumentos fiscais que não encontram suficiente lastreamento normativo.

A presente monografia não pretendeu esgotar o debate sobre a modulação de efeitos em matéria tributária — e tampouco o poderia —, mas buscou, por meio de abordagem empírico-qualitativa, identificar em que medida as justificativas apresentadas nos julgamentos paradigmáticos do STF revelam padrões argumentativos consistentes com os fins constitucionais do sistema tributário.

O principal diagnóstico qualitativo do atual estado da arte, no que tange à modulação da decisão tributária, é de que a ausência de um método estável para a configuração em concreto das cláusulas abertas de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e para a definição de marcos temporais resulta em um ambiente sem padrão decisório, revelando decisões casuísticas, muitas vezes com fundamentação pautada em razões de decidir opostas, mas, paradoxalmente, baseadas no mesmo princípio, enfraquecendo a segurança jurídica.

Lado outro, a pesquisa quantitativa empírica realizada revela que, ainda que o panorama geral de 2007 a 2025 indique 53,2% de indeferimento da modulação, no tocante a repercussões gerais, o recorte recente mostra uma virada pró-fisco. Desde 2021, consolidou-se no Supremo Tribunal Federal um padrão de modulação pró-fisco em matéria tributária. Dos 66 processos mapeados, 90,9% limitaram a eficácia temporal para impedir a restituição retroativa e, mesmo agrupadas por tese, 73,7% das decisões mantiveram essa tendência, o que inverte o caráter excepcional do instituto e estimula a chamada inconstitucionalidade útil, ao favorecer a manutenção de normas inconstitucionais sem restituição. Esse conjunto de incentivos evidencia a necessidade de critérios mais estáveis, transparentes e compatíveis com a segurança jurídica e o excepcional interesse social.

Nessa moldura, a Análise Econômica do Direito oferece uma via metodológica apta a reconectar a modulação aos seus pressupostos constitucionais, reduzindo a discricionariedade

e ampliando a legitimidade democrática das decisões. De fato, o estudo evidenciou que a adoção de critérios consequencialistas estruturados pode contribuir para reforçar a isonomia tributária, mitigar distorções concorrenciais e preservar a neutralidade do sistema, devolvendo à excepcionalidade sua dimensão normativa originária. Isso porque a modulação não é neutra: ela redistribui riqueza, reordena incentivos e reorganiza relações econômicas, políticas e federativas. Assumir essa premissa é passo indispensável para construir um controle de constitucionalidade consequente, consistente e comprometido com a supremacia da Constituição, com a segurança jurídica e com a neutralidade do sistema tributário.

Mais do que oferecer respostas fechadas, este trabalho busca demonstrar que a efetivação da supremacia constitucional tributária depende da capacidade de o sistema reconhecer seus próprios incentivos perversos e reorientar sua matriz decisória. Reafirmar que a Constituição deve valer retrospectivamente, salvo em situações verdadeiramente excepcionais, é reafirmar a própria integridade do Estado de Direito. E, ao final, recoloca a modulação de efeitos em seu devido lugar: não como instrumento de conveniência fiscal, mas como técnica excepcional de justiça, manejada com fundamentação qualificada e sensível às consequências institucionais, econômicas e concorrenciais que produz.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Teresa Arruda. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

ATKINSON, Anthony B. Economics as a Moral Science. **Economica**. London: The London School of Economics and Political Science, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2021.

BAJARI, Patrick. Moral Hazard, Incentive Contracts and Risk: Evidence from Procurement. **Harvard University**; University of Washington; NBER, 2013. Disponível em: <https://www.hks.harvard.edu/centers/mrcbg/programs/growthpolicy/moral-hazard-incentive-contracts-and-risk-evidence-procurement>. Acesso em: 8 out. 2025.

BAKER, John. **An introduction to English legal history**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598995/>. Acesso em: 02 fev. 2025.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, v. 76, n. 2, 1968.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Oxford: Clarendon Press, 1789.

BRANCO, Paulo Gustavo G.; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553629417/>. Acesso em: 11 jun. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 out. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 20 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm. Acesso em: 11. jun. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 1 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 11 ago. 2025.

BRASIL. **Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988**. Institui a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 dez. 1988.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Carga tributária bruta do Governo Geral cai para 32,44% do PIB em 2023**. Brasília, DF: Tesouro Nacional, 28 mar. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/tesouronacional/pt-br/noticias/carga-tributaria-bruta-do-governo-geral-cai-para-32-44-do-pib-em-2023>. Acesso em: 7 out. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Recurso Especial 1.118.893/MG (Tema 340)**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 23 de março de 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=340&cod_tema_final=340. Acesso em: 15 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 15/DF**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 14 de junho de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em: 15 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 949.297/CE**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 4 de abril de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15369230017&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 574.706/PR**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 15 de março de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2585258&numeroProcesso=574706&classeProcesso=RE&numeroTema=69>. Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 949.297/CE (Tema 881)**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 3 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4930112&numeroProcesso=949297&classeProcesso=RE&numeroTema=881>. Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 714.139/SC (Tema 745)**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 22 de novembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=430>

7031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745. Acesso em: 13 set. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 596.663/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Teori Zavascki, 24 de setembro de 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=283071423&ext=.pdf>. Acesso em: 15 set. 2025.

CÂMARA, Alexandre F. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minibiblioteca.com.br/reader/books/9786559775910/>. Acesso em: 02 fev. 2025.

CARPENA, Heloísa. Um olhar estrangeiro sobre a experiência norte americana no direito da concorrência. **Revista do IBRAC**, [S.l.], v.12, n.6, p.43–86, 2024. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/revista/article/view/504>. Acesso em: 1 out. 2025.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **A modulação de eficácia da norma tributária em controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: PUC-SP, 2016.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, 1960.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Consulta Empresarial: Tributos** — Grande parte das empresas paga tributos antes de receber por suas vendas. Ano 3, n. 1, ago. 2011. Brasília, DF: CNI, 2011. 6 p. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/9d/fe/9dfe9636-3a31-4212-b031-3fa839ac6c85/consultaempresarial_agosto2011.pdf. Acesso em: 7 out. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistematização do Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário Nacional**. Brasília: CNJ/Insper, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/sistematizacao-do-diagnostico-do-contencioso-tributario-nacional-v-eletronica.pdf>. Acesso em: 7 out. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/execucao-fiscal/sobre-o-programa/>. Acesso em: 7 out. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programa Nacional de Governança Diferenciada das Execuções Fiscais**. Brasília: CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/execucao-fiscal/sobre-o-programa/>. Acesso em: 7 out. 2025.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da LINDB. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 73, p. 4-115, jul./set. 2019. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1473819/Fredie+Didier+Jr.+%26+Rafael+Alexandria+de+Oliveira.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JOTA. **Modulação de efeitos**: STF decide em 90,9% dos casos favoravelmente ao fisco, 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos/modulacao-de-efeitos-stf-decide-em-909-dos-casos-favoravelmente-ao-fisco>. Acesso em: 7 out. 2025.

JOTA. **Da banalização do instituto da modulação de efeitos pelo STF**. Disponível em: <https://www.jota.info/opinioe-analise/artigos/da-banalizacao-do-instituto-da-modulacao-de-efeitos-pelo-stf>. Acesso em: 7 out. 2025.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, v. 162, n. 3859, 1968.

HIRSCHFELD, Mary L. **Aquinas and the market**: toward a humane economy. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 15-41, nov. 2018.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Prospect theory**: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, v. 47, n. 2, 1979.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015. *E-book*.

MARTINS, Urá Lobato. Controle de constitucionalidade no âmbito tributário: o impacto da flexibilização da coisa julgada nas relações tributárias de trato sucessivo. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, Encontro Virtual, v. 10, n. 1, p. 18-35, jan./jul. 2024. e-ISSN 2526-0138.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law**: from Posner to postmodernism and beyond. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775958/>. Acesso em: 11 jun. 2025.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625901/>. Acesso em: 17 set. 2025.

PITZER, Leonel. **Modulação em matéria tributária: uma análise normativa, descritiva e prescritiva do padrão decisório do STF**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard A. The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision. **University of Chicago Law Review**, v. 45, n. 1, p. 1-20, 1977. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/vol45/iss1/1/. Acesso em: 1 out. 2025.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Revised ed. Cambridge: Belknap Press, 1999.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. 2. ed. London: Macmillan, 1935.

SALOMÃO, Joaquim Benedito Barbosa. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

SALUM, Joaquim Benedito Barbosa. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade no direito tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

SARMENTO, Daniel. **O STF não é o centro do constitucionalismo**. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>. Acesso em: 7 dez. 2024.

SCHOUERI, Luís E. **Direito tributário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553626041/>. Acesso em: 17 set. 2025.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. **Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, 1955.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Analysis and Arbitrariness Review. **Harvard Environmental Law Review**, v.39,2015. Disponível em: <https://journals.law.harvard.edu/elr/wp-content/uploads/sites/79/2015/10/Sunstein.pdf>. Acesso em: 1 out. 2025.

SUNSTEIN, Cass R. Cost-Benefit Default Principles. **Michigan Law Review**, v. 99, n. 7, p. 1651-1715, 2001.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito Tributário Atual**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 24, p. 439–

463, 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/marco/Downloads/nmitsuhashi,+22RicardoLoboTorres%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/marco/Downloads/nmitsuhashi,+22RicardoLoboTorres%20(2).pdf). Acesso em: 7 out. 2025.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

UNITED STATE. Supreme Court. **Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.**, 463 U.S. 29 (1983). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/463/29>. Acesso em: 2 out. 2025.

UNITED STATES OF AMERICA. Constitution of the United States. **Washington, D.C.: Library of Congress**, 2025. Disponível em: <https://constitution.congress.gov/constitution/>. Acesso em: 2 out. 2025

UNITED STATES SUPREME COURT. **Mathews v. Eldridge**, 424 U.S. 319 (1976). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/319/>. Acesso em: 2 out. 2025.

UNITED STATES. Supreme Court **Michigan v. Environmental Protection Agency**, 576 U.S. 743 (2015). Nov. 25, 2014. Argued Mar. 25, 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/743/> Acesso em: 1 out. 2025.

UNITED STATES. Supreme Court. **Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.**, 433 U.S. 36 (1977). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>. Acesso em: 1 out. 2025.

UNITED STATES. Supreme Court. **ENTERGY CORP. v. RIVERKEEPER, INC.**, 556 U.S. 208 (2009). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/556/208/>. Acesso em: 1 out. 2025.

UNITED STATES. Supreme Court. **Exxon Shipping Co. v. Baker**, 554 U.S. 471 (2008). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/554/471/>. Acesso em: 1 out. 2025.

UNITED STATES. Supreme Court. **Gregg v. Georgia**, 428 U.S. 153 (1976). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/153/>. Acesso em: 2 out. 2025.

UNITED STATES. Supreme Court. **United States v. Arnold, Schwinn & Co.**, 388 U.S. 365 (1967). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/365/>. Acesso em: 1 out. 2025.

WORLD BANK. **Doing Business 2020: Economy Profile of Brazil**. Washington, DC: World Bank, 2019. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/703151574758753892/pdf/Doing-Business-2020-Comparing-Business-Regulation-in-190-Economies-Economy-Profile-of-Brazil.pdf> e <https://documents1.worldbank.org/curated/en/703151574758753892/pdf/Doing-Business-2020-Comparing-Business-Regulation-in-190-Economies-Economy-Profile-of-Brazil.pdf>. Acesso em: 7 out. 2025.