

# ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO TRIBUTÁRIO: UM ESTUDO DA EFICIÊNCIA DOS EFEITOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.849/MG

Rafael Henrique Reske<sup>1</sup>  
Thaïs Savedra de Andrade<sup>2</sup>

## RESUMO

O ICMS é um imposto de grande relevância nacional e é a base da arrecadação estadual. A substituição tributária progressiva, no âmbito deste imposto, buscou trazer maior efetividade na sua cobrança, mas trouxe um problema quando da diferença da base presumida utilizada para a cobrança na antecipação do imposto e a base real. A decisão do STF, no R.E. n° 593.849, assegurou a restituição neste caso, mas deve-se analisar se os efeitos desta decisão realmente foram eficientes ao contribuinte. Assim, este artigo, por meio da Análise Econômica do Direito, corrente jurídica que utiliza dos preceitos econômicos para verificar questões jurídicas, busca averiguar a eficiência das consequências do posicionamento do tribunal constitucional.

Palavras-chave: Direito Tributário. ICMS. Substituição Tributária. Análise Econômica do Direito.

<sup>1</sup> Aluno do 8º período do curso Law Experience – Direito Integral da FAE Centro Universitário. Bolsista do Programa de Apoio à Iniciação Científica (PAIC 2019-2020). *E-mail*: rafael.reske@mail.fae.edu

<sup>2</sup> Orientadora da Pesquisa. Mestra em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professora da FAE Centro Universitário. *E-mail*: thais.savedra@fae.edu

## INTRODUÇÃO

Os tributos participam da vida de todos os brasileiros periodicamente. A cada compra pelo aplicativo de delivery, ao assinar a TV a cabo, ao viajar de ônibus, dentre muitas outras situações, há a incidência tributária. Um exemplo de tributo, presente em praticamente todas as operações do dia-a-dia dos administrados, é o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), espécie tributária de competência estadual que incide, dentre outras situações específicas, nas operações que ensejam a circulação de mercadorias e serviços.

O ICMS é o imposto estadual que mais implica na arrecadação destes entes federados, sendo considerado, segundo doutrina majoritária, como um tributo com caráter nacional, dada sua relevância. Não obstante, diante das diversas fontes normativas que o direito tributário detém, a sua regulação é muito complexa e pode causar grandes problemas de arrecadação e sonegação.

Diante disso, alguns mecanismos foram criados, visando facilitar esta situação para os sujeitos envolvidos na relação jurídica tributária. Um deles é a substituição tributária progressiva, meio pelo qual se presume a ocorrência de um fato jurídico tributável e se antecipa o pagamento do tributo por meio de um terceiro – substituto tributário – que se torna o responsável da relação e acaba passando, posteriormente, o valor para toda a cadeia que não precisa, diretamente, recolher o tributo perante o Estado.

Críticas à parte, a substituição é muito utilizada na seara do ICMS e simplifica, consideravelmente, a cobrança do imposto e os gastos da administração pública na fiscalização do recolhimento do tributo. No entanto, a presunção da ocorrência do fato jurídico tributário, que enseja a ficção de uma base de cálculo, trouxe um problema aos contribuintes do imposto.

A problemática advém quando a base presumida, definida para pagar o ICMS na substituição tributária progressiva, for diferente da base real, quando da realização do fato jurídico tributário. Isso ocorre, por exemplo, quando a indústria paga o imposto antecipadamente, com uma base de cálculo presumida de 100 e o comerciante concede desconto de 10 na mercadoria ao consumidor, passando a base real a ser 90 e sendo necessário ao empresário diminuir da sua margem de lucro os 10, pois o custo do imposto já estava embutido no preço que o comerciante comprou da indústria ou do distribuidor.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou algumas vezes sobre a questão e, em 2016, mudou o seu posicionamento, estabelecendo, na tese 201, que é constitucionalmente devida a restituição do imposto pago a maior na substituição

tributária do ICMS pelos estados. Esta decisão trouxe um importante reconhecimento de direito aos contribuintes do imposto.

Neste cenário, o presente trabalho tem por objetivo primordial analisar se os efeitos da decisão, proferida pelo Tribunal Constitucional, foram eficientes para garantir aos contribuintes o acesso à restituição do imposto pago a maior. Para tanto, serão utilizadas as ferramentas da Análise Econômica do Direito, corrente que se vale dos preceitos econômicos para verificar as questões jurídicas e para averiguar a eficiência dos efeitos da posição tomada.

## **1 IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS**

O Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços é uma das subespécies tributárias mais relevante para o cenário arrecadatário estadual brasileiro. Segundo o Boletim de Arrecadação de Tributos Estaduais do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), a percepção desse imposto, em relação a todas as fontes estaduais, correspondeu, em 2019, a 77,53% de tudo aquilo que foi recolhido por meio de tributo nas unidades federativas.

O desenvolvimento deste imposto é antigo, remontando ao início do século XX com o Imposto sobre Vendas Mercantis (IVM), de competência da União. Segundo Celina Yamao (2014, p. 44-45), ele foi fruto das consequências da Primeira Guerra Mundial, já que a tributação da renda era o meio utilizado para a arrecadação e fora muito afetado com os impactos econômicos decorrentes daquele cenário. Posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1934, este imposto fora modificado e resultou no Imposto sobre Vendas e Consignações (IVC), tendo em vista que seriam tributadas não somente as operações de venda, mas também aquelas atinentes às consignações.

O IVC foi muito criticado, uma vez que atribuía aos estados a competência de instituir alíquotas sobre os produtos (YAMAHO, 2014, p. 46-47). Com isso, o percentual utilizado sobre um mesmo produto variava de acordo com cada estado e, além disso, eram percebidos aumentos de acordo com o cenário político econômico que cada região atravessava. Além disso, o Imposto sobre Vendas e Consignações ainda era criticado pelo fato de ser um imposto cumulativo, ou seja, incidia ao longo das etapas da cadeia de venda ou consignação, sem a previsão de compensação com os valores pagos em operações anteriores, o que propiciava o chamado efeito cascata.

Após o decorrer de 31 anos sem nenhuma inovação legislativa acerca do tema, apesar terem sido estabelecidas duas novas ordens constitucionais durante esse lapso

temporal, no dia 01 de dezembro de 1965 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 18, a qual alterava a constituição vigente para disciplinar o Sistema Tributário Nacional e instituir o Imposto de Circulação de Mercadorias (ICM). Nele, estabeleceu-se a hipótese de incidência somente em operações relativas à circulação de mercadorias realizadas por comerciantes, industriais ou produtores. Contudo, explica Kiyoshi Harada (2019, p. 2) que, por conta desta redação, ficavam isentos de tributação as pessoas físicas que não exerciam as atividades desses agentes sem habitualidade.

Com o advento da Constituição de 1967 e 1969, continuou-se a tratar do imposto nos mesmos moldes e foi resguardada a previsão de 1965 de que as alíquotas dos produtos seriam uniformes dentre os estados da federação, bem como haveria a não cumulatividade do imposto. Por não cumulativo, entende-se como aquele tributo que permite a compensação, dedução ou abatimento do valor pago na operação anterior nos subsequentes fatos jurídicos tributáveis do sujeito passivo (CASSONE, 2018, p. 51).

Por fim, com a Constituição de 1988, o ICM foi modificado e introduzido como o Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS). Disposto no artigo 155, inciso II da Carta Magna, cumulado com os respectivos parágrafos e corroborado com a Lei Complementar nº 87 de 1996, trata-se do imposto mais detalhado e bem explorado pelo legislador constituinte originário, em contrariedade às disposições constitucionais anteriores (HARADA, 2019, p. 15).

Sobre isso, aduz Vittório Cassone (2018, p. 323), que o ICMS é um tributo de competência estadual, mas detém uma relevância nacional, pois incide em relações que envolvem o país inteiro, sendo amplamente regulado por Lei Complementar, convênios e ajustes entre os estados ou por resolução do Senado Federal na fixação de alíquotas, de acordo com o artigo 155, § 2º, VI da Constituição Federal.

Seguindo a tradição das últimas disciplinas, o ICMS continuou com a alíquota única sobre os mesmos produtos e sendo um tributo não cumulativo. Muito embora a denominação do imposto remeta somente à circulação de mercadorias e serviços, o ICMS não incide unicamente nessas atividades. Segundo o artigo 2º e seu § 1º da Lei Complementar 97 de 1996, também haverá incidência do imposto na realização<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Importante apontar que a regra matriz de incidência tributária deve encontrar, sempre, legitimidade constitucional. As regras que versam sobre a incidência de tributos são normas de conduta. Assim, tais normas requerem que o sujeito da relação, nelas descrito, desempenhe uma ação, ou seja, no caso das normas de incidência tributária, o verbo. Em análise hermenêutica da Constituição Federal de 1988, conclui-se que o legislador constituinte, ao estipular no inc. XI, § 2º do art. 155, que: “XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos;” pretendeu que a ação, necessária para fazer emergir a fenomenologia da incidência, tanto do IPI, quanto do ICMS, fosse REALIZAR operações, verbo utilizado no Texto Excelsior na forma feminina do particípio passado.

de operações relativas aos serviços de comunicação, sobre mercadorias ou bens provenientes do exterior, sobre serviço prestado no exterior ou lá iniciado ou de petróleo, lubrificantes, combustíveis e energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização decorrentes de operações interestaduais.

Portanto, o ICMS é o imposto pelo qual os estados têm a competência constitucional tributária de criar uma obrigação e exigí-la do sujeito passivo, nas hipóteses elencadas pelo artigo 155, II da Constituição Federal e da Lei Complementar 87 de 1996. Atualmente, conforme demonstrado, o imposto é a principal fonte de aquisição de receita dos estados, tendo em vista que a sua hipótese de incidência detém grande abrangência, diante das diversas operações que ocorrem nas unidades federativas.

## 2 SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

### 2.1 HISTÓRICO E CONCEITO

É fato público e notório que o sistema tributário brasileiro é complexo e burocrático. Reflexo disso é percebido no Poder Judiciário, já que, de acordo com o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial – ETCO, o valor discutido no contencioso tributário corresponde à 50% do PIB nacional, bem como a duração dos procedimentos estão por volta de 19 anos, o que, segundo os pesquisadores, tem relação à condição normativa tributária atual.

Um mecanismo para buscar contornar essa situação está presente no país há algum tempo. O artigo 128 do Código Tributário Nacional já permitia a lei transferir a terceiro a responsabilidade tributária, sendo regulamentado pelo Decreto Lei 406/68. No entanto, a Constituição promulgada em 1988, que elencou as bases da regulação tributária no país, não trouxe nenhuma previsão expressa em relação à possibilidade da adoção legal deste mecanismo.

Diante disso, o legislador constitucional derivado introduziu ao ordenamento constitucional pós 1988 o instituto da Substituição Tributária, aperfeiçoando o anterior, por meio da Emenda Constitucional nº 3 de 1993. Segundo Leandro Paulsen (2020, p. 172), “*A substituição tributária existe para atender a princípios de racionalização*

---

Mencione-se que o art. 155, § 2º versa sobre o ICMS e no inc. XI há explícita menção ao IPI suprimido da base de cálculo do ICMS no montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, REALIZADA entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos.

*e efetividade da tributação, ora simplificando os procedimentos, ora diminuindo as possibilidades de inadimplemento.”*

O instituto, primeiramente, não estava previsto na proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 48 de 1991, de propositura do Deputado Luiz Carlos Hauly, no dia 19 de setembro de 1991. No entanto, fora apresentado um substitutivo à PEC que visava inserir à Constituição Federal a substituição tributária, em seu § 7º do artigo 150. Naquela oportunidade, o relator da comissão especial, Benedito Gama, realizou a proposição sob o fundamento de que *“a medida é de extrema importância para a correta exação dos impostos indiretos, principalmente do ICMS. O dispositivo ressalva a incoerência do fato gerador previsto e a consequente devolução da importância paga”*. No dia 09 de dezembro de 1992, o substitutivo foi aprovado pela comissão.

Com o decorrer do trâmite legislativo, a proposta foi aprovada no plenário da Câmara dos Deputados, em primeiro turno, no dia 21 de janeiro de 1993 e em segundo turno no dia 02 de fevereiro de 1993. Sendo encaminhada a proposição ao Senado e com as necessárias apreciações, a PEC foi aprovada, em primeiro turno, no dia 18 de fevereiro de 1993, em segundo turno, no dia 10 de março de 1993 e, por fim, foi promulgada, pelo Senador Mauro Benevides, no dia 17 de março de 1993.

A Substituição Tributária, disposto no artigo 150, § 7º, pode ser compreendida como o instituto jurídico tributário que transfere a um terceiro, em uma cadeia individuais, a obrigação de pagamento do tributo dos sujeitos que realmente realizam um fato que corresponde à hipótese de incidência estabelecida pela norma. A sua aplicação tem fulcro na facilitação do recolhimento do tributo, bem como detém um caráter colaborativo – e não contributivo –, sendo necessária a avaliação da capacidade de contribuir do sujeito que recebeu essa nova obrigação (PAULSEN, 2020, p. 172).

Na doutrina, encontram-se três tipos de classificação da Substituição Tributária: para frente ou progressiva, para trás ou regressiva e a simultânea ou concomitante. A primeira é caracterizada pela delegação da responsabilidade de adimplemento da obrigação tributária a um terceiro, diante da presunção de ocorrência de fatos futuros.

A segunda compreende-se a partir da transferência da responsabilidade do pagamento do imposto sobre o produto ou serviço do vendedor ao adquirente do bem ou tomador do serviço, quando os fatos já aconteceram, mas o pagamento foi postergado e deslocado. Neste sentido, adverte Leandro Paulsen (2020, p. 175) que *“Deve-se ter cuidado para não confundir a substituição para trás com a figura do diferimento. Na substituição para trás, continua havendo a figura do contribuinte, mas é do responsável a obrigação de recolher o tributo”*.

Por fim a substituição tributária simultânea ou concomitante corresponde àquela em que a responsabilidade é transferida a terceiro, mas estando este obrigado ao adimplemento no momento da realização do fato jurídico tributável.

## 2.2 APLICAÇÃO DO ICMS-ST

Muito embora a previsão do ICMS e da Substituição Tributária estejam dispostos na carta constitucional, a disciplina legal que permite a utilização deste instituto no ICMS está disposta na Lei Complementar nº 87/96. Em seu artigo 6º, o legislador infraconstitucional previu que a *“Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.”*

Posteriormente, no artigo 8º do mesmo diploma legal, foi normatizado a forma pela qual se daria a base de cálculo do ICMS-ST. Nos casos da substituição concomitante ou regressiva, a base de cálculo se dará a partir do valor da operação ou da prestação pelo sujeito substituído. Por outro lado, quando se trata do caso da substituição tributária progressiva no ICMS, outros parâmetros precisam ser utilizados, visto que ela é baseada em um fato jurídico tributário que ainda não se realizou.

Neste caso, as alíneas do inciso segundo do artigo 8º demonstram que a base de cálculo será constituída a partir do valor da operação ou prestação, cumulado com os valores de frete, seguro, demais encargos e a margem de valor agregado (MVA) relativa às seguintes prestações ou operações. De acordo com o § 4º da referida norma, a MVA será fixada por lei, a partir da análise dos preços usualmente praticados no mercado, elencados com o auxílio das entidades representativas de cada segmento em que o ICMS-ST poderá incidir.

Insta salientar que o § 3º do mencionado dispositivo traz a possibilidade do legislador, a partir da sugestão do fabricante ou do importador, utilizar como base de cálculo da substituição o preço máximo ao consumidor (PMC), o qual, se escolhido pelos deputados estaduais, deverá ser utilizado como base de cálculo em detrimento das outras disposições legais anteriormente existentes (BRAZ, 2019).

Portanto, os estados federados, além de seguirem as normas constitucionais atinentes à instituição do tributo e os princípios tributários, devem observar a disciplina da Lei Complementar 87/96 para se valerem da substituição tributária no âmbito de seu território.

## 2.3 CONTROVÉRSIAS SOBRE A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Desde a inclusão da substituição tributária ao ordenamento constitucional de 1988, houve diversas críticas acerca da compatibilidade do instituto ao sistema tributário nacional. O principal argumento desta corrente é que, diante da ineficácia da norma por não se ter ocorrido a subsunção do fato jurídico tributário à regra de incidência, não seria possível que a lei trouxesse, neste cenário, a obrigação de pagar o tributo. Carrazza (2017, p. 541), neste sentido, afirma que *“a Constituição veda a tributação baseada em fatos de provável ocorrência. (...) Esta é uma barreira constitucional inafastável, pois integra o conjunto de direitos e garantias que a Lei Maior confere ao contribuinte”*.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal foi movimentado para analisar o caso e decidir acerca da compatibilidade do instituto aos preceitos da Carta Constitucional. Em sua primeira oportunidade, em 2000, ocorrida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 213.396-5, que versava sobre a constitucionalidade da substituição tributária frente às disposições legislativas do estado de São Paulo, o Tribunal julgou pela sua constitucionalidade. Embora a ação fora proposta sob a égide anterior à Emenda Constitucional nº 3, o entendimento da maioria dos Ministros foi a de que havia compatibilidade do instituto com a ordem constitucional vigente à época.

Com pequenas modificações após a Constituição de 1988, o STF foi novamente buscado para definir entendimento sobre a constitucionalidade da substituição tributária. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.851, em 2002, os Ministros, por maioria, entenderam que o instituto já está compatível ao ordenamento jurídico pátrio há algum tempo e somente foi aperfeiçoado com a Emenda Constitucional nº 3.

Após a pacificação do tema pelo tribunal constitucional brasileiro, outra questão acerca da substituição emergiu por conta da disposição do artigo 150, § 7º da Carta Magna. A controvérsia se relacionava à necessidade de os estados promoverem a restituição do ICMS-ST quando houvesse diferença entre a base de cálculo presumida já paga e a base real, que se formou do acontecimento do fato tributável ao longo da cadeia.

## 2.4 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA BASE PRESUMIDA E BASE REAL

O legislador constituinte derivado, na implementação da substituição tributária, buscou resguardar o responsável tributário, no caso em que o fato presumido não se materializasse posteriormente. Com isso, dispôs-se que, na inocorrência desse

fato, o contribuinte poderia ter restituído a quantia paga previamente por conta da responsabilidade instituída por lei. Entretanto, questionou-se quando houvesse a diferença entre a base presumida e a base real, se era necessária a restituição do valor pago a maior.

Na ADIn nº 1.851, já mencionada, que foi julgada em 2002, pacificou-se o entendimento de que não era devida a devolução do valor pago a mais pelo contribuinte, uma vez que *“o fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago”*, como se extrai da ementa do julgamento.

No mesmo ano, após a análise desta ação, os governadores dos Estados de São Paulo e de Pernambuco propuseram duas Ações Direta de Inconstitucionalidade – nº 2.777 e 2.675, respectivamente – para que o STF reconhecesse como incompatíveis as leis de seus próprios estados, que permitiam a restituição do imposto pago a maior nos casos de ICMS-ST. Da mesma forma, em 2008, foi protocolado o Recurso Extraordinário (RE) 593.849/MG que visava, contrariamente às ADIn’s, declarar que era necessário e constitucional a restituição do valor pago a maior no ICMS-ST.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do referido Recurso Extraordinário, estabeleceu o Tema 201 da repercussão geral, no qual definiu ser *“devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”*. Conexamente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidades foram julgadas improcedentes, no sentido de reconhecer a constitucionalidade das disposições estaduais que asseguravam o direito à restituição.

As razões da maioria dos Ministros da corrente vencedora acerca da demanda estão relacionadas à impossibilidade de permissão do enriquecimento sem causa dos estados, ao entendimento que o fato presumido, disposto no § 7º do artigo 150 da Constituição, refere-se a um fato provisório e não definitivo, observando o princípio do não confisco dos tributos e ao princípio da legalidade.

Representando a divergência, vale pontuar, o Ministro Teori Zavascki fundamentou sua visão da seguinte forma:

A base de cálculo, nessa forma de substituição tributária, já não será *“o valor da prestação ou da operação”* (art. 8o, I, da LC 87/1996), como ocorre em operações ou prestações concomitantes ou antecedentes. Será, sim, o valor a ser fixado segundo os critérios estabelecidos no inciso II do art. 8o da LC 87/1996. E o será, portanto, definitivamente, como decidiu o STF na ADI 1851. Se provisório fosse, ele exigiria a indispensabilidade da verificação de todas as operações individualmente, seja para retribuir o que fosse pago a mais, seja para permitir ao fisco exigir diferenças

por recolhimento a menor. Em outras palavras: seria voltar ao sistema tradicional, negando qualquer consequência prática ao instituto da substituição tributária progressiva, que tem assento constitucional.

Diante deste cenário de modificação do entendimento jurisprudencial do STF, se faz necessária a análise dos efeitos da decisão, para que, com isso, seja possível perceber se eles foram ao encontro da intenção dos julgadores em resguardar o direito à restituição do sujeito passivo. Com o auxílio dos preceitos da Análise Econômica do Direito, é o que se faz a seguir.

### **3 ANÁLISE ECONÔMICA DA DECISÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.849**

#### **3.1 O QUE É ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E PRECEITOS FUNDAMENTAIS**

A Análise Econômica do Direito (AED), ou também conhecida como Direito e Economia, pode ser concebida como um *“corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”* (SALAMA, 2008, p. 9). Mackaay e Rousseau (2015, p. 8) evidenciam que a AED é a corrente intelectual que obteve a maior influência no cenário jurídico estadunidense nos últimos 50 anos.

A aproximação do direito à economia, ou vice e versa, remonta à época dos economistas clássicos do século XIX, tais como Adam Smith e Thomas Malthus. No entanto, não se pode alegar que foi neste momento que se deu o início da Análise Econômica do Direito, uma vez que não houve a busca por teorizar o encaixe das premissas econômicas sob as questões jurídicas (CASSI; GONÇALVES, 2018, p. 16).

O movimento da AED, com isso, originou-se nos Estados Unidos da América (EUA) na segunda metade do século XX e é fruto de dois movimentos: 1. imperialismo econômico e 2. realismo jurídico (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 8).

O imperialismo econômico refere-se ao movimento dos economistas americanos em introduzir a Análise Econômica para fora dos espectros que geralmente se debruçava tais como contratos, família, política.

O Realismo jurídico, por sua vez, foi a corrente jurídica evidenciada no entre guerras, que afirmava que a ciência sociológica e econômica eram mais do que áreas conexas, elas faziam parte do direito (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 8). Arnaldo Godoy (2005) complementa no sentido de evidenciar que o movimento demonstrava que o

direito seria resultado das decisões proferidas pelas cortes, diante da indeterminação das normas e da conjuntura social.

O desenvolvimento da corrente ocorreu, principalmente, pelos trabalhos da Universidade de Chicago, tendo como marco importante a publicação do *Journal of Law and Economics*, em 1958, e o texto *The Problem of Social Cost*, de Ronald Coase, em 1960 (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 9). Nesta década, outros doutrinadores, tais como Manne e Cheung, escreveram textos que se utilizavam da AED sobre diversos temas jurídicos.

Na década de 70, a corrente jurídica se espalhou pelas universidades estadunidenses, alcançando a marca de mil dissertações sobre ou utilizando da ferramenta da AED (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 11). Com a publicação de vários textos de Richard Posner, entre a década de 70 e 80, a AED se consolidou ainda mais e, conseqüentemente, a partir dos anos 80, os países tradicionais do *civil law* começaram a receber adeptos à corrente, inclusive o Brasil (SALAMA, 2008, p. 12).

Com o seu desenvolvimento, a Análise Econômica do Direito dispõe de vários recursos que permitem que ela seja utilizada frente aos fatos jurídicos submetidos ao seu exame. Além disso, existem preceitos fundamentais a ela, sendo eles (i) escassez, (ii) maximização racional, (iii) equilíbrio, (iv) incentivos e (v) eficiência (SALAMA, 2008, p. 15).

Em relação ao primeiro preceito central da AED, a escassez está intimamente relacionada à economia. Segundo José Rossetti (2016, p. 23), o fato econômico resume-se à escolha pelos indivíduos “*entre fins possíveis e meios escassos aplicáveis a usos alternativos*”. Ela refere-se ao fato de que, caso os recursos fossem infinitos, não existiria qualquer problema para a sua disposição (SALAMA, 2008, p. 16).

Decorrente disso, já que todos os seres humanos não são capazes de usufruírem de recursos infinitos, conclui-se que serão necessárias trocas para que os indivíduos tenham acesso àquilo que precisam, além daquilo que já possuem. Disso, surge o chamado *trade off*, que corresponde ao custo que a busca da melhor alternativa para a disposição do recurso finito implica ao agente, sendo este denominado como custo de oportunidade (GICO JR, 2010, p. 22). É necessário pontuar que este custo não se restringe somente à pecúnia, mas, sim a tudo aquilo que pode ser valorado, como tempo, satisfação etc.

O segundo preceito fundamental consiste em, levando em consideração que os recursos são limitados e os indivíduos necessitam realizar escolhas custosas, assumir que os agentes buscarão maximizar racionalmente a sua opção, procurando satisfazer o seu bem-estar e a sua utilidade (SALAMA, 2008, p. 16). Derivado disso, Ivo Gico Júnior (2010, p. 27) demonstra que o indivíduo somente irá modificar aquela escolha

anteriormente realizada por outra se, e somente se, a nova condição for mais benéfica, o que se chama de análise marginal.

Vale ressaltar, no entanto, a crítica em relação à racionalidade. Segundo Richard Posner (1998, p. 3), os indivíduos, quando adotam escolhas, estão inseridos em um meio de profundas incertezas, que pode impactar na racionalidade do agente. Disso, argumenta Herbert Simon (1957, p. 198) que o ser humano detém uma racionalidade limitada neste ambiente, vez que a sua capacidade de processar os problemas diante dessa magnitude é baixa.

O terceiro conceito fundamental é o equilíbrio. Segundo Bruno Salama (2008, p. 20), ele corresponde ao momento quando todos os agentes estão atuando para maximizar o seu bem estar simultaneamente. No equilíbrio, os custos da troca dos recursos escassos se igualam aos benefícios auferidos, ao ponto em que não haverá mais trocas (GICO JR., 2010, p. 23).

Os incentivos, quarto preceito fundamental, são concebidos como preços implícitos (SALAMA, 2017). Ou seja, por conta de os indivíduos serem maximizadores da sua utilidade e, por conta de haver um custo inerente à escolha dos recursos escassos, é plausível afirmar que os indivíduos podem responder a incentivos (SALAMA, 2008, p. 21-22).

Afirmam Oksandro Gonçalves e Marcelo Ribeiro (2013, p. 82-83) que as normas jurídicas atuam como incentivos e são entendidas como um preço, uma vez que o agente, na maximização da sua utilidade, analisa as vantagens e as desvantagens que a sua conduta pode implicar. Afirmam os autores que *“ao tomar o comando normativo como um preço, o receptor da norma automaticamente, por ser racional, avalia a relação entre custo e benefício da conduta que poderia vir a praticar”*.

Por fim, a eficiência pode ter diversas interpretações, mas sendo a mais comum aquela preconizada na maximização da riqueza e do bem-estar, enquanto busca diminuir os custos sociais (SALAMA, 2008, p. 22-23). Uma situação analisada será eficiente quando consegue melhores resultados, diminuindo os custos da troca.

No âmbito da Análise Econômica do Direito, no entanto, existem mais duas concepções de eficiência utilizadas pela ferramenta, sendo elas a de Pareto e a de Kaldor-Hicks. A primeira refere-se à situação em que o agente realiza uma troca na qual sua situação é melhorada sem que haja piora na situação de outro indivíduo (SALAMA, 2008, p. 23). Com isso, infere-se que uma relação equilibrada é pareto-eficiente (GICO JR., 2010, p. 23). Essa perspectiva sofreu algumas críticas, principalmente a sua viabilidade de aplicabilidade prática, uma vez que sempre haverá custos envolvidos nas transações.

Diante da mencionada crítica, outra acepção ganhou força para complementar o entendimento paretiano (SALAMA, 2008, p. 24). A eficiência de Kaldor-Hicks entende como eficiente uma situação em que os ganhos advindos da ação de um indivíduo na maximização de sua utilidade, compensem as perdas que outro terá que suportar (GONÇALVES; BONAT, 2018, p. 84).

Por fim, importante apontar que Guilherme Cassi e Oksandro Gonçalves (2018, p. 26) afirmam que “*o objeto estudado pela análise econômica deve sempre ser eficiente.*” Superada a definição da corrente jurídica e a conceituação de seus preceitos fundamentais, é possível iniciar a análise da eficiência dos efeitos que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2016, acerca da restituição do valor da diferença entre a base de cálculo presumida e a real no ICMS-ST, a partir dos conceitos acima apresentados.

### 3.2 ESTUDO DE CASO: RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593.849/MG

Conforme demonstrado anteriormente, o Recurso Extraordinário nº 593.849/MG foi o caso que movimentou os Ministros da Corte Superior Brasileira a analisar a possibilidade da restituição do tributo pago a maior, quando houver a diferença entre a base presumida e a base real na substituição tributária progressiva do ICMS. Além do mencionado R.E., ressaltam-se que as ADIs 2.777/SP e 2.675/PE, buscavam declarar inconstitucionais as leis de seus respectivos estados, nas quais havia permissiva ao contribuinte de reaver o imposto pago a maior, na hipótese do fato jurídico tributário ter se materializado com valor menor ao presumido.

Até aquele momento, o Supremo Tribunal Federal tinha consolidado o entendimento, desde meados dos anos 2000, de que não era obrigatória esta restituição, uma vez que a base de cálculo presumida era definitiva. Com a elaboração da tese 201, como resultado do julgamento do referido Recurso Extraordinário, estendendo às Ações Diretas de Inconstitucionalidade, mudou-se a posição e declarou-se constitucional e devida a restituição, quando da ocorrência da base de cálculo presumida maior do que o valor efetivado na operação.

Desde o seu julgamento em 2016, a decisão tem produzido efeitos para os novos fatos jurídicos tributáveis e culminado em diversos movimentos e regulações por parte dos estados federados. Assim, se faz necessário analisar se os efeitos trazidos pelo julgamento do R.E. são eficientes e vão de encontro com o objetivo do instituto da substituição tributária, a partir dos conceitos da ferramenta da AED.

#### 3.2.1 Custo de Poder

Após a decisão do STF, os estados vêm editando normas para adequarem-se ao novo entendimento acerca do direito constitucional de restituição, quando da diferença das bases presumida e real no ICMS-ST. Nesses novos regramentos, existem comandos

para, administrativamente, requerer-se a devolução da quantia paga a maior, em consonância com o entendimento do Pretório Excelsior. Observa-se, todavia, que tais regulações, por vezes, trazem entraves para o pleno acesso à restituição.

O estado de São Paulo, o qual havia proposto a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.777, contra a sua própria norma que ia de encontro à nova decisão do Supremo, criou, como condição à concessão do direito de restituição, a necessidade de a base presumida ter sido definida por autoridade competente.

A posição estadual, estabelecida pelo parecer da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP) nº 3 de 2018 e corroborada pelo comunicado do Coordenador da Administração Tributária nº 6 de 21 de maio de 2018, baseou-se no fato de que a legislação estadual impõe este requisito, sendo que a mencionada condição não foi objeto de análise das ações que tramitaram no STF.

A Lei paulista nº 6.374 de 1989, que deu base à conduta da Secretaria da Fazenda do Estado, regula a questão da seguinte forma:

Artigo 28. No caso de sujeição passiva por substituição, com responsabilidade atribuída em relação às operações ou prestações subsequentes, a base de cálculo será o preço final a consumidor, único ou máximo, autorizado ou fixado por autoridade competente

“Artigo 66-B. Fica assegurada a restituição do imposto pago antecipadamente em razão da substituição tributária:

[...]

II – caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida.

[...]

§ 3.º O disposto no inciso II do caput deste artigo aplica-se apenas na hipótese de a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária ter sido fixada nos termos do ‘caput’ do art. 28

Com isso, ao contrário da decisão da corte constitucional, que buscou garantir o direito do contribuinte de reaver o imposto pago a maior, a PGE-SP e a Secretaria da Fazenda afastaram a restituição quando se tratar de Margem de Valor Agregado não fixada por autoridade fazendária competente. Saliente-se que é neste método (margem de valor agregado) que há a maior incidência da diferença entre a base real e a presumida (PAZELLO; JACOB; ANDRÉ, 2018).

Vale ressaltar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu em 2019, no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0033098-49.2018.8.26.0000, que o § 3º do artigo 66-B da mencionada Lei é inconstitucional. No entanto, pende de julgamento os embargos de declaração da decisão e, portanto, o dispositivo legal continua a produzir efeitos.

Não obstante ao fato ocorrido no território paulista, outros estados implementaram novas condições à restituição do valor pago a maior que vão em desconformidade ao entendimento consolidado pelo STF. A barreira utilizada para que o solicitante possa reaver o imposto pago indevidamente é a necessidade de comprovação de que ele assumiu a responsabilidade de pagamento ou, se transferiu a terceiro, estar expressamente autorizado por ele, como exigido pelo artigo 166 do CTN.

Toma-se, como exemplo, os Estados de Goiás e de Minas Gerais. Aquele, a partir do Parecer Normativo nº 013/18-SPT, de 23 de julho de 2018, dispôs acerca da matéria da seguinte forma:

Ocorre que para análise de restituição é preciso que o contribuinte substituído comprove ter assumido o encargo financeiro, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo, em cumprimento ao disposto no art. 166, da Lei nº 5.172/66, Código Tributário Nacional – CTN, abaixo transcrito, reproduzido em sua íntegra no art. 174, da Lei nº 11.651/91, Código Tributário do Estado de Goiás – CTE:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Pacifico o entendimento acima a Súmula 546 do STF que dispõe:

Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte “de jure” não recuperou do contribuinte “de facto” o “quantum” respectivo.  
[ ... ]

Em face ao exposto, fixamos os entendimentos de que:

1 – é devida a restituição do ICMS recolhido antecipadamente, em virtude da substituição tributária pelas operações posteriores, progressiva ou “para frente”, quando a base de cálculo do fato gerador presumido for superior ao valor praticado com o consumidor final, em consonância com o Acórdão do Supremo Tribunal Federal – STF, proferido no RE 593.849/MG, com vigência a partir de 22/02/2018 (trânsito em julgado), **desde que obedecidas as disposições do art. 166 do CTN, reproduzido integralmente no art. 174 do CTE, bem como da Súmula 546 do STF**

O Estado de Minas Gerais, no parágrafo 1º do artigo 31-C do Regulamento do ICMS, tratou da matéria da seguinte maneira:

Art. 31-C – Nos casos em que o fato gerador se realizar por um valor inferior ao da base de cálculo presumida do ICMS ST, o contribuinte que houver praticado a operação interna de circulação da mercadoria a consumidor final fará jus à restituição, observado o disposto nesta subseção.

§ 1º – Somente fará jus à restituição a que se refere o caput, o contribuinte que não tiver realizado o repasse do valor do imposto pleiteado no preço da mercadoria ou, no caso de tê-lo feito, estar expressamente autorizado a recebê-lo por quem o suportou, caso em que os documentos comprobatórios deverão ser mantidos à disposição do Fisco.

Percebe-se, portanto, que a base destas posições está atrelada ao artigo 166 do Código Tributário Nacional (CTN), o qual tem por objetivo evitar que indivíduos que não suportaram o ônus do pagamento do tributo possam se valer da sua restituição, pois, neste cenário, meramente teriam recolhido a importância devida e repassaram este encargo ao restante da cadeia de consumo.

No entanto, esta disposição não vai ao encontro do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com relação à aplicação do referido dispositivo do CTN nos casos de substituição progressiva do ICMS-ST. Os julgados demonstram que não é o consumidor que suporta o pagamento do tributo, mas é o substituído que arca com o ônus e diminui a sua margem de lucro e, portanto, teria legitimidade para pleitear a restituição.

Toma-se, como exemplo, do entendimento jurisprudencial do STJ, demonstrado nos seguintes julgados: Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.091.781, Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.284.789, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.426.465 e o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 630.966, sendo que os dois últimos já foram julgados sob a égide da nova decisão da Suprema Corte, reconhecendo, novamente, o direito do substituto tributário à restituição do imposto recolhido a maior.

Não obstante, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, outros estados implementaram o dever de complementação do imposto pago a menor pelos contribuintes do ICMS-ST. O argumento dos estados é decorrente de uma interpretação extensiva dos termos do acórdão proferido no caso do R.E. 593.849/MG. Neste caso, afirmam os estados que, como foi compreendido pelos Ministros do STF que a base presumida disposta no § 7º do artigo 150 da Constituição Federal não é definitiva, mas provisória até a ocorrência do efetivo fato jurídico tributável, é possível a cobrança da diferença entre o imposto que não fora pago ao estado se a base real for maior do que a presumida.

Cita-se, como exemplo, o inciso II do § 3º do artigo 40 da Lei nº 10.297/96 do Estado de Santa Catarina, introduzido em 2018; o Parecer Normativo nº 013/18-SPT do Estado de Goiás; inciso primeiro do § 2º do artigo 31 da Lei 11.580/96 do Estado do Paraná, introduzido em 2018; inciso segundo do § 4º do artigo 24 da Lei 3.796/96 do Estado de Sergipe, inserido em 2018; dentre outras.

As medidas usadas como exemplo, adotadas pelos estados, são criticáveis, vez que na decisão proferida no Recurso Extraordinário paradigmático, somente se analisou a necessidade de restituir-se o imposto pago a maior pelo contribuinte, mas não trouxe menção a possibilidade de restituição ao estado. Ademais, alega-se que as normas são inconstitucionais, já que a Constituição Federal trouxe a reserva legal ao tratamento da matéria à Lei Complementar, conforme preconiza alínea “b” do inciso XII do artigo 155 da carta magna.

Disso, infere-se que as diversas disposições impostas pelos estados são destoantes ao ordenamento jurídico pátrio, observando-se a existência de fortes argumentos que atestam a contradição. Como consequência da lentidão do Poder Judiciário brasileiro, até que as cortes de vértice possam se manifestar acerca do tema e pacificarem o entendimento sobre a matéria, os contribuintes terão que se submeter aos ditames normativos para não incorrer nas sanções legais.

Assim, indubitavelmente, haverá custos que o contribuinte terá que suportar, sem ter a certeza da sua legalidade, mas o cumprirá, por conta do poderio que o Estado detém para impor a sua determinação, culminando na restrição da maximização da utilidade do agente – por exemplo, no emprego de novas pessoas, aumento da produção etc. Isso chama-se de **custo de poder**.

O custo de poder pode ser definido como o valor que o agente, hipossuficiente da relação jurídica tributária, deverá arcar por conta da faculdade que o agente, hipersuficiente tributário, detém na relação de imposição de determinadas condições fiscais. Neste sentido, o agente hipossuficiente será limitado a maximizar a sua utilidade e contará com maiores custos de transação, por conta da situação determinada pelo hipersuficiente.

Dessa forma, percebe-se que as primeiras expensas, que a decisão proferida no R.E. 593.849/MG trouxe na prática aos agentes da relação, foi o **custo de poder**. Como ele implica nos custos de transação, faz-se mister analisá-los.

### 3.2.2 Custos de Transação

O Professor Ronald Coase, em seu texto *The problem of social cost*, trouxe o termo custos de transação se referindo às externalidades – diversos fatores que trazem impeditivos à negociação –, sendo que a relação será totalmente eficiente nos casos em que os custos de transação forem iguais a zero (PORTO; GRAÇA, 2013, p. 42).

Ulen e Cooter (2016, p. 88) demonstram que esses custos possuem três estágios: (i) custo de procura, momento pelo o qual o agente busca outro ator, que se interesse pelo recurso que ele detém; (ii) custos de barganha, os quais se relacionam com as despesas que os agentes têm que arcar para realizar um bom acordo e (iii) custos de execução, sendo aqueles provenientes da necessidade de monitoramento do cumprimento do acordo.

Na seara tributária, os custos de transação podem ser concebidos em sentido amplo e em sentido estrito. Este corresponde à consideração dos encargos tributários como um dos elementos constituintes do preço em um negócio jurídico. Aquele, por

sua vez, preconiza os custos de transação como definidores do exercício da atividade empresarial pelos indivíduos. Caso os custos de transação forem maiores do que os ganhos com a atividade, ela não será eficiente (SILVEIRA, 2009, p. 194).

No caso dos efeitos da decisão proferida no R.E. 593.849/MG, deve-se começar a análise dos custos de transação a partir do custo de poder. Conforme demonstrado anteriormente, após a decisão do STF, muitos estados começaram a impor certas condições à restituição da quantia paga a maior, sendo elas questionáveis e, quiçá, inconstitucionais. Esta situação trouxe um custo para os contribuintes, vez que precisam arcar, *a prima facie*, com um ônus advindo do poder Estatal.

Disso, para que os agentes, que arcaram com o pagamento a maior do que se era devido, possam buscar a devida restituição, precisam contratar advogados e contadores especializados e com experiência na área para apurar os valores, tendo que enfrentar longos processos, administrativos e judiciais, além de arcarem com os custos, incorrendo, inclusive, no risco de enfrentarem as despesas de sucumbência processual.

Não obstante, tem-se a exigência da complementação – e a provável sanção quando do não pagamento –, por parte dos estados, da diferença quando a base real for maior do que a base presumida, mesmo sem nenhuma disposição expressa no § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, na Lei Complementar nº 87/96 ou no julgamento do Recurso Extraordinário, permitindo esta conduta pelo sujeito ativo.

Além disso, com o movimento dos estados em criar empecilhos para que o contribuinte tenha acesso a devida restituição, vide o caso de São Paulo com a vinculação da restituição à definição da base presumida por autoridade competente, as normas ficaram mais complexas e os requerimentos para se chegar ao direito, garantido pelo Supremo Tribunal Federal, podem acabar negados pela assimetria de informação.

Portanto, na análise dos custos de transação em sentido amplo, percebe-se que eles aumentaram devido, principalmente, à insegurança jurídica, a complexidade das normas que estão regulamentando a restituição e as medidas necessárias que os agentes precisam tomar para resguardar o seu direito. Tal situação vai de encontro com o que afirmam Robert Cooter e Thomas Ulen (2016, p. 91): a insegurança jurídica e a complexidade dos direitos corroboram para o aumento dos custos de transação.

Consequentemente, os custos elevados trazem um incentivo negativo aos agentes para realizarem a sua atividade, pois, a maximização da sua utilidade resta prejudicada frente às despesas que necessita suportar. Assim, tem-se um maior incentivo para que os indivíduos exerçam a atividade empresária de maneira informal, ao invés da formal (SILVEIRA, 2009, p. 194-195).

Por fim, em relação aos custos de transação em sentido estrito, percebe-se que no momento da negociação do preço do produto ou serviço negociado, o empresário necessitará aumentar o valor do seu bem ou serviço para que, em caso de um eventual desconto ao seu cliente, não tenha que impactar significativamente a sua margem de lucro. O resultado disso seriam preços mais altos.

### 3.2.3 Eficiência

Consolidada a análise acerca dos custos que a decisão do R.E. 593.849/MG trouxe aos agentes da relação no caso do ICMS-ST, é possível traçar considerações sobre a eficiência dos efeitos da posição tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Como visto anteriormente, o objeto da Análise Econômica do Direito deve ser sempre eficiente, dentro do contexto em que está inserido.

Primeiramente, antes de iniciar a análise da eficiência propriamente dita, é necessário lembrar qual é o propósito da substituição tributária e da decisão proferida pelo STF. No primeiro caso, tem-se que o intuito da norma, que permite impor a um terceiro a responsabilidade tributária de pagamento do tributo – cujo fato jurídico tributável não tenha ainda ocorrido –, é permitir a maior eficiência e simplificação na cobrança do tributo.

A posição tomada pela Corte Constitucional, por sua vez, a partir do entendimento que a base presumida disposta no § 7º do artigo 150 da Constituição Federal é relativa e depende da concretização do fato jurídico tributável, tem fulcro em assegurar o direito do contribuinte à restituição do tributo (valor pago a maior), tendo em vista a vedação ao enriquecimento ilícito dos estados.

A eficiência, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, detém três principais perspectivas: 1. clássica, 2. Pareto e 3. Kaldor-Hicks. A primeira relaciona-se à premissa de que será eficiente determinada situação quando se consegue maximizar a utilidade e, ao mesmo tempo, obtém-se a redução dos custos. No caso analisado, percebe-se que ela não fora alcançada, uma vez que os efeitos da decisão do STF acarretaram num maior custo de poder, num elevado custo de transação e não permitiu, *prima facie*, a restituição global ao contribuinte, o qual busca a diferença paga a maior aos estados.

Em relação à segunda perspectiva, será Pareto eficiente uma situação em que o ganho conferido por um agente não gere perdas ao outro que está envolvido na relação. No caso analisado, infere-se que a medida tomada pelo STF não será Pareto

eficiente. Embora o pagamento a maior, recebido pelos estados, não necessariamente era devido a eles, haverá perdas aos entes federativos estaduais na receita do ICMS-ST, já que deverão realizar a restituição em determinados casos e diminuir sua arrecadação.

Conforme exposto, a concepção de eficiência paretiana tem pouca aplicação prática, pois, dificilmente uma parte não saia perdendo alguma coisa. Por isso, é necessária a complementação com a terceira perspectiva.

A eficiência de Kaldor-Hicks preconiza que uma situação será eficiente quando a perda suportada por um agente é compensada pelo o ganho do outro. No caso em tela, em uma primeira análise, imagina-se que a restituição do valor pago a maior ao contribuinte compense a perda na receita que os estados terão, quando tiver ocorrido o pagamento a maior, uma vez que isso incentiva os contribuintes a adimplir corretamente com as suas obrigações fiscais e, além disso, permite que eles aloquem o recurso de maneira a maximizar a sua atividade empresarial.

Com as novas exigências, e entraves instituídos pelos estados, os custos de transação e de poder aumentaram, diminuindo o ganho dos contribuintes, o quais têm dificuldades e maiores custos em ter acesso à restituição do valor pago a maior. Assim, conclui-se que não houve um real ganho, os quais pudessem compensar as perdas esporádicas que as receitas estaduais podem sofrer.

Dessa forma, com uma perspectiva de ineficiência dos efeitos que a decisão do Supremo Tribunal Federal trouxe aos contribuintes, que buscam a restituição do valor pago a maior no ICMS-ST, resta a reflexão de Ronald Coase (1960, p. 18) de que uma decisão eficiente advém de um longo estudo de como, na prática, os indivíduos irão lidar com as decisões tomadas, o que parece não estar evidente no presente julgamento analisado

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, advindo do julgamento do R.E. 593.849/MG, acerca da constitucionalidade da obrigatoriedade de os estados restituírem o ICMS pago a maior na substituição tributária progressiva, foi uma importante garantia dos direitos do contribuinte.

Em um primeiro momento, a decisão parecia muito promissora, vez que os pagadores do ICMS-ST, substituto ou substituído, não precisaram diminuir sua margem de lucro para poder conceder desconto aos seus clientes. Com isso, o contribuinte poderia alocar o recurso em outros pontos que permitiriam a ele maximizar a sua utilidade na atividade empresarial.

No entanto, a partir da análise alinhada aos conceitos da Análise Econômica do Direito, percebeu-se que a decisão do Tribunal Constitucional não teve o condão de garantir plenamente o direito à restituição, uma vez que os estados se valeram de mecanismos normativos para instituir empecilhos ao acesso a diferença paga a maior.

Não obstante, muitos estados, com uma interpretação extensiva da decisão paradigmática, incluíram o dever do contribuinte complementar o pagamento, caso a base presumida for inferior à base real, mesmo sem nenhuma disposição normativa expressa.

Com isso, já que os custos de poder e os custos de transação aumentaram e o benefício advindo da decisão do STF não trouxe, na prática, um acesso global à restituição, para àqueles que se enquadraram na hipótese modelo a decisão foi ineficiente, uma vez que não conseguiu alcançar o seu objetivo de garantir ao contribuinte o direito à restituição, quando houver diferença entre as bases.

Disso, para que se possa trazer maior eficiência aos efeitos da decisão, infere-se ser necessário que o Poder Judiciário analise as demandas questionadoras das medidas estaduais, as quais restringem o acesso à restituição e sejam julgadas de maneira eficiente e rápida, dentro dos ditames da duração razoável do processo, com fulcro em diminuir os custos de poder e de transação, além de tornar prática e eficiente a decisão do R.E. 593.849/MG.

Ademais, tem-se como alternativa a iniciativa legislativa do Congresso Nacional para consolidar o entendimento do Supremo Tribunal Federal na Lei Complementar 87/96. Nela, consoante à instrução constitucional, estarão dispostas as regras acerca da substituição tributária na seara do ICMS. Assim, não haveria medidas destoantes entre os estados federados.

Por fim, é necessário que os agentes públicos tenham uma maturidade social para conceber as consequências de suas atitudes e analisá-las de maneira profunda antes de tomar posições, as quais possam impactar diretamente nos contribuintes, agregando incentivos negativos para exercerem a sua atividade ou, até mesmo, em adimplir com suas obrigações fiscais.

## REFERÊNCIAS

- ANDRÉ, Mariana M. A. de; JACOB, Pedro C.; PAZELLO, Fernanda R. Restituição do ICMS-ST: Estado de São Paulo desrespeita decisão do STF. **Jota**, 2018. Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/restituicao-do-icms-st-estado-de-sp-desrespeita-decisao-do-stf-16082018](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/restituicao-do-icms-st-estado-de-sp-desrespeita-decisao-do-stf-16082018)>. Acesso em: 19 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.426.465**. Relator Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 04 dez. 2018.
- \_\_\_\_\_. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 630.966. Relator Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 03 abr. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.091.781**. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília, 04 ago. 2009.
- \_\_\_\_\_. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.284.789**. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília, 06 ago. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.851**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 05 maio 2002.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.675**. Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 out. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.777**. Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 out. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 593.849**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 19 out. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário n. 213.396-5**. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 02 ago. 1999.
- BRAZ, Jacqueline Mayer da Costa Ude. Efeitos da decisão do R.E. 593.849/ MG em relação à ADI 2.675/PE e à ADI 2.777/SP. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**, v. 21, p. 57- 83, out./dez. 2019. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9a00000172c3a3e522b42726ec&docguid=i2efde7a0069f11eaa66401000000000000&hitguid=i2efde7a0069f11eaa66401000000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 jun. 2020
- CARRAZZA, Roque A. **Curso de direito constitucional tributário**. 31. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2017.
- CASSI, Guilherme H. G.; GONÇALVES, Oksandro O. Introdução à análise econômica do direito. **Revista de Direito Empresarial: REDEmp**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 11-31, jan./abr. 2018.
- CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2018. [E-Book].
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3 out. 1960. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

CONFAZ. **Boletim de arrecadação de tributos estaduais**. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMzIzYjlxNGMtZTRlNy00ODMyLTg2MTUtOWY3NTJmZmFjZDIxliwidCI6ImNi-jumODdjOTA4LTRhNjUtNGRlZS05MmM3LTEzXWE2MTVjNjMyZSIsImMiOjR9>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016. [E-Book].

ETCO. **Desafios do contencioso tributário brasileiro**. 2019. Disponível em: <<https://www.etc.org.br/noticias/contencioso-tributario-brasileiro-ultrapassa-50-do-pib>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

GICO JUNIOR. Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e economia: introdução ao movimento law and economics. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 7, n. 73, p. 01-10, jun./jul. 2005.

GOIÁS. Receita Estadual de Goiás. Parecer normativo nº 013/18-SPT, de 23 jul. 2018. Dispõe sobre a restituição do ICMS-ST. **Diário Oficial [do] Estado de Goiás**, Goiânia, GO, 26 jul. 2017. Disponível em: <[ftp://ftp.sefaz.go.gov.br/sefazgo/legislacao/Superintendencia/SGAF/Parecer\\_Normativo/P\\_0013\\_2018.htm](ftp://ftp.sefaz.go.gov.br/sefazgo/legislacao/Superintendencia/SGAF/Parecer_Normativo/P_0013_2018.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2020.

GONÇALVES, Oksandro O.; BONAT, Alan L. Análise econômica do direito, incentivos fiscais e a redução das desigualdades regionais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 20, n. 121, p. 381-407, jun./set. 2018.

\_\_\_\_\_.; RIBEIRO, Marcelo M. Incentivos fiscais: uma perspectiva da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 79-102, jan./jun. 2013.

HARADA, Kiyoshi. **ICMS: doutrina e prática**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019. [E-Book].

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MINAS GERAIS. Decreto n. 43.080, de 13 de dez. 2002. Aprova o Regulamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (RICMS). **Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, 14 dez. 2002. Disponível em: <[http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao\\_tributaria/ricms\\_2002\\_seco/anexo2002\\_2.html](http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/ricms_2002_seco/anexo2002_2.html)>. Acesso em: 19 jun. 2020.

PARANÁ. **Lei n. 11.580, de 14 de nov. de 1996**. Dispõe sobre o ICMS com base no art. 155, inc. II, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal e na Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 e adota outras providências. **Diário Oficial [do] Estado do Paraná**, Curitiba, PR, 14 nov. 1996. Disponível em: <<https://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/7199611580.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. [E-Book].

PORTO, Antônio J. M. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Disponível em: <[https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2020.

POSNER, Richard Allen. **Values and consequences: an introduction to economic analysis of law**. Chicago: Coase-Sandor for Law and Economics Working Papers, 1998. Disponível em: <[https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values\\_0.pdf](https://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2020.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2016. [E-Book].

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. (Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito). Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **O que é pesquisa em direito e economia?**. São Paulo: FGV, 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

SÃO PAULO. Lei 6.734, de 01 de março de 1989. Dispõe sobre a instituição do ICMS. **Diário Oficial [do] Estado de São Paulo**, São Paulo, SP, 1 mar. 1989. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1989/alteracao-lei-6374-01.03.1989.html>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Comunicado CAT n. 6, de 21 de maio 2018. Esclarece sobre o ressarcimento do ICMS devido por substituição tributária, em face das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 593.849 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.777. **Diário Oficial [do] Estado de São Paulo**, São Paulo, SP, 22 maio 2018. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=360267>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível n. 0033098-49.2018.8.26.0000**. Relator: Desembargador Xavier de Aquino. São Paulo, 09 ago. 2019.

SANTA CATARINA. Lei n. 10.267, de 26 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o ICMS e adota outras providências. **Diário Oficial [do] Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, 26 jun. 1996. Disponível em: <[http://legislacao.sef.sc.gov.br/legtrib\\_internet/html/leis/1996/lei\\_96\\_10297.htm](http://legislacao.sef.sc.gov.br/legtrib_internet/html/leis/1996/lei_96_10297.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2020.

SERGIPE. Lei 3.796, de 26 de dezembro de 1996. Dispõe quanto ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), e dá providências correlatas. **Diário Oficial [do] Estado de Sergipe**, Aracaju, SE, 27 dez. 1996. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=164322>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

SILVEIRA, Paulo A. C. V. da. Direito tributário e análise econômica do direito: contribuições e limites. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, n. 3, p. 185-205, jan./jun. 2009.

SIMON, Herbert Alexander. **Models of man, social and rational: mathematical essays on rational human behavior in a social setting**. New York: J. Wiley and Sons, 1957. [E-Book].

YAMAO, Celina. A história do imposto sobre circulação de mercadorias: do IVM ao ICMS. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 3, n. 36, p. 40-53, dez. 2014. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/990>>. Acesso em: 17 jun. 2020.