

Modulação das decisões tributárias do Supremo: *Autopoiesis* e o argumento econômico no controle de constitucionalidade

CLARA MARCELLE ALVES MENESES

Mestre em Políticas Públicas pela Hertie School of Governance (Alemanha). Especialista em Direito Público (UnB). Graduada em Direito (UFS). Procuradora na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Artigo recebido em 18/08/2016 e aprovado em 14/09/2016.

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 O Argumento Econômico no Controle de Constitucionalidade de Matéria Tributária • 3 Conclusão • 4 Referências.

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de verificar se a Teoria da *Autopoiesis* contribui para o entendimento da utilização de argumentos orçamentários e econômicos como fundamento da modulação temporal de efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade de matéria tributária. O enfoque buscado utilizará como marco a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e a pesquisa doutrinária a respeito do art. 27 da Lei nº 9868/99, especialmente os seus requisitos de segurança jurídica e excepcional interesse social. Conclui-se pela ilegitimidade da utilização isolada de argumentos orçamentários e econômicos para justificar a validade de uma determinada lei tributária ao momento que vai da edição da norma até a eventual declaração de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional brasileira, seja essa restrição de efeitos benéfica ao contribuinte ou ao Erário, sob pena de *Alopoiesis* do sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional • Tributário • Argumento Econômico • Modulação.

Restriction's effects of the Brazilian Supreme Court's decisions on taxation: *Autopoiesis* and economic arguments in the constitutional control of legislation

SUMMARY: *1 Introduction · 2 Economic Arguments in the Constitutional Control of Tax Law · 3 Conclusion · 4 References.*

ABSTRACT: This article aims to analyse whether the Theory of *Autopoiesis* contributes to understand the use of financial and economic arguments to justify the restriction's effects of judicial decisions handed down by the Brazilian Supreme Court in constitutional control of Tax Law. The approach sought to use as the theoretical framework of Social Systems Theory of Niklas Luhmann, and doctrinal research about art. 27 of Law 9868/99, especially their requirements of legal stability and exceptional social interest. It concludes the illegitimacy of the isolated use of financial and economic arguments to justify the validity of a particular Tax Law before the declaration of unconstitutionality by the Brazilian Constitutional Court, no matter if it is beneficial to the taxpayers or to the Treasury, otherwise there would be *Alopoiesis* in the Legal System.

KEYWORDS: Constitutional Law · Taxation · Economic Arguments · Restriction of Effects.

La modulación de las decisiones fiscales del Supremo: La *Autopoiesis* y el argumento económico de control constitucional

CONTENIDOS: *1 Introducción · 2 El Argumento Económico en el Control de la Constitucionalidad de las Cuestiones Fiscales · 3 Conclusión · 4 Referencias.*

RESUMEN: El objetivo del presente estudio fue comprobar si la teoría de la autopoiesis contribuye a la comprensión de la utilización de argumentos presupuestarios y económicos como la fundación de la modulación de los efectos de las decisiones dictadas por el Supremo Tribunal Federal en el control de la constitucionalidad de las cuestiones fiscales. El enfoque utilizado pretende utilizar como marco teórico la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, la investigación y la enseñanza sobre el artículo 27 de la Ley 9868/99, especialmente sus requisitos de seguridad jurídica y de excepcional interés social. Se concluye por la ilegitimidad del uso aislado de la presupuestaria y argumentos para justificar la validez de un determinado derecho fiscal en el momento en que va modificando la regla hasta la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional en Brasil, es la limitación de los efectos beneficiosos para el contribuyente o el Tesoro Nacional, bajo pena de autopoiesis del sistema jurídico.

PALABRAS CLAVE: Constitución • Tributario • Argumento Económico • Modulación.

1 Introdução

A modulação de efeitos temporais nas decisões de inconstitucionalidade tributária pelo Supremo Tribunal Federal – STF fundamentada em argumentos econômicos constitui apenas um dos muitos possíveis pontos de encontro entre os sistemas jurídico e econômico. Esse ponto de contato foi selecionado para este artigo como a finalidade de examinar a interferência de argumentos econômicos nas decisões judiciais. Suponha-se que a lei tributária que implicou agravamento da tributação é julgada inconstitucional após um longo período de vigência. Então, se a declaração vier acompanhada de modulação de efeitos, diga-se, a partir do julgamento, isso implicaria dizer que não haveria possibilidade de repetição de indébito. Em outras palavras, os valores que guarneceram os cofres públicos por meio de afronta à Constituição não seriam devolvidos, o que é criticado pela doutrina (FISCHER, 2004, p. 318). Doutro modo, se a lei era reiteradamente considerada inconstitucional pelos Tribunais pátrios, e o STF a entende constitucional, sem modulação, seria cobrada na íntegra, por todo o período, à míngua dos princípios aplicáveis às limitações ao poder de tributar.

Assim, é necessário estudar se o debate sobre os argumentos extrajurídicos, especialmente o de cunho arrecadatório, é suficiente para preencher o requisito do excepcional interesse social para a modulação de efeitos. Dito em outras palavras, o potencial vultoso prejuízo que a Fazenda Pública pode vir a sofrer com a declaração de inconstitucionalidade da lei tributária é motivo idôneo para modular os efeitos da decisão? O peso do argumento econômico ainda não teve um desfecho adequado na doutrina, mesmo havendo acentuada divergência em torno do assunto. Ao eleger o tema-problema relativo aos fatores para modulação temporal em matéria tributária, bem como a (im)prestabilidade do argumento econômico-arrecadatório do Fisco Federal, o presente artigo pretende contribuir para uma possível solução do dilema apresentado, trazida pela aplicação da Teoria da Autopoiese, ou ao menos o avanço no sentido de uma solução, além de questionar a visão irredutível de que *interesse social* é somente a decisão a favor do contribuinte.

A fim de verificar se a Autopoiese é útil para avançar-se na elucidação dos fundamentos econômicos em decisão da modulação de efeitos, o enfoque buscado utiliza como marco a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann (2006). A escolha reflete a percepção de que, muito embora tal teoria venha se tornando mais popular entre os juristas pátrios, ainda usufrui de restrita aplicação a controvérsias concretas de cunho tributário-constitucional. Propõe-se o exame das balizas jurídico-

econômicas da decisão judicial em matéria de modulação de efeitos de decisões de inconstitucionalidade tributária, a partir da teoria sistêmica de Luhmann. Parte-se da existência de três grandes sistemas: (i) os sistemas vivos, relativos às operações vitais; (ii) os sistemas psíquicos, cuja titularidade é dos seres humanos; e (iii), os sistemas sociais. Na sociedade moderna contemporânea, os sistemas sociais são formados por vários subsistemas, quais sejam, em enumeração não exaustiva, Ciência, Moral, Arte, Ética, Religião, Mídia, Educação, Política, Medicina, Economia e sim, o Direito. Essa teoria destaca o Direito como subsistema social, motivo pelo qual deve seguir os mecanismos de abertura cognitiva e fechamento operacional das estruturas sistêmicas, sob pena de corrupção de seus elementos, deficiências em sua reprodução e incapacidade de evolução autônoma e diferenciada. Dentre os sistemas sociais, existem as interações (desenvolvidas entre indivíduos), as organizações (cadeias de decisões) e a sociedade, entendida como um sistema social policêntrico. Na diferenciação funcional, vários subsistemas mantêm sua própria autonomia no cumprimento de suas funções, desenvolvendo processos de comunicação específica geridos por critérios próprios, internos ao subsistema (TOSINI, 2004).

De forma a manter a integridade do sistema, sem que seus elementos se dissociem do sistema macro, que é o sistema social, a decisão judicial, operação comunicativa do sistema jurídico, deve manter a sua abertura cognitiva e o seu fechamento operacional. As formas de comunicação produzidas dentro do Direito devem ser baseadas em outros referenciais igualmente jurídicos. Entretanto, os limites de quais argumentos podem ser utilizados na decisão judicial sem que gere uma corrupção sistêmica própria da Alopoiese jurídica não são claros. A partir de qual momento o argumento ultrapassa o último estágio de reflexão da Autopoiese (e, portanto, autorreferência típica de um sistema em pleno funcionamento) para deturpar-se em alopoiese situa-se em zona cinzenta de identificação sujeita a ainda mais divergências. A abertura do sistema a sistemas do ambiente não pode ser confundida com determinação unilateral ou intrusão de valores estranhos sem o filtro do sistema jurídico (LUHMANN, 2004).

Para efeitos de argumentação, e para os limites que interessam a este artigo, a Constituição Federal – CF (BRASIL, 1988) deve ser observada como o único conjunto de valores econômicos relativos que podem fundamentar uma decisão no âmbito judicial, conservando, portanto, o caráter jurídico de tais valores (GOMES; CARMO, 2010, p. 241). De acordo com esse raciocínio, apenas os valores econômicos trazidos como norte pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) poderiam ser observados por

uma decisão judicial a fim de que seja mantida a autoreferibilidade da fundamentação jurídico-constitucional. Nesse ínterim, é imprescindível a análise dos conceitos de *razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social* presentes no art. 27 da Lei nº 9.868 (BRASIL, 1999, grifo nosso). Traçados os pressupostos e citado o respectivo marco teórico, trata-se agora de explicar o panorama da modulação de efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária e de verificar se a Teoria dos Sistemas auxilia nesse entendimento. Esse é, pois, o próximo assunto a ser tratado.

Por fim, a estratégica metodológica adotada é a hipotética dedutiva a partir do marco teórico apresentado. A pesquisa é bibliográfica e consiste na análise crítica sobre a doutrina nacional e sobre o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria (pesquisa documental), a fim de consolidar entendimento doutrinário necessário para o desenvolvimento da problemática exposta.

2 O argumento econômico no controle de constitucionalidade de matéria tributária

Neste tópico, passa-se a examinar alguns exemplos de precedentes em que a limitação de efeitos em decisões tributárias foi debatida e, mais detidamente, se argumentos econômicos foram levantados – e, em caso positivo, quais foram eles. A ideia aqui não é estudar profundamente os temas de mérito trazidos à baila, e sim utilizar a discussão sobre os efeitos retroativos ou prospectivos para entender melhor o enfoque dado à temática da modulação pelo Supremo. Busca-se pinçar, por intermédio de alguns julgados, o comportamento do STF em torno do assunto.

2.1 IPI alíquota zero

O Recurso Extraordinário nº 353.657 interposto pela União Federal terminou provido por seis votos, que foram proferidos pelos Ministros Marco Aurélio (relator), Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Gilmar Mendes e Ellen Gracie. O julgamento se encerrou em 25 de junho de 2007. Ao final, no mérito, entendeu-se pela inexistência de direito a creditamento de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI quando o insumo foi tributado à alíquota zero:

IPI – INSUMO – ALÍQUOTA ZERO – AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito

quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero. IPI – INSUMO – ALÍQUOTA ZERO – CREDITAMENTO – INEXISTÊNCIA DO DIREITO – EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica. (BRASIL, 2007a).

Como se vê, o pedido de modulação de efeitos foi rejeitado pelo Pleno. A fim de se opor à modulação, a Fazenda Nacional argumentou que nunca concordou com a orientação jurisprudencial anterior e nunca se mostrou inerte à controvérsia. Ao contrário, sempre manteve e reafirmou o entendimento de que os insumos tributados à alíquota zero ou não tributados não geravam qualquer direito a crédito de IPI. O inconformismo da Fazenda Nacional em evitar que os processos tomados como paradigma da discussão não transitassem em julgado desautorizavam – segundo defendeu-se – qualquer conclusão de expectativa legítima em sentido favorável aos contribuintes, visto que o deslinde do assunto era incerto. Ademais, nos autos, foi demonstrado que a jurisprudência dominante tratava tão somente de insumos isentos, ou seja, escapava-lhe o assunto dos insumos não tributados ou tributados à alíquota zero. Sobre estes últimos, frise-se, inexistia entendimento dominante. Ressaltam-se os motivos que tentavam justificar o pedido de modulação de efeitos trazidos pelos contribuintes: a observância do princípio da segurança jurídica e, em decorrência, o atendimento da *confiança legítima* dos contribuintes; a boa-fé nas relações entre os contribuintes e o Poder Público; e, por fim, o respeito à regra da irretroatividade tributária (ANDRADE, 2011, p. 387, grifo nosso).

É imprescindível salientar o ponto mais importante que se extrai desse julgamento, no tocante à questão deste artigo, que é pertinente à possibilidade de conferência de efeitos *ex nunc* à decisão proferida em processo subjetivo, o que era até então divergente em outros julgados. Outro ponto de relevo foi a maleabilidade do termo segurança jurídica, bem observada por Fábio Martins de Andrade, *in verbis*:

É interessante notar que a *segurança jurídica* a um só tempo serviu: inicialmente, para a sustentação em prol da tese de que a *mudança de jurisprudência consolidada* defendida pelos contribuintes fosse aplicada a partir daquele momento; e, posteriormente, para o STF emprestar à Constituição da República a maior eficácia possível, razão pela qual o Pleno decidiu que descaberia no caso cogitar-se de eventual modulação temporal da decisão na modalidade prospectiva. (2011, p. 405, grifos do autor).

No tocante à modulação de efeitos, o julgamento apresentou-se consonante com a Teoria da Autopoiese, pois analisou corretamente a questão da proteção das expectativas legítimas, sem utilizar isoladamente argumentos econômicos.

2.2 COFINS das sociedades profissionais

Sublinha-se que este julgamento se refere ao reconhecimento, pelo STF, de que o art. 56 da Lei nº 9.430 (BRASIL, 1996) revogou a isenção da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS usufruída até então pelas sociedades civis de prestação de serviços profissionais legalmente regulamentados. O dispositivo que concedia essa isenção era o art. 6º da Lei Complementar LC nº 70:

LC nº 70/91. Art. 6º São isentas da contribuição:

I – as sociedades cooperativas que observarem ao disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades; (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 24.8.2001)

II – as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

III – as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. (Revogado pela Medida Provisória nº 2158-35, de 24.8.2001). (BRASIL, 1991).

Lei nº 9.430/96. Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991. (BRASIL, 1996).

Quando o Recurso Especial nº 377.457 (BRASIL, 2008a) foi interposto pelos contribuintes, e submetida a questão ao Pleno, no mérito, negou-se provimento ao Recurso por oito votos a dois, acompanhando o voto do Relator Gilmar Mendes. Os Ministros que o acompanharam foram Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. Os votos divergentes partiram dos Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. O principal fundamento foi o de que não existia hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, que possuem *quorum* diferente para aprovação. Cada espécie legislativa é reservada

a assuntos distintos, de modo que, no silêncio da Constituição (BRASIL, 1988) sobre a necessidade de lei complementar para dispor sobre determinada matéria, a lei ordinária é a espécie legislativa adequada.

Então, o voto condutor, alinhado à jurisprudência do Supremo, concluiu que a LC nº 70 (BRASIL, 1991) era apenas formalmente Lei Complementar e materialmente Lei Ordinária, uma vez que regulou matéria reservada às Leis Ordinárias, ou seja, qualquer matéria tributária que escape do enquadramento como *normas gerais em matéria de legislação tributária*, de acordo com o art. 146 da Constituição (BRASIL, 1988), no caso, a isenção de uma contribuição social a determinada categoria. Optou-se, assim, pela distinção constitucional material entre as espécies legais em detrimento da distinção hierárquico-formal. O pedido de modulação de efeitos, também realizado pelos contribuintes, foi negado por apertada divergência em 17 de setembro de 2008, vencidos os Ministros Menezes Direito, Eros Grau, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto. Apesar de importante, curiosamente o debate acerca da modulação sequer apareceu na ementa do Recurso Especial nº 377.457:

EMENTA: Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento. (BRASIL, 2008a).

Além de o ponto controvertido sobre a decisão de modulação de efeitos ter sido omitido da ementa, extrai-se da leitura do inteiro teor do julgamento que o assunto não mereceu a fundamentação devida. Em que pese isso, algumas lições podem ser extraídas. O debate está registrado a partir da página 114 do Inteiro teor (1.888 dos autos) do RE 377.457 (BRASIL, 2008a). Nele, por exemplo, o Ministro Relator Gilmar Mendes observou que não se trataria de decidir aplicar ou não o art. 27 da Lei nº 9.868 (BRASIL, 1999), porque o Supremo tinha decidido pela constitucionalidade do dispositivo que revogou a isenção, ao passo que o art. 27 dispõe sobre a modulação de efeitos na hipótese de declaração de inconstitucionalidade. Ele defendeu a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos por analogia ao referido artigo,

com o escopo de resguardar a segurança jurídica. Relembre-se o texto do art. 27:

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. (BRASIL, 1999).

Esse entendimento merece destaque porque vai de encontro aos ensinamentos pacíficos da doutrina até então, que indicava não haver espaço para modulação em caso de declaração da constitucionalidade de lei ou dispositivo, conforme comentado no tópico anterior. Contudo, tal resultado não chegou a ocorrer; o próprio Ministro Relator defendeu que, muito embora em tese seja possível a modulação de efeitos em declaração da constitucionalidade, no julgamento em questão a decisão mais adequada seria o indeferimento. É que, no entender dele, não houve mudança de entendimento no Supremo Tribunal Federal sobre a questão da revogação da isenção que justificasse a proteção da segurança jurídica; apenas inexistia entendimento firmado pelo STF. O Ministro desconsiderou, dessa forma, a existência de entendimento contrário sumulado no Superior Tribunal de Justiça – STJ (BRASIL, 2008b), atualmente cancelada, e o consenso da época de que a questão se restringia à esfera infraconstitucional, cuja competência para julgar em última instância pertencia ao STJ. De outro lado, a União argumentou que a questão nunca se pacificou, e nunca transitou em julgado, tendo sido levada até o Supremo. Diante dessa litigiosidade, não era possível defender que houve um entendimento a atrair legitimamente a confiança do contribuinte. Por sua vez, a Ministra Cármen Lúcia afirmou que não se podia dizer que a sociedade estava se encaminhando para acreditar em uma determinada jurisprudência num determinado sentido (apesar do posicionamento do STJ), porque não havia pronunciamento do STF. Em posição contrária, o Ministro Menezes Direito considerou o entendimento consolidado do STJ e, em adição, reiterou um argumento de cunho econômico desvinculado, qual seja, o fato que a questão envolver pequenos contribuintes, e não contribuintes com maior capacidade financeira. Ao seu turno, o Ministro Gilmar Mendes frisou que, como o Supremo fala por último, e, na maioria das vezes, ocorre de reverter algum entendimento pacificado nas demais instâncias, não deveria conceder a modulação de efeitos, sob pena de ficar vinculado a sempre concedê-la em casos vindouros, de modo que, de certa forma, perderia autoridade sobre as questões já decididas

nas instâncias inferiores, porque não se conseguiria mais modificá-las. Como se vê, esse argumento teve motivação de política judiciária, em detrimento de questões propriamente jurídicas.

Dos argumentos apresentados, percebe-se que as discussões sobre se o novel entendimento do Supremo teria abalado a confiança do contribuinte, ou, em outras palavras, se havia densidade jurídica que justificasse a confiança dos contribuintes a respeito da tese – apenas este, repita-se – respeitou o fechamento autorreferencial do sistema jurídico, com fortes argumentos de ambos os lados. Os demais, relativos à consequência para a Corte que a modulação poderia trazer (segundo os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso), ou o fato de serem os contribuintes *grandes ou pequenos*, para usar os termos do Ministro Menezes Direito, não dizem respeito a se haveria um *direito* à concessão de efeitos prospectivos e, portanto, são interferências inadequadas e perigosas de outros sistemas no sistema surídico, levadas a cabo justamente pela Corte que deveria protegê-lo. Esses argumentos puramente consequencialistas da decisão de modulação, e os argumentos sobre a situação econômica das partes configuram exemplos de Alopeiose. Percebe-se claramente a adoção de códigos de outros subsistemas nas decisões judiciais (argumentos meramente financeiros ou de senso comum), o que impede o sistema jurídico de se reproduzir autonomamente e de evoluir estruturalmente, com o risco de degradação da robustez dos códigos constitucionais, como dito alhures. Ora, não é o fato de o sujeito passivo da obrigação tributária ser um *grande contribuinte* ou um *pequeno contribuinte* que determina a titularidade de um suposto direito à modulação de efeitos. A capacidade contributiva é princípio que deve ser observado para a tributação, mas que não diz nada sobre a existência de um direito a que uma lei considerada constitucional pelo STF passe a vigor em momento futuro da sua edição, muito menos nos termos superficiais em que foi utilizado como fundamento.

É de se dizer que o Judiciário deve estar atento às consequências de suas decisões, até porque, em última análise, o Direito molda o comportamento humano. Porém, essa análise das consequências deve ser encarada *cum grano salis* por duas razões. A primeira é porque as consequências devem estar subordinadas aos princípios e aos valores escolhidos por uma determinada sociedade, respeitados ainda os direitos das minorias. Dentre vários resultados previstos, o mais eficiente (do ponto de vista econômico, por exemplo) deve ser escolhido desde que obedeçam aos princípios jurídicos pertinentes ao caso concreto. A História nos mostra que a eficiência, por si só, desacompanhada do filtro do ordenamento jurídico, pode ser

extremamente perigosa. A segunda razão recai sobre as consequências econômicas, que são as mais imprevistas. Nem a Economia escapa de conter grande divergência interna, nem o Judiciário detém a expertise necessária ao seu estudo. Nessa linha, o voto do Ministro Celso de Mello foi exemplar. Após comentar a Súmula nº 276 do STJ, ele assenta:

[...] Esse dado assume, a meu juízo, Senhor Presidente, extrema importância, pois coloca em pauta a questão relevantíssima da segurança jurídica, que há de prevalecer nas relações entre o Estado e o contribuinte, em ordem a que as justas expectativas deste não sejam frustradas por atuação inesperada do Poder Público, como sucederia em situações, como a ora em exame, em que se registra clara ruptura de paradigmas, com a proliferação de decisão que evidentemente onera a esfera jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária.

Não se desconhece que, na cláusula constitucional que contempla o direito à segurança, inclui-se à positivação da segurança jurídica, sob pena de se ignorar, com grave lesão aos cidadãos, o atributo da previsibilidade das ações estatais, que norteia e estimula a adoção de padrões de comportamento por parte das pessoas em geral (e dos contribuintes em particular).

Os cidadãos não podem ser vítimas da instabilidade das decisões proferidas pelas instâncias judiciárias ou em deliberações emanadas dos corpos legislativos.

Assume relevo, desse modo, a asserção segundo a qual o princípio da segurança jurídica supõe que o direito seja previsível e que as situações jurídicas permaneçam relativamente estáveis. (BRASIL, 2008b).

É de se notar que, após a exposição do voto do Ministro Celso de Mello, os Ministros Carlos Britto e Ricardo Lewandowski reformularam os respectivos votos, pelo que passaram a admitir a modulação ao caso da COFINS. Esse é mais um exemplo comprovador de que o conceito de *segurança jurídica* adquire conteúdos díspares nos julgados do Tribunal.

Outra questão importante trazida à baila pelo julgado é a possibilidade de aplicar a modulação também ao controle difuso ou apenas ao controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista que o art. 27 da Lei nº 9.868 (BRASIL, 1999) se insere na Lei que dispõe sobre o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade. As opiniões são divergentes sobre

esse ponto. No citado RE da COFINS (BRASIL, 2008a), o Ministro Lewandowski foi assertivo, ao dizer que a modulação pode ser aplicada a processos subjetivos levados a Plenário, embora não a concedesse naquele caso concreto. Dentre os que consideram possível a modulação no bojo de controle difuso de constitucionalidade também está o Ministro Gilmar Mendes, que deixou claro, na decisão seguinte, que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos:

Embora a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999. Cuida-se aqui, tão somente, de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. [...] assinala-se que, antes do advento da Lei nº 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. [...] No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos. (BRASIL, 2004).

Doutro lado, há julgados, como o AI 666.455 no sentido de que a modulação é apenas aplicável ao controle abstrato de constitucionalidade:

O Agravante alega que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei municipal somente poderiam operar-se ex nunc, em virtude de razões de segurança jurídica e de prevalência do interesse social. Todavia, este Supremo Tribunal decidiu que a norma apontada como de regência para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade – art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999 não se aplica ao caso, pois se impõe no controle abstrato de constitucionalidade (RE 395.654-AgR, rel. min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 3-3-2006; AI 428.886-AgR, rel. min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 25-2-2005; e RE 430.421-AgR, rel. min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 4-2-2005). No mesmo sentido: AI 591.803-AgR, rel. min. Ellen Gracie, decisão monocrática, julgamento em 16-10-2009, DJE de 4-11-2009. (BRASIL, 2007b).

2.3 O argumento econômico na modulação de efeitos e a *Autopoiesis*

Tendo em vista os precedentes do Supremo aqui exemplificados e a doutrina especializada colacionadas, pode-se traçar um resumo acerca da utilização de

argumentos econômicos na restrição de efeitos da decisões de inconstitucionalidade. São os seguintes entendimentos:

2.3.1 Contrário à utilização de argumentos econômicos para modulação

Esse posicionamento apresenta-se minoritário e liga-se à parte dos que defendem a inconstitucionalidade do art. 27 da Lei nº 9.868 (BRASIL, 1999) e da própria restrição de efeitos ou a argumentos segundo os quais o Supremo não poderia restringir efeitos para não consolidar inconstitucionalidades no tempo; liga-se também a argumentos rígidos defensores do princípio da nulidade da lei inconstitucional, da crença de se atribuir, dessa forma, a máxima eficácia constitucional; e aos extremamente preocupados com a *má pedagogia* da atribuição de efeitos prospectivos, pois haveria um suposto incentivo à legislação viciada por parte do Estado. Curiosamente, as críticas referentes a essa suposta má pedagogia da atribuição de efeitos prospectivos possuem um cunho consequencialista e, por isso, sofrem das mesmas críticas aplicáveis à decisão à qual se opõem, ou seja: são tão consequencialistas quanto o fundamento que criticam para a modulação de efeitos. Não se encontrou grupo específico que atribua suporte a esse posicionamento, e sim apenas argumentos dispersos e não sistematizados, muitas vezes casuísticos.

2.3.2 Favorável, em termos: aceita (excepcionalmente) o uso do argumento econômico, desde que somente a favor do contribuinte

Existem juristas que apenas consideram constitucional a modulação de efeitos (fundada ou não em argumentos econômicos) que beneficie o contribuinte, como parte hipossuficiente da relação jurídico-tributária e como único destinatário das garantias contra o Estado. Por todos, cite-se Ávila. Conquanto a tese seja tentadora, não se sustenta juridicamente, e ostenta visão demasiadamente maniqueísta e um tanto superada das relações Estado-cidadão, Administração-administrado, Fisco-contribuintes.

Em relação aos distintos tipos de Estado moderno com a *sociedade civil*, há várias conformações. Inicialmente, o Estado Liberal superou a relação poder absoluto – súdito pela noção de Administração-administrado. Em seguida, o Estado Social paternalista inaugurou a relação Estado-cliente, que retirou, a um só tempo, de um lado, a responsabilidade da sociedade civil pela melhoria das condições de vida e, de outro, a autonomia e a efetiva participação dessa sociedade no rumo do

País, nas decisões políticas e jurídicas importantes e na sua própria capacidade de autodeterminação. Por fim, o Estado Democrático de Direito possui uma relação mais próxima com a sociedade civil, na qual esta é coautora e corresponsável na determinação do curso daquele.

Em vistas da participação dos indivíduos, os requisitos de legitimação da atuação estatal são marcantes, diante do “realce à participação democrática dos cidadãos nos processos decisórios do Estado, já não mais conformados aos direitos políticos e individuais de formação liberal, mas marcadamente ligados ao amplo acesso à informação, à relevância das contribuições da sociedade para a determinação das decisões fundamentais” (ACUNHA, 2012). Audiências públicas em julgamentos importantes, institutos de ampliação democrática como o *amicus curiae*, iniciativa popular de leis, orçamento participativo e muitas outras medidas ampliam e conferem legitimidade aos atos decisórios do Estado. Os princípios constitucionais se irradiam por todo o ordenamento, sem vistas às partes afetadas. Tal concepção estreita não sobrevive em um momento atual em que tanto se fala em na participação e na responsabilidade da sociedade em gerir seu destino, em que se fala no reconhecimento de normas jurídicas não estatais, na aplicação horizontal de direitos fundamentais e no próprio redimensionamento da Governança (a substituir e expandir o termo Governo), e reconceitualização do Estado em um contexto de Globalização.

Por consubstanciarem corolário do próprio Estado de Direito, a previsibilidade do Direito e a estabilidade das relações jurídicas devem ser asseguradas tanto ao contribuinte quanto ao Estado, pois elas são direito fundamental dos contribuintes e também premissa para o funcionamento do Estado. Daí é que tais garantias podem ser usadas a favor do Estado em determinado caso concreto, não se prestam, pois, a defender uma parte *a priori*, mas sim a Ordem Jurídica como um todo. A preservação das situações já consolidadas no passado e as anteriores aos marcos temporais definidos pela Corte Constitucional não privilegiam e não estão a serviço de uma das partes processuais. Tal preservação visa ao próprio ordenamento jurídico e ao Estado de Direito e pode beneficiar uma ou outra parte, contribuinte ou Fisco, em cada caso concreto, devendo ser obedecida por todos os Poderes e pela sociedade.

2.3.3 Aceita (excepcionalmente) o uso do argumento econômico, em favor do contribuinte ou da Fazenda Nacional, como fundamento dependente de outros jurídico-constitucionais

Entende-se pela possibilidade de uso do argumento econômico, em favor do contribuinte ou da Fazenda Nacional, como fundamento dependente de outros jurídico-constitucionais. Esse é o posicionamento aqui adotado. A subordinação de quaisquer argumentos oriundos de outros sistemas ao filtro do sistema jurídico e à tradução e ao enquadramento nos códigos dele evita o deterioramento dos direitos cuja proteção cabe ao Judiciário. Furta-se a qualquer confusão com o Positivismo Jurídico. Por subordinação a argumentos jurídicos, entenda-se o alinhamento à principiologia do Neoconstitucionalismo e ao reforço do princípio democrático. Dito em outras palavras, não se busca nenhuma defesa à pureza da argumentação jurídica, e sim o estudo das condicionantes das relações entre sistemas sociais. Como exemplo de julgado, transcreve-se o excerto a seguir. Nele, merece elogios a observação de que duas normas constitucionais devem ser consideradas, no mínimo: a que motivou a declaração, por exemplo, da inconstitucionalidade da lei e a que pode ser gravemente atingida caso os efeitos dessa declaração sejam retroativos. Apenas a utilização do *critério da ponderação* como método de decisão não merece os mesmos elogios:

[...] fica evidente que a norma contida no art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – revestem-se de base constitucional. [...] o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um *quorum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados. Terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), em virtude do confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente

sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade. No presente caso, o Tribunal tem a oportunidade de aplicar o art. 27 da Lei nº 9.868/99 em sua versão mais ampla. A declaração de inconstitucionalidade e, portanto, da nulidade da lei definidora de critérios para o rateio dos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal constitui mais um entre os casos em que as consequências da decisão tomada pela Corte podem gerar um verdadeiro caos jurídico. Assim, julgo procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade [...], para, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012. (BRASIL, 2010).

2.3.4 Aceita o uso do argumento econômico em favor do contribuinte, assim como o da Fazenda Nacional (excepcionalmente), como fundamento independente

Por fim, registre-se o entendimento mais permissivo quanto à modulação de efeitos. O número dos estudiosos pátrios que debruçaram sobre o assunto ainda é de pequena monta, e nem sempre é possível extrair claramente o posicionamento inequívoco de cada doutrinador. Dentre os que indicam aceitar a fundamentação independente do argumento econômico, inclusive em favor do Fisco, está Fischer (2004). A jurisprudência, muitas vezes, embora sem expressar explicitamente, também alberga argumentos fundados apenas no perigo de *grande prejuízo aos cofres públicos* como fundamento único para limitar efeitos de decisões. E essa limitação de efeitos equivale, no período considerado, a negar o direito por motivos alheios à Constituição (BRASIL, 1988). Como dito, Fischer aceita o uso do argumento econômico como fundamento isolado para a modulação, desde que mediante situações drásticas, como medida excepcional, provada a irreversibilidade dos prejuízos. O autor reconhece possível o ativismo judicial, assumindo que pode haver uma certa *carga legislativa* na decisão de inconstitucionalidade:

[...] Verifica-se, por isto, uma estreita ligação desse tema com o problema da legitimação da jurisdição constitucional, no que concerne especificamente os próprios limites da atuação desta, porque, dependendo de como os efeitos forem estipulados, haverá uma maior ou menor carga legislativa na decisão de inconstitucionalidade.

No âmbito do direito tributário, esta ligação torna-se ainda mais estreita. É que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma criadora ou majorante de um tributo pode provocar sérios transtornos para a saúde

financeira do poder público. Poder-se-ia, neste sentido, falar na reserva do possível – um conceito com elevado grau de discricionariedade – como um limite intransponível aos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade. Daí, segundo alguns, a necessidade de restringi-los, para que não se vá em busca de uma saída teórica qualquer para decretar a constitucionalidade da norma.

Esta questão, porém, há de ser tomada a sério pelo Judiciário. Primeiro, porque o discurso da Reserva do Possível não pode ser considerado, arbitrariamente, para fim de anulação de um direito fundamental (e a não restituição de um tributo importa, indiscutivelmente, na ofensa ao direito de propriedade). Ademais, mesmo que isto possa ser admitido, não é suficiente que o poder público alegue que a devolução do tributo ocasionará prejuízos irreparáveis para as finanças públicas. É necessário que esta situação seja de tal forma extremada, que outra alternativa não haja senão a restrição mesmo dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Portanto, há de se provar com dados fáticos inquestionáveis a irreversibilidade dos prejuízos que possam advir de uma total devolução das quantias pagas a título de tributo inconstitucional. Todo este cuidado é requerido, afinal, para que, de exceção, a modulação não se torne regra. (2004, p. 318).

Passa-se a outro exemplo. Em certo julgado (BRASIL, 2006), o Ministro Joaquim Barbosa deixou entrever que, se o argumento financeiro for detalhado e preciso, poderia convencê-lo como fundamento único para a modulação. Na opinião dele, em matéria tributária, não basta ao sujeito ativo apontar a destinação de índole pública do produto arrecadado para justificar na modulação temporal de efeitos na declaração de inconstitucionalidade, há que se apontar algo mais. Para ele, é um truísmo afirmar que os valores arrecadados com a tributação se destinam ao emprego em finalidades públicas e, assim, a aplicação de efeitos prospectivos à declaração incidental de inconstitucionalidade demanda um grau ainda mais elevado de parcimônia, sob o risco de se inviabilizar qualquer pedido de restituição de indébito tributário. Daí, vai além em seu raciocínio e, ao tentar explicitar quais argumentos seriam esses, menciona aspectos de detalhamento sobre os efeitos econômicos. Lembrou que a Segunda Turma, no julgamento do RE 364.304-AgR (BRASIL, 2006) *ponderou não haver indicação objetiva de repercussão financeira eventualmente sofrida pela municipalidade* Observe-se que o elemento faltante, na opinião do Ministro, não se traduz em argumento jurídico adicional ou afronta a princípio constitucional protegido. Foi a especificação do gravame financeiro que o Município poderia sofrer. Tem razão Ávila quando afirma:

É a Constituição quem fixa os tópicos para a discussão. Assim, todos os possíveis elementos de valoração devem ser examinados pelo prisma da Constituição, a fim de que todo fundamento invocado na decisão possa encontrar respaldo em uma norma constitucional. Essa é uma particularidade, em relação ao art. 27, que não pode passar despercebida, sob pena de ruptura com o postulado da Supremacia e com todo o sistema constitucional. Isso limita, ao menos qualitativamente, o leque de argumentos de que se podem lançar mão. Ficam excluídos do processo decisório quaisquer interesses estatais ou individuais não prestigiados pela Constituição, e assume primazia tudo aquilo que, segundo o texto constitucional, seja fundamental. (2009, p. 86-87).

Argumentos econômicos não devem ser automaticamente enquadrados na categoria de *proteção à segurança jurídica*, até porque serviriam a ambas as partes processuais. Em adendo, Velano afirma que devem ser evitadas fundamentações rasas que se contentam em afirmar “(não) vislumbro ofensa à ‘segurança jurídica’ ou ao ‘interesse social’”.

[...] Mesmo naqueles votos que sustentam a necessidade de norma constitucional embasar a utilização dessa técnica, há invocação das consequências econômicas da decisão, como se estes argumentos fossem extraídos da Constituição. Assim, fica evidente a correlação feita pela jurisprudência entre consequências financeiras da decisão e danos à segurança jurídica ou ao interesse público. [...]

A principal contribuição desta pesquisa é, justamente, demonstrar que tais fundamentos não são compatíveis com a Constituição, pois ela não autoriza que a decisão judicial analise seus efeitos práticos e financeiros em detrimento dos direitos e garantias individuais dos contribuintes.

[...] De fato, o art. 27 da Lei 9.868/99 só pode ser aplicado em conjunto com uma norma constitucional, pois a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade consolida situações jurídicas inconstitucionais, o que só pode ser permitido pelo ordenamento jurídico se outra norma constitucional for contrariada pela retroatividade dos efeitos da decisão. Não se pode olvidar que o princípio da nulidade da lei inconstitucional é norma de hierarquia constitucional e, por isso, só pode ser excepcionada por outra norma de mesma magnitude. (2011, p. 162-163).

Velano frisa que:

[...] o importante é que, através dessa metodologia, as decisões judiciais serão fundamentadas na Constituição de forma que razões políticas,

econômicas e administrativas não encaminhem autonomamente uma decisão. Não se quer divulgar a ideia de que uma metodologia de concretização da Constituição pode eliminar qualquer contaminação da decisão judicial relativa a conteúdos não estritamente jurídicos. Porém, o espaço reservado a essas considerações será limitado e direcionado pela norma constitucional. O caráter vinculante, obrigatório, do direito constitucional, a racionalidade e a objetividade do Estado de Direito não autorizam que elementos de política constitucional assumam o papel de normas jurídicas. Desta forma, o art. 27 da Lei 9.868/99 pode ser de grande valia ao ordenamento jurídico, principalmente ao direito tributário, para otimizar a eficácia do texto constitucional. Mas, é inconstitucional sua aplicação de modo a destituir a normatividade da Constituição Federal. (2011, p. 168).

Dá-se na identificação dos argumentos válidos a contribuição da *Autopoiesis*, pois a Teoria de Luhmann:

[...] deriva o Estado de Direito [...] da possibilidade de fechamento do sistema na forma autopoietica com que, a partir de si mesmo, o Direito gera o Direito. O juiz, como operador centrado no sistema, não lida – nem poderia fazê-lo – diretamente com os interesses econômicos, nem tampouco se volta prevalentemente para o futuro. O legislador, ao contrário, situado na periferia do sistema, colhe informações econômicas e políticas amplas, ouve legitimamente os representantes dos interesses em jogo, sopesa-os e decide, utilizando-se do aparato dogmático disponível, conceitos, institutos e categorias jurídicas, nos quais traduz aqueles interesses. E, embora limitado pela Constituição, pelos costumes, pela moral vigente e pelas circunstâncias político-sociais do presente, em grande parte reflexo do passado, o legislador volta-se para o futuro, para o qual predetermina o lícito/ilícito dos comportamentos.

[...] Premido pela independência e pela impermeabilização de seus julgados às heterodeterminações econômicas e políticas do ambiente externo, o juiz garante a isonomia, a isenção e a justeza das decisões, exatamente por meio do fechamento operacional do sistema jurídico. E disso depende o Estado de Direito. Por isso, Niklas Luhmann rejeita firmemente o consequencialismo. (VELANO, 2011).

Outro autor, Fábio Martins de Andrade, adere a esse posicionamento e completa:

Se não quisermos quebrar a operacionalidade independente do sistema em relação ao seu ambiente, heterodeterminações não devem ser implementadas ao argumento da orientação para o futuro ou para o *output* do sistema. Mas razões técnicas também assistem o filósofo em suas

conclusões. Uma orientação do sistema jurídico, segundo as consequências econômicas ou sociais, traz em si uma ilusão, falsa ilusão de fazer justiça. A ilusão somente é possível, em primeiro lugar, pela desinformação voluntária o involuntária, das demais consequências em linha reta ou colateral. Em segundo lugar, supõe uma outra série infinita de possibilidades, abertas à escolha do operador do Direito, sobre a teoria econômica ou sociológica a adotar, pois nenhuma unanimidade existe nem nas Ciências explicativas, nem tampouco nas Ciências do espírito [se é que existe diferença entre elas – acrescenta-se], que possa assegurar a certeza dos efeitos a serem desencadeados. (2011, p. 16).

Conclui o autor com a função da Dogmática em relação à formação da jurisprudência, explicando que, quando Niklas Luhmann diz que o juiz se orienta pelo *input* do sistema, atribui às fontes primárias do Direito um papel relevante na criação das expectativas normativas de comportamento e nas soluções de conflito. A primeira função da Dogmática reside no controle da consistência das decisões judiciais; a segunda, na organização e na delimitação da liberdade de decisão; e a terceira se dá “por meio das relações lógicas e conceituações abstratas que a Dogmática extrai da casuística, permitindo formar expectativas normativas e, com isso, projetar as decisões isoladas para o futuro” (ANDRADE, 2011, p. 16-20).

Discorda-se somente no ponto em que o julgamento não deve considerar o futuro nem se voltar unicamente a ele, mas há que considerar o que prevê como melhor futuro, dado que a premissa é constitucionalmente correta. Se o ponto de partida for correto, e ainda houver, depois de adotada essa premissa, duas soluções corretas, pode-se então escolher a de melhor consequência. O que se quer evitar é a opção perigosa de que as consequências justifiquem sozinhas quaisquer escolhas.

3 Conclusão

Diante das ideias discutidas ao longo deste artigo, verificou-se que a Teoria da *Autopoiesis* e a dos sistemas sociais de Niklas Luhmann contribuíram para fixar balizas à utilização de argumentos econômicos como fundamento de decisões judiciais. Especificamente, tratou-se das decisões judiciais de modulação temporal de efeitos proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade de legislação tributária. Nesse ínterim, concluiu-se pela ilegitimidade da utilização estanque desses argumentos como justificativa válida para manter a vigência de norma jurídica tributária ainda que temporariamente, ou seja, desde a data de sua edição até a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo. Do contrário,

há o risco de ocorrência de *Alopoiesis* do sistema jurídico, segundo a Teoria do mesmo autor. Por fim, essa conclusão possui cunho principiológico e independe de a restrição de efeitos ser benéfica ao contribuinte ou ao Erário. As conclusões do artigo são distribuídas mais detalhadamente nos tópicos seguintes.

1. A modulação tem aplicação excepcional, e não pode ser aplicada autonomamente. Deve haver, no mínimo, duas normas: a que foi atacada pela lei inconstitucional e outra, cuja existência recomenda a não retroação dessa mesma declaração de constitucionalidade. Obviamente, qualquer menção vazia aos requisitos, numa justificação meramente formal e lacônica, não satisfaz a necessária fundamentação das decisões judiciais.

2. A aplicação de efeitos prospectivos deve obedecer, não exaustivamente, aos requisitos de excepcional interesse público e segurança jurídica, e nenhum desses pode ser identificado automaticamente com um argumento financeiro. O exame desses requisitos sob o método da ponderação de interesses apresenta graves inconsistências.

3. O argumento econômico pode ser legitimamente utilizado, mas não da forma tal qual o STF o faz, mas sim desde que seja reforço de um argumento jurídico de *status* constitucional e a ele esteja subordinado. Além disso, apenas os valores econômicos trazidos como norte pela Constituição Federal poderiam ser observados por uma decisão judicial a fim de que seja mantida a autorreferibilidade da fundamentação jurídico-constitucional. O uso atual do argumento econômico é desvirtuamento jurídico, representando, assim, caso de Alopoiese do Direito e invasão dele pelo pragmatismo.

4. A fim de garantir a comunicação criativa do sistema jurídico com o sistema econômico, sem contudo autorizar a invasão deste último, é necessário assegurar a existência da Autopoiese e da respectiva fundamentação autorreferencial do Direito.

4 Referências

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **A Administração Pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito**. Curso de especialização em Direito Público. UnB. 2012.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: *Quartier Latin*, 2011. 494 p.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do

Advogado Editora, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp70.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. 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**. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 26 set. 2016.

_____. Lei nº 9.868, de 10 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. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 276**, Primeira Seção. Data do julgamento: 12 nov. 2008b, Diário de Justiça 2 jun. 2003, p. 365. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq_edicao=1785&seq_materia=14096>. Acesso em: 29 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar inominada – **AC 189 MC-QQ**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Diário de Justiça, de 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=410>>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade – **ADI 875; ADI 1.987; ADI 2.727**, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 24 fev. 2010, Plenário, DJE de 30-4-2010). Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087164/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-875-df>>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento – **AI 666.455**, Relator: Ministro Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgamento em 20 jun. 2007b, DJ de 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=INAPLICABILIDADE+DA+DECIS%C3%83O+DA+ADC+N.+4>>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Legislação anotada**. Leis infraconstitucionais. Versão integral. 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em:

23 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 353.657**, Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Data de julgamento: 25 jun. 2007a, DJe-041 Divulg 6 mar. 2008 Public 7 mar. 2008 Ement Vol-02310-03 PP-00502 RTJ Vol-00205-02 PP-00807. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3ARE+353.657>>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 377.457**, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17 set. 2008a, Repercussão Geral – Mérito DJe-241 divulgado em 18 dez. 2008, publicado em 19 dez. 2008 Ement Vol-02346-08 PP-01774. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3ARE+377.457>>. Acesso em: 28 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial – RE 477.710** AgR-ED, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18 dez. 2006, DJ 23 fev. 2007 PP-00039 Ement Vol-02265-04 PP-00786. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/88571247/djsp-judicial-1a-instancia-capital-25-03-2015-pg-492>>. Acesso em: 28 set. 2016.

FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no Direito Tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 398 p.

GOMES, Rafael Benevides Barbosa; CARMO, Valter Moura do. **Política e auto-referencialidade no Supremo Tribunal Federal**: os casos da fidelidade partidária (ADI 3999 e 4086) e da ficha suja (ADPF 144). Pensar: Fortaleza, v. 15, nº 1, jan./jun. 2010, p. 227-257.

VELANO, Emília Maria. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei tributária**. Curitiba: Juruá, 2011, 184 p.