

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIA CONSTITUCIONAL

GISELA MARIA BESTER

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

MENELICK DE CARVALHO NETTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Gisela Maria Bester, Marcus Firmino Santiago, Menelick de Carvalho Netto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-202-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho Teoria Constitucional congregou, no dia 8 de julho de 2016, na sala AT04 da Faculdade de Direito da UnB, a apresentação dos treze trabalhos nele aprovados, bem como debates subsequentes entre os e as presentes.

Os artigos apresentados e ora publicados contemplam diferentes e relevantes aspectos da teoria constitucional contemporânea. A mutação constitucional é o marco teórico de três estudos, que abordam temas como a tensão entre as mudanças interpretativas e o fortalecimento normativo constitucional; a releitura das regras sobre imunidade parlamentar feita pelo Supremo Tribunal Federal; e novamente uma análise de precedente desta Corte, na celeuma referente ao princípio da presunção de inocência e à correlata garantia constitucional do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Reflexões sobre o poder constituinte fornecem as bases para, em um momento, discutir os limites ao poder de reforma e a necessidade de equilíbrio entre reforma e conservação do texto constitucional; e, em outro, contemplar as teorias de John Rawls e de Jürgen Habermas e suas contribuições na busca pela formação de uma base consensual capaz de legitimar o constructo constitucional.

A jurisdição constitucional e o papel do Poder Judiciário são abordados sob três aspectos: uma crítica, à luz da teoria luhmaniana, à prática do STF acerca da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade; uma análise do ativismo judicial e do desequilíbrio presente nas relações institucionais; e uma defesa do sistema de controle difuso de constitucionalidade diante da especial abertura participativa que este proporciona.

Questões referentes ao modelo constitucional brasileiro são contempladas em três outros artigos: a história constitucional é revisitada, em um resgate do processo constituinte brasileiro de 1987/88, na busca dos fundamentos acerca do sistema de veto presidencial; os limites e as condições para exercício da liberdade de iniciativa previstos na Constituição Federal de 1988 são estudados à luz dos preceitos do neoconstitucionalismo; e as relações federativas restam discutidas a partir de uma perspectiva realista, em busca dos elementos e agentes reais que contribuem para o acontecer - ou a frustração - do modelo constitucional.

A realidade latino-americana não fica de fora, sendo lembrada e discutida em texto que aborda a ainda recente Constituição boliviana e a experiência do seu previsto tribunal indígena, em busca de uma melhor compreensão acerca desta instituição e de sua possível influência no sistema brasileiro.

A correlação entre Estado e crise é também abordada em um dos artigos apresentados.

Nos debates, em perspectiva crítica ao "status quo" reinante no atual cenário jurídico-político-institucional brasileiro, fez-se, em sintonia das diversas manifestações, uma reafirmação da defesa da força normativa da Constituição de 1988, em toda a sua riqueza de conteúdos que não podem ser flexibilizados, ignorados ou ultrapassados, nem mesmo pelo STF, em prejuízo do sistema de direitos e garantias instituído pelo constituinte originário.

Brasília, DF, 10 de julho de 2016.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto - PPGD UnB

Profa. Dra. Gisela Maria Bester - PPGD UNOESC

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal / PPGD Instituto Brasiliense de Direito Público

**EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE:
CRÍTICA SEGUNDO A AUTONOMIA DO DIREITO DE LUHMANN.**

**TEMPORAL EFFECTS OF JUDICIAL REVIEW DECISIONS: CRITIC
ACCORDINGLY LUHMANN'S LAWS AUTONOMY.**

Sergio Bocayuva Tavares De Oliveira Dias

Resumo

A modulação de efeitos no controle de constitucionalidade tem sido utilizada com frequência pelo STF. Este texto faz a abordagem de dois julgamentos em que foi deferida a modulação, relacionando-os com os conceitos da teoria dos sistemas de Luhmann, de modo a provocar a reflexão sobre a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99 e a tendência que as decisões apresentam quanto à aproximação do ingresso de razões do entorno do direito na definição da extensão temporal da inconstitucionalidade, desdobrando-se na ampliação das possibilidades de decisão, enfraquecendo a autonomia do sistema jurídico, resultados que se distanciam das linhas conceituais luhmanianas.

Palavras-chave: Supremo tribunal federal, Modulação de efeitos, Autonomia do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian Supreme Court quite often alters the substantive and temporal scopes of judicial review decisions (effects modulation decisions). This paper performs an analysis of two decisions altered by the Court through the lens of Luhmann's systems theory, in order to reflect on art. 27 of Law nº 9.868/99 proper reading and effects modulation decisions trend to rest on grounds unrelated to the main constitutional issue. This broadens the decision possibilities and undermines the legal system autonomy, but departs from luhmannian doctrines.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian supreme court, Effects modulation decisions, Laws autonomy

1. Introdução.

Este trabalho objetiva ilustrar que o STF tem conferido aplicação dilatada ao art. 27 da Lei 9.868/99 sob a justificativa de prestigiar a uniformização de tratamento dado a relações jurídicas individuais e a otimização do controle de constitucionalidade, considerando, por exemplo, a quantidade de casos concretos resolvidos diretamente em único julgamento e as consequências supostamente prejudiciais que a decisão poderia acarretar, acaso empregada a usual eficácia retroativa na pronúncia de inconstitucionalidade. Para elucidar e contextualizar esse cenário, serão utilizados dois julgamentos em que a modulação de efeitos foi utilizada.

As decisões tomadas sob tais perspectivas serão colocadas em contraste com a concepção de autonomia do direito construída pela teoria dos sistemas de Luhmann, marco teórico deste breve estudo. Em linhas gerais, tenta-se elucidar que a fundamentação da modulação de efeitos tende a buscar elementos externos ao sistema jurídico, o que aconteceria, por exemplo, quando a eficácia prospectiva da inconstitucionalidade é empregada com fins de assegurar arrecadação de tributo indevido ou isentar o Estado do dever de indenizar. Veja-se, pois, que alguns conceitos e observações da teoria dos sistemas serão aqui utilizados para analisar a forma de decidir a inconstitucionalidade quanto à sua eficácia temporal, razão pela qual não se aprofundará na imensa teoria de luhmanniana, limitando-se a abordar aquilo que diretamente interessa para a presente proposta.

Em seguida, pretende-se elucidar de que modo o art. 27 da Lei da Lei 9.868/99 se relacionaria com os conceitos cunhados por Luhmann, como o acoplamento estrutural, entre o sistema jurídico e razões provenientes de seu entorno, como também com a corrupção da autonomia do direito, nos casos em que a modulação está a serviço do ingresso de todo tipo de razões do ambiente político e econômico na tomada de decisão, sem que sejam filtrados sob a ótica jurídica, comprometendo, neste último caminho, a função do direito de estabilização das expectativas normativas, que seria tendente a diminuir as possibilidades decisórias.

2. Redução da complexidade e autonomia.

Numa rápida síntese, Luhmann assinala que a teoria dos sistemas é aquela que descreve como se produzem os limites em relação ao entorno¹. A ênfase no limite e na autonomia do direito como sistema social é central para a teoria do referido autor, contexto em que se faz pertinente a relação entre complexidade e seleção como forma de construção da unidade e operacionalidade de cada sistema social.

¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2ª ed. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 68.

De fato, o ambiente da sociedade é dotado de grandes possibilidades quantitativas, ou um maior número de alternativas “do que as que são suscetíveis de ser realizadas”². Não é viável que um sistema incorpore todo esse quantitativo para seu interior, pois assim seria prejudicada sua distinção com o entorno (os demais sistemas), bem como a formulação de critérios próprios para a respectiva operação interna (como é o caso da decisão judicial). Por essa razão, é necessária redução de complexidade, mediante processos de seleções que atribuam qualidade específica às relações que se apresentam possíveis dentro de cada sistema, seleção esta que implicará, de outro lado, na exclusão daquilo que não é eleito para receber qualidades inerentes à caracterização do respectivo sistema. O sistema surge, portanto, como “instrumento de substituição da quantidade pela qualidade”, tornando possível diminuir todas as variáveis que se apresentam no ambiente³.

Assim, por exemplo, a comparação que Campilongo faz entre as amplas possibilidades presentes no âmbito da produção legislativa, aberto ao debate próprio do conflito político, em contraponto à decisão judicial, produzida “num contexto de complexidade e contingência já reduzidos pelo processo de positivação do direito”. Prosseguindo o cotejo dos sistemas político e jurídico, o autor enfatiza que no âmbito do primeiro são reconhecidas como legítimas as relações mais aproximadas do público – onde se inserem os movimentos sociais, a opinião pública e até mesmo lobbies de setores diretamente interessados na elaboração das leis – enquanto que semelhante proximidade no âmbito jurídico, mais precisamente, em processos judiciais, revela-se ilegal ou, no mínimo, questionável, considerando-se a isenção e imparcialidade exigida dos juízes⁴.

Veja-se aí que a construção da diferença entre sistema e ambiente não parte de um pressuposto de que as duas categorias devam ser consideradas apartadas. Pelo contrário, a diferenciação é a confirmação de que existe a dualidade sistema e ambiente. Sendo assim, um é condição para a formação do outro, decorrendo daí a advertência de que não se fala em “direito e sociedade”, mas sim de um “direito da sociedade”, expressão que insere o sistema no respectivo ambiente⁵.

Por intermédio de operações “que apenas surgem no sistema”, sem necessário contato ou correspondência com o meio, sua unidade em relação ao ambiente é formatada

² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 15-16.

³ GONÇALVES, Guilherme Leite, FILHO, Orlando Villas Boas. **Teoria dos Sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50-51.

⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p.103-105.

⁵ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 69.

mediante “encerramento operativo”, noção que “traz como consequência que o sistema dependa de sua própria organização” e critérios para estabelecer suas estruturas particulares e respectivos veículos de modificações e funcionamento⁶. Surge daí a importante concepção de autonomia, significando “que somente a partir da operação do sistema é possível determinar o que lhe é relevante e, principalmente, o que lhe é indiferente”. Essa autoconstrução do sistema por suas próprias estruturas internas liga-se à noção de autopoiese⁷, viabilizando o fechamento operativo em relação ao seu entorno, conferindo-lhe unidade que alcança a já aludida “redução de complexidade”⁸.

No direito, a positividade assume o papel de instrumento desse fechamento operativo em relação ao entorno, conferindo-lhe autonomia. Nas palavras de Marcelo Neves, a positivação do direito “implica o controle do código-diferença ‘lícito/ilícito’ exclusivamente pelo sistema jurídico”, vedando que o ambiente submeta, diretamente, o direito a seus critérios próprios de diferenciação.

A interação entre o direito e os demais sistemas sociais depende, portanto, de processos seletivos próprios do sistema jurídico, obstando-se influência direta de elementos exteriores no campo do direito. Note-se que não se nega a possibilidade de relação entre o sistema jurídico e seu ambiente. Admite-se plenamente tal entrelaçamento, desde que ele se dê conforme os “critérios internos e específicos” do direito, de modo a não comprometer sua autonomia⁹. Assim, os elementos que não passam por essa seleção interna do direito são juridicamente indiferentes, não obstante a importância que possa estar presente no ambiente extrajurídico.

Para melhor ilustrar esta relação, pertinente a comparação que Luhmann faz entre o conhecimento científico e sua incorporação no meio jurídico. Para definir controvérsias sobre equilíbrio ecológico e saúde pública, por exemplo, é certo que o direito dependerá de dados

⁶ GONÇALVES, Guilherme Leite, FILHO, Orlando Villas Boas. **Teoria dos Sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111-113.

⁷ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 120.

⁸ “Se puede hablar de autopoiesis y de clausura operativa, cuando se presupone todo esto, cuando las operaciones se reproducen a sí mismas -y con ello al sistema- y que dejan ver determinadas características. Estas operaciones construyen unidades emergentes, que sólo pueden surgir gracias a la clausura operativa del sistema; como unidades logran su propia reducción de complejidad -tanto en lo que se refiere al entorno del sistema como al sistema mismo. En la facticidad de la realización está ya presupuesto que no todo lo que existe puede ser considerado. En lugar de esa relacionalidad completa entra, en su lugar, una relación selectiva que hace posible el acoplamiento y la reproducción de la red recursiva autopoietica”. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México: Universidad Iberoamericana. 2005, p. 108.

⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 80-85.

acessados por meio de critérios próprios da ciência. Embora seja assim, aspectos importantes no desenvolvimento do conhecimento científico não possuem desdobramentos exatamente iguais para a solução de controvérsias dirimidas com fundamento no direito. Assim, nos casos de insegurança quanto aos resultados de uma investigação empírica, tolerável e até mesmo esperada no plano científico, o direito pode dar tratamento diferenciado¹⁰, valendo-se da incerteza para atribuição de resultados específicos, como é o caso do princípio da precaução no direito ambiental¹¹.

Pode ser traçado um paralelo de tais noções com o exame de um aspecto da intervenção de terceiros no processo civil brasileiro para sugerir um caso de resposta do sistema jurídico às provocações de seu entorno, conferindo-se uma visão mais prática de como os conceitos da teoria dos sistemas permeiam fenômenos do direito.

O Código de Processo Civil, desde sua redação original (1973), prevê a possibilidade de que um terceiro ingresse em processo na condição de assistente, condicionando à demonstração de interesse jurídico na definição do litígio¹². Ao demandar presença de interesse jurídico para a admissão da assistência, a norma processual restringe inúmeras possibilidades de interesses de outra natureza autorizar participação de terceiros em processos judiciais. Veda, por exemplo, que razões morais ou econômicas habilitem a inclusão de possíveis partícipes. Assim, em demanda movida por A em desfavor de B, para a cobrança de crédito que pode levar B a bancarrota ou para a rescisão de contrato que inviabilizará suas atividades empresariais, os credores, acionistas ou empregados de B não podem atuar no litígio na condição de assistente, sob o fundamento de que poderiam ser beneficiados por sentença de improcedência, apta a manter as garantias de pagamento, no caso dos credores, valores das ações, para os acionistas, ou dos postos de trabalho, quanto aos empregados.

Embora plausíveis sob o ponto de vista econômico (cujas possibilidades de desdobramentos são muito mais amplas), sob a perspectiva do código ter/não ter, o interesse desses terceiros aqui citados não habilitam a intervenção na modalidade de assistência, considerando não se tratar de interesse jurídico, isto é, não há relação jurídica do pretense assistente diretamente influenciada pela decisão a ser proferida no processo no qual busca intervir. Veja-se aí como esse singelo exemplo elucida de que modo o sistema jurídico diminui as inúmeras variações de seu entorno, segundo seus próprios critérios, para definir

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 142.

¹¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 84.

¹² Assim dispõe o art. 50 do Código: “Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la”. Não é oportuno minudenciar o instituto da assistência. O objetivo é tão somente relacionar como alterações da legislação processual buscaram atender a reclames do ambiente em que o direito se desenvolve.

quem pode participar do processo, afinal, se, sob a perspectiva econômica, uma infinidade de possibilidades poderia surgir para interessados dizer algo em processos judiciais, juridicamente, a admissibilidade é significativamente restringida.

Esse cenário, portanto, não habilitaria o ingresso de entes públicos em processos quando apresentarem apenas interesses econômicos, virtualmente afetados pela decisão judicial. O acionista, acima mencionado, pode ser a União, nos casos em que sociedade de economia mista litiga discutindo cláusulas de concessão de exploração de serviços ou bens públicos. Inúmeras possibilidades poderiam se apresentar, perante as quais a legislação processual fecharia as portas do acesso de entes da Administração pública a litígios travados entre particulares.

Para contornar tal fechamento do sistema jurídico e habilitar que razões econômicas sustentadas pela Administração possam justificar intervenção, a legislação processual foi alterada para abranger expressamente que razões de natureza econômica bastem para autorizar ingresso de pessoas jurídicas de direito público em causas travadas entre particulares, porém, não na condição de assistente ou parte, categorizando uma posição processual específica. O sistema jurídico, sensível aos reclames do ambiente, à importância de conferir direito de contraditório diante de interesses políticos e econômicos de titularidade do Estado (em última análise, passível de coincidir com o interesse público), estrutura-se para atender às necessidades do entorno consideradas relevantes, criando nova forma de intervenção de terceiros¹³.

Tais ilustrações servem também para confirmar a observação de “que estruturas e acontecimentos do meio ambiente não sejam automaticamente válidas no sistema, mas sim que só possam ser reconhecidas após filtragem de informações” estabelecidas internamente¹⁴. É claro que a situação aqui abordada simplifica a forma de relacionar o sistema com o ambiente, inclusive porque há alteração legislativa neste caso da intervenção no processo civil.

Essa breve exposição de como se daria uma situação de relação entre o sistema e o entorno auxilia na introdução da noção de acoplamento estrutural, o processo de seleção que

¹³ A Lei 9.469/1997, resultante de conversão de Medida Provisória, estabeleceu em seu artigo 5º: “A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 54.

viabiliza abertura cognitiva do sistema. Já foi realçado que a autonomia do sistema jurídico não importa completa indiferença diante do ambiente, mas sim em seu fechamento. O que se revela contrário à noção de autonomia é a sobreposição de critérios de um sistema sobre aqueles que regem outro, fazendo com que percam o sentido de sua diferenciação.

Assim, para continuar com a situação mais simples já abordada, o juiz que admite a intervenção de particular como assistente, sob o fundamento de que ele teria muito a perder em seus negócios, em razão de litígio travado entre terceiros, reconhecendo direito ao contraditório por interesse econômico, submete, com tal decisão, o direito processual ao código de sistema externo.

Afinada com a autonomia, no entanto, é a possibilidade de interação que o próprio sistema concede ao seu entorno para admitir que irritações exteriores sejam incorporadas pelo direito nos termos de seus processos específicos de seleção¹⁵. Assim é a relação que Luhmann estabelece entre o direito e a economia por intermédio dos institutos jurídicos do contrato e da propriedade, aptos a regular de que forma a distribuição de bens (preocupação da economia) é realizada em conformidade com o direito, habilitando, pois, que as manifestações de riqueza sejam mantidas ou repelidas em bases juridicamente consistentes, o que não importará, de seu turno, a submissão do direito à economia, isto é, disponibilização do direito como objeto passível de aquisição, como bem ou serviço, ou maleável de acordo com pressões advindas de necessidades de oferta e procura¹⁶. Em tal sentido, por exemplo, continua vedada a disposição onerosa do próprio corpo, por mais miserável que seja o pretense vendedor ou justificada a alienação, sob a perspectiva da demanda do mercado.

Uma situação de relação entre direito e economia é desvirtuada se o sistema jurídico se submete, diretamente, a reclames advindos do mercado, situação que rechaça o acoplamento estrutural, representando, ao revés, enfraquecimento da autonomia. É nessa perspectiva que o cenário de afastamento do direito é discutido atualmente quanto à influência da globalização na formação de sistemas próprios de resolução de conflitos, direcionados a atender os reclames específicos do mercado. De fato, em se tratando de regulação pela “lei do

¹⁵ São as palavras de Luhmann: “O Sistema pode reagir a irritações e estímulos (perturbações, na linguagem de Maturana), não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. Ou seja, o sistema reage apenas quando pode processar informação e transformá-la em estrutura. As irritações surgem de uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento) entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto, não existe nenhuma irritação do meio ao sistema. Trata-se sempre de uma construção própria do sistema; é sempre uma autoirritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio)” LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 132.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México. Universidad Iberoamericana. 2005. p. 519-521

mercado”, cambiável segundo as respectivas necessidades, questionável a caracterização do direito, mas sim de uma alternativa que se apresenta, desprovida de controle democrático¹⁷.

Tal estruturação do sistema jurídico torna possível que o direito cumpra sua função de “manter expectativas normativas contrafáticas”¹⁸. A referência do direito às suas próprias operações como forma de se autoproduzir e a manutenção de seu código como único passível de determinar a definição de controvérsias, dentro do respectivo sistema, permite a tomada de decisões consistentes, extraindo influências externas que aumentariam as possibilidades de decisão não selecionadas pelo sistema jurídico¹⁹.

Assim, se o direito estivesse aberto à recepção da crítica social como motivação para decidir causas penais, os clamores por recrudescimento de sanções e antecipações de prisões seriam atendidos, a pretexto de promover a eficiência de combate à impunidade. Não é assim, porém, quando se constata a conclusão pela inconstitucionalidade de previsões legais determinando regime integralmente fechado de cumprimento de pena para crimes hediondos, a despeito de a legislação ter buscado atender a pressões da opinião pública. É dizer, noutras palavras, que o sistema jurídico exerce sobre as influências advindas do entorno a sua leitura, rechaçando as amplas possibilidades que poderiam surgir do ambiente para regular a definição de controvérsias de cunho jurídico.

As possibilidades que se apresentam dentro do direito (complexidade interna) só respondem à exigência de justiça, ou seja, à consistência jurídica na tomada de decisão. Mais precisamente, sobre a consistência da tomada de decisão, Luhmann salienta que esse princípio se assenta no pressuposto de que juízos jurídicos devem ser separados de outras valorações que circundam o meio social, tais como a posição social, conduta moral e respeitabilidade da

¹⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148-151.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**, vol. 1. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983. p. 115.

¹⁹ “En la sociedad moderna incluso cuando se logra en gran medida la imposición de la orientación jurídica en la vida cotidiana, la unidad del sistema se puede alcanzar muy difícilmente a través de una continua expectativa normativa de la expectativa normativa. El sistema de la toma de decisiones no puede convertir la condición de co-expectativa normativa en forma de premisa obligatoria de la decisión. Puede dotar a las personas con derechos y obligaciones individualmente asignados, pero no puede garantizar las co-expectativas de todos los demás (y menos aún la seguridad de las expectativas que se refieren a esas co-expectativas). El sistema de decisión no puede observar esta afirmación mutua en la expectativa normativa (y aquí no se trata de consenso, sino de exigencia), ni puede tratarla como hecho jurídicamente relevante. Este sistema de decisión se comporta con indiferencia frente a la institucionalización de la expectativa normativa: no puede hacer nada jurídicamente. Nadie puede usar la fuerza (o la ausencia de fuerza) de la insistencia para que los otros utilicen o reclamen el argumento de la perseverancia de la expectativa normativa. Los límites del sistema que toma decisiones no dejan pasar estas informaciones: las filtran”. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 205.

pessoa envolvida, por exemplo, na prática de um delito, elementos que só ganhariam alguma relevância na medida em que efetivamente incorporados pelo direito²⁰.

Toda a construção está orientada a viabilizar que o direito detenha consistência nas decisões que são formadas juridicamente, mediante uma “forma de autocontrole”. No ponto a seguir será abordado como a teoria dos sistemas encara o descaminho que conduz o direito à perda desta consistência interna.

3. Corrupção do sistema jurídico.

Este singelo trabalho deteve-se, até agora, à descrição de que forma o sistema do direito se autoproduz para construir sua autonomia operacional e se diferenciar dos demais sistemas sociais. Atualmente, discute-se, sob variadas matrizes teóricas, as formas de interagir entre o direito e possibilidades tradicionalmente associadas ao ambiente extrajurídico, como, por exemplo, a influência da opinião pública na tomada de decisões judiciais. Para ficar só com este exemplo, basta pensar o instituto processual da audiência pública associar-se à tese de que o poder judiciário tem em tal mecanismo caminho para buscar legitimação democrática. Abordagens desse tipo mostram como o direito se modifica recebendo cada vez mais provocações do entorno para o seu interior, aumentando, em contrapartida, as possibilidades que se apresentam, isto é, incrementa a sua complexidade, muito embora a diferenciação funcional tenha por escopo diminuí-la (redução de complexidade), ocasionando um aparente paradoxo.

É nesse contexto que a larga introdução de valores no direito, a partir do advento do Estado Social, traria a indiferença quanto às expectativas sociais e jurídicas, pois o seu alto grau de abstração introduziria nível elevado de contradição e conflitos peculiares do seio extrajurídico no interior do direito, fazendo com que não mais se diferenciem “expectativas jurídicas e outras expectativas sociais”²¹.

Assim, um sistema jurídico, frequentemente exposto a intromissões, opera em estado de corrupção, reconhecendo que “por meio de suas normas não pode resistir a pressão da

²⁰ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 287-289.

²¹ GONÇALVES, Guilherme Leite. **Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade**. Revista Direito e Práxis. Vol. 1, Nº 1, 2010, p. 16-31. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/1135/50509> . Acesso em: 10.06.2014. O autor prossegue esclarecendo que a forma de superar esse dilema deve se dar por meio da interpretação, a qual, na visão de Luhmann, traria operacionalidade aos valores inseridos no direito por meio da redundância, ou seja, “linearidade e coerência entre as decisões judiciais ou, ainda, respeito ao precedente”, de modo a orientar escolhas futuras, as quais, diante de valores não operacionalizados, abririam amplas possibilidades.

política”, buscando manter sua integridade por intermédio de “simulação de legalidade”²². Luhmann associa a corrupção do sistema jurídico às circunstâncias nas quais ocorre a personalização de situações jurídicas²³, sendo esta, de fato, uma das ênfases que Marcelo Neves confere ao exame da situação brasileira, aludindo à alopoise do direito.

O jurista brasileiro realça a corrupção do sistema jurídico no país resultante de “bloqueios generalizados à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político”, prejudicando a relação que deveria ser feita por meio de acoplamentos estruturais entre o direito e seu ambiente, acarretando diluição de sua autonomia mediante a submissão de operações a outros códigos²⁴. De fato, a legalidade, a interpretação do direito e também a produção legislativa brasileira dão sinais de que sua função de “generalização igualitária de conteúdos é deturpada no processo de concretização”, bastando, para confirmar tal constatação, examinar o tratamento legislativo diferenciado conferido a circunstâncias dotadas de mesma gravidade sob o ponto de vista do direito penal. A propósito, atente-se para duas previsões legais pré-constitucionais que, até o momento, jamais foram pronunciadas como não recepcionadas pela Constituição de 1988 pelas Cortes do país. Refiro-me ao art. 295, VII, do Código de Processo Penal²⁵, ao garantir prisão especial àqueles portadores de diploma de nível superior (as indagações também poderiam ser extensíveis aos demais incisos do mesmo artigo), e ao art. 302 do Código Penal²⁶, prevendo pena insignificante ao delito de falsidade ideológica praticada por médico. Tais dispositivos consagram a “sobreinclusão” jurídica de alguns, considerando que, no campo penal, para um círculo reduzidíssimo de pessoas, o direito não uniformiza o tratamento dispensado, deixando evidente a divisão que faz entre o cidadão brasileiro analfabeto e pobre, que certamente não tem acesso à formação universitária, sujeito, pois, à generalização do direito penal – prisão comum e pena mínima de reclusão de um ano, podendo chegar a 3 ou 5, conforme se trate de documento público ou particular – enquanto que para aqueles que possuem mais, o “direito” reconhece a degradação do sistema prisional ordinário, conferindo-lhe local especial para recolhimento, além de

²² LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 137

²³ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 353-355.

²⁴ “A partir da sociedade envolvente, os sistemas jurídico e político são bloqueados generalizadamente na sua autoprodução consistente por injunções heterônomas de outros códigos e critérios sistêmicos, assim como pelos particularismos difusos que persistem na ausência de uma esfera pública pluralista. No interior do Estado, por sua vez, verificam-se intrusões destrutivas do poder na esfera do direito”. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 239-240.

²⁵ Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

²⁶ Art. 302. Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso: Pena - detenção, de um mês a um ano.

prever, para determinada elite profissional, reprimenda penal risível (máxima de um ano de detenção), que muito dificilmente acarretará restrição de liberdade.

Em linhas gerais, portanto, nem é preciso testar com dados empíricos o perfil dos brasileiros que cumprem pena de prisão em condições degradantes, pois o direito pátrio sempre se encarregou de sinalizar que seleciona o tipo de pessoas sujeitas a maiores rigores da justiça criminal, seleção essa em total desconformidade com os preceitos constitucionais da igualdade, contrário à própria função do direito, de generalização de expectativas e redução da complexidade circundante do meio social, neste caso marcada pela influência que setores específicos da sociedade logram fazer prevalecer seus interesses para fins de amenizar a aplicação do direito penal em seu desfavor²⁷.

É certo que essa perspectiva da diferenciação do direito, para atender interesses de sujeitos específicos, não é a única forma de corrupção que pode se apresentar. Já foi sugerido, linhas acima, que muitas variações do entorno são passíveis de submeter questões jurídicas ao seu próprio código. Partindo-se desta noção, nos dois itens seguintes deste trabalho serão colocadas as razões que apontam a presença de imposição de códigos de sistemas externos ao direito quando o Supremo Tribunal Federal pronuncia a inconstitucionalidade de preceitos normativos valendo-se do artigo 27 da Lei 9.868/99²⁸.

A abordagem não pretende fazer apanhado doutrinário acerca da modulação de efeitos da decisão em controle de constitucionalidade, por isso atém-se a identificação das razões que levam à modulação nos exemplos suscitados com o fim de verificar se elas realmente guardam a necessária correlação com a leitura que o direito poderia conferir às motivações de “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” justificadoras da eficácia prospectiva da inconstitucionalidade.

4. Progressão de Regime em crimes hediondos e o receio de pagar indenizações.

²⁷ É realçada a corrupção sistêmica, nesta perspectiva, pela ação que grupos privilegiados logram produzir sobre a reprodução do direito, como parece ser o caso no exemplo aqui colocado em destaque. A parcela da população brasileira “sobreintegrada” tem acesso ao direito, goza de tratamentos diferenciados e não se subordinam a deveres jurídicos, como é o caso evidenciado pela presença de reprimendas suaves para crimes de falsidade, tão só pela profissão exercida, e prisões especiais em razão de formação universitária. Confirma-se, pois, a observação de que “O fetichismo da lei no Brasil é unilateralista, funciona como mecanismo de discriminação social. Dirige-se, normalmente, aos subintegrados. A interpretação legalista é normalmente aplicada àqueles que não se encontram em condições de exercer os seus direitos, mesmo que estes sejam ‘garantidos’ legal e constitucionalmente. Trata-se de falta de acesso ao direito e, por conseguinte, de ‘exclusão’ social”. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 254.

²⁸ O dispositivo tem a seguinte redação: “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”.

No julgamento do HC 82.959²⁹ o STF concluiu ser inconstitucional disposição da Lei 8.072/90 no que diz respeito à vedação de progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade imposta pela prática de crimes hediondos. Esse julgamento representou uma guinada da jurisprudência da Corte, que em várias oportunidades anteriores confirmou a validade do regime integralmente fechado. Segundo a maioria dos ministros, numa versão resumida – compatível com os propósitos aqui perseguidos – a inconstitucionalidade decorreria da circunstância de se inviabilizar a individualização da pena, bem como por não haver, na Constituição, restrição quanto à progressão do regime no tratamento de tais espécies de crime.

A parte que mais interessa para o presente trabalho diz respeito à modulação de efeitos. Quanto a tal aspecto, deixemos de lado as discussões sobre o cabimento de aplicar o art. 27 da Lei 9.868/99 em processos tutelando direitos subjetivos e a amplitude das decisões tomadas em controle incidental de constitucionalidade.

Fazendo longo apanhado da modulação de efeitos, enfatizando também a especial circunstância de que se tratava de superação de jurisprudência antes pacífica sobre a constitucionalidade do regime integralmente fechado, a eficácia prospectiva foi levantada no voto do Ministro Gilmar Mendes, com o que concordou a maioria. A razão principal da modulação assentou-se na circunstância de que, para as penas já cumpridas em sua íntegra no regime mais severo, não faria sentido cogitar algum efeito prático do julgamento, a não ser virtual possibilidade de reparação civil pelo fato de o apenado ter se submetido a condições de prisão posteriormente reconhecidas como inválidas³⁰.

Por tal razão, a eficácia *ex nunc* foi reconhecida, por maioria, para evitar possível indenização cível, como fez o Ministro esclarecer na seguinte passagem: “A constituição cogita de responsabilidade civil do Estado, ou por erro judicial, ou por prisão excessiva, até mesmo. É uma das hipóteses claras de responsabilidade civil do Estado, por conta desse aspecto”.

Foi essa a razão determinante, portanto, que o STF identificou para reconhecer presentes as razões de “segurança jurídica” e “interesse social”. A questão é que o resultado alcançado bloqueou qualquer discussão sobre a possibilidade de caber a indenização prevista

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 82.959, Pleno, Brasília, DF, 23.02.2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 20.06.2014.

³⁰ É o que se retira dos debates, nos quais o Ministro Gilmar Mendes esclarece que a modulação de efeitos se dava pela seguinte razão: “Não posso supor que o Estado vá agora responder pela prisão, se se considera que era constitucional à época”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 82.959, Pleno, Brasília, DF, 23.02.2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 20.06.2014.

no inciso LXXV do artigo 5º da Constituição³¹, embora se tratasse de *habeas corpus* objetivando – como não poderia deixar de ser – reflexos estritamente criminais.

Sem aprofundar nas questões jurídicas que circundam a responsabilidade civil por erro judicial (não é o alvo deste escrito), o ponto a ser realçado é que a razão invocada para modular os efeitos só poderia coincidir com algum princípio juridicamente consistente se o “interesse social” fosse lido conforme alguma norma que estabelecesse cláusula de não indenizar em favor do Estado. Sem embargo das complexas discussões que surgem em torno da responsabilidade civil oriunda de decisão judicial (seria o caso, porque é a decisão do juiz que trata da progressão e regime de cumprimento), fato é que o STF não se pronunciou sobre o mérito de virtual pedido de indenização (que nem sequer era objeto do julgamento), modulando os efeitos da decisão para obstar, desde logo, que o tema pudesse surgir.

Seria algo como uma rejeição inicial e abstrata de possível futura demanda cível, ao decidir *habeas corpus*. Além disso, deixa entrever que seria admissível falar em princípio de segurança jurídica (direito fundamental) em favor do Estado, trocando o sinal da premissa de que se trata de limitação às possibilidades de comportamentos estatais em desfavor de expectativas do cidadão³².

Basta recordar que para fulminar pretensões em razão do decurso de tempo já existe a prescrição, estabelecida com regras muito claras, sem qualquer necessidade de apelo as expressões mais abertas contidas no mencionado artigo 27.

Transparece a prevalência de motivações econômicas, tendentes a minimizar pagamento de cogitadas compensações pela fazenda pública, como se aí estivesse presente algum “interesse social” consistente com bases jurídicas.

Realmente, se fosse o caso de colocar em análise a questão sob o prisma da opinião pública, dificilmente a sociedade brasileira sinalizaria favoravelmente ao cabimento de alguma indenização para quem cumpriu pena por estupro, sequestro, tráfico de drogas. O acusado em processos penais é o não sujeito de direitos³³. A motivação principal está,

³¹ Eis a redação do inciso: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

³² Assim: “O Estado é uma instituição objetiva, não uma pessoa humana; não exerce liberdade, mas competência e poder; não tem dignidade; não é destinatário das normas, mas seu editor; Desse modo, o Estado não pode valer-se do princípio da proteção da confiança para tornar intangíveis determinados efeitos passados sob o argumento de que teria atuado confiando na permanência da norma posteriormente declarada inconstitucional, tendo em vista que esse princípio é construído com base nos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, de que é titular”. ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 162.

³³ Retome-se, neste ponto, a observação anterior de que fatores externos ao direito impedem sua aplicação à generalidade das pessoas, criando diferenciações incompatíveis com a função do sistema jurídico: “Em regra, as respectivas pessoas e os grupos sociais correspondentes só são considerados pelo legalismo unilateral quando

portanto, no fechamento de qualquer possibilidade de surgir dever de indenizar em razão de cumprimento de regime prisional inconstitucional. Incomoda muito indenizar o criminoso, tanto que bastou o STF visualizar tal perspectiva para justificar a modulação, ligando o fundamento, portanto, a circunstâncias que não encontram ressonância no sistema jurídico, a não ser que, repita-se, alguém torne a invocar a irresponsabilidade estatal (*the king can do no wrong*) como princípio.

Pensamos ter aí presente a constatação de que o “prejuízo ao erário” – passível de ser encontrado em qualquer situação – foi o fator preponderante para justificar eficácia prospectiva da decisão de inconstitucionalidade, o que aumenta, significativamente, as variações disponíveis para que a Corte module efeitos sempre que a lei inválida possa acarretar algum inconveniente de ordem econômica (código ter/não ter) para o poder público.

5. Tributo arrecadado com embasamento inconstitucional e a “nocividade” da repetição de indébito.

No RE 560.626³⁴ o STF pronunciou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 e o art. 5º do Decreto-Lei 1.569/77, regras que previam prazo decenal para que a administração fazendária efetuassem a constituição de créditos de contribuições previdenciárias, bem como para que promovesse a respectiva cobrança, além de suspensão do prazo extintivo até que correção da dívida alcançasse patamares condizentes com a necessidade de execução fiscal. O desfecho do julgamento foi no sentido de que lei ordinária teria versado sobre tema de direito tributário reservado à lei complementar, razão pela qual a matéria deveria persistir regida pelo Código Tributário Nacional, que prevê prazo extintivo de cinco anos.

Neste caso, mais uma vez, no atinente à modulação, o STF considerou justificável atribuir efeitos prospectivos ao julgamento para assentar como “legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos” dos citados artigos reputados inconstitucionais, caso “não impugnados antes da data de conclusão” do julgamento. Em outras palavras, a decisão só surtiria efeitos para as discussões já iniciadas pelos contribuintes até a data de julgamento do recurso, bem como para situações futuras. Para os contribuintes que não adotaram medida alguma, aguardando a decisão do STF para verificar a viabilidade de questionar pagamentos em juízo

entram em contato com o sistema a seu desfavor, ou seja, como culpados, réus, condenados, presos etc., não como detentores de direitos. A respeito, pois, tem sentido realmente falar de subintegração no sistema jurídico. Os indivíduos estão subordinados rigorosamente às prescrições coativas, mas não tem acesso aos direitos”. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 254-255.

³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 560626, Pleno, Brasília, DF, 12.06.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20.06.2014.

(postura comum, para quem não pretende se precipitar em litígios), a Corte cuidou de convalidar todos, aniquilando a repetição de indébito.

Os debates travados em torno do tema não são claros sobre as razões predominantes que levaram a definir o marco inicial da modulação de efeitos (impugnações até a data de julgamento), havendo apenas alusão de que o tema foi suscitado pela União da tribuna. A questão é que os valores envolvidos foram salientados nas razões dos recursos e nas sustentações orais, havendo referência expressa noutras decisões do STF que a discussão envolveria mais de 15 bilhões de Reais de inscrições em dívidas ativas ainda em estágio de cobrança³⁵, sendo possível supor, pois, que valores mais elevados estariam relacionados a pagamentos já realizados pelos contribuintes com fundamento nos prazos decenais.

Uma vez mais, o que se tem nas entrelinhas deste julgamento é que a modulação foi deferida com propósito de impedir perda de significativas quantias já arrecadas pelo Estado com base na norma inconstitucional, evidenciando-se a sobreposição do interesse econômico sobre o sistema jurídico.

É muito difícil identificar nesse resultado alguma consistência quanto à modulação, afinal, há violação das garantias do contribuinte (neste caso, exigência de lei complementar) à qual se nega proteção a pretexto de ser muito onerosa. Concluindo-se pela cobrança inválida, para além do prazo admissível, o caminho natural é a repetição do indébito tributário. As limitações temporais existentes quanto à pretensão de cobrança do tributo recolhido são previamente dadas, novamente, pelas regras de prescrição, não havendo qualquer parâmetro jurídico a embasar marco final de extinção da pretensão de repetição de indébito na data de decisão do STF. A questão da segurança jurídica em favor do Estado coloca-se novamente diante desse desfecho, acrescentando-se a perplexidade de que o interesse social, nesta situação, desdobraria em enriquecimento ilícito do erário.

Ademais, sob a ótica econômica, a tributação juridicamente inválida apresenta resultados proveitosos, pois, a despeito da rejeição pelo sistema jurídico, é possível preservar grande parte de seus efeitos arrecadatórios, imunizando os desdobramentos da inconstitucionalidade³⁶.

³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em : < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2524678&tipoApp=RTF>>. Brasília, DF, 04.12.2008. Acesso em 20.06.2014.

³⁶ Veja-se também que a modulação, nesta perspectiva, sinaliza, sob o ponto de vista da arrecadação (código econômico), a pertinência de se reiterar medidas inconstitucionais em matéria tributária, pois, a significativa coleta de tributo com base normativa inválida será assegurada a pretexto de não se causar problemas para o Estado com a devolução de altas somas. ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 560-571.

É claro que as atividades públicas necessitam de recursos, porém, a forma juridicamente válida, condizente com o interior do sistema jurídico, passa pelo respeito às limitações constitucionais do poder de tributar, colocadas de lado quando a preservação da arrecadação é superestimada pelo STF. Prevalece, pois o código que rege o sistema econômico em detrimento da autonomia do direito.

Sob outra perspectiva, o resultado desse julgamento cria diferenciação entre contribuintes que fazem jus à repetição de indébito tributário de acordo com marco temporal inventado pelo judiciário em momento posterior ao pagamento dos valores (não é mais aquele previsto no CTN).

Veja-se, para ilustrar, que se A e B pagaram crédito 8 anos após a sua constituição (com base no interregno inconstitucional de dez anos, portanto), tendo apenas A ajuizado demanda até a data da decisão do STF, B não poderá reaver o que pagou, não obstante a disponibilidade do prazo prescricional de 5 anos no CTN ainda lhe autorizar. Em linhas gerais, descortina-se não só a imprevisibilidade dessa nova condicionante para a devolução de tributos pagos, como também o incremento de tratamento distinto àqueles que, juridicamente, encontravam-se submetidos a regras jurídicas e situações idênticas, mas então passaram a se sujeitar a regimes jurídicos desiguais por motivação exclusivamente econômica acolhida pelo STF, que acaba por criar, em momento superveniente, um marco regulatório para situações semelhantes já concretizadas.

6. Conclusão.

A abordagem feita neste trabalho sugere a observação da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade sob a perspectiva da teoria dos sistemas sociais de Luhmann. A partir de tal enfoque, os dois julgamentos do STF examinados, com importante repercussão para muitos brasileiros, vários processos e para o poder público, apontam que motivações externas ao direito foram determinantes para amenizar os desdobramentos da invalidade de disposições legislativas conflitantes com a Constituição.

Em linhas gerais, tanto no HC 82.959 como no RE 560.626, nota-se a eficácia prospectiva da decisão por prevalência de resultados economicamente menos impactantes para o erário, como se houvesse, no direito brasileiro, algum princípio geral orientando decisões jurídicas a causar o menor prejuízo financeiro possível, em detrimento da restauração de violações a direitos fundamentais.

Não obstante as discussões que possam surgir sob a perspectiva dos conceitos indeterminados “segurança jurídica” e “interesse social” (no que aqui não se detém), fato é que o STF valeu-se de tais expressões amplas no direito positivo para introduzir no controle de constitucionalidade razões que, dificilmente, poderiam encontrar amparo interno no sistema jurídico, conferindo maior peso à economia de recursos públicos. Ainda mais grave é constatar que em tais julgamentos não houve mínima preocupação em testar a modulação de acordo com algum princípio realmente dotado de consistência jurídica, de modo a encontrar um desfecho passível de ancoragem dentro do próprio sistema do direito. As discussões dos ministros ao debater a extensão da possibilidade de modulação foram superficiais, limitando-se a apontar os inconvenientes financeiros que poderiam ser causados pela eficácia retroativa da inconstitucionalidade.

Esse contexto sugere que o art. 27 da Lei 9.868/99 pode representar um canal de sobreposição de sistemas externos ao direito, considerando que os dois julgados avaliados dão mostras de que a inconstitucionalidade foi parcialmente confirmada por razões de arrecadação fiscal e de irresponsabilidade civil diante da prisão em regime inválido.

Tais condições em que deferida a modulação ilustram que a textura aberta dos enunciados normativos leva o STF a definir a eficácia temporal prospectiva da decisão desde que tal desfecho se mostre conveniente para o poder público, não importando a raiz predominantemente política ou econômica a ser atingida.

No contexto dos dois julgamentos aqui tratados, veja-se que as possibilidades de decisão são significativamente ampliadas em bases dificilmente conciliáveis com algum princípio jurídico, desdobrando, pois, na corrupção do fechamento operacional do direito (porque busca razões econômicas e políticas para manter a inconstitucionalidade) e aumento de complexidade (pois confere abrangente possibilidade de manipulação da lei inválida pelo STF), justamente o que a autonomia do sistema jurídico pretende evitar. Se a modulação puder ser adotada conforme qualquer propósito governamental subjacente, a autonomia do direito e a redução de expectativas normativas soçobram.

É necessário refletir sobre as condições em que a modulação pode se apresentar consistente com bases estritamente jurídicas, capazes de elidir influências diretas do meio externo sobre questões tratadas pelo direito, como nas situações aqui versadas, em que o tributo inconstitucional e a prisão inválida não desdobraram nos caminhos usuais e esperados, segundo o direito positivado, como a restituição do indébito e a (possível) indenização por dano moral, valendo acrescentar, novamente, que para tais pretensões há prescrição, contada

independentemente de qualquer julgamento do STF, como premissa básica para preservação da segurança jurídica.

Cabe também enfatizar o estranhamento causado pela constatação de que a norma reconhecidamente inconstitucional para fins fiscais, ao final, resulta em vantajosa violação da ordem jurídica pelo poder público, que, a despeito de editar leis inválidas, delas tira proveito a partir da consolidação irrestrita de seus efeitos inconstitucionais, fazendo com que uma aparente moralidade utilitarista permeie as razões de decidir do STF. Trivializar a modulação conforme razões que não encontrem ancoragem no próprio direito dificulta a previsibilidade, um dos aspectos a considerar da segurança jurídica, fortemente vinculada com a redução de possibilidades decisórias (redução de complexidade), não com o seu alargamento.

Bibliografia.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica:** Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10.04.2014.

_____. Decreto-Lei nº 2.848/40, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, DF, 31.12.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 01.10.2014.

_____. Decreto-Lei nº 3.689/41, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, DF, 13.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> . Acesso em: 01.10.2014.

_____. Lei nº 9.868/99, 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] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11.11.1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 01.10.2014.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17.01.1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 01.10.2014.

_____. Lei 9.469 de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11.7.1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9469.htm>. Acesso em: 01.10.2014.

_____, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 82.959, Pleno, Brasília, DF, 23.02.2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 01.10.2014

_____, Supremo Tribunal Federal. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2524678&tipoApp=RTF>>. Brasília, DF, 04.12.2008. Acesso em: 20.06.2014.

_____, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 560626, Pleno, Brasília, DF, 12.06.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20.06.2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O direito na sociedade complexa**. 2ª ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

GONÇALVES, Guilherme Leite, FILHO, Orlando Villas Boas. **Teoria do Sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade**. Revista Direito e Práxis. Vol. 1, Nº 1, 2010, p. 16-31. Disponível em:<www.e-publicacoesuerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/1135/50509>. Acesso em: 10.06.2014.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980

_____. **Sociologia do direito**, vol. 1. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983.

_____. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.