

COORDENAÇÃO:

JULIA MAURMANN XIMENES
HECTOR LUÍS CORDEIRO VIEIRA

GRANDES TEMAS DO MESTRADO DA EDB/IDP 2016

AUTORES:

HUGO ASSIS PASSOS
EDUARDO SILVA TOLEDO PULLIN MIRANDA
DANIEL CORRÊA SZELBRACIKOWSKI
ANTÔNIO BRAGA DA SILVA JÚNIOR
GUSTAVO FARIA PEREIRA
JOSÉ CALDAS GOIS JÚNIOR

Coordenação

**Julia Maurmann Ximenes
Hector Luís Cordeiro Vieira**

**GRANDES TEMAS DO MESTRADO DA EDB/IDP -
2016**

1ª edição

Autores:

**Hugo Assis Passos
Eduardo Silva Toledo Pullin Miranda
Daniel Corrêa Szelbracikowski
Antônio Braga da Silva Júnior
Gustavo Faria Pereira
José Caldas Gois Júnior**

IDP

Brasília

2016

CONSELHO CIENTÍFICO – SÉRIE IDP/SARAIVA

MEMBROS EFETIVOS:

Presidente: Gilmar Ferreira Mendes
Secretário Geral: Jairo Gilberto Schäfer
Coordenador-Geral: Walter Costa Porto
Coordenador Executivo da Série IDP: Sergio Antonio Ferreira Victor

1. Afonso Códolo Belice (discente)
2. Alberto Oehling de Los Reyes – Universitat de lès Illes Balears/Espanha
3. Alexandre Zavaglia Pereira Coelho – IDP/SP
4. António Francisco de Sousa – Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Portugal
5. Arnoldo Wald
6. Atalá Correia – IDP/DF
7. Carlos Blanco de Moraes – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
8. Everardo Maciel – IDP/DF
9. Fabio Lima Quintas – IDP/DF
10. Felix Fischer
11. Fernando Rezende
12. Francisco Balaguer Callejón – Universidad de Granada/Espanha
13. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense Madrid/Espanha
14. Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/RS
15. Jacob Fortes de Carvalho Filho (discente)
16. Jorge Miranda – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa /Portugal
17. José Levi Mello do Amaral Júnior – Universidade de São Paulo – USP
18. José Roberto Afonso – FGV
19. Janete Ricken Lopes de Barros – IDP/DF
20. Julia Maurmann Ximenes – IDP/DF
21. Katrin Möltgen – Faculdade de Políticas Públicas – Fhöv NRW/Alemanha
22. Lenio Luiz Streck – Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS
23. Ludger Schrappner
24. Marcelo Neves – Universidade de Brasília – UNB
25. Maria Alicia Lima Peralta
26. Michael Bertrams
27. Miguel Carbonell Sánchez – Universidade Nacional Autónoma do México – UNAM
28. Paulo Gustavo Gonet Branco – IDP/DF
29. Pier Domenico Logroscino – Università degli studi di Bari Aldo Moro/Itália
30. Rainer Frey – Universität de Münster/Alemanha
31. Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch – IDP/DF
32. Rodrigo de Oliveira Kaufmann – Universidade de Brasília – UNB
33. Rui Stoco
34. Ruy Rosado de Aguiar – IDP/DF
35. Sergio Bermudes
36. Sérgio Prado
37. Teori Albino Zavascki – IDP/DF

Conselho editorial do ebook:

1. Hector Vieira (EDB/IDP)
2. Janete Ricken Lopes de Barros (EDB/IDP)
3. Julia Ximenes (EDB/IDP)
4. Marcus Firmino Santiago (EDB/IDP)
5. Paulo Gustavo Gonet Branco
6. Sérgio Antônio Victor

Ximenes, Julia Maurmann (Coord.).
Grandes temas do Mestrado da EDB-IDP: 2016. / Coordenadores Julia Maurmann Ximenes,
Hector Luis Cordeiro Vieira. – Brasília: IDP, 2016.

86 p.

ISBN: 978-85-9534-003-9

1. Pesquisa no Direito. 2. Regulação da Internet. 3. Súmulas Vinculantes. 4.
Direito Trabalhista. I. Título. II. Hector Luis Cordeiro Vieira

CDDir 340

APRESENTAÇÃO

Coordenadores:
Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes
Prof. Me. Hector Luís Cordeiro Vieira

A pesquisa em Direito tem sido fomentada e alcançado patamares relevantes como nunca antes. É certo que o aumento dessa amplitude tem dado ao campo jurídico cada vez mais espaço para a produção de boas pesquisas e constituição de novos objetos.

Neste contexto, surgiu a ideia de trazer à comunidade acadêmica os melhores textos apresentados pelos discentes do programa de mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, incentivar excelentes pesquisas e propiciar caminhos de publicação dos esforços intelectuais.

Os artigos selecionados para compor a edição de 2016 do projeto “Grandes Temas do Mestrado” foram indicados pelo corpo docente da Mestrado da instituição como sendo trabalhos de alta relevância acadêmica e de destaque substantivo pela composição metodológica e pelo aprofundamento na discussão das matérias a que se propõem.

A linha de ebooks “Grandes Temas” é um projeto do Centro de Pesquisa do IDP – CEPES que visa integrar as diversas áreas de ensino da instituição, abrangendo o mestrado da EDB/IDP e de outros programas do Brasil e do exterior.

O objetivo desta obra é compilar textos de diversas áreas do conhecimento jurídico. Nesta primeira edição, os textos contemplarão discussões como a contribuição da antropologia para a pesquisa no Direito, a regulação da internet no Brasil, modulação de efeitos em súmulas vinculantes e a fundamentalidade dos direitos trabalhistas.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

SUMÁRIO

PESQUISA JURÍDICA: CONTRIBUIÇÕES DA ANTROPOLOGIA NA CONSTRUÇÃO DA PESQUISA CIENTÍFICA EM DIREITO.	8
HUGO ASSIS PASSOS	8
EDUARDO SILVA TOLEDO PULLIN MIRANDA	8
MODULAÇÃO DE EFEITOS EM SÚMULAS VINCULANTES: UMA ANÁLISE DA PSV Nº. 69/STF QUE TRATA DA INCONSTITUCIONALIDADE DE INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELOS ESTADOS	24
DANIEL CORRÊA SZELBRACIKOWSKI	24
A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS: UMA DIRETRIZ CONSTITUCIONAL AINDA PENDENTE	46
ANTÔNIO BRAGA DA SILVA JÚNIOR	46
A REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL	71
JOSÉ CALDAS GOIS JÚNIOR	71
HUGO ASSIS PASSOS	71

PESQUISA JURÍDICA: CONTRIBUIÇÕES DA ANTROPOLOGIA NA CONSTRUÇÃO DA PESQUISA CIENTÍFICA EM DIREITO.

HUGO ASSIS PASSOS¹

EDUARDO SILVA TOLEDO PULLIN MIRANDA²

Resumo: Reflexão sobre a pesquisa jurídica e sobre possibilidade de realização da pesquisa empírica no Direito. Analisa-se os ganhos metodológicos para a pesquisa jurídica, decorrentes da utilização dos parâmetros existentes na pesquisa de outras áreas do conhecimento humano como as Ciências Sociais, enfatizando-se as contribuições da Antropologia.

Palavras-chave: Pesquisa Jurídica, Pesquisa Empírica, Ciências Sociais, Antropologia.

Abstract: Reflection on legal research and on possibility of conducting empirical research on law. It analyzes the methodological gains for legal research, from the use of parameters in the search of other areas of human knowledge as the social sciences, with emphasis on the contributions of Anthropology.

Keywords: Legal research, Empirical Research, Social Sciences, Anthropology.

INTRODUÇÃO

Este estudo pretende promover reflexões sobre a pesquisa jurídica, em específico analisar propostas de realização da pesquisa empírica no direito, a partir da relação existente entre o Direito e as ciências sociais, enfatizando-se as contribuições da Antropologia para o Direito.

Parte-se, portanto, da hipótese de que em uma sociedade plural e democrática a solução de casos difíceis possa ser, ordinariamente, enfrentada pelos juristas e que a referida interdisciplinaridade entre o Direito e as Ciências Sociais pode ser capaz de proporcionar novas visões à pesquisa em Direito e favorecer a sociedade.

Como objetivo geral, investiga-se a relação existente entre as Ciências sociais e o Direito, assim como os aportes teóricos decorrentes desta interdisciplinaridade, a partir de novas propostas epistemológicas para a pesquisa empírica em Direito, bem como verificam-se equívocos comuns na pesquisa jurídica em âmbito nacional.

É importante pontuar que este ensaio tem como objetivos específicos: primeiro, refletir sobre a pesquisa em direito e a pesquisa empírica como uma vertente; ato contínuo, serão consideradas as propostas epistemológicas de “descentrar” o sujeito, “entrevistar” os sistemas

¹Bacharel em Direito. Especialista em Direito Processual Civil – Escola Superior de Advocacia do Maranhão. Advogado. Conselheiro Estadual da OABMA. Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade em curso – IDP.

²Bacharel em Direito. Advogado. Procurador do Estado de Goiás. Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade em curso – IDP.

por meio de entrevistas qualitativas voltadas à observação da comunicação e dessubstancializar as categorias jurídicas, de autoria de Margarida Garcia, e tidas como condições à possibilidade de um olhar externo sobre o Direito; por fim, avalia-se as contribuições da antropologia para a pesquisa jurídica.

Outrossim, importante mencionar que a pesquisa tem natureza bibliográfica, pois fundamenta-se na revisão de literatura nacional sobre o tema, através da avaliação de trabalhos de autores como Kant de Lima, Margarida Garcia, Alexandre Veronese e Roberto Fragale filho, dentre outros.

Ademais, o ensaio mostra-se relevante academicamente e socialmente, diante da constatação de que a temática, nos últimos 10 anos, tem sido objeto de investigação pelos pesquisadores do direito em diversos programas de pós-graduação, assim como em face do reconhecimento de que a aproximação entre o Direito e as Ciências Sociais pode ser benéfica para criação e implementação de políticas públicas, bem como para a solução de conflitos em uma sociedade plural e democrática.

1 PESQUISA EM DIREITO

Nos últimos 10 anos, intensificaram-se os debates sobre a pesquisa no direito, notadamente sobre o aspecto empírico, em esforço de categorizar e diferenciar os diversos modelos de trabalhos desenvolvidos no país. Como consequência de tais discussões acadêmicas, percebe-se, face ao amadurecimento das considerações, alterações no modo de desenvolvimento das pesquisas jurídicas, em especial a aproximação destas com as Ciências Sociais e a adoção progressiva de uma nova vertente, qual seja, a pesquisa empírica.

Nesse sentido, a pesquisa empírica se prestou a ventilar as discussões entre os autores pátrios e alinhar novos padrões aos debates sobre cientificidade, no que concerne ao rigor dos trabalhos de pesquisa na área (VERONESE, FRAGALE FILHO, 2015).

Assim, no substrato das relações entre o Direito e as Ciências Sociais, desenvolveu-se a vertente da pesquisa empírica como alternativa de aproximação entre estudos técnicos, de feição prática, e estudos essencialmente científicos, atribuindo-se nova perspectiva às pesquisas em direito.

É coerente mencionar que a pesquisa empírica no Direito não é um fenômeno nacional, na realidade insere-se em amplo movimento de pesquisadores ocidentais; e o Brasil, na última década, afinou-se com esta realidade, restando em harmonia com o que se tem realizado de pesquisa em Direito no mundo. (VERONESE, FRAGALE FILHO, 2015)

Nesta senda, passagem do Estado Liberal para o Estado Social, marcado por uma maior regulação do poder público, concomitantemente à transição do positivismo jurídico, modelo fundado no império da lei, para o chamado neoconstitucionalismo, sistema aberto no qual se dá primazia aos princípios, ocasionou um incremento na demanda por estudos científicos aptos a compreenderem as consequências produzidas pelas normas postas. (PARGENDLER; SALAMA, 2013).

Ademais, o Brasil, estado democrático de direito, é composto por uma sociedade plural, cujos interesses, necessidades, perspectivas de mundo e valores são diversos; neste cenário a pesquisa empírica no direito pode ser, sobremaneira, útil ao alcance de resultados no mundo fenomênico pelo Estado, através do desenvolvimento de pesquisas capazes de construir diagnósticos de problemas enfrentados na realidade, proposição e implementação de políticas públicas, ou seja, a pesquisa empírica se encaminha a demonstrar sua relevância para sociedade.

Contudo, esta aproximação entre o Direito e as Ciências sociais, no que pertine à pesquisa, não se demonstra fácil em termos epistemológicos e metodológicos.

No esforço de demonstrar as diferenças e as incompreensões existentes entre a pesquisa jurídica e a pesquisa realizada pelas Ciências Sociais, Verenose e Fragale Filho expõem, em ensaio denominado “Pesquisa em direito: as duas vertentes vs. a não pesquisa”, o raciocínio do autor Tércio Sampaio Ferraz em seu trabalho “A ciência do Direito”. Neste passo, afirmam Verenose e Fragale Filho (2015, p. 303-304):

O raciocínio exposto no quadro, que se espera fiel ao pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Jr., é claro: a ciência jurídica não seria cognitiva. Ela seria uma arquitetura de modelos que serviriam para apreciar as variadas possibilidades de decisão em situações abstratas e hipotéticas para a consolidação em doutrinas, que, ao fim, seriam vertidas em técnicas para uso prático.

Extrai-se desta afirmação a existência de concepções distintas entre o Direito e as Ciências Sociais, pois estas sempre possuem a pretensão de compreender o mundo social ou a natureza, enquanto o direito teria funções de ressaltar possibilidades de decisão em situações hipotéticas.

Esta particular concepção de ciência para o Direito é tão diversa das Ciências Sociais, no que concerne ao padrão existente no campo da ciência e da academia, que torna difícil a própria compreensão de uma metodologia própria no Direito. Todavia, entender a estrutura normativa e a jurisprudência, com o intuito de gerar respostas aos problemas jurídicos, parece exigir

esforço de compreensão cognitiva controlada, portanto, o Direito não estaria limitado à produção de técnicas para a prática. (VERONESE, FRAGALE FILHO, 2015)

Nota-se que compreender e explicar o arcabouço jurídico, sua aplicação e o entendimento dos Tribunais não parece restar limitado à busca de técnicas para a prática, ao contrário, conhecer e explicar estes fenômenos, através da utilização de técnicas de pesquisa de outras áreas, aproxima-os do direito, demonstra a viabilidade de uma concepção científica do direito.

Logo, a aproximação entre os pesquisadores do direito aos parâmetros utilizados na pesquisa de outras áreas do conhecimento humano, como as Ciências Sociais, quer demonstrar a possibilidade da construção de reais pesquisas científicas no direito, capazes de superar, através de um compromisso metodológico com os fatos e da adoção de novas técnicas oriundas das outras Ciências, as tradicionais pesquisas jurídicas.

Contudo, a referida interdisciplinaridade merece ser tratada com rigor e seriedade, sob pena de proporcionar a realização de pesquisas que, com o objetivo de romper a simples análise da lei, jurisprudência e demais documentos jurídicos, buscam referência em outras áreas, sem uma base teórica específica, tornando-se superficial e não científico.

Corroborando esta afirmação, Veronese, Fragale Filho (2015, p. 311) entendem:

No afã de romper com a não pesquisa, cujo mote é somente utilizar os textos doutrinários ou documentos judiciários como fontes, alguns juristas enveredam pela conjugação eclética de referências de outras áreas, sem suporte teórico específico da área de direito, tão somente para engordar artigos, teses e dissertações.

Diante da constatação de concepções de pesquisa distintas, é oportuno passar em revista tais vertentes.

1.1 Pesquisa Tradicional e Pesquisa Empírica

Compreende-se a pesquisa tradicional como os estudos jurídicos por muitos anos produzidos no Brasil, que se concentravam no elenco e comentários sobre leis, jurisprudências pátrias e reprodução de doutrinas, sem critérios, clareza de escolha e interpretação de tais fontes.

O contraponto desta realidade, como mencionado anteriormente, deu-se através da interdisciplinaridade do direito com outras ciências, através do uso de métodos e práticas científicas de outros ramos do saber.

Este movimento de ruptura com a pesquisa tradicional possui muitas fontes bibliográficas nos Estados Unidos da América, que buscavam demonstrar a viabilidade de pesquisa empírica no

Direito.

Nesta linha, o trabalho de John Henry Schlegel explicita este esforço ao demonstrar como foram formadas equipes de professores de Columbia, Yale e John Hopkins, com o objetivo de construir densas e efetivas tentativas de institucionalização da pesquisa empírica após o final da primeira Guerra Mundial. (VERONESE, FRAGALE FILHO, 2015)

Consigne-se, por relevante, que o paradigma de pesquisa científica proposto por Schlegel tinha como contraponto as pesquisas feitas no Direito, inclinadas a descrever leis, decisões e doutrinas. Tal modo tradicional se aproxima muito do modelo de pesquisa jurídica feito por muitos anos no Brasil até os dias atuais.

Atentos à referida pesquisa de Schlegel, Veronese, Fragale Filho (2015, p. 314) comentam trecho do trabalho que se mostra relevante a esta análise, qual seja:

O que se infere do trecho acima transcrito é a possibilidade da construção de dois tipos de pesquisa referenciados ao direito. A primeira linhagem conjuga a apreciação de uma evolução de casos em busca de uma sistematização. A partir de tal análise, será possível identificar regularidades ou rupturas e, com tais elementos, produzir uma análise teoricamente informada. A segunda tradição está no campo das pesquisas empíricas e busca apreciar o direito a partir de métodos firmados em outras áreas.

É possível observar a importância da pesquisa empírica na mudança de paradigma na pesquisa jurídica.

As origens da pesquisa empírica no direito decorrem do contato de pesquisadores do direito com outras áreas do saber, merecendo destaque as relações estabelecidas com as Ciências Sociais. Neste caminho, metodologias próprias passaram a ser utilizadas pelos pesquisadores, tais como a pesquisa quantitativa, qualitativa e comparativa, inicialmente utilizadas por cientistas sociais, mas que influenciaram pesquisadores do Direito.

Mostra-se importante enfatizar os aspectos epistemológicos e metodológicos que este novo paradigma se esforça em superar na pesquisa jurídica tradicional, quais sejam, o historicismo, o reverencialismo, o sincretismo metodológico, o manualismo, a naturalização dos conceitos e a elaboração de mega-hipóteses. (VERONESE, FRAGALE FILHO, 2015)

Neste contexto, a pesquisa empírica tem o mérito de evidenciar tais vícios na pesquisa no Direito, pois na academia ainda há uma inclinação pela cultura dos manuais, pela desvalorização das discussões sobre método, pela reprodução de conhecimentos, pela utilização da linguagem usual da prática do operador do direito e pela manipulação das jurisprudências para corroborar hipóteses, na realidade, defendidas, quando o caminho seria

testá-las.

Cumpra sublinhar, ainda, que a existência de trabalhos empíricos é incipiente no mundo jurídico, face à baixa utilização das metodologias da pesquisa empírica no Direito em âmbito nacional, motivada pelos cursos de Direito que, tradicionalmente, estão focados na formação de bacharéis, na gestão de aprovações no exame de ordem e na preparação dos alunos para concursos públicos.

Nesta cena, a pesquisa empírica em direito tem sido efetuada rotineiramente de fora para dentro, ou seja, a partir de outras matrizes disciplinares; de modo que uma visão oriunda da antropologia, sociologia, da economia, da psicologia parece estar se formando em torno do Direito como objeto de investigação. (VERONESE, FRAGALE FILHO, 2015)

Evidencia-se, deste modo, mudança da tradicional pesquisa jurídica no Brasil, através do advento de novas propostas epistemológicas. Para ilustrar tal afirmação, analisa-se as propostas declinadas por Margarida Garcia, no próximo tópico.

1.2 Propostas Epistemológicas

Evidencia-se a possibilidade real de alterações na pesquisa jurídica no Brasil a partir de novas propostas epistemológicas. Destaca-se, por relevante, a construção teórica da professora Margarida Garcia.

Tendo como cenário a relação entre o Direito e as Ciências sociais, a autora elenca três propostas para a abertura de novas perspectivas nas pesquisas em direito, como condições para um olhar externo sobre o Direito, quais sejam: “descentrar” o sujeito, “entrevistar” os sistemas por meio de entrevistas qualitativas voltadas à observação da comunicação, e dessubstanciar as categorias jurídicas. (GARCIA, 2014)

Estas propostas epistemológicas são consideradas como estratégias viáveis para uma pesquisa multidisciplinar, capaz de beneficiar tanto o Direito como as Ciências Sociais.

Considera, igualmente, a autora que esta interação tenderá a se desenvolver no universo jurídico em questões como direitos religiosos, direito de minorias, de imigrantes ilegais, suicídio assistido, casamento do mesmo sexo, dentre outras, por serem reguladas por estruturas normativas abertas; e as Ciências Sociais fornecerão recursos cognitivos importantes para aqueles que pensam e dizem o Direito. (GARCIA, 2014)

Como mencionado, três propostas epistemológicas foram formuladas pela autora para favorecer o diálogo entre o Direito e as Ciências sociais.

A primeira estratégia é o “descentramento” do sujeito, que consiste em retirar-lhe o lugar de

protagonismo na análise, o que permitirá descrever e captar à distância que pode existir entre representações dos atores e a comunicação do sistema ao qual se filiam. (GARCIA, 2014)

A segunda estratégia consiste na entrevista qualitativa, entendida como “entrevista reflexiva” com o sistema, tratando-se de metodologia de observação da comunicação do sistema jurídico como meio de captar empiricamente o direito como sistema social. (GARCIA, 2014)

Já a terceira, como afirmado, denomina-se a dessubstancialização das categorias jurídicas, pressuposto para desenvolver um olhar externo sobre o direito e tornar possível a pesquisa multidisciplinar, possibilitar ao pesquisador controlar suas observações e diferenciar as observações produzidas pelo ponto de vista interno. (GARCIA, 2014)

Embora a autora concentre suas reflexões e a adoção de tais estratégias na relação entre o Direito e Sociologia, em seu trabalho científico, tais mecanismos podem ser adotados em outros campos da Ciência Social, tais como Geografia, História, Criminologia, Economia e Antropologia.

Neste ensaio, concentra-se na relação entre o Direito e a Antropologia, conforme será tratado no próximo tópico.

2 CONTRIBUIÇÕES DA ANTROPOLOGIA PARA A PESQUISA NO DIREITO

A atual crise de legitimidade que assombra o Direito leva à necessidade premente de mudanças nos seus paradigmas, sendo necessário, para tanto, a injeção de novos ares no pensamento jurídico. Para se alcançar esse intento, demonstra-se coerente a busca contribuições em outras áreas do conhecimento, como a Antropologia, sob pena de se recorrerem às mesmas soluções que já foram tentadas anteriormente, as quais não foram exitosas em resolver os problemas existentes no sistema judiciário.

Em que pese não haver um consenso entre os antropólogos acerca do conceito de Antropologia, pode-se afirmar que esta área das ciências sociais estuda o homem como ser biológico, social e cultural.

Diante dessa definição, resta claro que o Direito e a Antropologia possuem vários aspectos em comum. Toda pesquisa jurídica, assim como a antropológica, têm como sujeito o homem. Ele é o protagonista, o idealizador e o executor das atividades de pesquisa. Portanto, o ser humano é, ao mesmo tempo, pesquisador e objeto a ser pesquisado.

Clifford Geertz, ao abordar a relação entre Antropologia e Direito, sintetizou com rara

felicidade a dinâmica entre essas duas ciências:

Dada a semelhança entre suas visões do mundo e até na maneira como focalizam o objeto de seus estudos (um enfoque no qual “para conhecer a cidade é preciso conhecer suas ruas”) pareceria que advogados e antropólogos foram feitos um para o outro e que o intercâmbio de idéias e de argumentos entre eles deveria fluir com enorme facilidade. No entanto, essa sensibilidade pelo caso individual pode tanto dividir como unir e, embora o homem que dirija um iate e um outro que plante uvas possam ter uma admiração recíproca pelo significado da vida do outro, isso não implica que tenham muitos assuntos em comum para conversar. O advogado e o antropólogo, ambos *connoisseurs* de casos específicos, peritos em assuntos práticos, estão na mesma situação. O que os distancia e separa é sua própria afinidade eletiva (GEERTZ, 2004, p. 249-250).

Assim, nada obstante a conexão existente entre as ciências humanas, o isolamento ocorrido entre o Direito e a Antropologia pode ser creditado a duas razões principais. A primeira diz respeito ao denominado “princípio da antiguidade”, pelo qual o Direito se arvora da condição de ciência mais importante, vez que é a disciplina universitária mais antiga na Brasil, assim como é aquela que mais proximidade tem com o poder político, mormente no século XIX. Em segundo lugar, o próprio modelo de universidade estabelecido no projeto nacional-desenvolvimentista, iniciado na década de 1930, possuía características marcadamente “antibacharelescas” (NOBRE, 2004).

O marco inicial de aproximação entre esses dois campos do saber, no Brasil, foi a Assembleia Constituinte de 1988, na qual as discussões políticas acerca da pluralidade da sociedade culminaram na positivação de novos direitos e garantias às “minorias” (COLAÇO, 2011). No ano de 2004, houve uma reaproximação acadêmica entre ambas, tendo em vista a obrigatoriedade do ensino de Antropologia nas faculdades de Direito, consoante determinação prevista na Resolução CNE/CES n.º 9, de 29 de setembro desse ano, que instituiu as diretrizes curriculares nacionais dos cursos de graduação em Direito.

O Direito é um campo indisponível por natureza, cuja tradição do ensino, fundado na dogmática, costuma impedir a própria formação do conhecimento científico. Nessa senda, empreender pesquisas jurídicas implica desvendar mecanismos que o sistema não quer que sejam desvendados. O viés antropológico permite enxergar além dos muros da dogmática, facilitando uma visão macro, ou interdisciplinar, do nosso sistema judiciário. (BAPTISTA, 2008).

Ademais, a naturalização dos fenômenos é uma característica do Direito, encobertando o óbvio. A Antropologia, por sua vez, é marcada pelo estranhamento, que nada mais é do que

uma forma peculiar de ver o mundo, na qual o antropólogo tem como pressuposto surpreender-se com questões vistas como naturais e comuns aos olhos dos demais pesquisadores. Assim, pode-se relativizar categorias e conceitos, de modo que verdades tidas como absolutas são questionadas e desconstruídas pelo pesquisador (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2010).

Esse atributo da Antropologia somado à sua metodologia podem auxiliar o Direito a compreender melhor situações reais, entendendo melhor a realidade onde os direitos são aplicados, suas instituições, enfim, resolver talvez uma das maiores críticas que o Direito recebe na atualidade, que é o afastamento das discussões jurídicas e legais do contexto fático, um distanciamento da sociedade.

A ótica antropológica é relevante para o Direito no sentido de descortinar o entendimento do que somos a partir do espelho fornecido pelo “outro”. Outrossim, é uma forma de se situar na fronteira de vários mundos sociais, culturais, abrindo janelas entre eles, através dos quais se podem alargar nossas possibilidades de sentir, agir e refletir sobre o que, afinal de contas, nos torna seres singulares, humanos (OLIVEIRA, 1988).

Pelo conhecimento do Direito de outras sociedades, a Antropologia Jurídica nos permite compreender melhor o sistema jurídico da nossa própria sociedade; verificar a relação entre Direito e poder; observar os mecanismos de dominação na sociedade; respeitar os outros sistemas jurídicos; e dar sugestões de aprimoramento do nosso próprio sistema jurídico.

Destarte, da aproximação entre essas disciplinas podem decorrer inúmeros avanços no campo de estudo tanto do Direito, como da Antropologia, assim como elevar a qualidade da pesquisa empírica, mormente na seara jurídica, onde esse tipo de abordagem ainda não se encontra consolidado.

2.1 A Antropologia Jurídica

A Antropologia Jurídica clássica é aquela que estuda o direito “primitivo”, que é o conjunto de regras existente nas sociedades chamadas não ocidentais, povos estes que, normalmente, não possuíam o domínio da escrita, nem instituições semelhantes àsquelas existentes nos Estados modernos. Para o antropólogo, o Direito não é apenas um amontoado de regras aprovadas conforme o procedimento previsto em uma determinada Constituição, mas sim um padrão de normas e sanções que mantêm a ordem social e que permitem a uma sociedade funcionar normalmente (WEAVER, 1987).

Pode-se afirmar, assim, que a Antropologia Legal ou Antropologia Jurídica visa a investigar o

funcionamento do Direito sem se restringir aos diplomas normativos e às decisões judiciais prolatadas pelos tribunais, pois o Direito é um campo prático, cuja finalidade é dirimir os conflitos existentes entre os cidadãos, que precisam ter os seus problemas solucionados pelo órgão legitimado para tanto, o Poder Judiciário.

Uma das obras que definitivamente marcou o início da antropologia legal em nosso país foi “Por uma Antropologia do Direito, no Brasil”, de Roberto Kant de Lima, publicada no ano de 1983. Nesse trabalho, Kant de Lima teceu severas críticas ao sistema jurídico brasileiro através da análise de três aspectos desse sistema, quais sejam: a constituição e reprodução do saber jurídico, a aplicação desse saber mediante instituições e práticas especializadas e o problema do acesso ao Direito.

Em outro artigo, já no ano de 2010, Kant de Lima e Bárbara Baptista traçam um panorama da construção do conhecimento jurídico no Brasil. Para eles, o direito brasileiro reproduz-se através das opiniões de doutrinadores e das decisões exaradas pelos tribunais, diferentemente do conhecimento científico, o qual se baseia em dados verificáveis empiricamente, dificultando-se, pois, uma compreensão mais abrangente da lógica do nosso sistema jurídico. Nas palavras dos autores:

A construção do conhecimento jurídico, em sua quase totalidade, segue princípios enraizados na *disputatio* escolástica medieval e que são análogos àqueles utilizados para produzir a verdade judiciária na **civil law tradition**, ancorados nas fórmulas adequadas ao exercício da lógica do contraditório. Esta, como se sabe, funda-se no oferecimento obrigatório de dissensos infinitos à autoridade de terceiros, que optarão por uma das versões para fazê-la vencedora, sem considerar a conveniência das partes. Neste processo, em busca de UMA verdade, dá-se mais relevância, para descobri-la, à lógica dos argumentos de autoridade do que àquela da autoridade dos argumentos, esta última própria da argumentação científica contemporânea, fundada na construção sucessiva de consensos temporários, fundamento de seu suporte *fático* (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2010, p. 5).

Esse processo de formação do saber jurídico leva à proliferação de livros que simplesmente retratam o entendimento de juristas acerca de determinada área do Direito, gerando controvérsias doutrinárias que em nada contribuem para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico. Ao revés, essa “manualização do Direito” acaba frustrando o raciocínio crítico e reflexivo dos operadores, vez que estes simplesmente podem adotar a posição que melhor lhes convêm (KANT DE LIMA, 2012). É nesse ponto que a Antropologia Jurídica pode contribuir com uma guinada no modo de produção do conhecimento no Direito.

2.2 A interdisciplinaridade entre o Direito e a Antropologia na pesquisa empírica

Consoante já asseverado alhures, o Poder Judiciário enfrenta uma crise de legitimidade, causada, principalmente, por uma postura de distanciamento da realidade adotada por suas instituições.

O ponto de vista interdisciplinar já traz, por si só, a descoberta de novas vertentes no exame dos institutos jurídicos, vez que possibilita um olhar diferenciado sobre o objeto de estudo. Inobstante o distanciamento e a independência existentes no relacionamento entre Direito e Antropologia, é plenamente possível a realização de estudos sob uma ótica interdisciplinar, a fim de se alcançar uma visão mais aprofundada e completa das relações sociais, mitigando o abismo entre o real e o ideal.

A metodologia do estudo antropológico pode proporcionar investigações interessantes no sentido de permitir ao Direito tratar de forma mais aprofundada questões empíricas, além de admitir a chamada desnaturalização de suas formas de agir, dos seus conhecimentos e de suas instituições, permitindo uma maior interação com a população que é regulada por seus ditames, aproximando e proporcionando um ambiente mais transparente de cidadania, fazendo o operador do Direito compreender os conflitos, os direitos e concepções de justiça, principalmente diante de uma formação do profissional do Direito no Brasil que historicamente não focou a questão fática propriamente dita, tampouco o treinamento da pesquisa empírica (OLIVEIRA, 1988).

Um exemplo disso é a utilização de estudos de caráter etnográfico e comparativo, métodos característicos da Antropologia, na realização de pesquisas jurídicas, gerando um incremento de qualidade nas pesquisas de campo dos operadores do Direito (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2010).

O surgimento da etnografia deu-se a partir de relatos de contatos entre antropólogos e povos não ocidentais, normalmente tribos indígenas. Somente após a publicação de “Os argonautas do pacífico ocidental”, de Bronislaw Malinowski, é que o estudo etnográfico passou a envolver uma análise mais detida dos participantes. Assim, pode-se afirmar que a etnografia deixou de ser apenas descritiva, adquirindo, também, um caráter analítico, objetivando desvendar o funcionamento de uma determinada sociedade, abordando temas como, por exemplo, costumes, economia, sistema jurídico, entre outros.

A etnografia, como ferramenta de pesquisa empírica no Direito, tem o condão de auxiliar o pesquisador a compreender a realidade da sociedade em que está inserido, constatando certos valores que, muitas vezes, são opostos àqueles consagrados nas normas jurídicas. A adoção

do método etnográfico propicia, dessa forma, uma abordagem mais ampla do Direito, coadunando-se com a visão da sociedade acerca das leis que regulam o seu dia a dia. Nas palavras de Kant de Lima e Baptista:

A etnografia permite perceber valores e ideologia diferentes daqueles que informam explicitamente os discursos oficiais do campo. No caso do Direito, é certo que o discurso teórico produzido no campo nem sempre encontra correspondência nas práticas judiciárias, e vice-versa. Isto se deve, segundo nos parece, não apenas ao fato de que existe uma notória incompatibilidade entre os rituais judiciários e os valores e ideologia explicitados nos manuais e livros de doutrina mas, especialmente, ao fato de que existe, para além disso, uma completa invisibilidade dos valores e ideologia que norteiam os mesmos rituais. Nesse contexto, a pesquisa etnográfica surge, exatamente, para, através da descrição minuciosa e da recorrência dos dados de campo, amparada nas referências comparativas, tornar mais visível esta tal “teoria” (valores e ideologia) que orienta as práticas e rituais que se mostram incompatíveis com o discurso dogmático oficial (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2010, p. 6-7).

Por se tratar o Direito de uma ciência social, a dissociação entre a realidade fática e o dever-ser não pode ser tratado como algo natural, pelo contrário, a postura de relacionar melhor o estudo do Direito com a realidade deveria ser habitual, porquanto é impossível aperfeiçoar o ordenamento jurídico de uma nação sem olhar para as consequências que este gera na sociedade. A própria criação das normas jurídicas pressupõe a ocorrência de fatos concretos que reclamaram a atuação do legislador para preservar a ordem na sociedade. Portanto, não pode o Direito ignorar a realidade dos fatos, sob pena de se tornar arbitrário e destituído de eficácia social.

Todavia, a despeito da relevância das manifestações da realidade para o Direito, os fenômenos práticos são ignorados pela grande maioria dos juristas. Não há dúvidas de que esse desinteresse inicia-se já nas cadeiras das universidades. Analisando-se o currículo dos cursos de Direito existentes no Brasil, denota-se a quase inexistência de formação voltada à atuação prática do operador do Direito, o que é um grande contrassenso, porquanto, fazendo uma analogia, aprende-se o direito como se aprende uma linguagem se considerarmos que utilizamos o primeiro para produzir alguma manifestação jurídica, como uma sentença ou um parecer, assim como quem usa a língua, usa-a para comunicar-se. Portanto, o objetivo em se estudar o Direito, assim como aprender uma língua, é colocá-lo em prática, resolvendo questões jurídicas que nos são submetidas no dia a dia (LOPES, 2009).

Ademais, essa desvalorização da realidade fática eterniza-se no cotidiano das instituições jurídicas. É comum ouvir-se discursos de juízes, promotores e advogados menosprezando esse tipo de análise, sob o fundamento de que apenas a dogmática contribui para o

aperfeiçoamento do Direito. Nessa toada, esses operadores valorizam tão somente a reprodução de valores e ideologias que são postas no Direito através de opiniões e de conclusões que, na maioria das vezes, não seguem qualquer padrão de estudo criterioso, muitos menos adotam o rigor científico (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2010).

Impende ressaltar que, apesar dessa aparente aversão ao estudo interdisciplinar por parte dos juristas, existem diversos trabalhos que se utilizaram dos métodos antropológicos para enriquecer a pesquisa jurídica. Pode-se citar, por exemplo, o estudo conduzido por Alfred Reginald Radcliffe-Brown acerca da estrutura e função das sociedades primitivas, no qual ele se debruçou sobre aspectos do sistema penal existente nessas coletividades.

No Brasil também há trabalhos elaborados sob essa ótica interdisciplinar. Bárbara Lupetti, jurista de formação, em sua dissertação de mestrado abordou o funcionamento do princípio da oralidade na prática judiciária, utilizando-se para tanto de dados empíricos coletados junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Essa pesquisa demonstrou cabalmente que a oralidade é, de um lado, exaltada pelos doutrinadores como garantia do efetivo acesso à justiça e como desdobramento do princípio da participação democrática, mas, de outra banda, tratada como impedimento à celeridade processual por aqueles que atuam no dia a dia dos tribunais. Essa contradição entre os discursos reforça a já citada dicotomia entre a dogmática e a prática jurídica.

Todavia, pesquisas como as supracitadas ainda são ínfimas dentro do campo jurídico. A abordagem quase que exclusivamente teórica do Direito, no Brasil, leva a um cenário em que a produção científica centra-se em temas abstratos, sem qualquer preocupação sobre a aplicação das normas jurídicas no contexto fático. Esse foco no mundo do “dever-ser” causa um rompimento do Direito com a realidade, gerando o descrédito da população no ordenamento jurídico como solução para os conflitos surgidos no seio da sociedade.

As respostas prontas e definitivas gestadas pelos doutrinadores já não são suficientes para resolver as demandas de uma sociedade que não para de evoluir. É necessário que se fomente a pesquisa empírica no Direito, de modo que os fenômenos sociais voltem a ter papel central na evolução das leis, fortalecendo, assim, o próprio Estado Democrático de Direito, o que só será possível com a contribuição da Antropologia, cuja qualidade das pesquisas de campo é reconhecida por toda a comunidade científica (KANT DE LIMA; BAPTISTA, 2010).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as reflexões realizadas, é possível considerar que em uma sociedade plural e democrática a referida interdisciplinaridade entre o Direito e as Ciências Sociais pode ser capaz de proporcionar novas visões à pesquisa em Direito e favorecer a sociedade.

O distanciamento entre o Direito e os fenômenos sociais é apenas o resultado de dificuldades que já se iniciam nos primeiros contatos do estudante com o mundo jurídico. Desde a criação dos cursos de Direito no Brasil, após a independência de Portugal, o objetivo era formar profissionais para integrar a estrutura do Estado Brasileiro, necessitando, para tanto, de juristas aptos a compreenderem o ordenamento jurídico estudado em si mesmo, deixando-se de preocupar, pois, com o contexto fático no qual a norma é aplicada (COSTA, 2010).

Essa idiossincrasia do Direito pátrio perpetuou-se em razão do modo como os juristas atuam na prática, concentrando-se apenas no plano ideal, no campo do dever-ser, desprezando os efeitos gerados pelas normas jurídicas no plano fático, gerando, dessa forma, um descolamento da realidade. Essa postura acabou ocasionando a atual crise de legitimidade vivida pelo Direito, porquanto este é um produto social, que tem como objetivo a regulação das condutas humanas, sendo inadmissível tal separação.

A fim de se superar essa situação, um novo paradigma fomenta a realização de pesquisas de cunho empírico na seara jurídica, de modo que o Direito deixe de ser alheio ao contexto em que está inserido. E é exatamente nesse ponto que a Antropologia pode fornecer importantes subsídios, haja vista a tradição dessa ciência na produção de conhecimento científico mediante tal espécie de pesquisa.

Decorrente da citada relação existente entre as Ciências sociais e o Direito, como a Antropologia, colhe-se aportes teóricos, a partir de novas propostas epistemológicas para a pesquisa empírica em Direito capazes de proporcionar pesquisas científicas em Direito.

Não restam dúvidas, portanto, do quão importante é a aproximação entre Direito e Antropologia, visando à produção de pesquisas empíricas no campo jurídico, alcançando-se, assim, uma maior legitimidade das normas que regulam a vida em sociedade, através de uma melhor compreensão dos reflexos do Direito nas relações sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. **A pesquisa empírica no Direito: obstáculos e contradições.** Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2016/Microsoft%20Word%20-%20ABA%202008%20A%20pesquisa%20emp%20C3%ADrica%20no%20Direito.pdf> Acesso em 25 de julho de 2015.

COLAÇO, Thais Luzia. **Ensino e pesquisa do direito e da antropologia jurídica.** Disponível em: <<http://revistas.facbrasil.edu.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/770>>. Acesso em 27 de julho de 2015.

GARCIA, Margarida. **Novos horizontes epistemológicos para pesquisa empírica em direito:** “Descentrar” o Sujeito, “Entrevistar” o Sistema e Dessubstancializar as Categorias Jurídicas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Vol 1, n. 1, jan 2014, p. 182-209.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa.** Tradução de Vera Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2004.

KANT DE LIMA, Roberto. **Por uma Antropologia do Direito no Brasil.** In: *Ensaio de Antropologia e de Direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, pp. 01-38 e 233-259.

_____. **Antropologia Jurídica.** In *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Antônio Carlos de Souza Lima (org.). Blumenau: Nova Letra, 2012.

KANT DE LIMA, Roberto; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **O desafio de realizar pesquisa empírica no Direito: uma contribuição antropológica.** Trabalho apresentado no 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Recife, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Regla y compás, o metodologia para um trabalho jurídico sensato.** In: COURTIS, Cristian. *Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2009, p. 41-67.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Sobre o pensamento antropológico.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1988.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método.** *RDA*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan.-abr 2013.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1987.

VERONESE, Alexandre; FRAGALE FILHO, Roberto. **Pesquisa em direito: as duas vertentes vs. a não pesquisa.** In: Julia Maurmann Ximenes e Larissa Tenfen Silva (coords). *Ensinar direito o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MODULAÇÃO DE EFEITOS EM SÚMULAS VINCULANTES: UMA ANÁLISE DA PSV N.º. 69/STF QUE TRATA DA INCONSTITUCIONALIDADE DE INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELOS ESTADOS

DANIEL CORRÊA SZELBRACIKOWSKI³

Resumo: A guerra fiscal dos Estados em torno do ICMS motivou a prolação de inúmeros precedentes do STF no sentido da inconstitucionalidade da concessão de incentivos fiscais sem a prévia autorização do CONFAZ. Referida jurisprudência originou a proposta de súmula vinculante n.º. 69/STF. Diante da distinção entre o plano normativo e o plano dos atos concretos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade, é recomendável a modulação dos efeitos da proposta de sumula. Isso serviria para evitar que a declaração de inconstitucionalidade de todos os benefícios fiscais gerasse efeitos nefastos sobre os contribuintes que acreditaram no Estado e pautaram seus investimentos a partir da presunção de constitucionalidade das leis, muitas vezes contribuindo para a redução das desigualdades regionais, um dos princípios e objetivos fundamentais do país. Essa modulação não esvaziaria, entretanto, a plena eficácia do verbete em relação aos poderes executivo e judiciário, impossibilitando a produção de atos administrativos pautados em benefícios inconstitucionais e agilizando a apreciação dessas questões no âmbito do judiciário.

Abstract The tax war of states around the ICMS led to the delivery of numerous precedents of the Supreme Court on the unconstitutionality of the tax incentives without the prior permission of CONFAZ. This precedents originated the proposal of binding precedent no. 69 / STF. Given the distinction between the legislative plan and the plan of concrete actions arising from the declaration of unconstitutionality, it is recommended to modulating the effects of the proposed roster to avoid the adverse effects of the declaration of unconstitutionality of all the benefits on taxpayers who believed in the state and guided their investments from the laws. Moreover, in doing so, the companies contributed to the reduction of regional inequalities, one of the fundamental principles and objectives of the country. This adjustment does not deprive, however, the full effectiveness of entry in relation to the executive and judicial powers, making it impossible to grant administrative acts guided by unconstitutional benefits and speeding up the consideration of such matters in the judiciary.

INTRODUÇÃO

Desde 2012⁴ há uma proposta de súmula vinculante (PSV)⁵ em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF) para tratar de questões atinentes aos benefícios fiscais concedidos de forma inconstitucional.

Trata-se da PSV n.º. 69/12, segundo a qual “qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do

³ Advogado associado da Advocacia Dias de Souza. Bacharel em direito pela Universidade de Brasília – UnB. Pós-graduado em direito processual civil e direito tributário pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialista em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Professor de especialização em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET.

⁴ Em 24/04/2012 foi publicada a proposta de Súmula pelo Ministro Gilmar Mendes.

⁵ A Súmula Vinculante tem efeito imediato contra todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública, direta e indireta, conforme o art. 2º da Lei 11.417.

CONFAZ, é inconstitucional”. Referida proposta de súmula tem origem nas regras constitucionais e legais que limitam a concessão de incentivos fiscais de ICMS, exigindo, para tanto, a aprovação de todas as unidades federativas, mediante a edição de Convênio unânime no âmbito do CONFAZ⁶.

Com efeito, o artigo 155, § 2º, XII, “g” da Constituição Federal de 1998 (CF/88) remeteu à lei complementar a regulação da “forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”.

A Lei Complementar (LC) referida é a de nº. 24 de 1975 que foi recepcionada pela Constituição atual. Dispõe essa lei, em seu artigo 2º, § 2º, que “A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados”.

Ocorre que, há anos, praticamente todos os Estados da federação vêm concedendo incentivos fiscais sem a concordância dos demais entes, o que, apesar de poder contribuir para o objetivo constitucional de diminuição das desigualdades regionais (arts. 3º, III; 151, I; 165, §§6º e 7º e 170, VII da CF/88), viola o art. 155, § 2, XII, ‘g’ da Constituição Federal e também o disposto na LC nº. 24/75.

Essa inconstitucionalidade já foi reconhecida inúmeras e reiteradas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, desde 1989 e até os dias atuais⁷, originando, assim, a legítima proposição de súmula vinculante a respeito.

Este artigo pretende analisar a referida proposta de verbete vinculante a partir dos efeitos – gerais e específicos – que decorreriam de sua aprovação. Referida verificação partirá da exploração dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos planos da validade e da eficácia para, na sequência, centrar-se nos efeitos específicos que a aprovação do verbete causaria sobre o Legislativo, Judiciário e Executivo. Na sequência, serão apontados eventuais impactos da aprovação do verbete sobre os particulares e se estariam presentes os pressupostos para a modulação de seus efeitos.

1 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E A MODULAÇÃO DE EFEITOS.

O pressuposto para a compreensão do fenômeno da declaração de inconstitucionalidade e de

⁶ Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

⁷ A propósito, foi concedida cautelar na ADI-MC 84/MG (Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 06.10.1995). Comentando a vasta jurisprudência do STF sobre o assunto, vide: MENDES, 2011; BORGES, 1996. E CAMPOS, 2014.

seus efeitos, no contexto da jurisdição constitucional, é a distinção entre vigência (existência), validade e eficácia da norma jurídica.

Em síntese, a vigência equivale à existência – positiva – da norma jurídica, isto é, à vida⁸ das normas jurídicas.

KELSEN⁹, ao tratar de vigência, parece associar esta com existência positiva da norma. Para VON WRIGHT¹⁰, a vigência é um dos sentidos da validade. A vigência cessa – dizem alguns, naturalmente¹¹ – com a revogação da norma por outra posterior ou com o atingimento de determinadas condições previstas pela própria norma.

A validade, por sua vez, refere-se à legalidade no ato de emissão da norma. Trata-se de um juízo de adequação da norma inferior com a norma hierarquicamente superior que lhe dá suporte. Este, aliás, é o segundo sentido de validade de VON WRIGHT.

Em outras palavras, a norma jurídica, para ser válida, deve ser concordante – não contraditória – com as demais que integram o sistema e que lhe são hierarquicamente superiores. Essa concordância deve ser formal, no sentido de terem sido obedecidos os procedimentos que as normas de estrutura definem para a criação de outras regras jurídicas, ou de conteúdo, isto é, em termos axiológicos de ser materialmente compatível com as normas de hierarquia superior.

A eficácia jurídica, por fim, diz respeito à capacidade de uma norma jurídica de produzir efeitos jurídicos¹². Trata-se de característica ligada à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma. Discute-se, ainda, acerca da efetividade das normas, o que se relaciona com a questão da eficácia social das normas positivamente postas¹³.

⁸ REALE, 1982: 459.

⁹ KELSEN, 1974: 28.

¹⁰ WRIGHT, 1970: 200.

¹¹ “Quando nos referimos à revogação, fazemo-lo no sentido de que uma norma deixa de existir por uma decorrência normal, consequência de um desenvolvimento social, que faz com que a matéria mereça novo tratamento, ocasionando uma mudança no ordenamento jurídico. Isto ocorre naturalmente, sem consideração sobre sua validade, partindo do pressuposto de sua concordância com as normas superiores do ordenamento” (FERRARI, 200: 147)

¹² “(...) a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica” (SILVA, 1998: 65/66)

¹³ Existe, ainda, a denominada eficácia técnica. Vide: Ferraz Junior, 1994: 197/198.

Tais esclarecimentos são necessários, pois a declaração de inconstitucionalidade atinge diretamente a validade da norma jurídica, indiretamente sua vigência¹⁴, e produz determinados efeitos.

A consequência da invalidade seria a nulidade ou a anulabilidade da norma. Geralmente associa-se a nulidade ou anulabilidade da norma no que se refere aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Para a corrente doutrinária que sustenta a nulidade, afirma-se que a norma desde sempre foi inconstitucional. O Tribunal apenas *declara* esse estado de fato inconstitucional e os efeitos atingem retroativamente o passado (*ex tunc*). Isso porque, admitir que as normas inconstitucionais geram efeitos significaria admitir a suspensão provisória da Constituição Federal, esvaziando o princípio da supremacia da constituição¹⁵. Essa é a vertente teórica assumida pelos Estados Unidos da América¹⁶ e, em grande medida, pelo Brasil¹⁷.

Para a corrente que sustenta a anulabilidade das normas, estas só seriam consideradas inconstitucionais com a decisão constitutiva do Tribunal, de modo que sua eficácia cessaria para frente (*ex nunc*). Esse entendimento pressupõe a presunção de validade das normas postas no mundo jurídico pela autoridade competente. Reconhece-se que a aplicação da lei inconstitucional, no passado, foi um “*fato eficaz*, apto a produzir consequências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público”¹⁸. Essa vertente teórica foi sustentada por KELSEN¹⁹ a partir da análise do funcionamento do Tribunal Constitucional da

¹⁴ “Vemos, pois, que, enquanto a revogação decorre de uma situação normal, natural, segundo critério de oportunidade e conveniência, a nulidade ou anulação decorre da invalidade do ato normativo face ao ordenamento jurídico. Dessa forma, a falta de validade traz como consequência a nulidade ou a anulabilidade de tal ato” (FERRARI, 2004: 149)

¹⁵ Rp. 971, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 87, p. 758; Rp. 1.016, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 95. P. 993.

¹⁶ “The unconstitutional statute is not law at all” (WILLOUGHBY, 1910: 9-10).

Ainda assim, nos Estados Unidos há exemplos de mitigação do princípio da nulidade absoluta, conforme se verifica do caso *Linkletter v. Walker*.

¹⁷ Em sentido contrário, vide voto vencido do Ministro Leitão de Abreu no RE 79.343/BA, julgado em 31.05.1977 e publicado na RTJ 82/795.

¹⁸ MENDES, 1998: 412.

¹⁹ “Também é controverso se uma lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte deve ser considerada como nula *ab initio*. Uma interpretação nesse sentido da decisão da Suprema Corte significaria que tal decisão anula a lei de maneira geral e com força retroativa, abolindo-se assim todos os seus efeitos anteriores. Dentro de um sistema de direito positivo, porém, não existe nulidade absoluta. Não é possível caracterizar como inválido a priori (nulo *ab initio*) um ato que se apresenta como legal. Somente a anulação de tal ato é possível; ele não é nulo, mas anulável, eis que não é possível afirmar que um ato é nulo sem que se responda a questão sobre quem tem competência para estabelecer tal nulidade. Uma vez que a ordem legal – a fim de evitar a anarquia – dá a certas autoridades o poder de definir se um ato é nulo, tal definição tem sempre um caráter constitutivo, e não declaratório. O ato somente é ‘nulo’ se a autoridade competente assim o declarar. Essa declaração é uma anulação, uma invalidação. Antes dela o ato não é nulo, pois ser “nulo” significa legalmente inexistente, e o ato precisa existir legalmente para poder ser objeto de julgamento por uma autoridade. A anulação pode ser retroativa e o ordenamento autorizar todo indivíduo a estabelecer a nulidade do ato, isto é, anulá-lo com força

Áustria. Segundo DI RUFFIA²⁰, levada ao extremo, a anulabilidade e a irretroatividade da declaração, nem mesmo as partes do processo seriam beneficiadas pela inconstitucionalidade.

Apesar de adotar a teoria da nulidade, o direito brasileiro prevê a distinção do “efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) – validade – e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*) – eficácia – através das chamadas fórmulas de preclusão”²¹.

Essa diferenciação entre os planos da validade e da eficácia busca preservar os postulados constitucionais – também dotados de supremacia e de força normativa²² – do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, corolários da segurança jurídica.

Nesse sentido, prevê a legislação a possibilidade de mitigação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma.

Segundo o art. 27 da Lei nº. 9.868/99, o STF pode modular os efeitos de suas decisões por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. A jurisprudência da Corte evoluiu para aplicar a modulação de efeitos, não só em Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI e Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC (regidas pela aludida Lei), mas, também, em controle de constitucionalidade incidental²³, mediante provação por embargos de declaração²⁴ ou mesmo de ofício²⁵.

Ao decidir sobre a modulação dos efeitos, seja para negá-la ou concedê-la, o STF refere-se a diversos princípios de conceituação aberta em cotejo com as hipóteses de fato danosas à ordem social que podem ocorrer caso não seja atribuído o efeito prospectivo²⁶. Em síntese, o

retroativa. Normalmente, porém, apenas certos órgãos da comunidade jurídica são autorizados a estabelecer a ‘nulidade’ de atos que se apresentam como legais.

Em particular, é impossível considerar absolutamente invalidade ou ‘nula ab initio’ uma lei promulgada pelo legislador competente. Somente as cortes têm o poder de decidir a questão da inconstitucionalidade de uma lei. Se alguém se recusa a obedecer uma lei por entendê-la inconstitucional, está atuando sob o risco de que a corte competente considere ilegal sua conduta, ao ter a lei por constitucional. Do ponto de vista legal apenas a opinião da corte é decisiva, portanto a lei deve ser considerada válida enquanto não for declarada inconstitucional pela corte competente. Esse pronunciamento, assim, tem sempre um caráter constitutivo, não declaratório. (KELSEN, 2007: 308 e ss)

²⁰ Levado ao extremo a anulabilidade e a irretroatividade da declaração, nem mesmo as partes do processo seriam beneficiadas pela inconstitucionalidade. (DI RUFFIA, 1973: 573).

²¹ MENDES, 1998: 416.

²² “A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. (...) A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pelo Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder” (HESSE, 1991: 26-27).

²³ HC 82.959, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 01.09.06.

²⁴ RE-ED 500.171/GO, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJ 2.6.2011; ADI-ED 3601/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, Pleno, DJ 15.12.2010

²⁵ ADI 2.797, voto Ministro Luiz Fux.

²⁶ HC 82.959, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 01.09.06: “Como ressaltado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal procede à diferenciação entre o plano da norma (*Normebene*) e o *plano do ato concreto*

deferimento do pedido de modulação de efeitos deverá considerar se “a supressão da norma poderá ser mais danosa para o sistema do que a sua preservação temporária”²⁷, de modo a ser necessária uma “ponderação concreta”²⁸, considerando que “as três vertentes do princípio da proporcionalidade têm aplicação na espécie (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)”²⁹.

O indeferimento do pedido de modulação de efeitos, ao contrário, pode ocorrer quando se verifica que, com a atribuição de efeitos prospectivos, incentiva-se a edição de normas pelo Poder Público “visando à feitura de caixa” com “enriquecimento ilícito do Estado”³⁰, principalmente em “matéria tributária”.

Nesse sentido, o STF tem negado a modulação de efeitos, quando, ao contrário de garantir a segurança jurídica, a atribuição de efeitos prospectivos viola a proteção à confiança³¹.

Assim como é facultado no julgamento de ações de índole objetiva (ADC, ADI, RE com Rep. Geral, ADPF) o STF pode modular os efeitos da Súmula, por decisão de 2/3 dos Ministros. Os requisitos são idênticos aos utilizados nos processos de controle constitucional: segurança jurídica ou excepcional interesse público, conforme dispõe o art. 4º da lei nº. 11.417/06.

Em função desses pressupostos teóricos e jurisprudenciais relacionados aos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade, cumpre verificar quais seriam os possíveis efeitos da aprovação da proposta de Súmula Vinculante nº. 69 e, na sequência, se seria adequado modulá-los em alguma medida.

2 EFEITOS DA APROVAÇÃO DA PSV 69 SOBRE OS PODERES DO ESTADO

Em relação ao Poder Legislativo, a aprovação da mencionada Súmula possivelmente não impedirá o Legislativo dos Estados de continuarem editando novos benefícios

(Einzelaktebene) também para excluir a possibilidade de anulação deste em virtude da inconstitucionalidade do ato normativo que lhe dá respaldo” (Voto Ministro Gilmar Mendes).

²⁷ Vide HC 82.959, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 01.09.06, Voto Ministro Gilmar Mendes.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ AI 662043 AgR, DJ 21.08.09, Relator Ministro Marco Aurélio; AI 589064 AgR, DJ 14.11.08, Relator Ministro Marco Aurélio; AI-AgR 557.237, 2ª T., DJ 26.10.2007, Relator Ministro Joaquim Barbosa.

RE 535.085, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 23/04/2013; RE 634.578, Relator Ministro Joaquim Barbosa.

³¹ RE 598.099: negada a modulação em debate acerca do direito à nomeação de aprovado em concurso público quando há previsão de vagas. Naquele julgamento, o Ministro Gilmar aduziu que “o dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, o que decorre do necessário respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Na espécie, portanto, a segurança jurídica não ampara a prospectividade da aplicação desse novo entendimento jurisprudencial, mas, antes, o princípio da proteção à confiança impõe a procedência do presente mandado de segurança”.

inconstitucionais, pois a obrigatoriedade da Súmula não necessariamente os alcança, embora o tema não seja pacífico na doutrina³².

Isso porque não há previsão legal de vinculação do poder legislativo às súmulas vinculantes e o STF não tem conhecido de Reclamações avariadas em face do Poder Legislativo³³. A razão de ser dessa não vinculação do legislativo ao judiciário assenta-se, sobretudo, na possibilidade de existência de *diálogo institucional*³⁴ entre o Judiciário e o Legislativo, possibilitando-se uma contínua evolução do direito a partir da troca de experiências entre esses poderes do Estado.

No que se refere ao Poder Judiciário, a edição de Súmula Vinculante permitiria a utilização de decisão monocrática, pelos Relatores em processos em curso nos Tribunais, para a reforma de decisão que se encontre em dissonância com entendimento da Súmula, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil - CPC. Nesse sentido, ações civis públicas e populares que questionam benefícios inconstitucionais poderiam ser apreciadas monocraticamente.

³² De fato, ao contrário do nosso sistema normativo e da atual jurisprudência do STF, parte da Doutrina (principalmente a Lusitana) entende que até mesmo o Poder Legislativo está submetido aos efeitos vinculantes: "II - A força obrigatória e geral traduz-se em vinculatividade para todas as entidades públicas e privadas.

A declaração vincula:

a) O legislador e os demais órgãos normativos, os quais não podem: 1º) retomar ou voltar a publicar a norma inconstitucional; 2º) tratando-se apenas de inconstitucionalidade orgânica e formal, retomá-la sem afastar os vícios que a inquinam; 3º) convalidar, por via legislativa, actos administrativos praticados à sombra de lei declarada inconstitucional..." (MIRANDA, 2013: 484). No mesmo sentido: CANOTILHO, 2008: 1.081 e MARCELO REBELO DE SOUSA, 1988: 264/265.

³³ "O efeito vinculante e a eficácia contra todos (*"erga omnes"*), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF. Doutrina. (...) Não foi por outra razão que o art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, ao referir-se ao efeito vinculante, claramente restringiu-o, no plano subjetivo, "aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal", tal como bem o proclamou, a propósito desse tema, o E. Plenário do Supremo Tribunal Federal: (...) Precedentes. Inadequação, em tal contexto, da utilização do instrumento processual da reclamação.(...) (Rcl 5442 MC, Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 31/08/2007, publicado em DJ 06/09/2007 PP-00058 RDDP n. 56, 2007, p. 185-188). No mesmo sentido: Rcl 467, Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/1994, DJ 09-12-1994).

³⁴ Ao dispor sobre esse diálogo institucional, VICTOR assenta que:

"o poder legislativo não se vincula às decisões do STF, sobretudo quando veiculadas no controle abstrato de normas, quando terão evidentemente, de uma forma ou de outra, caráter interpretativo. O sistema impede a vinculação e impõe a liberdade ao legislador como ponto central de seu mecanismo de funcionamento, pois é justamente quando a Corte declara a inconstitucionalidade de uma lei com efeitos vinculantes e *erga omnes* – dos quais fica excluído o legislativo – que a atuação do parlamento é potencialmente libertadora.

Quando se chega nesse ponto, somente o Poder Legislativo poderá reabrir o debate constitucional por meio da edição de uma nova lei, já que os outros Poderes e órgãos estão vinculados pela decisão do Supremo Tribunal Federal, e este não pode agir de ofício e ditar uma lei nova" (VICTOR, 2015: 231)

Apesar dessa posição, com a qual concordamos integralmente, cumpre referir que, na hipótese de vício formal de inconstitucionalidade, tal como se dá na hipótese, a referida liberdade do legislador seria bem menos elástica, considerando a necessidade de modificação da própria Constituição, no caso, em seu artigo 155, §2º, XII, 'g'. Isso, a rigor, fecharia as portas para o legislador local - dos Estados - que deveria, assim, seguir o entendimento do Supremo, salvo na hipótese de modificação da Constituição.

Além disso, seria possível o manejo de Reclamações ao Supremo em face de decisões judiciais que descumpram os termos da Súmula.

Segundo DERZI, “do ponto de vista jurídico, claro que uma súmula vinculante facilita reclamações por parte dos Estados, em um processo muito mais rápido, diretamente ao STF, se houver novo procedimento inconstitucional por parte do outro Estado concedente do benefício, de forma irregular”³⁵. Semelhantemente, SCAFF aponta que “a aprovação dessa Súmula Vinculante pelo STF tornará a questão ainda mais complexa, com a introdução de uma decisão que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Certamente aumentará exponencialmente o número de reclamações perante o STF (art. 103-A, parágrafo 3º, da CF)”³⁶.

Igualmente, BRANDÃO JUNIOR afirma que a aprovação da PSV nº. 69 “poderá configurar, quando muito, um instrumento para dar celeridade ao provimento judicial em cumprimento do disposto no art. 5º, LXXVIII, CF/88”³⁷

Em relação à administração, verifica-se que os atos administrativos, tais como Decretos, que forem editados após³⁸ a edição da Súmula Vinculante também ficariam sujeitos a Reclamação. Entretanto, distinguindo-se o ato reclamado (decreto ou atos normativos do executivo que regulamentam o incentivo fiscal) do diploma normativo que fundamenta o ato reclamado (lei que concedeu o incentivo), verifica-se que, para fins de ajuizamento de Reclamação, o primeiro deve ser posterior à Súmula, mas o segundo não necessariamente³⁹.

Além disso, a aprovação do verbete vinculante aumentaria a exposição dos Governadores e Secretários de Estado a ações de improbidade administrativa⁴⁰ e submeteria os particulares que utilizaram do benefício a ações de cobrança, por meio de ações civis públicas⁴¹ ou populares⁴², inclusive pelo Estado de destino⁴³. Com efeito, de acordo com o artigo 11 da Lei

³⁵ DERZI, 2013: 22.

³⁶ SCAFF, 2014:101.

³⁷ BRANDÃO JUNIOR, 2014: 233-234.

³⁸ A atual jurisprudência do STF não admite o processamento de Reclamação em face de ato anterior à Súmula: Rcl 7900 AgR, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe-172 08-09-2011; Rcl 11667 AgR, Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe-151 PUBLIC 08-08-2011.

³⁹ Rcl 2537, Relator(a): Ministro GILMAR MENDES, julgado em 10/08/2011, publicado em DJe-157 PUBLIC 17/08/2011

⁴⁰ Vide, exemplificativamente, os seguintes recursos especiais tratando do assunto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº. 1.225.426/SC e REsp 1.277.917/AP.

⁴¹ Vide RE 576.155/DF.

⁴² Vide Reclamação nº. 664/RJ.

⁴³ Matéria em discussão no RE 628.075/RS e ADI 3.692/SP. Vide art. 8º da LC 24/1975.

de Responsabilidade Fiscal (LRF)⁴⁴, os Estados seriam obrigados a cobrar o imposto dispensado, sob pena de responsabilização.

Por isso, ao comentar a hipótese de aprovação da PSV nº. 69, SCAFF asseverou que “caso haja a compreensão de que estes valores são devidos, os Estados deverão cobrá-los, sob pena de serem eles próprios responsabilizados administrativa e financeiramente, na forma da Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 110). Assim, não se trata de uma *facultas agendi*, mas de uma obrigação vinculada de agir coativamente cobrando tais créditos tributários – isto é, se houver amparo jurídico para tanto”⁴⁵

Tal reflexão é relevante principalmente quando se verifica que o executivo poderá ter que optar entre a manutenção ou suspensão de um benefício que, apesar de ser inconstitucional, ainda não foi assim declarado pelo Judiciário em controle difuso ou abstrato de constitucionalidade.

Como agirá a administração nessas situações? Aguardará o judiciário declarar formalmente a inconstitucionalidade da norma? E se essa declaração nunca vier? Suspenderá o benefício de ofício, exercendo um juízo de constitucionalidade do ato emanado do legislativo local, com possível invasão entre os poderes? Sustará apenas os atos próprios do executivo em função da Súmula?

Esses questionamentos demonstram o risco à segurança jurídica decorrente da edição da Súmula desacompanhada de modulação ou, ao menos, de esclarecimentos que possibilitem sua interpretação.

Em suma, além de atingir diretamente o contribuinte que se valeu do benefício inconstitucional, a edição do verbete vinculante sobre a matéria em referência aumentaria as chances de o Judiciário responder de maneira mais rápida e efetiva em relação a novos benefícios fiscais concedidos em desconformidade com a legislação, criaria obstáculos ao executivo para a edição de novos benefícios ou atos administrativos a eles relacionados sem sua submissão ao procedimento legal e constitucionalmente correto, mas não impediria o legislativo estadual de continuar a editar benefícios – formalmente – inconstitucionais.

⁴⁴ Lei Complementar nº. 101/2000:

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

⁴⁵ Idem, 2014: 107.

3 PSV Nº. 69/STF. MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM RELAÇÃO AOS BENEFÍCIOS JÁ CONCEDIDOS

Tendo-se em vista os efeitos que a aprovação de uma Súmula Vinculante geraria sobre os contribuintes, é relevante verificar em que medida a modulação desses efeitos seria social e economicamente mais benéfica do que a edição do verbete com efeitos imediatos e *ex tunc*.

Não se deve ignorar que a ausência de unanimidade nas questões relacionadas à instituição de benefícios fiscais de ICMS – e a manutenção da regra que a exige – têm levado os Estados a agirem com base na cultura do “jeito”, concedendo incentivos unilateralmente com reflexos evidentes sobre a eficiência da administração pública, o planejamento de negócios e a livre competição⁴⁶.

Trata-se de desvio concorrencial⁴⁷ generalizado entre os Estados, não sendo excessivo lembrar que a competição fiscal⁴⁸ ocorre no Brasil desde 1920, passando pela criação do ICM, em 1965, e do CONFAZ, em 1970, sendo este último um órgão destinado a controlar e coordenar as disputas entre os Estados no que respeita aos incentivos fiscais ancorados no ICMS⁴⁹.

Ao falhar nesse mister, cabe ao STF, como Tribunal da Federação (art. 102, I, f)⁵⁰ e guardião da Carta Maior⁵¹, regular os excessos legislativos e proteger o pacto federativo, de modo a buscar a atenuação da denominada Guerra Fiscal⁵².

⁴⁶ “O jeito é essencialmente uma instituição ‘ad hoc’, e sua incerteza e imprevisibilidade desencorajam potenciais investidores. A falta de uma estrutura jurídica previsível dificulta o planejamento de negócios. Transações veladas pela legalidade dúbia do jeito podem funcionar às mil maravilhas hoje, e desmornar amanhã. Existe também um significativo preço moral. Frequente recurso ao jeito contribui para o desrespeito geral à lei e aos procedimentos ordenados – um problema muito sério no Brasil de hoje. O fato de competidores recorrerem ao jeito, impunemente, força o homem de negócios, mesmo aquele que queira observar a lei, a também utilizá-lo, a fim de poder competir” (ROSENN, 2002: 101).

⁴⁷ Sob a ótica da avaliação econômica da Guerra Fiscal, especificamente para revisitar a literatura da concorrência fiscal, fenômeno também internacional, ver FERREIRA, VARSANO e AFONSO (2005).

⁴⁸ Destaque-se que “o uso da tributação como instrumento de intervenção do Estado nas relações com concorrências e no desenvolvimento econômico do país é imprescindível. No entanto, o que deve ser evitado é a utilização irracional e excessiva da extrafiscalidade. (...) Com outras palavras, a aplicação da extrafiscalidade é necessária, mas tem limites. Além de certas limitações de ordem legal e técnico-administrativa, a extrafiscalidade encontra, obviamente, seu principal limite nas necessidades financeiras do Estado, visto que na sua utilização sempre existe o perigo de uma perda de ingressos num grau não justificável”. (ROTHMANN, 2009: 349-350).

⁴⁹ Vide: AFONSO, SOARES e CASTRO (2013).

⁵⁰ Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 1993, p. 487; v. tb. Ferraz Jr "Litígio Constitucional entre Estados-Membros e a Competência do STF" in Revista de Direito Administrativo, out-dez 1993, p. 6 ss.

⁵¹ “A Constituição da República confere ao Supremo Tribunal Federal a posição eminente de Tribunal da Federação (CF, art. 102, I, “f”), atribuindo a esta Corte, em tal condição institucional, o poder de dirimir controvérsias que, ao irromperem no seio do Estado Federal, culminam, perigosamente, por antagonizar as unidades que compõem a Federação. Essa magna função jurídico-institucional da Suprema Corte impõe-lhe o

Nesse contexto, e considerando que a aprovação da PSV n°. 69 teria o condão de suspender os incentivos fiscais já concedidos; recrudescer a utilização, pelo Ministério Público e Fazendas Estaduais, de medidas judiciais propostas para a cobrança do imposto incentivado dos últimos cinco anos, inclusive no Estado de destino; e impactar diretamente as atividades empresariais exercidas nos Estados incentivadores⁵³, não seria irrazoável a atribuição de eficácia prospectiva à Súmula.

Essa reflexão encontra justificativa na moralidade dos atos legislativos e na proteção à confiança do contribuinte (arts. 5º, *caput*, e 37 da CF/88), este último “expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos”.⁵⁴

Com efeito, a despeito da (in) constitucionalidade do agir dos Estados⁵⁵, o fato é que diversos contribuintes confiaram nos benefícios que foram prometidos e instituídos por lei com presunção de constitucionalidade.

Em face desses atos de Estado, empresas mudaram seus planos de negócios e realizaram investimentos em locais onde, sem tais incentivos, não investiriam, mantendo-se a desigualdade regional tão combatida pelo texto constitucional.

gravíssimo dever de velar pela intangibilidade do vínculo federativo e de zelar pelo equilíbrio harmonioso das relações políticas entre as pessoas estatais que integram a Federação brasileira. A aplicabilidade da norma inscrita no art. 102, I, “F”, da Constituição estende-se aos litígios cuja potencialidade ofensiva revela-se apta a vulnerar os valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento jurídico, o pacto da Federação”. (ACO 2661 MC-Ref, Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 08-06-2015 PUBLIC 09-06-2015)

⁵² Segundo SCAFF, “é imperioso que surja um meio de fazer cessar por completo a guerra fiscal em todos os Estados, ao mesmo tempo, vedando qualquer nova iniciativa nesse sentido, e que seja implementada uma política pública para reduzir as desigualdades regionais e intra-regionais, a fim de que este tipo de procedimento não seja mais necessário, pois gera um enorme desequilíbrio na Federação”. (SCAFF, 2005: 16-31). Para HARADA, “O incentivo fiscal, conquanto justificável e desejável em termos teóricos, na prática, a sua implementação, muitas vezes, tem sacrificado em vão a justiça fiscal, em razão do seu desvirtuamento envolvendo irregularidades constantes. Seria preferível sua substituição por subvenções que se traduzissem, realmente, em uma política transparente, onde os benefícios outorgados pudessem ser levantados e quantificados para conhecimento dos contribuintes em geral” (HARADA, 1990: 2697). No mesmo sentido: TORRES, 2007: 327-344 e COELHO, 2007: 347-354.

⁵³ Estudo da FGV sobre doze plantas incentivadas demonstrou que tais empreendimentos incentivados aumentaram 1,2% do PIB e 2% na arrecadação de impostos no ano de 2010. (Impactos Socioeconômicos da Suspensão de Incentivos Fiscais, Fundação Getúlio Vargas – FGV Projetos, Rio de Janeiro, 2011)

Além disso, segundo levantamento da Rosenberg & Associados, em 2006, a supressão abrupta de incentivos fiscais reduziria R\$ 60 bilhões do PIB e diminuiria 400 mil empregos nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (Importância dos Incentivos Fiscais Regionais para o Desenvolvimento Econômico-social, Estudo preparado para a ADIAL BRASIL, 2009).

⁵⁴ CANOTILHO, 1999.

⁵⁵ Esse “agir inconstitucional” é retroalimentado pela exigência de unanimidade para as deliberações no CONFAZ que atualmente implica a inexistência absoluta de consenso sobre essas questões e a própria inviabilidade de concessão de incentivos de ICMS de forma constitucional.

De fato, a Constituição Federal estabelece que a redução da pobreza e das desigualdades sociais e regionais constitui objetivo fundamental da República (art. 3º, inc. III⁵⁶) e princípio da ordem econômica (art. 170, inc. VII⁵⁷). O Estado *Federal*, nele compreendidos a União, os Estados-Membros e os Municípios, deve exercer papel regulador da atividade econômica, podendo para esse fim conceder incentivos fiscais (CF, art. 174 e art. 151, I).

Os incentivos fiscais *lato sensu* assumem, assim, a feição da utilização extrafiscal do tributo⁵⁸, que deve ser vista não apenas a partir de sua finalidade indutora⁵⁹ naquilo em que excede a função fiscal⁶⁰ – esta meramente arrecadatória –, mas como parâmetro de verificação da legitimidade do poder instituído. Nesse sentido, a extrafiscalidade buscada por intermédio dos incentivos fiscais deveria visar o atendimento ao interesse público e aos objetivos fundamentais do Estado, dentre eles o da redução das desigualdades regionais.

Sob esses aspectos, verifica-se empiricamente que alguns investimentos em localidades de baixo desenvolvimento industrial e econômico geraram renda, emprego e qualificação da mão de obra, conforme demonstra análise realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) sobre doze plantas industriais incentivadas em diversos Estados da Federação⁶¹.

Em relação aos denominados TAREs, por exemplo, a Diretoria de Arrecadação do Distrito Federal⁶² explicitou que, entre 1999 a 2002, houve incremento na receita média mensal da ordem de R\$ 2 milhões, considerando o ano de 2000 contra o de 1999; de R\$ 3,5 milhões, no ano de 2001, ante o de 2000; e de R\$ 3,2 milhões, em 2002, em comparação a 2001. Em termos nominais, a receita do Setor Atacadista cresceu cerca de 74% entre 1999 e 2001.

⁵⁶ Art. 3º Constituem **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais**;

⁵⁷ Art. 170. **A ordem econômica**, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os **seguintes princípios**:

VII - **redução das desigualdades regionais e sociais**. Vide, ainda, o art. 151, I, e 165, §§6º e 7º da CF/88.

⁵⁸ O tributo, no contexto do Estado Democrático de Direito, deve ser compreendido como o “preço da liberdade” (SHOUERI, 2013: 31) e garantidor do direito de propriedade “pós-tributação” (GASSEN, 2009: 4). Isso significa que o tributo surge como elemento de legitimação “normativo-institucional” e “substancial” do próprio Estado, que o utiliza de forma extrafiscal para intervir na economia e na sociedade, de modo a gerar *condições dignas* a partir da apropriação de parte do patrimônio alheio (GASSEN, 2012: 44/45).

⁵⁹ SHOUERI, 2005: 20 e ss.

⁶⁰ MACHADO, 2004, p. 75.

⁶¹ A FGV demonstrou que empreendimentos instalados e operados graças a incentivos de ICMS produzem efeitos multiplicadores não só da arrecadação, como também do PIB e do emprego. Um dos projetos analisados pela FGV está instalado no Distrito Federal e, sozinho, viabilizou cerca de 1,2% da sua arrecadação tributária, no ano de 2010 (p.25). (FGV - Impactos Socioeconômicos da Suspensão de Incentivos Fiscais, Rio de Janeiro, 16 de setembro de 2011)

Para uma análise empírica sobre a concorrência horizontal entre os Estados em torno do ICMS, no período de 1985 a 2001, vide: DE MELLO, 2007.

⁶² Dados extraídos das informações prestadas pelo Distrito Federal no Processo n.º. 2003011008145-4 (0008145-71.2003.807.0001 – Tribunal de Justiça do Distrito Federal – AREsp 351.884 – íntegra eletrônica obtida no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça).

Referidos incentivos resultaram no crescimento da participação percentual do Setor Atacadista no Distrito Federal no total da Arrecadação do ICMS nos percentuais de 8,7% em 1999; 8,9% em 2000; 10,6% em 2001 e 12,3% até junho de 2002. O volume da receita do Setor Atacadista, por exemplo, passou de um patamar de R\$97 milhões para R\$167 milhões em 2001, chegando a R\$103 milhões no acumulado de janeiro a junho de 2002.

Os referidos dados empíricos confirmam as informações divulgadas pelo IBGE, em pesquisa realizada no período de 1995 a 2007, em que se verificou uma diminuição, de 88,7% (1995) para 87,2% (2007), da participação dos Estados mais industrializados do país na indústria de transformação nacional, a revelar uma evolução no caminho da redução das desigualdades regionais. Tais dados revelaram, além disso, que os 19 Estados menos desenvolvidos aumentaram sua participação de 18,5% para 21,3% do PIB. Esse movimento, segundo o IBGE, “foi impulsionado por investimentos regionais ou mesmo pela guerra fiscal, ou ainda pela procura de mão-de-obra mais barata em outras unidades da federação”⁶³.

Segundo esses elementos, verifica-se que a declaração de inconstitucionalidade de todos os incentivos fiscais concedidos no país, de forma vinculante e sem qualquer modulação, teria relevantes – e possivelmente nefastos – impactos sociais e econômicos.

Essa realidade sugeriria a modulação de efeitos da PSV n°. 69, de modo a atingir apenas os incentivos concedidos após a sua edição ou, quando menos, para preservar alguns dos efeitos dos benefícios concedidos anteriormente, tais como os créditos tributários nascidos em consonância com a lei declarada inconstitucional nos cinco anos anteriores à data da edição verbete. Afinal, a modulação de efeitos pressupõe um risco à “ideia de segurança jurídica” ou “outro princípio constitucional”⁶⁴, levando em consideração o “plano do ato concreto”⁶⁵, isto é, o plano dos atos já praticados⁶⁶.

⁶³ <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=1497&busca=1&t=ibge-releases-regional-accounts-2007>>. Acesso em: 11 de março de 2016.

⁶⁴ ADI 3.819, DJ 23.03.08, Relator Ministro Eros Grau: No caso dos Defensores Públicos investidos na carreira sem concurso público, o STF entendeu que, para evitar *‘prejuízos de ordem social’* era de rigor a modulação dos efeitos para que a declaração de inconstitucionalidade da lei não afetasse o serviço prestado pela Defensoria. Isso porque *“a Defensoria Pública de Minas Gerais – já aqui passo à segunda parte de minha observação – atua de modo precatório, o que seria agravado em razão do afastamento de alguns dos atuais defensores de seus cargos”* (Ministro Eros Grau, Relator). Disse o ministro Gilmar Mendes que *“Não se trata, como já disse, de uma opção de conveniência do Tribunal, mas simplesmente de ponderar, de um lado, o princípio da nulidade e, de outro, a ideia de segurança jurídica ou outro valor constitucional. Cabe aqui, portanto, fazer essa ponderação, tal como proposta pelo Relator”*.

ADI 4.029, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 27/06/2012: *A proteção do meio ambiente restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, caput, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas com efeitos ex tunc. A modulação de*

Na hipótese, sem a referida modulação, e diante das dúvidas que possivelmente assolarão a própria administração pública, os contribuintes que confiaram no Estado poderão se submeter à cobrança retroativa o diferencial entre a tributação normal e a incentivada, gerando enorme insegurança jurídica e até mesmo pleitos de indenização contra o Estado que, de incentivador, atuará aproveitando-se de sua própria torpeza ao cobrar os créditos tributários nascidos de acordo com leis por ele editadas.

Nesse sentido, defendendo a modulação dos efeitos da PSV nº. 69, FUNARO alerta que “para além da necessidade de resguardar os particulares que observaram a legislação estadual vigente, o fim das desonerações de ICMS tende a promover a realocação de investimentos feitos em regiões menos desenvolvidas para outras onde o retorno do capital empregado seria maior”⁶⁷. Assim, considerando que os empreendimentos incentivados podem depender da fruição desses incentivos para sobreviver, para competir com outras empresas sediadas em Estados com maior e melhor infraestrutura, mercado consumidor, etc., o referido autor aponta que “sem incentivos, é provável que essas empresas transfiram suas atividades para outros locais, o que impactaria negativamente o PIB, o emprego, a renda e a arrecadação dos estados que possuem programas de fomento à atividade econômica, bem como dos municípios onde instalados os empreendimentos incentivados, com os reflexos socioeconômicos decorrentes”⁶⁸.

Semelhantemente, RIBEIRO pondera que “se não houver modulação, os Estados serão obrigados a cobrar o ICMS das empresas que tiverem gozado dos benefícios de forma retroativa, e isso acarretará diversos desdobramentos, podendo ocorrer o fechamento de empresas, com reflexos trabalhistas, societários, fiscais entre outros”⁶⁹. Conclui, assim, que “as repercussões da inconstitucionalidade não devem penalizar o contribuinte que agiu de boa-fé, com base em lei que estava em vigor. Por isso, há que se falar na limitação da

efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso sub judice a denominada pure prospectivity, técnica de superação da jurisprudência em que “o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese” (BODART, Bruno Vinicius Da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. RePro, vol. 198, p. 389, ago/2011)

⁶⁵ Vide HC 82.959, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 01.09.06, Voto Ministro Gilmar Mendes.

⁶⁶ Vide ADI 4.041; ARE 664.799.

⁶⁷ FUNARO, Hugo, GUERRA FISCAL, Efeitos jurídicos da aprovação da proposta da Súmula Vinculante 69 pelo STF. CONJUR, 2014. in: http://www.conjur.com.br/2014-out-03/hugo-funaro-efeitos-juridicos-aprovacao-sumula-vinculante-69#_ftn1. Acesso em: 11 de março de 2016.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ RIBEIRO, 2013:461.

retroação às situações jurídicas consolidadas, considerando que deve haver respeito à segurança jurídica em prol da estabilidade das relações sociais”⁷⁰.

Do mesmo modo, SCAFF salienta que, na hipótese de não modular os efeitos da súmula, “os Estados serão obrigados a cobrar o ICMS das empresas que tiverem gozado dos benefícios com amplo espectro retroativo, e isso acarretará a insolvência ou a falência de um contingente enorme delas, com reflexos trabalhistas, societários, fiscais e na balança de comércio exterior brasileira – neste último caso envolvendo as empresas cotadas em bolsa de valores estrangeiras”⁷¹. Referido autor sugere, assim, que o STF conceda 12 meses de prospecção de efeitos à súmula a contar de sua edição.

Por outro lado, BATISTA alega que, diante de inúmeros precedentes do STF sobre o tema, não seria uma novidade a inconstitucionalidade do procedimento adotado pelos Estados, de modo que a modulação de efeitos não seria apropriada, pois estimularia a reiteração do comportamento inconstitucional. Nesse sentido, seria “questionável a presunção de legitimidade das normas que concedem benefícios fiscais unilaterais, pois, objetivamente, o Poder Legislativo ou Executivo do ente federado não está constitucionalmente autorizado a expedi-la”⁷².

Entretanto, tal afirmação não parece prevalecer quando se verifica que a proposta da súmula é resolver um problema “interfederativo”, ou seja, o conflito entre as pessoas jurídicas de direito público envolvidas na guerra fiscal inúmeras vezes apreciada na jurisprudência do STF. Não seria, portanto, um instrumento de coerção dos particulares que utilizaram do benefício confiando na administração, mas de pacificação das relações entre as unidades federadas, o que é próprio da atribuição constitucional do STF como “Tribunal da Federação”. Em outras palavras, a súmula “não é contra os beneficiários dos incentivos, pois se trata de lides interfederativas. Afinal, o indivíduo (terceiro) que apenas cumpriu o que a lei ordenava, não pode ser penalizado por ter cumprido o que a lei ordenava, uma vez que ela estava em pleno vigor e projetando seus efeitos sobre a sociedade”⁷³.

Seguindo esse entendimento, ANDRADE afirma que seria “possível [a] aplicação da modulação temporal dos efeitos de tal súmula, vez que atenderia aos interesses dos estados que tiveram os benefícios fiscais que concederam declarados inconstitucionais e aos contribuintes que se viram surpreendidos com a revogação repentina e imediata que valeria a

⁷⁰ Idem.

⁷¹ SCAFF, 2014:107.

⁷² BATISTA, 2012: 196-200.

⁷³ SCAFF, 2014: 108/109.

partir de agora (sem prejudicar o período pretérito dos últimos cinco anos)”⁷⁴. Para o referido autor, a atribuição de efeitos prospectivos teria “o objetivo de resguardar a proteção da confiança legítima e [a] boa-fé dos contribuintes que efetivamente instalaram suas operações contando com o benefício posteriormente reconhecido como ilegítimo”⁷⁵,

Assim, à luz do afirmado pela doutrina, e considerando a influência não necessariamente idêntica da declaração de inconstitucionalidade sobre os planos da validade e da eficácia, a atribuição de efeitos prospectivos à Súmula Vinculante aparentemente preservaria a “presunção de boa-fé” do particular⁷⁶ quanto ao planejamento econômico-financeiro realizado a partir da instituição do benefício fiscal, muitas vezes concedido mediante contraprestações onerosas por parte das empresas, e também em relação aos atos concretos já ocorridos sob a vigência da norma declarada inconstitucional.

Destaque-se que, ao apreciar ações de controle abstrato de constitucionalidade sobre o tema dos benefícios fiscais de ICMS, o STF recentemente permitiu a modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade, exatamente em função do primado da segurança jurídica e da boa-fé dos contribuintes que pautaram suas condutas a partir da legislação viciada, demonstrando, assim, uma tendência de proteção à confiança dos contribuintes no Estado em detrimento da regra da nulidade *ab initio*.

Com efeito, em 2014, na ADI 429/CE, o STF declarou a inconstitucionalidade da isenção de ICMS sobre a aquisição de veículos e equipamentos destinados a deficientes físicos, mas concedeu o prazo de 12 meses de modulação temporal para permitir a realização de Convênio que autorizasse tal incentivo no âmbito do CONFAZ⁷⁷. Além disso, em 2015, na ADI

⁷⁴ ANDRADE, Fábio Martins, JUSTIÇA TRIBUTÁRIA, **Modulação de Súmula contra guerra fiscal é necessária**, CONJUR, 2012. In: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-23/modulacao-sumula-guerra-fiscal-necessaria> Acesso em: 11 de março de 2016.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ ADI 3791, DJ 27.08.10, Relator Ministro Carlos Britto: O Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos de decisão que julgou inconstitucional gratificação de risco de vida concedida aos Bombeiros Militares do DF, em razão da “*Natureza alimentar da gratificação e a presunção de boa-fé*” daqueles que a receberam.

ADI 4009, DJ 29.05.09, Relator Ministro Eros Grau: Quando o STF declarou inconstitucional a equiparação salarial entre policiais e delegados, houve modulação dos efeitos, pois “*Podemos estar obrigando o Estado a pedir a repetição de indébito, em suma, podemos causar um desassossego enorme e uma grande insegurança jurídica*” (Voto Ministro Gilmar Mendes). Ponderou o Ministro Gilmar Mendes, lembrando o caso da modulação dos efeitos da decisão que julgou inconstitucional a lei de progressão de regime penal, que “*houve praticamente unanimidade em relação à fixação dos efeitos prospectivos, também por absoluta necessidade, para que não fôssemos, aí, revolver inclusive quanto à responsabilidade civil do Estado*” (Gilmar Mendes). (ADI 4009, DJ 29.05.09, Relator Ministro Eros Grau)

RE 122.202, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ 08.04.94: “retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional – mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”.

⁷⁷ “O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, eu estou julgando parcialmente procedente o pedido formulado para declarar inconstitucional o parágrafo 2º do artigo 192, que é este dos

4481/PR, o STF modulou os efeitos de sua decisão para que valesse apenas a partir da data de julgamento. Considerou, no referido julgamento, que o incentivo fiscal, apesar de inconstitucional, fora concedido há quase oito anos, produzindo, assim, inúmeros efeitos jurídicos que não poderiam ser simplesmente ignorados, sob pena de acarretar enorme insegurança jurídica aos contribuintes⁷⁸.

Ora, se o STF já permitiu a modulação de efeitos em casos concretos nos quais a declaração de inconstitucionalidade produzia determinados e controlados efeitos jurídicos, com maior razão poderia ser utilizada a referida técnica no contexto da súmula vinculante, eis que o verbete, conforme aponta o próprio nome, teria uma eficácia geral e vinculante, com efeitos, portanto, ainda mais pronunciados e potencialmente mais danosos do que os verificados nos dois processos específicos em que o Tribunal aceitou a referida modulação.

Além disso, a modulação dos efeitos da PSV nº. 69 seria compatível com a atividade política desenvolvida pelos Estados que, diante da duvidosa constitucionalidade do quorum da unanimidade para as deliberações do CONFAZ⁷⁹, têm na remissão de benefícios fiscais do passado uma de suas bandeiras para tentar amenizar os efeitos perversos da denominada “Guerra Fiscal”, conforme se verifica de projeto de lei complementar que está em discussão no Congresso Nacional sobre o tema⁸⁰.

deficientes. E agora tem que acrescentar: sem declaração de nulidade, concedendo o prazo de 12 meses para a apreciação do CONFAZ - vamos colocar assim”. (Debates – Acórdão ADI 429 – Dje 30/10/2014)

⁷⁸ Ementa: I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento.

(ADI 4481, Relator(a): Ministro ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015)

⁷⁹ Há três posições diferentes sobre a constitucionalidade do quorum da unanimidade no CONFAZ. A primeira corrente o considera inconstitucional (KAUFMANN, 2013; SCAFF, 2015; SILVEIRA e SCAFF, 2015; MELLO E SIMÕES, 2011; CARVALHO, 2015; CARVALHO, 2012). A segunda posição o considera decorrência direta da constituição (MARTINS, 2015; COSTA, 1978). A terceira corrente, que nos parece a mais adequada, considera constitucional o quorum da unanimidade, embora admita a possibilidade de modificá-lo na via legislativa própria e desde que haja consenso político para tanto (VIANA e NETO, 2015).

⁸⁰ PLS nº. 130/14: “Dispõe sobre convênio que permita aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea ‘g’, da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-

Em suma, essa ponderação entre o disposto no art. 155, § 2º, XII, “g” da CF/88, o qual prescreve a necessidade de prévio consenso entre os Estados para a concessão de incentivos, e os arts. 5º, *caput*, e 37 da CF/88, segundo os quais deve ser protegida a confiança do cidadão nas leis do Estado, é assaz relevante e necessária no contexto dos debates para a aprovação da PSV nº. 69/STF, pois impacta diretamente na definição dos rumos da política de incentivos fiscais e de investimentos do país no futuro.

CONCLUSÃO

O contexto de guerra fiscal em torno do ICMS exige solução que, a um só tempo, possibilite erradicar o trabalho do Juiz “estivador”, que, repetidamente, precisa declarar inconstitucional aquilo que escancaradamente o é, e também estancar alguns dos efeitos decorrentes das normas inconstitucionais, principalmente naquilo que interfere com o contribuinte que, de boa-fé, acreditou na promessa estatal e na presunção de constitucionalidade das leis.

Assim, realizada a distinção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade nos planos da validade (normativo) e da eficácia (atos concretos), a modulação de efeitos da proposta de súmula vinculante nº. 69 visaria manter parte das expectativas dos contribuintes. Estes, confiando no Estado, mudaram a política de seus investimentos, passando a atuar onde normalmente não atuariam não fossem aqueles incentivos em razão das enormes disparidades de custos, capacitação técnica, infraestrutura e mercado consumidor entre as diversas regiões do país. Por isso, a modulação dos efeitos da súmula protegeria não apenas os atos concretos já realizados, os créditos tributários constituídos sob a égide da legislação formalmente inconstitucional, mas também os atos concretos que, mediante tais incentivos, contribuíram para a realização de um dos princípios fundamentais da República Brasileira, o de combate às desigualdades regionais. Referida modulação de efeitos, impediria, ainda, o odioso *venire contra factum proprium* estatal.

Saliente-se, ao final, que eventual adoção da técnica de prospecção de efeitos não retiraria a eficácia do verbete, eis que este teria eficácia imediata e vinculante em relação à administração e ao próprio judiciário, possibilitando-se apreciações monocráticas de processos relacionados ao tema e reforçando a responsabilização daquele agente político que viesse a atuar contrariamente ao entendimento pacificado.

REFERÊNCIAS

_____. Projeto de Lei Senado nº. 130/14. Disponível em: <http://bit.ly/1QjX1Mx>

AFONSO, José R.; SOARES, Julia M.; CASTRO, Kleber. **Avaliação da estrutura e o desempenho do sistema tributário brasileiro**. Livro Branco da tributação Brasileira. Washington, BID, 2013. Disponível em: <http://www.iadb.org/wmsfiles/products/publications/documents/37434330.pdf>

ANDRADE, Fábio Martins, JUSTIÇA TRIBUTÁRIA, **Modulação de Súmula contra guerra fiscal é necessária**, CONJUR, 2012. In: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-23/modulacao-sumula-guerra-fiscal-necessaria> Acesso em: 11 de março de 2016.

BATISTA, Luiz Rogério Sawaya. **Créditos do ICMS na Guerra Fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. PP. 196-200.

BORGES, José Souto Maior. “Sobre as Isenções, Incentivos e Benefícios Fiscais Relativos ao ICMS”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 6. São Paulo: Dialética, março de 1996. p. 69-73.

BRANDÃO JUNIOR, Salvador Cândido. Federalismo e ICMS: Estados-Membros em “Guerra Fiscal”. São Paulo: Quartier Latin. 2014, pp. 233-234

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. “ADI 3.421: releitura da ‘guerra fiscal do ICMS’”. In: HORBACH, Beatriz Bastide & FUCK, Luciano Felício (orgs.). *O Supremo por seus assessores*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 223-34.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a Edição - 5.^a Reimpressão, Editora Almedina, 2008.

CARVALHO, Ivo César Barreto de. “Regime Jurídico dos incentivos fiscais” In MACHADO, Hugo de Brito (coord) “Regime jurídico dos incentivos fiscais”. São Paulo, Malheiros editores, 2015, pp. 267-268.

CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva, “Guerra Fiscal: reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS”, São Paulo, Noeses, 2012, p.22

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro, Convênios, ICMS e legalidade estrita em matéria tributária. in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Incentivos Fiscais – Questões Pontuais nas esferas Federal, Estadual e Municipal*. São Paulo: MP Editora, 2007, p.347-354.

COSTA, Alcides Jorge, São Paulo: Resenha Tributária, 1978, p. 125.

DE MELLO, L. (2007), "The Brazilian 'Tax War': The Case of Value-Added Tax Competition Among the states", *OECD Economics Department Working Papers*, No. 544, OECD publishing, © OECD. doi:10.1787/286220576442

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Federação e Guerra Fiscal à luz dos Tribunais Superiores in: XVII Congresso de Direito Tributário, RDT n. 121. 2013, p. 22.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1973, p. 573.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, 5^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 1994, p. 197/198. São Paulo: Atlas.

FERREIRA, Sérgio Guimarães; VARSANO, Ricardo e AFONSO, José Roberto; *Inter-jurisdictional Fiscal Competition: a review of the literature and policy recommendations; Political Economy*, vol. 25, n^o. 33 (99), pp. 295-313, July-September/2005. Disponível em: <http://bit.ly/1VOuMY1>

FGV. “Impactos Socioeconômicos da Suspensão de Incentivos Fiscais”. Produto 2 A - Relatório Final (Impactos Socioeconômicos I dos Incentivos Fiscais Estaduais). *Federação das Indústrias do Estado de Goiás – FIEG*. Rio de Janeiro, 2011

FUNARO, Hugo, GUERRA FISCAL, Efeitos jurídicos da aprovação da proposta da Súmula Vinculante 69 pelo STF. CONJUR, 2014. in: http://www.conjur.com.br/2014-out-03/hugo-funaro-efeitos-juridicos-aprovacao-sumula-vinculante-69#_ftn1. Acesso em: 11 de março de 2016.

GASSEN, Valcir, *Matriz Tributária Brasileira: Uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e a Tributação no Brasil*, 2013, p. 27 e ss.

_____. *Direito Tributário: pressupostos e classificações dos tributos*. Brasília: Mimeo, 2009, p. 4 e ss.

HARADA, Kiyoshi. *A Constituição de 1988 e os privilégios fiscais no âmbito municipal*. *Direito Tributário Atual*, São Paulo: Resenha Tributária, v. 10, p. 2661- 2701, 1990.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. 3ª Ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 28.

_____, *Jurisdição Constitucional*, 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Considerações sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 198 e sobre a constitucionalidade do exercício da função extrafiscal de benefícios de ICMS por legislações estaduais sem prévio convênio autorizativo do CONFAZ. Ausência de guerra fiscal. In **Congresso Nacional dos Procuradores de Estado**. Brasília, 2013, p. 16

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 12ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, Isenções, Incentivos e Benefícios Fiscais no ICMS em face da denominada guerra fiscal entre Estados; in: *Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*, Coordenação de Hugo de Brito Machado. Malheiros: São Paulo, 2015, p. 232.

MELLO, Gustavo Miguez de; SIMÕES, Luiz Carlos Marques. “Regime jurídico dos incentivos fiscais” In Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Grandes questões atuais de direito tributário*, vol.15, São Paulo, Dialética, 2011, p. 129

MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. Celso Bastos editor. São Paulo: IBDC, 1998, p. 412.

MENDES, Gilmar Ferreira & CAMPOS, Cesar Cunha (org.). *Federação e Guerra Fiscal*. vol. 3. São Paulo: FGV Projetos, 2011.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Tomo II*, 7ª Edição. Coimbra Editora, 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 459.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Guerra Fiscal: A súmula vinculante e a cobrança retroativa de tributos e multas. In: QUEIROZ, Mary Elbe (org.). *Tributação em Foco: A opinião de quem pensa, faz e aplica o Direito Tributário*. 1ªed.Recife: CEAT IPET FOCO FISCAL, 2013, v. 1, p. 449-466.

ROSENN, Keith S. O jeito na cultura jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, fl. 101).

ROTHMANN, Gerd Willi. *Tributação, sonegação e livre concorrência*, in FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e Limites da Tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 349-350

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998. P. 65/66.

SCAFF, Fernando Facury, Aspectos Financeiros do Sistema de Organização Territorial do Brasil, in *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 112, 2005, p. 16-31

_____. Guerra Fiscal e Súmula Vinculante: entre o Formalismo e o Realismo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. 18º volume. *Revista Dialética*, 2014, p. 101)

_____. A inconstitucional unanimidade do Confaz e o surpreendente Convênio 70. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 20 de outubro de 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo, *Normas Tributárias Indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____, *Direito Tributário*, 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.31.

SILVEIRA, Alexandre Coutinho da; SCAFF, Fernando Facury. “Incentivos fiscais na federação brasileira.” In MACHADO, Hugo de Brito (coord) “Regime jurídico dos incentivos fiscais”. São Paulo, Malheiros editores, 2015, pp. 41-42

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, Gráfica Portuguesa, 1988.

TORRES, Ricardo Lobo: O princípio da isonomia, os incentivos do ICMS e a jurisprudência do STF sobre a guerra fiscal, in: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Incentivos Fiscais – Questões Pontuais nas esferas Federal, Estadual e Municipal*. São Paulo: MP Editora, 2007, p.327-344.

VIANA, Juvênio Vasconcellos, NETO, Matteus Viana, “Acerca dos incentivos fiscais”, Hugo de Brito (coord) “Regime jurídico dos incentivos fiscais”. São Paulo, Malheiros editores, 2015, pp. 383-384

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 231)

WILLOUGHBY, W.W. *The Constitutional Law of the United States*, v. I, 1910, PP. 9-10.

WRIGHT, Von. *Norma y acción: una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1970, p. 200.

**A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS: UMA DIRETRIZ
CONSTITUCIONAL AINDA PENDENTE**

ANTÔNIO BRAGA DA SILVA JÚNIOR⁸¹

⁸¹ Graduado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Mestrando no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, na área de concentração Constituição e Sociedade.

RESUMO: O Direito do Trabalho hodierno enfrenta delicado momento de questionamentos e relativizações, mormente no atual contexto de crise econômica nacional. É nesse cenário que se destaca o estudo do regime jurídico-constitucional aplicado às normas sociais trabalhistas. O presente artigo, portanto, ao perquirir acerca do caráter da fundamentalidade desse importante ramo jurídico, examinará em que medida o regime jurídico atinente aos direitos fundamentais pode dar voz e efetividade aos direitos sociais trabalhistas, no sentido de não se admitir que o robusto rol constitucional de direitos laborais se transforme em mera carta retórica de intenções. Pretende-se ao final, sem pretensão de esgotamento deste vasto problema de pesquisa, demonstrar que o Direito do Trabalho, instrumento constitucional fundamental de distribuição de poder e de riqueza e, assim, de resguardo da dignidade humana, possui a favor de si plena eficácia protetiva, de modo a demandar do Estado e mesmo dos particulares um exercício contínuo contra tendência de retrocesso na proteção e na efetividade da tutela laboral.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direitos sociais. Direitos Trabalhistas. Eficácia.

ABSTRACT: The Labour Law faces a delicate moment of questioning and relativization nowadays, especially in the current context of economic crisis. In this context, the study of the constitutional regime applied to labor social norms emerges. This article, therefore, while it asserts about the character of the fundamentality of this important legal branch, it also examines to what extent the legal regime about fundamental rights can give voice and effectiveness to labor social rights, in order not to admit that the constitutional labor rights become mere rhetoric letter of intent. Without intending to exhaust this vast research problem, we intend to show that the Labour Law, fundamental constitutional instrument of power and wealth distribution, and thus of human dignity, has full protective efficacy in order to demand the state and even individuals a continuous exercise against regression in the protection and effectiveness of labor protection.

KEYWORDS: Fundamental rights. Social rights. Labor rights. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Passados praticamente trinta anos da promulgação do texto constitucional de 1988, ainda muito se tem discutido acerca do conteúdo formal e material da Constituição, mormente em razão da sua robustez quanto aos direitos fundamentais. Essa robustez se denota não apenas no aspecto quantitativo, relacionado ao vasto número de direitos fundamentais individuais e sociais previstos implícita e explicitamente no rol constitucional, mas também no aspecto qualitativo atinente ao regime jurídico a eles relacionado. A abertura material da Constituição a outros direitos fundamentais ainda que não previstos em seu analítico texto (art. 5º, §2º), a previsão de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e o limite ao poder de reforma do constituinte (art. 60, §4º) são apenas exemplos dessa ênfase à fundamentalidade, que se torna tão mais evidente quanto mais se adentra nos estudos do tema.

Contudo, no decorrer desses longos anos de vigência constitucional, bem se sabe que muitas foram as discussões e teorias que conspiraram contra essa robustez constitucional, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais. Apenas a título exemplificativo, vale recordar as discussões acerca dos limites da Revisão Constitucional havida cinco anos após a promulgação da Constituição da República, consoante artigo 3º do ADCT, em que uma importante corrente de constitucionalistas (chamada ala dos conservadores da Constituinte), em grande medida influenciada pelo ideário neoliberal⁸², defendia o ponto de vista de que a Revisão Constitucional poderia e deveria ser ampla, sem qualquer limitação, de modo a emplacar o interesse político de diminuição do tamanho do Estado e de enxugamento dos direitos fundamentais sociais.⁸³

Nos dias atuais essas investidas contra os direitos sociais – em grande medida associadas ainda ao pensamento neoliberal – longe de cessarem, intensificaram-se diante do cenário de longa e persistente crise econômica. A propósito, de acordo com dados macroeconômicos oficiais, em 2015 o Produto Interno Bruto - PIB do Brasil retraiu 3,8% em relação ao ano anterior, com redução do PIB *per capita* de 4,6%⁸⁴, e, ainda, desemprego atingindo o índice de 9,0% em novembro de 2015⁸⁵, números estes que denotam tempos difíceis pelos quais a economia brasileira atravessa.

E, se antes as investidas contra os direitos fundamentais sociais dirigiam-se à própria

⁸² Consoante o historiador Perry Anderson, o ideário neoliberalista é marcado pelo pensamento desregulatório do Estado de Bem-Estar Social. Seus defensores enxergavam as origens da crise econômicas localizadas no “*poder excessivo (...) do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais*”. A ideologia política neoliberal desenvolve-se a partir do governo de Margaret Thatcher na Inglaterra de 1979, de Ronald Reagan nos EUA de 1980, bem como de Helmut Kohl na Alemanha de 1982. No Brasil, a ideologia neoliberal influenciou principalmente os governos de Sarney (1985), Fernando Collor de Mello (1990), Itamar Franco (1992) e os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso (1995). ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (org). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 10 e ss.

⁸³ De acordo com o deputado Constituinte Aldo Arantes, apesar da grande pressão dos membros Constituintes da ala conservadora, nitidamente neoliberal, não houve força política suficiente para impor o que defendiam para a Revisão Constitucional. Apesar de toda articulação dos grandes empresários e defensores do pensamento neoliberal, a Constituição de 1988 incorporou o rico aparato de direitos fundamentais sociais ao seu texto. ARANTES, Aldo. O golpe da revisão constitucional ampla. *Princípios: Revista teórica, política e de informação*, São Paulo, Ed. Anita, n. 29, p. 04-12, maio/junho/junho de 1993. Disponível em <http://grabois.org.br/porta/cdm/revista.int.php?id_sessao=50&id_publicacao=128&id_indice=548>. Acesso em 19/12/2015.

⁸⁴ Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Nacionais/Contas_Nacionais_Trimestrais/Fasciculo_Indicadores_IBGE/pib-vol-val_201504caderno.pdf>. Acesso em 03/03/2016. Anteriormente à confirmação dos dados pelo IBGE, o Banco central havia divulgado prévia do PIB com retração de 4,08% em relação ao ano anterior. Fonte: Índice de Atividade Econômica – IBC-Br, divulgado pelo Banco Central. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/?INDECO>>. Acesso em 25/02/2016.

⁸⁵ Fonte: Pnad Contínua, atualizada trimestralmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/>. Acesso em 25/02/2016.

afirmação constitucional dessas garantias sociais, atualmente apresentam-se no cenário jus-político com estratégia diversificada, ora relacionada ao reconhecimento da fundamentalidade – e respectivos efeitos jurídicos – dos direitos sociais. Não são poucas as teses jurídicas modernas que insistem na objeção da constitucionalização de direitos e deveres em matéria social, tanto no tocante à extensão do conteúdo quanto, e principalmente, à aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais.⁸⁶

Quando observado o enfoque trabalhista no contexto dos direitos sociais, essa problemática de objeção se intensifica, tendo em vista o caráter privado das relações trabalhistas. É dizer, o fato de os custos sociais para a tutela do valor trabalho originarem-se em grande medida da iniciativa privada, por meio de um custeio direto do empregador, faz com que essa resistência à fundamentalidade do trabalho e aos seus consequentes efeitos jurídicos se intensifique no ideário econômico nacional.

A trajetória deste artigo, portanto, será traçada no sentido de se explorar em que medida os direitos sociais trabalhistas de fato possuem a favor de si o caráter da fundamentalidade, e, dessa forma, como o regime jurídico atinente aos direitos fundamentais podem dar voz e efetividade⁸⁷ aos direitos sociais trabalhistas, no sentido de não se admitir que o extenso rol constitucional de direitos trabalhistas se transforme em mera carta retórica de intenções em plena fase democrática do Estado de Direito.

Para tanto, o trabalho abordará inicialmente a centralidade do trabalho humano na Constituição da República de 1988 e a associação do Direito do Trabalho ao intuito de

⁸⁶ Ainda que minoritariamente, com pouca expressividade entre os doutrinadores que se debruçam sobre o tema, há autores que negam aos direitos sociais a condição de autênticos direitos fundamentais. Cita-se, exemplificativamente, o autor chileno Fernando Atria e seu provocativo artigo “Existem Direitos Sociais?”. ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais?* Disponível em <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603159.pdf>. Acesso em 19/12/2015. Na doutrina nacional, importante registrar, ainda, o posicionamento do autor Roger Stiefelmann Leal, que, apesar de afirmar a existência e importância dos direitos sociais no âmbito constitucional, ao tratar dos limites e restrições aplicados aos direitos sociais flexibiliza o instituto da vedação ao retrocesso social, de modo a admitir a possibilidade inclusive de total supressão de legislação vigente concretizadora de direitos sociais quando insuficientes os recursos públicos. LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-sociais-e-vulgariza%C3%A7%C3%A3o-da-no%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em 19/12/2015.

⁸⁷ Importante ressaltar, desde já, a diferenciação entre eficácia jurídica – objeto de estudo diante do regime jurídico atinente aos direitos fundamentais – e eficácia social (ou efetividade), em que pese a íntima conexão entre aquela como pressuposto desta. De acordo com as clássicas lições de José Afonso da Silva, representativas da doutrina dominante sobre o assunto, eficácia jurídica “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos” referindo-se, assim, à aplicabilidade ou exigibilidade da norma, ou seja, à possibilidade de sua aplicação jurídica. Por sua vez, eficácia social se refere à efetividade, vista como a realização concreta do direito na prática social. SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 55-56. Igualmente são as concepções da ilustre jurista Flávia Piovesan, que, utilizando-se da doutrina de Kelsen e Tércio Sampaio Ferraz Jr, afirma que eficácia jurídica corresponde às condições técnicas de aplicação da norma, enquanto a eficácia social diz com a efetiva aplicação da norma aos casos concretos. PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: RT, 1995. p. 47 e ss.

afirmação da dignidade da pessoa humana, para, daí, perquirir acerca da marca da fundamentalidade tanto formal quanto material desse ramo jurídico.

Na segunda parte do trabalho, será desenvolvida a controvérsia em torno do regime jurídico constitucional dos direitos fundamentais aplicado aos direitos sociais trabalhistas, mais especificamente o postulado da aplicabilidade imediata a que se refere o artigo 5º, §1º, da Constituição da República, o dever dos poderes constituídos à eficácia protetiva dos direitos laborais e, por fim, a vedação ao retrocesso social atinente às normas laborais.

1 A CENTRALIDADE DO TRABALHO HUMANO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A Constituição da República de 1988 deixou clara a inserção do Direito do Trabalho em seu núcleo essencial, relacionado aos direitos e garantias fundamentais sociais⁸⁸.

E esse fato se explica, de um lado, pela matriz de um Estado Democrático de Direito em que foi estruturado o Texto Maior, com destaque para os direitos fundamentais da pessoa humana. De outro lado, figura o Direito do Trabalho, assegurador em grande medida da prevalência dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito individual e comunitário, da subordinação da propriedade à sua função social, da valorização do primado do emprego na ordem social e, em suma, da justiça social.⁸⁹

Tendo em vista que o ideal democrático distingue-se e destaca-se como regime diferenciado na história constitucional por conferir poder também aos seguimentos de indivíduos e grupos sociais hipossuficientes, por meio de pioneira atribuição de voz e resguardo aos antes desamparados, o trabalho destaca-se por ser o mais eficiente meio garantidor de um patamar mínimo de poder e de distribuição mínima de riqueza à grande massa da população.

A matriz democrática da Constituição da República associada ao evidente caráter tutelar das normas trabalhistas no âmbito individual do trabalhador e na dimensão familiar e social,

⁸⁸ Acerca do conceito de direitos fundamentais sociais, convém invocar a definição de Ingo Wolfgang Sarlet, que demonstra que os direitos sociais – dentre eles os direitos trabalhistas – encontram sua unidade na circunstância comum de que “todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), *seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas*” (grifos nosso). Considerando a abordagem do autor, então, podemos identificar os direitos sociais em um duplo aspecto: positivo (prestacional) e negativo (tutela para libertação da opressão social), de modo que o direito trabalhista, além de estar relacionado também ao caráter prestacional dos direitos sociais, se aproxima com mais ênfase ainda ao caráter negativo, de defesa, garantidor de uma existência digna protegida da opressão do poder do capital. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. In: _____ (Org). *Direito Público em Tempos de Crise*. p. 146 e ss.

⁸⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho Digno. In: _____; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2015. p. 47-48.

portanto, levou o Texto Magno a exaltar o valor trabalho em sua corporificação, erigindo-o a um dos princípios cardeais da ordem constitucional democrática brasileira.⁹⁰

Essa centralidade do valor trabalho na Constituição se verifica já na sua porta de entrada, quando no Preâmbulo encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objetivo permanente de nosso Estado.

Igualmente se destaca a ênfase às normas sociais trabalhistas no introito da parte normativa da Constituição (Título I – Dos Princípios Fundamentais), quando em seu primeiro artigo “os valores sociais do trabalho” e a “dignidade da pessoa humana” são assentados como fundamentos da República Federativa do Brasil no contexto do Estado Democrático de Direito.

Mais à frente, no núcleo fundamental (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais), o Direito do Trabalho é cuidadosamente listado como direito social no artigo 6º do Texto Magno para, em seguida, ser exaltado a ponto de compor a integralidade do artigo 7º, com o esmiuçamento analítico de todos os direitos fundamentais trabalhistas assegurados indistintamente aos trabalhadores urbanos e rurais.

Como se não bastasse à evidenciação da intenção do constituinte, o ramo jurídico juslaboral e o respectivo valor do trabalho humano compõem igualmente o não menos importante Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, ao serem expressamente previstos como fundamento da ordem econômica.⁹¹

Por fim, natural que seria de sua vocação social, o Direito do Trabalho e o valor trabalho compõem, ainda, o Título VIII – Da Ordem Social, figurando como base da ordem social dirigida ao bem-estar e à justiça social.⁹²

Observado sistematicamente, portanto, as diversas menções e referências ao primado do trabalho ao longo do texto constitucional, tem-se a clara exaltação da valorização do trabalho humano na Constituição da República de 1988.

⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, nº 2, vol. 7, 2007. p. 13-16. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/issue/archive>>. Acesso em 19/12/2015.

⁹¹ Com efeito, diz o artigo 170 da Lei Maior que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, devendo ser observados, dentre outros, os princípios da função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego.

⁹² Nos termos do artigo 193 da Constituição, “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

2 A TAREFA DO TRABALHO NA AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Diversas são as vertentes de abordagem da valorização do trabalho humano, tal como o viés econômico-produtivo, o psicossocial, o filosófico ou da dignidade da pessoa humana trabalhadora. Elemento ontologicamente essencial e fundante da existência do homem, e, por isso, imprescindível e indissociável da vida humana⁹³, o trabalho pode ser aferido como gerador de riqueza para o prestador e para a sociedade em geral, como fator altruístico de engrandecimento e satisfação pessoal, ou, ainda, como fator de dignificação do ser humano.

Em razão do recorte temático do presente artigo, aqui será abordado o trabalho humano como suporte da dignidade da pessoa humana.

O desenvolvimento do conceito e limites doutrinários sobre a dignidade da pessoa humana configura uma árdua tarefa, que naturalmente demanda um esforço de pesquisa incompatível com o fim deste trabalho. Assim, sem a pretensão de exaurir o tema, partiremos da concepção mais abstrata, porém universal, da dignidade da pessoa humana relacionada, em suma, com a respeitabilidade que o cidadão, como pessoa humana, é possuidor no meio em que vive, independentemente de suas condições materiais ou seu *status* social.

Ingo Wolfgang Sarlet, frisando a inexistência de definição universal sobre a temática, assim expõe a dignidade em um conceito propositalmente analítico:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁹⁴

Destaca o autor, portanto, a dignidade enquanto qualidade intrínseca do ser humano, revelada pela própria condição humana, refletida em seu meio social a partir de um tratamento com igual respeito e consideração. Enxerga-se, daí, duas dimensões da dignidade: a individual e a social (intersubjetiva).

Maurício Godinho Delgado, destacando a dimensão social da dignidade, argumenta:

(...) a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente

⁹³ Acerca da centralidade do valor trabalho humano no mundo contemporâneo, vide ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Boitempo, 2000.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano social circundante.⁹⁵

A partir dessa premissa conceitual, tem-se que o Direito do Trabalho, ao tutelar a prestação de serviços realizados por um ser humano e ao mesmo tempo garantir sua afirmação econômico-social, dirige-se à exigência formalizada da condição de dignidade no trabalho tanto na dimensão individual como social. Fixa o “patamar civilizatório mínimo”⁹⁶, abaixo do qual se vulnera a valorização mínima deferível ao trabalho (condição social) e, em decorrência, ao próprio ser humano trabalhador (condição humana).

E, sendo certo que não se concebe falar em dignidade apenas no plano abstrato, o trabalho evidencia sua importância por se apresentar como meio capaz de, no mundo dos fatos, afirmar a dignidade da pessoa humana. É nesse ponto que entra o trabalho digno como proporcionador de uma contraprestação remuneratória justa, de um ambiente laboral saudável e equilibrado adequado à permanência humana, do repúdio ao trabalho infantil, da fixação de jornada e descansos condizentes com os limites fisiológicos humanos, dentre tantas outras condições associáveis à adequada vida humana.

Nesse contexto, o Direito do Trabalho apresenta-se como um fundamental instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, mormente por possibilitar a criação de condições reais para que não apenas o Estado provedor, mas a própria pessoa seja autora e participe da sua própria inclusão – e de sua família – no seio social.

3 DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A “nota da fundamentalidade” assume especial relevância para se compreender a diferenciada exaltação, dignidade e proteção que direitos fundamentais adquirem no sistema jurídico. A importância de se discutir a fundamentalidade cinge-se às prerrogativas de centralidade no ordenamento jurídico que os direitos assim caracterizados assumem, na medida em que: torna

⁹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 43-44.

⁹⁶ Expressão emprestada de Mauricio Godinho Delgado. Segundo o autor, “patamar civilizatório mínimo” é o limite mínimo de negociação da tutela laboral de qualquer seguimento econômico-profissional, abaixo do qual não se concebe relativização dos direitos trabalhistas, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III, e 170, caput, CF/88). DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 122.

os direitos hierarquicamente superiores em relação às demais normas do ordenamento jurídico, em uma natureza supralegal; submete os direitos fundamentais aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional; confere aplicabilidade imediata a esses direitos especiais, vinculando todos os poderes públicos, de acordo com o disposto no § 1º do artigo 5º constitucional.⁹⁷

De acordo com a lição do jusfilósofo alemão Robert Alexy⁹⁸, seguida na doutrina portuguesa por J.J Gomes Canotilho⁹⁹ e no Brasil replicada por Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade pode ser observada por meio do sentido formal e do sentido material. Enquanto a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao simples fato de o direito estar positivado no texto constitucional, a fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de os direitos fundamentais conterem em seu cerne decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, “de modo especial no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana”.¹⁰⁰

A fundamentalidade formal, portanto, define como direito fundamental tudo o que for regularmente criado por meio de procedimento e da forma constitucionalizada, a depender da vontade do legislador constituinte. Remete-se, dessa forma, ao modelo puramente procedimental embasado na já ultrapassada estrutura formal lógico-dedutiva do positivismo jurídico tradicional, que teve em Hans Kelsen, mais especificamente em sua Teoria Pura do Direito¹⁰¹, sua maior expressão.¹⁰²

Diante da vagueza da fundamentalidade no sentido formal, alheia aos valores dos bens jurídicos envolvidos e, portanto, ao reconhecimento do conteúdo da norma assim qualificada, nota-se que a definição meramente nominal de um direito fundamental evidencia sua insuficiência diante do atual paradigma pós-positivista do Estado Democrático de Direito.

E essa insuficiência da fundamentalidade no sentido meramente formal se destaca ainda mais no caso brasileiro, em que a Constituição da República admite expressamente sua abertura material a outros direitos fundamentais que não necessariamente expressos em seu texto (art.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 59.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 520 e ss.

⁹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 509.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 59-60.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. Capítulo V - Dinâmica Jurídica. In: _____. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 135-194.

¹⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 520-521.

5º, §2º).

Assim, necessário se mostra explorar um critério mais profundo e substancial, condizente com a importância e finalidade que os direitos fundamentais assumem perante o sistema jurídico no contexto democrático-constitucional.¹⁰³ É nesse ponto que se destaca a fundamentalidade material atrelada à dignidade da pessoa humana.

Não é outra a conclusão de Paulo Gonet, que de forma precisa assenta ser o princípio da dignidade da pessoa humana a inspiração da nota da fundamentalidade:

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁴

Na medida em que o Direito do Trabalho visa garantir condições materiais para a afirmação social, buscando igualar situações sociais desiguais na tarefa de concretização do exercício das liberdades e igualdade material, a fim de realizar os princípios fundamentais dispostos nos artigos 1º a 4º da Constituição da República, tendo como norte um tratamento humano com igual respeito e consideração, figurando, enfim, como suporte da dignidade da pessoa humana tanto na dimensão individual como social – tal como registrado no tópico anterior -, resulta cristalina, portanto, a fundamentalidade material desse ramo sócio-jurídico, passível de ser concebido inclusive como *fundamento dos demais direitos fundamentais*.

Outrossim, ainda que o Direito do Trabalho não visse a favor de si a substancial fundamentalidade material, não se pode olvidar igualmente que nossa Constituição da República de 1988, inserida na tradição constitucionalista social-democrática do pós-guerra, fez questão de acolher expressamente os direitos sociais – dentre eles os direitos trabalhistas – no Título II relativo aos direitos e garantias fundamentais.

Como se não bastasse, o Constituinte fez questão, ainda, de estampar no texto do *caput* do

¹⁰³ No sentido da exaltação do aspecto material dos direitos fundamentais é a definição de Robert Alexy, que, em atenção ao conteúdo dos direitos assim qualificados, define-os como posições jurídicas que, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), foram integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 522-523.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 140.

artigo 6º e 7º a enunciação dos direitos sociais trabalhistas básicos mediante a inserção de expressões ao final da redação dos artigos que deixam às claras a intenção de considerar incluído no rol dos direitos fundamentais sociais outros dispositivos dispersos no corpo do texto constitucional. Nesse sentido, vide as expressões “(...) na forma dessa Constituição” e “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” dos artigos 6º e 7º da Constituição, respectivamente.¹⁰⁵ E isso sem levar em conta, ainda, a cláusula geral de abertura prevista no artigo 5º, §2º, da Constituição, no sentido de inclusão de outros eventuais direitos sociais “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Também por esses motivos formais – topográfico e redacional –, portanto, a fundamentalidade dos direitos trabalhistas não poderia ser sumariamente desconsiderada, na medida em que denotam a clara intenção do constituinte originário de, em seu “pacto constitucional fundante”, incutir, de plano, o manto da fundamentalidade ao amplo conjunto heterogêneo de direitos sociais trabalhistas que naquele momento se previa.

Evidenciado, daí, a “nota da fundamentalidade” das normas trabalhistas, quer no avalorativo sentido formal, quer pela vultosa fundamentalidade material decorrente da finalidade de resguardo da dignidade da pessoa humana.

4 DECORRÊNCIAS DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS: O PROBLEMA DA EFICÁCIA

Assentada a dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos sociais trabalhistas, cabe por ora perquirir acerca de um fértil problema: a aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais à categoria dos direitos sociais trabalhistas, problema este diretamente relacionado com a própria eficácia e efetividade das normas trabalhistas no mundo concreto.

Consoante a ideia-guia de Robert Alexy sobre a prerrogativa da fundamentalidade, diz o autor que os direitos fundamentais são posições jurídicas que, de tão importantes para o Estado Democrático, “não podem ter a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las simplesmente relegada para a maioria parlamentar simples”.¹⁰⁶

Há que se ter em mente, nesse sentir, que a marca da fundamentalidade só faz sentido a partir do momento em que se reconhece um privilégio de regime jurídico constitucional aos direitos assim caracterizados. Se assim não fosse, estaríamos a exaltar o simples *nomen iuris* “direitos

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 64-65.

¹⁰⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 446.

fundamentais” em detrimento de seu conteúdo e, mais ainda, a desconsiderar o adjetivo “fundamentais” que o constituinte fez questão de exaltar.

Para tanto, deve-se reconhecer a tais direitos uma proteção contra um esvaziamento por parte do Poder Público, uma proteção contra a falta de normatividade. Ainda mais, para que se reconheça o privilégio da fundamentalidade, devem os direitos assim caracterizados estarem imunes contra uma supressão ou uma diminuição arbitrária por parte do Poder Público.

Vejamos, então, a aplicação desse regime jurídico dos direitos fundamentais aos direitos sociais trabalhistas.

a. – Aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, §1º, da Constituição da República

Atenta a essa doutrina constitucional contemporânea, que, dentre outras decorrências, enxergava na marca da fundamentalidade uma posição privilegiada contra o esvaziamento de eficácia e normatividade, a Constituição da República de 1988 fez questão de estampar em seu artigo 5º, §1º, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, deixando claro o postulado da máxima normatividade, ou, em outras palavras, a plenitude eficaz dos direitos fundamentais.

Note-se que até mesmo mediante uma interpretação literal do texto constitucional podemos chegar à conclusão de que a destinação de aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais é ampla, não se restringindo àqueles direitos individuais e coletivos elencados no artigo 5º constitucional. Isso porque a mencionada redação do artigo 5º, parágrafo 1º, utiliza deliberadamente a formulação genérica “normas definidoras de *direitos e garantias fundamentais*” como objeto da eficácia imediata, em referência expressa à epígrafe do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), contemplando, portanto, os direitos fundamentais para além daqueles individuais e coletivos elencados no extenso rol do artigo 5º da Constituição.¹⁰⁷

E como se comporta o postulado da plenitude eficaz decorrente do artigo 5º, §1º, da Constituição quando observados especificamente os direitos sociais trabalhistas?

Bem se sabe que o aparato constitucional de direitos trabalhistas pode se apresentar de modo dúbio e variável¹⁰⁸ perante a tradicional classificação funcional dos direitos fundamentais

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. p. 12. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPO_LIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em 17/12/2015. p. 236.

¹⁰⁸ Essa imprecisão de enquadramento classificatório pode ser justificada inclusive pela conexão e

sociais em *direitos de defesa* (integrados principalmente pelos direitos de liberdade, igualdade e direitos políticos, de matriz liberal), que demandam uma atitude de abstenção dos poderes estatais ou mesmo dos particulares, e em *direitos a prestações*, que, por sua vez, podem ser subdivididos em direito a prestações jurídicas ou prestações materiais.¹⁰⁹

Os direitos trabalhistas, então, a depender da perspectiva de análise a que estão sendo submetidos, podem ser comparados ora como *direitos de defesa* conformadores de verdadeiras liberdades sociais – quando se tem em mente, por exemplo, o dever do Estado e dos particulares de abstenção perante as liberdades sociais dos trabalhadores, como é o caso da liberdade sindical e associativa¹¹⁰, do direito a não discriminação no labor¹¹¹, da limitação da jornada de trabalho¹¹², da vedação de trabalho nocivo ao menor de dezoito anos de idade¹¹³ (direitos de liberdade) e da concretização do direito de igualdade salarial no ambiente laboral¹¹⁴ (direito à igualdade material) –, ora como *direitos prestacionais* de natureza jurídica – quando se observa o dever de produção normativa do Estado ou dos entes coletivos sindicais para proteção do obreiro contra afrontas por parte do Poder Público ou de particulares, como é o caso da redução dos riscos do meio ambiente laboral¹¹⁵ e do direito ao fundo de garantia por tempo de serviço¹¹⁶ –, e, ainda, ora como *direitos prestacionais* de natureza material – quando se tem em vista, por exemplo, o dever do empregador particular de remunerar seu empregado com o piso salarial mínimo¹¹⁷.

A partir do enfoque na perspectiva dos direitos trabalhistas identificados majoritariamente como direitos fundamentais de defesa - quando vistos pela perspectiva do empregador - , ou,

interdependência entre os direitos fundamentais, o que põe em xeque qualquer tentativa didática precisa de classificação.

¹⁰⁹ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet advoga que “o conceito de direitos fundamentais sociais no direito constitucional pátrio é um conceito amplo, incluindo tanto posições jurídicas tipicamente prestacionais (direito à saúde, educação, assistência social, etc.), quanto uma gama diversa de direitos [aproximado aos] de defesa (direitos de liberdade e igualdade)”. Especificamente quanto aos direitos trabalhistas, Sarlet aponta que “boa parte dos direitos dos trabalhadores, positivados nos arts. 7º a 11 de nossa Lei Suprema, são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas. É o caso, por exemplo, da limitação da jornada de trabalho (art. 7º, incs. XIII e XIV), do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inc. XXVI), das normas relativas à prescrição (art. 7º, inc. XXIX), das proibições consignadas no art. 7º, incs. XXX a XXXIII, da igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o trabalhador avulso (art. 7º, inc. XXXIV), da liberdade de associação sindical (art. 8º)”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 146.

¹¹⁰ Artigo 8º da Constituição da República.

¹¹¹ Artigo 7º, inciso XXX, da Constituição da República.

¹¹² Artigo 7º, inciso XIII, da Constituição da República.

¹¹³ Artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição da República.

¹¹⁴ Artigo 7º, incisos XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, da Constituição da República.

¹¹⁵ Artigo 7º, inciso XXII, da Constituição da República.

¹¹⁶ Artigo 7º, inciso III, da Constituição da República.

¹¹⁷ Artigo 7º, incisos IV e V, da Constituição da República.

no máximo, como direitos fundamentais de proteção jurídica - quando vistos pela perspectiva do dever de proteção do Estado -, a tese de plena eficácia dessa tipificação de direitos fundamentais não encontra maiores resistências¹¹⁸. E, na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet, isso pode ser explicado por dois principais motivos. Primeiro, os direitos fundamentais sociais de defesa em regra independem de políticas públicas alocadoras de recursos para a concretização desses direitos. São, assim, imunes a alegações de limitação de recursos disponíveis. Segundo – e em consequência do primeiro motivo -, os próprios dispositivos constitucionais que consagram esses direitos fundamentais sociais de defesa receberam do Constituinte suficiente exequibilidade, sem a necessária dependência de intermediação legislativa para a plena eficácia.¹¹⁹

Podemos concluir, pois, que diante de direitos fundamentais trabalhistas – via de regra alheios à dependência de recursos, principalmente no tocante ao dever do Estado de implementação –, prevalecerão as diretrizes da máxima efetividade possível e da aplicabilidade imediata. Tendo em vista que o Estado se comprometeu à promoção da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da justiça social, tal como se observa do Título I – Dos Princípios Fundamentais da Constituição da República, tem-se que nada produzido pelo seus Poderes poderá se furtar à efetividade dos direitos trabalhistas, sob pena de se desvirtuar a vontade constitucional estampada expressamente no artigo 5º, §1º, da Lei Maior.

b. – Dever de proteção

Os direitos fundamentais em geral assumem uma dupla perspectiva - ou dimensão - perante o sistema jurídico, na medida em que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais (dimensão subjetiva), quanto como elementos objetivos fundantes da ordem social (dimensão objetiva).¹²⁰ Especificamente quanto às relações laborais, quando a Constituição destina aos direitos trabalhistas a nota da fundamentalidade ela assim o faz não apenas com

¹¹⁸ Importante lembrar, nesse aspecto, a histórica deliberação constitucional acerca da regulamentação do direito de greve no serviço público (art. 37, VII, da Constituição da República). Na oportunidade dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal, a partir da solução proposta pelos votos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes, declarou a omissão legislativa do Estado quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, determinou aplicação da lei de greve vigente do âmbito privado (Lei nº 7.783/89). Segundo bem resumiu o ministro Celso de Mello, nesse julgamento a Suprema Corte "não só restituiu ao mandado de injunção a sua real destinação constitucional, mas, em posição absolutamente coerente com essa visão, deu eficácia concretizadora ao direito de greve em favor dos servidores públicos civis". Informação sobre o julgamento disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em 04/01/2016.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 246.

¹²⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª edição alemã. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 228-232.

vistas à proteção do indivíduo trabalhador em sua individualidade, mas também por exaltar a necessidade de proteção objetiva dos valores do trabalho humano como condição da ordem democrático-constitucional vigente.

Essa consideração acadêmica da dupla perspectiva dos direitos fundamentais robusteceu-se a partir da paradigmática decisão da Corte Constitucional Alemã no caso *Liith* (1958), em que a doutrina e jurisprudência alemã – influenciadora de grande parte da doutrina do mundo ocidental – passou a considerar que a eficácia produzida pelos direitos fundamentais perante o Estado não se limitava ao âmbito subjetivo da relação entre indivíduos e Estado. Para além da importante função de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, os direitos fundamentais passaram a ser vistos como componentes de uma ordem objetiva de valores, capazes de irradiar eficácia por todo o ordenamento jurídico e, assim, constituir diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.¹²¹

Destaque-se que o reconhecimento da força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais não se exaure na abstrata observância da dimensão valorativa da ordem jurídica e na eficácia irradiante acima citada. Como desdobramento da perspectiva objetiva, emerge ainda e principalmente o que a doutrina alemã convencionou chamar de *dever de proteção* dos direitos fundamentais pelo Estado, relacionado ao múnus do Estado de adotar medidas concretas com o objetivo de proteção dos direitos fundamentais.¹²² Nas palavras de Konrad Hesse, os direitos fundamentais, conformadores de uma “ordem estatal jurídica” objetiva, determinam concretamente “o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatal-sociais”, apresentando-se vinculativos para todos os poderes estatais.¹²³

Partindo da premissa de Hesse, o também o alemão Claus-Wilhelm Canaris, maior expoente sobre a teoria dos deveres de proteção, assenta que os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos dos Estados de forma direta e imediata por força de duas principais razões: primeiramente, decorre de previsão expressa de vinculação jurídica dos direitos fundamentais prevista no texto constitucional alemão, mais especificamente no artigo 1º, nº 3, da Lei Fundamental da República Federal Alemã¹²⁴, correspondente ao nosso artigo 5º, §1º, da

¹²¹ Ingo Wolfgang Sarlet faz interessante comparação didática da eficácia irradiante dos direitos fundamentais à entre nós difundida técnica da interpretação conforme a Constituição, no sentido de utilizar a ordem objetiva de direitos fundamentais como parâmetro de constitucionalidade para aplicação e interpretação das leis. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 124-128.

¹²² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª edição alemã. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 239-244.

¹²³ *Ibidem*. p. 241.

¹²⁴ Lei Fundamental da República Federal Alemã, artigo 1, nº 3: “Os direitos fundamentais, discriminados a

Constituição da República de 1988; segundo, decorre do próprio princípio da supremacia constitucional.¹²⁵

Dessa forma, tanto durante sua atividade legiferante quanto durante a atividade executiva e de jurisdição, o Estado obriga-se não apenas a se abster de violar os direitos fundamentais dos cidadãos – ao que denomina de *proibição de intervenção* –, mas obriga-se também e principalmente a protegê-los diante de ameaças oriundas inclusive dos particulares, em busca da efetiva proteção. É dizer, a proteção da dignidade humana a ser promovida por meio dos direitos fundamentais abarca não apenas garantias negativas, mas também garantias positivas, imputando ao Estado um dever de fazer tendente à promoção da cidadania. A esta última função dos direitos fundamentais Canaris emprega a designação *imperativo de tutela*, recepcionado na doutrina nacional pela já consolidada expressão *dever de proteção*.

A partir do dever de proteção, compreende-se que uma vez garantido constitucionalmente, os direitos fundamentais receberão do Estado uma proatividade no sentido da densificação e consolidação jurídicas. De acordo com o reconhecimento do dever de proteção, portanto, ao Estado incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais, o que ocorre não exclusivamente diante de ações do próprio Poder Público, mas igualmente contra agressões provindas de relações particulares. Para tanto o Estado deve se utilizar de medidas positivas de diversas naturezas, dentre elas prioritariamente a atividade legiferante concretizadora de uma vigilante e persistente proteção jusfundamental.¹²⁶

É mediante a noção de conexão entre os direitos fundamentais e o dever de proteção do Estado, então, que vislumbramos particularmente nos direitos sociais dos trabalhadores o múnus do Estado de, prioritariamente pela atividade do legislador, concretizar de forma paulatina a proteção do trabalhador diante do ameaçador cenário de interesses capitalistas em que se encontra. É dizer, observado a já referida centralidade do trabalho na Constituição da República de 1988, com ênfase na proteção social do trabalhador estampada expressamente nos Títulos dos Princípios Fundamentais (art. 1º), dos Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 6º e 7º), Da Ordem Econômica e Financeira (art. 170) e Da Ordem Social (art. 193), desponta o dever do Estado de proteção concreta e efetiva do trabalhador hipossuficiente.

seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. Disponível em <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 16/12/2015.

¹²⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-244.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. p. 12. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPO_LIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em 17/12/2015. p. 128-129.

Nesse sentido, o legislador, ao editar as normas trabalhistas equalizadoras da relação assimétrica entre empregado e empregador, normatiza com considerável espaço de manobra uma série de determinações que visam concretizar o dever de proteção do Estado perante o trabalhador. Essa tarefa do Estado legiferante – complementado, frise-se, pela materialização diligente do regramento trabalhista pelo Poder Executivo e pela interpretação e aplicação das normas pelo Poder Judiciário no sentido pretendido pela Constituição – certamente não se exauriu e não se exaurirá com o tempo, demandando um exercício contínuo do Estado para eficácia da proteção dos direitos fundamentais trabalhistas.

Observado o dever contínuo de proteção, portanto, impera a favor dos direitos fundamentais trabalhistas o dever do Estado de protegê-los concretamente diante das crescentes investidas patronais atualmente observadas no cenário legislativo nacional a favor de flexibilizações das regras laborais, ora intensificadas diante do momento de crise econômica nacional – como notadamente o intenso *lobby* no Congresso Nacional para ampliação da terceirização de serviços e para a prevalência da negociação coletiva sobre as disposições legais em matéria trabalhista, as propostas extremistas de total desregulamentação de jornada de trabalho inspiradas na dura realidade laboral da China, da Índia, ou dos Tigres Asiáticos, e, por fim, a crescente exaltação legislativa do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas em detrimento da proteção social dos respectivos trabalhadores¹²⁷ –, que neste trabalho citamos apenas superficialmente para que não escapemos do foco temático.

c. Proibição do retrocesso social

Com inspiração na doutrina estrangeira, mormente a portuguesa e a alemã, a doutrina nacional tem cada vez mais se ocupado com o que veio a ser chamado no Brasil de proibição – ou vedação – ao retrocesso social, sendo este mais uma das nuances do regime jurídico aplicado ao gênero dos direitos fundamentais.

A proibição do retrocesso social não se refere a fenômeno exclusivo da seara dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, é na espécie dos direitos fundamentais sociais que se concentra a problemática do tema, mormente porque é nessa esfera social que se destaca a indispensável atuação proativa do legislador para regulamentação e consequente efetividade

¹²⁷ Acerca da exaltação legislativa do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas, convém expor a atual tendência do Poder Legislativo brasileiro, que, diante da intrigante tensão constitucional entre esse direito constitucional patronal (arts. 170 e 179 da CF) e a tutela jusfundamental dos respectivos empregados, entendeu por bem exaltar o primeiro e, conseqüentemente, concretizar o tratamento favorecido mediante lei que dispensa empresas com até 10 (dez) empregados do controle de jornada (art. 74, §2º, da CLT, com redação dada pela Lei nº 7.855/89), mediante a dispensa da obrigação legal de contratação de aprendizes (art. 51, III, da LC nº 123/2006), bem como, ainda, mediante prerrogativa às micro e pequenas empresas do instituto da Dupla Visita em detrimento do Poder de Polícia da Inspeção do Trabalho (art. 55, §1º, da LC nº 123/2006).

do aparato constitucional de direitos fundamentais sociais.

Partindo para sua caracterização doutrinária, convém de plano assentar uma observação conceitual quanto ao instituto. Em que pese a expressão “vedação ao retrocesso” possa nos conduzir a equívoco, vale registrar, para esclarecimento do fim a que o instituto se propugna, que, ao menos no âmbito dos direitos sociais, o termo “retrocesso” denominador do instituto em comento não necessariamente corresponde a medidas legais de caráter retroativo. Para tanto, basta ter em mente que vedação ao retrocesso social não corresponde às conhecidas figuras constitucionais da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Ao contrário, por mais paradoxal que os termos possam se mostrar a essa altura, tem-se que a proibição de medidas retrocessivas na verdade tem por objeto medidas prospectivas, quando, por exemplo, o legislador em seu poder de reforma constitucional suprime ou restringe demasiadamente, com efeitos *ad futurum*, um direito fundamental, ou quando esse mesmo legislador em sua atividade típica legiferante no plano infraconstitucional deixa de regulamentar dispositivos constitucionais.¹²⁸

Nesses primeiros contornos da caracterização da proibição do retrocesso social, já é possível notar sua intuitiva aproximação à noção de segurança jurídica. Isso porque o princípio da segurança jurídica, em que pese não estar positivado no texto constitucional, tem reconhecido a favor de si pela doutrina constitucional contemporânea a prerrogativa de se constituir como autêntico pilar do Estado de Direito por figurar como uma proteção contra medidas legais retroativas que afrontem direitos já conquistados.¹²⁹ No mesmo sentido, portanto, caminha o princípio da proibição do retrocesso social, que igualmente se propõe a gerar uma estabilidade para os projetos sociais dos cidadãos e, conseqüentemente, uma confiança na ordem jurídica, sustentando assim a esperança contra o desmantelamento das promessas do Estado democrático-constitucional de Direito.

Luís Roberto Barroso, embasado na precursora doutrina lusitana de J.J. Gomes Canotilho, assenta que, apesar de o princípio do não retrocesso social não se apresentar de forma explícita na ordem constitucional brasileira, tal como também ocorre com o princípio da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, ainda sim possui plena aplicabilidade no cenário jurídico nacional no sentido de se manter o patamar civilizatório estabelecido pela própria Constituição. Diz o renomado autor que

¹²⁸ *Ibidem.* p. 398.

¹²⁹ *Ibidem.* p. 396.

por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.¹³⁰

Importante trazer a lume a ressalva do doutrinador pátrio Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que essa vocação à confiança jurídica a que se propõe a proibição ao retrocesso social não se restringe à concretização infraconstitucional dos direitos fundamentais sociais. Mais que isso, essa confiança jurídica abrange amplamente todos os esforços no sentido da manutenção dos níveis sociais gerais de proteção alcançados pelo Estado Social, inclusive diante do poder constituinte reformador.¹³¹

Proibição ao retrocesso social pode, então, ser caracterizada como manutenção dos níveis gerais de proteção social, em qualquer dos seus planos normativos, a fim de se manter a confiança nas promessas do Estado que se diz democrático-constitucional de Direito.

Caracterizado os contornos da proteção social a que se compromete a proibição do retrocesso, tem-se que o cerne da celeuma que a envolve se relaciona, pois, com os limites do dever de proteção do Estado perante os direitos fundamentais, de modo a se perquirir até que ponto é possível ao Estado retroceder quanto à proteção social constitucionalmente estabelecida¹³². Dito de outro modo, a problemática da proibição ao retrocesso social cinge-se aos limites do Estado em sua liberdade de prognose e conformação do conteúdo dos direitos fundamentais sociais.

E a discussão acerca do adequado nível de proteção social a ser mantido pelo Estado torna-se ainda mais instigante quando a ela acrescentamos o atual contexto de diversas crises (não apenas econômica, mas também política, cultural) pela qual atravessamos no Brasil. No caso específico do Direito do Trabalho, a notável tendência de decréscimo da tutela protetiva¹³³

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 397.

¹³² Tem-se como exemplo da proteção constitucionalmente estabelecida os fundamentos e objetivos da República Federativa Brasileira estampados nos artigos iniciais do texto constitucional, mais especificamente no já referido Título I – Dos Princípios Fundamentais (mencionado quando neste trabalho se tratou da centralidade do trabalho humano na Constituição da República).

¹³³ O atual decréscimo de tutela social trabalhista promovido pelas flexibilizações das regras laborais tem como notável exemplo, como visto, as discussões acerca da ampliação da terceirização dos serviços (Projeto de Lei n.º 4330/2004), o relaxamento da proteção trabalhista em favor da concretização do mandamento constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas, promovido principalmente no âmbito da Lei Complementar n.º 123/2006 (vide, exemplificativamente, os artigos 51, 55 e 58 da Lei Complementar n.º 123/2006, alterada pela recente Lei Complementar n.º 147/2014), bem como, ainda, a recente discussão parlamentar havida no âmbito da Medida Provisória n.º 680/2015, acerca da prevalência da negociação coletiva sobre as disposições legais em

fomentada pelo contexto de adversidade econômica patronal engrandece sobremaneira a importância da discussão da amplitude do dever de proteção estatal outorgado pela proibição do retrocesso social.

Com efeito, fato é que o próprio J.J Gomes Canotilho, em estudos mais recentes contextualizados pela crise financeira deflagrada em grande parte da Europa e com intensidade em Portugal no início desta última década, manifestou-se contrariamente à concepção absoluta e inflexível do princípio da vedação do retrocesso. De acordo com a atual reavaliação de Canotilho, a rigidez do “princípio da não reversibilidade”, definidor de um progresso contínuo de prestações sociais, não se mostra passível de sustentação absoluta no atual contexto de fragilidade econômica. Segundo o autor,

Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’ [flexibilização trabalhista], o desafio da bancarrota da previdência social [reforma previdenciária], o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.¹³⁴

Porém, apesar dessa guinada teórica de Canotilho, nota-se apenas que o autor cuidou em explicitar o fato de que a proibição ao retrocesso social não pode ser tida de modo inflexível, rígido. Tal como se extrai da definição supramencionada de Luís Roberto Barroso, o que a proibição ao retrocesso social veda é a supressão, total e absoluta, de direito incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania, sendo juridicamente defensável, entretanto, certa conformação relativa desses direitos sociais pelo legislador infraconstitucional, mormente em contexto de crise, mas sempre observada a manutenção do conteúdo básico dos direitos sociais para que não se perca a essência de fundamentalidade.

Enfim, diante dessas nuances teóricas sobre os limites de manobra do Estado para a concretização dos direitos sociais, a fim de se evitar posições doutrinárias extremistas de absoluta liberdade de conformação do Estado¹³⁵ e, por outro lado, de intangibilidade dos

matéria trabalhista – proposta esta conhecida como prevalência do negociado sobre o legislado.

¹³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111.

¹³⁵ Cita-se como exemplo de doutrina contrária ao reconhecimento da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais Roger Stiefelmann Leal, que, ao partir da premissa de incapacidade prestacional do Poder Público em concretizar os direitos sociais – mormente aqueles prestacionais, ante os limites impostos pela reserva do possível -, admite a possibilidade de total supressão de legislação já vigente concretizadora de direitos sociais. Diz o autor, ao tratar da proibição do retrocesso social: “*Há de se ressaltar, contudo, que, ao se tratar de efetivação de direitos sociais, fala-se sempre na concretização dentro de uma reserva do possível, a fim de recordar que tal efetivação depende de determinados fatores como a existência de recursos. Desse modo, deve-se ter presente que, se não for possível custear o serviço público da maneira exigida pela norma concretizadora*

direitos sociais concretizados, convém trazer a lume a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, para quem o princípio da vedação do retrocesso social pode ser visto a partir do princípio da proporcionalidade, de modo a vedar o Estado de exercer uma “proteção insuficiente” dos direitos fundamentais.¹³⁶

Nesse sentir, o que deve ser exaltado na problemática atinente ao adequado nível de proteção social estatal é a interpretação das normas constitucionais sociais de acordo com suas especificidades e com o contexto fático em que se aplicam. É necessário, pois, a verificação cuidadosa das circunstâncias atinentes a cada espécie de direito social fundamental, bem como os interesses sociais e os bens jurídicos envolvidos na ocasião.

A propósito, no tocante aos direitos trabalhistas, em sua grande maioria identificados como direitos fundamentais sociais de defesa, mormente quando observados pela perspectiva do Estado – conforme visto acima –, o argumento de crise econômica perde força, pois em regra não se está a falar de direitos prestacionais dependentes de recursos materiais fornecidos pelo Estado. Ao contrário, por tutelarem a manutenção do equilíbrio de forças nas relações de trabalho, os direitos trabalhistas demandam essencialmente apenas uma atitude de abstenção dos poderes estatais ou mesmo dos particulares, sem que vicissitudes de caráter material os comprometa. É o caso, exemplificativamente, do direito à jornada limitada de trabalho, da repulsa ao trabalho degradante e da vedação de trabalho nocivo ao menor de dezoito anos de idade, que visam tão somente à defesa da dignidade, à valorização do trabalho humano e à justiça social no ambiente de labor, sem qualquer apelo direto a prestações materiais.

Some-se a isso, ainda, a característica peculiar dos direitos trabalhistas na Constituição brasileira de 1988, que, da forma como exaltou o valor do trabalho humano digno em seu núcleo essencial de direitos e garantias fundamentais – como igualmente visto acima –, procurou estabelecer claros limites ao poder de conformação infraconstitucional mediante amplo leque de normas laborais, algumas vezes de forma bastante detalhada. Tais normas denotam, pois, a intenção constitucional de se constituir balizadores – não apenas ao Legislador, mas também à Administração e ao Judiciário – dirigidos ao incessável objetivo de

de um direito social, faz-se imperativo a redução do grau de concretização adquirido ou até a sua total desconcretização”. LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direitos-sociais-e-vulgariza%C3%A7%C3%A3o-da-no%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em 19/12/2015.

¹³⁶ Diz Gilmar Ferreira Mendes, com base no doutrinador alemão Bernhard Schlink, que “a conceituação de uma conduta estatal [dever de legislar ou qualquer outro dever de proteção] como insuficiente, porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 228.

proteção do trabalhador brasileiro, independentemente de momentos economicamente críticos.

Afinal, não seria crível que a leviana alegação de crise – expressão essa já banalizada no discurso político a ponto de apresentar-se esvaziada de sentido, sem sequer sabermos se se trata verdadeiramente de crise financeira, política, moral, social, institucional – colocasse em xeque esse nítido arsenal de direitos fundamentais deliberadamente consolidados como concretização da intenção constitucional de proteção do trabalhador brasileiro.

CONCLUSÃO

Para se alcançar o pretensioso teor democrático¹³⁷ sobre a qual se erigiu a Constituição da República no contexto nascedouro de um Estado Democrático de Direito, essencial que a ordem constitucional reconhecesse os direitos fundamentais individuais, políticos e sociais não apenas no plano formal, tal como observado nas fases Liberal e Social anteriores. Mais que isso, essencial que se viabilizasse a todos os indivíduos condições efetivas para o alcance concreto do pleno exercício desses direitos fundamentais na prática social.

Foi nesse contexto que a Lei Maior reconheceu o valor trabalho e o Direito laboral como instrumentos essenciais de afirmação do ser humano, tanto no âmbito individual quanto familiar e social, capazes de garantir um patamar mínimo de poder e de distribuição mínima de riqueza à grande massa da população. Por possibilitar a criação de condições materiais para que não apenas o Estado provedor, mas a própria pessoa trabalhadora seja autora e participe

¹³⁷ Ao tratar do teor democrático da Constituição da República de 1988, não poderia deixar de registrar a memorável palestra proferida pelo ex-ministro do STF e ex-deputado constituinte Nelson Jobim, ocorrida em abril de 2012 no Instituto de Direito Público – IDP, em Brasília. Àquela oportunidade, dizia Nelson Jobim que no momento inicial de elaboração do texto constitucional de 1988, os constituintes perguntaram-se: “o que de mais moderno e diverso existe mundo afora acerca de direitos constitucionais?”. Colocaram à volta, então, no chão, uma coleção de recortes de variados tipos de normas constitucionais em voga no planeta. Algumas normas mais liberais, oriundas da Constituição Norte-americana, com enfoque em Direitos Fundamentais de 1ª dimensão. Outras mais democráticas, como as experiências europeias, com enfoque em Direitos Fundamentais sociais. Outras normas, ainda, atinentes a Direitos Fundamentais metaindividuais. A seguir, questionaram: “o que colocar na Constituição de 1988?”. “Tudo!”, foi a pronta resposta dos constituintes. Eis, portanto, a multiplicidade como marca da matriz democrática sobre a qual se construiu a Constituição de 1988. Ainda segundo Nelson Jobim, essa multiplicidade – e quiçá falta de coesão – das normas presentes no texto constituição “é o preço que se paga em um verdadeiro processo democrático”. Palestra relatada pela revista Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-13/origem-constituicao-democratica-racional-nelson-jobim>>. Acesso em 01/02/2016.

Com a permissão de se analisar todo esse procedimento constituinte de modo crítico, tem-se que a mencionada multiplicidade como marca democrática gerou um completo e avançado texto constitucional, que, de tão extenso, sequer coube em si diante de tamanha pretensão abarcadora (vide, nesse sentir, o artigo 5º, §2º, da CF). Mas, a nosso ver, gerou-se uma Constituição avançada demais para a sociedade a que ela visou reger. Hoje temos um texto distante da realidade nacional, que, por isso, necessita de imensos esforços de efetividade – esforços estes que até hoje instigam estudos acerca da efetividade constitucional, tal como este artigo que ora se conclui.

da sua inclusão – e de sua família – no seio social, o Direito do Trabalho apresenta-se como um fundamental instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana.

Atenta ao fascinante projeto emancipatório de distribuição de poder e de riqueza e, em suma, de resguardo da dignidade humana a que as normas tutelares do trabalho humano se propõem, a ordem constitucional vigente lhes reconheceu e incorporou a nota da fundamentalidade, dirigindo-as à centralidade no ordenamento jurídico e fazendo-as merecedoras da aplicação do regime jurídico típico dos direitos fundamentais. É a partir daí que se destaca o estudo da doutrina da eficácia imediata, do dever de proteção e da vedação ao retrocesso social aplicado às normas tutelares trabalhistas.

A primeira decorrência da aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais às normas trabalhistas corresponde à proteção contra a falta de normatividade, traduzido pela aplicabilidade imediata referida no artigo 5º, §1º, da Lei Maior. Tendo em vista que as normas constitucionais laborais identificam-se em grande maioria a direitos sociais de defesa, em regra independentes de regulamentação jurídica específica e sequer imunes a objeções relacionadas à escassez de recursos materiais e que, nesse sentido, receberam do constituinte suficiente exequibilidade em seus próprios dispositivos, resulta indene de dúvida sua plenitude eficaz, de modo que nada produzido pelo seus Poderes da República deverá se furtar à persistente busca pela efetividade dos direitos trabalhistas.

No tocante ao dever de proteção, tem-se a tarefa constitucional do Estado de manter-se vigilante e garantir a paulatina conformação aos direitos trabalhistas por meio não apenas da sua atividade legiferante, mas também mediante a interpretação e aplicação judicial das normas e pela materialização diligente do regramento trabalhista pelo Poder Executivo, a fim de realizar a diretriz constitucional de tutela dos trabalhadores a que se referem os Princípios Fundamentais (arts. 1º e 4º), os Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 6º e 7º), a Ordem Econômica e Financeira (art. 170) e a Ordem Social (art. 193) da Constituição da República.

Esse dever de proteção, aliado à plenitude eficaz típica dos direitos fundamentais, demanda do Estado e até mesmo dos particulares um exercício contínuo contra tendência de retrocesso na proteção e na efetividade da tutela laboral. Fundamental, pois, que o Estado que se diz democrático-constitucional de Direito, diante de tão rico regramento jusfundamental trabalhista, se mantenha vigilante ao dever de proteção, à plena normatividade e à vedação ao retrocesso das normas laborais, malgrado toda a atual investida flexibilizante e desregulamentadora promovida pelos interesses capitalistas patronais embasados em matizes

neoliberais, ora intensificados pela intensa e duradoura crise econômica a que estamos submetidos.

Afinal, não podemos coadunar com posicionamentos que, diante de momentâneas vicissitudes político-econômicas, insistem em dar prevalência a interesses setoriais econômicos, sob pena de minguarmos a proteção jusfundamental das normas trabalhistas que a ordem democrático-constitucional brasileira não hesitou exaltar.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Boitempo, 2000.

ARANTES, Aldo. O golpe da revisão constitucional ampla. *Princípios: Revista teórica, política e de informação*, São Paulo, Ed. Anita, n. 29, p. 04-12, maio/junho/junho de 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-244.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho Digno. In: _____; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da*

República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTR, 2015.

_____. *Curso de Direito do Trabalho.* 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. Direitos Fundamentais na relação de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, nº 2, vol. 7, 2007. p. 15-16. Disponível em <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/issue/archive>>. Acesso em 19/12/2015.

_____. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho.* 4ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* 20ª edição alemã. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. Capítulo V - Dinâmica Jurídica. In: _____. *Teoria pura do Direito.* Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas.* São Paulo: RT, 1995. p. 47 e ss.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.* p. 12. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em 17/12/2015.

SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade da normas constitucionais.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

A REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL

JOSÉ CALDAS GOIS JÚNIOR. ¹³⁸

HUGO ASSIS PASSOS¹³⁹

Resumo. Trata a respeito da evolução da *Internet* no Brasil buscando identificar fases evolutivas e delimitar a efetividade desta iniciativa diante da dissiparidade entre a vertiginosa velocidade na qual a tecnologia se incrementa em oposição ao burocrático e demorado

138 *Professor Universitário na UNIVERSIDADE CEUMA em regime de dedicação exclusiva lecionando as disciplinas Direito Processual Civil, Práticas integrativas e Direito do Consumidor em todos os campi da IES. Advogado de Caldas Gois Advogados Associados, Especialista em Metodologia da Pesquisa e Ensino Superior - CEUMA Mestre em Direito Público pela UFPE Conselheiro do Instituto Brasileiro de Pesquisa em Direito de Informática – IBDI e Consultor Jurídico do IBEDEC e CDL/SL. Presidente da Comissão de TI da OAB/MA Coordenador da Pós Graduação em Civil e Processo Civil da Universidade CEUMA Autor do Livro "Direito na Era das redes: Liberdade e Delito no Ciberespaço" e outras publicações.*

139 *Professor Universitário – UNDB e ESTÁCIO DE SÁ, Advogado de Assis Passos e Advogados Associados, Conselheiro Estadual da OABMA, Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABMA, Especialista em Direito Processual Civil, Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade em curso – IDP.*

processo legislativo brasileiro. Revisa a legislação existente de maneira crítica buscando indicar caminhos para uma efetiva regulação da rede.

Palavras-chave: Internet no Brasil; Regulação da Internet; Direito e Internet.

Abstract. Comes about the evolution of the Internet in Brazil seeking to identify the evolution and effectiveness of this initiative before the dissimilarity between the breakneck speed at which technology is increased as opposed to bureaucratic and time-consuming Brazilian legislative process. Reviews the existing legislation critically seeking to indicate paths for effective regulation of network.

Keywords: Internet in Brazil; Internet regulation; Law and Internet.

INTRODUÇÃO.

Houve um tempo no qual todos tínhamos diversos lugares físicos onde guardávamos aquelas coisas da nossa estima ou consideradas de valor. Cartas de amor ou sigilosas podiam parar numa gaveta com chaves, fotos íntimas, dinheiro, segredos poderiam ir até para um cofre. Estas coisas, que se incluem dentre aquilo que em direito se denomina como bens jurídicos tutelados, estão hoje portadas ou transitam por um mesmo lugar, a rede de computadores, trazendo para o âmbito da rede toda a gama de preocupação com a preservação dos direitos individuais consagrados aos indivíduos ao longo de séculos. É por tal razão que a discussão a respeito das formas de controle do uso das redes de computadores é um dos temas mais importantes no atual quadro de debates sociológicos e jurídicos na atualidade.

No mundo todo, atualmente, os Estados, através dos seus poderes constituídos, têm tentado estabelecer um estatuto de controle dessa nova realidade. No nosso país a iniciativa legislativa mais profunda até o momento foi aquela que resultou na Lei nº 12.965, denominada de Marco Civil da *Internet* e que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil.

Numa sociedade marcada pelo uso intenso e cada vez mais radical das chamadas **novas tecnologias** a questão que paira no ar é: existe um modelo de regulação legal eficaz para as redes ?

Esta, entretanto, não é uma pergunta fácil de ser respondida até porque ela pressupõe que já tenham sido superadas outras questões que lhe são anteriores como, por exemplo, se uma lei conseguirá atingir um nível mínimo de efetividade ou seja, se leis podem mesmo alterar o

comportamento humano num meio tão etéreo, global e libertário como a *internet*. Outra questão é se precisamos mesmo de uma **lei** para a *internet*.

O espaço da introdução não é adequado a aprofundar a discussão a respeito de tais indagações. Entretanto é necessário pelo menos alertar, de logo, que as reflexões de boa parte da comunidade científica fogem daquela mais óbvia: muitos estudiosos entendem que não precisamos de **leis** para regular a *internet* e que caso elas sejam feitas serão ineficazes. A tradição do romano-germânica brasileira, entretanto, nos impulsiona à solução legislativa o que exige uma reflexão crítica a respeito de tal mister, reflexão esta que nos propomos a suscitar no presente artigo.

Regular o ciberespaço é uma tarefa difícil mas também imprescindível a qual os Governos e toda a sociedade tem que se voltar com seriedade. A abordagem que resultou no presente estudo resulta de mais de 15 anos de acompanhamento da atividade legislativa na área usando principalmente as ferramentas disponíveis no sítio do Senado Federal, www.senado.gov.br, além de repositórios de legislação como o repositório Juris SÍNTESE. Em linhas gerais, elege-se como problema de pesquisa, o seguinte questionamento: a regulação produzida pelas vias estatais no Brasil pode ajudar na tutela das nossas informações pessoais, imagens, e outros dados dos mais diversos tipos hoje transmitidos e armazenados pela rede ? Senão, qual o modelo ideal ?

O método escolhido é o de pesquisa bibliográfica e documental, através de revisão da literatura sobre regulação da *internet* no Brasil além da análise das mudanças legislativas no período e mesmo dos projetos de alteração legislativa, embora não aprovados ainda. Ademais, a pesquisa demonstra possuir relevância acadêmica, face a possibilidade de suscitar mais reflexões sobre o tema, ainda escassas neste âmbito e social, diante da irreversível utilização da *internet* pela sociedade brasileira e, como mencionado, pelo volume de informações, imagens e demais dados transmitidos e armazenados pela rede.

1 ALGUNS DADOS ESTATÍSTICOS.

Antes de adentrar, entretanto, na discussão da necessidade de um modelo para regulação do uso das redes de computadores é importante trazer alguns números ilustrativos do tamanho do **problema** estudado.

Os dados abaixo apresentados são frutos de recentíssimas pesquisas procedidas por entidades como o IBOP Conect e a Symantec:

O comércio eletrônico no Brasil movimentou R\$ 18,6 bilhões no primeiro semestre de 2015, crescimento nominal de 16% em relação aos seis primeiros meses de 2014 (R\$ 16,1 bilhões) (CONVERGÊNCIA DIGITAL, 2015);

A Pesquisa realizada em junho de 2015, com mil internautas de todas as regiões do país e maiores de 18 anos mostrou que os brasileiros passavam em média 5,3 horas na frente do computador pessoal todos os dias. (ROMER, 2015);

O Brasil é o sétimo país no ranking global de uso da Internet entre adultos, com (75%) da população. (CONVERGÊNCIA DIGITAL, 2015);

Aproximadamente, 74% dos brasileiros cedem diversos tipos de informações, como geolocalização, contatos, fotos, senhas, pacote de dados do aparelho, que podem ser usadas por criminosos em busca de ganho financeiro. (CONVERGÊNCIA DIGITAL, 2015);

O relatório de fraude da RSA Anti-Fraud Command Center (AFCC) (2015), divisão de segurança da EMC2 Corporation, constatou que o Brasil está na lista dos cinco países – ocupando a quarta colocação – que mais tiveram corporações vítimas de fraudes digitais no mundo;

Ainda segundo a RSA Anti-fraud command Center (2015), somente os ataques de *phishing* resultaram em um prejuízo 4,5 bilhões em 2014;

O *National White Collar Crime Center* (NW3C), órgão do FBI responsável pelo monitoramento dos crimes de *internet* no mundo acredita que apenas 10% dos ataques digitais são reportados às autoridades. Mesmo assim o relatório de 2014-2015 (NW3C, 2015) indica um montante de perdas da ordem de \$800,492,073 (oitocentos milhões, quatrocentos e noventa e dois mil e setenta e três dólares) o que nos leva a um total estimado de mais de oito bilhões de dólares em perdas.

Tais dados numéricos hoje já são flagrantemente assustadores e ainda tendem a um aumento considerável se levarmos em consideração que no Brasil em 2014 apenas cerca de 51% da população tinha acesso a algum serviço de *Internet* (Cetic.br, 2014). Portanto, o esforço de

democratização do acesso à rede deve significar sem dúvida um incremento ainda maior nos números apresentados.

Parece, portanto, patente a necessidade de alguma forma de intervenção com o intuito de coibir uma escalada desastrosa. Mas, qual o modelo de regulação devemos adotar? Será que as iniciativas atualmente propostas realmente atendem a essa exigência? É com base em tais indagações que seguiremos na análise.

2 A RESPEITO DA NECESSIDADE DE REGULAÇÃO LEGAL DAS REDES DE COMPUTADORES.

No âmbito da regulação da *Internet*, assim como em outros ramos como a biogenética e o meio-ambiente, o grande desafio da Ciência do Direito atualmente está em indicar formas de regulação que conciliem a necessidade de impor limites ao comportamento individual com a necessidade de preservação das liberdades públicas e o desenvolvimento científico e tecnológico.

Durante anos estudamos as principais mudanças ocorridas no meio social em virtude da disseminação do uso da comunicação via redes de computadores e durante este tempo fizemos uma tentativa de avaliar os efeitos do choque desse novo espaço global e sem fronteiras sobre os espaços nacionais tradicionais, cujas estruturas jurídicas, sociais e políticas são fruto de construções seculares que sofrem uma justificada dificuldade de adequação com as novas relações frenéticas nascidas com o que se convencionou chamar de ciberespaço.

Neste sentido, afirma o professor Marcos Wachowicz:

O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimento e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação na geração de conhecimentos e dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso (WACHOWICZ, 2002, p.37).

Uma dessas questões ligadas ao tema diz respeito, exatamente, a se determinar se o advento da *Internet* dá ensejo a que se inicie um processo de criação legislativa voltado especificamente aos conflitos cibernéticos vez que, em linhas gerais, a rede seria somente um meio para realização de velhas práticas ilícitas ou um novo lugar para as nossas velhas

práticas associativas. Neste sentido, Moraes (2001, p. 52), em comentário ao voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, num julgamento de pedofilia pela *internet* ((*HC 76689/PB, 22/09/1998*), enfatizava que “a invenção da pólvora não reclamou a redefinição do homicídio”.

É importante alertar que o entendimento de que a *Internet* não necessita de uma regulamentação especial contraria frontalmente uma das bases sobre a qual se estabeleceu esta linha de pesquisa onde se vislumbra a via legislativa como opção necessária ao estabelecimento de um controle possível da *Internet*, contrariando, portanto, o discurso de que se precisa, tão-somente, aprender a interpretar a legislação vigente de modo a aplicá-la à *Internet*. A questão, portanto, não se resume se é necessária ou não a legislação, mas sim: de qual modelo de legislação necessitamos.

Merece ser sublinhado que o Estado de Direito, através da norma jurídica emanada do processo democrático, em uma sociedade plural, cria uma relação de compromisso mútuo entre o Estado e o indivíduo; permite a gerência da vida coletiva por meio de um ordenamento jurídico que justifique a conformação do cidadão mesmo diante de normas contrárias a suas convicções e interesses (GALVÃO, 2012)

Nesta linha, através do processo democrático cria-se o aparato normativo do Estado e este conjunto de normas antevem as hipóteses no mundo fenomênico e estabelecem os resultados, sendo desnecessário, portanto, rediscutir aspectos políticos ou morais que comuns nos casos apresentados ao Judiciário. (GALVÃO, 2012)

Porquanto, as normas jurídicas permitem o agir coletivo, afastando-se as razões pessoais dos agentes na formação de suas vontades, diminuem o grau de discricionariedade dos intérpretes proporcionando previsibilidade e igualdade de tratamento. (GALVÃO, 2012)

O Estado de Direito valendo-se das normas jurídicas oriundas do processo democrático limita a autonomia dos indivíduos, assim como o exercício das próprias prerrogativas estatais, em nome da previsibilidade, diminuição da discricionariedade e do tratamento isonômico na condução de uma sociedade marcada pela pluralidade.

Portanto, necessário enfatizar que esta posição não advem de nenhum legalismo que só consiga enxergar a possibilidade de ordenação das relações interpessoais através da criação de leis. Ao contrário, temos tentado balizar estas reflexões nas noções de Direito derivadas da

crítica ao modelo positivista e jusnaturalista. Tal posicionamento, entretanto, não impede que se reconheça que a lei têm uma importante função instrumental dentro do processo de distribuição da justiça e, dentro de tal contexto, diante de mudadas nas condições da realidade a que se aplica, esta pode se tornar uma ferramenta inadequada para os fins de pacificar e harmonizar as relações humanas o que justifica todo esforço para entender e melhorar iniciativas legislativas recentes como o Marco Civil da *Internet*.

2.1 Reflexão sobre um modelo ideal de regulação do uso de rede informatizadas.

É preciso, portanto, fazer um esforço real de delimitação de quais áreas do direito necessitam de nova regulamentação e quais áreas que não, pois parece claro que nenhuma resposta totalizante, como "não se precisa de legislação" ou "é necessário mudar tudo", é insuficiente.

Algumas bases já foram lançadas:

A Mínima tipificação de novos crimes, restringindo ao máximo as sanções de ordem penal e privilegiando a regulação cível a exemplo do já mencionado Marco Civil da *Internet*;

Ampla regulamentação legal dos meios processuais e técnicos de investigação criminal dando à polícia e ao judiciário formas eficazes de punir os criminosos virtuais com a regulamentação de técnicas processuais e procedimentais no âmbito da atividade policial investigatória.

Dar celeridade ao processo de regulamentação legislativa a fim de diminuir a defasagem entre o desenvolvimento da tecnologia e o desenvolvimento das formas de controle.

Fixar definições, conceitos legais precisos que balizem a interpretação da lei e a tipificação das condutas criminosas.

Diante de tais postulados surge logo uma primeira constatação desagradável. Por uma tradição histórica viciada do nosso legislativo, que vê na estipulação de crimes uma espécie de solução messiânica dos problemas sociais além de excelente meio de exposição dos políticos ao eleitorado ávido por "mais gente na cadeia", constata-se que o esforço legislativo tende a ser focado inicialmente na criação de novos tipos penais ou no agravamento de penas, ignorando que a lei penal possui uma gravidade excepcional que a deveria relegar a última instância de regulação (*ultima ratio*), vez que alcança a liberdade dos indivíduos.

Inexiste, de igual modo uma preocupação em diagnosticar quais bens jurídicos que a *internet* revalorizou ou criou para assim identificar os que ensejam tutela própria diferente daquela já oferecida pela legislação vigente.

Relevante ainda criar mecanismos de identificação de possíveis autores de delitos o que implica, entretanto, em flexibilizar o direito à privacidade e aí o exercício regular de um direito se choca com o outro, naquilo que se denomina de conflito de preceitos ou direitos fundamentais. As chamadas novas tecnologias da informação, dentre as quais se incluem a *internet* e o celular potencializam muito os efeitos danosos dos ataques aos direitos. Qualquer coisa dita na rede pode se propagar e atingir proporções imensas e incontroláveis e quando isto ocorre um dos primeiros e principais problemas é exatamente, identificar os autores de tais mensagens num ambiente onde é a cada dia mais fácil fazer o que se chama de acesso anônimo, principalmente por aquelas pessoas que entendem um pouco mais de tecnologia.

O presente momento, portanto, é um momento de desafios para toda a sociedade e para o Parlamento brasileiro que precisa realizar de maneira coerente e efetiva as necessidades de regulamentação sem ceder às manipulações políticas, à legislatura de mera propaganda e a tipos inócuos que produzem apenas um efeito psicológico sobre o eleitorado mas que não trazem nenhum efeito prático na harmonização das relações sociais.

3 ESCORÇO CRÍTICO DA REGULAÇÃO DAS REDES INFORMATIZADAS NO BRASIL.

Quando estudamos a *Internet* uma primeira questão que deve ser considerada diante da constatação da sua enorme importância é que a liberdade na rede não é consequência da revolução tecnológica mas ao contrário, a revolução tecnológica da rede é fruto da liberdade. Portanto, a liberdade é essência não somente como direito subjetivo dos **internautas** mas também para a preservação da própria rede, como meio. Não raras vezes, entretanto, é exatamente este extravazamento da liberdade que gera as inúmeras consequências danosas a outras searas de direitos fundamentais como a PRIVACIDADE e a INTIMIDADE.

Por isso, como já aludido, uma das dificuldades na regulação das redes se encontra em enfrentar este inafastável choque de direitos fundamentais representado pelo par antagônico LIBERDADE x CONTROLE.

Normas penais são especialmente graves quando não equacionam tais pares dialéticos, pois implicam na restrição de direitos fundamentais, dos quais o maior é a própria liberdade. Não bastasse este sacrifício imenso as normas produzidas, muitas vezes, por falta do devido aparelhamento, nem ao menos entregam em troca a paga da segurança ou do controle que a sociedade exige.

Um olhar atento sobre a curta história da regulação da *internet* no nosso país é o bastante para diagnosticar fases e concluir que passamos por um verdadeiro aprendizado a respeito das formas mais eficazes e convenientes de estabelecimento deste modelo regulatório.

Num cenário muito geral podemos afirmar que a breve história da regulação das redes no Brasil possui já algumas fases. Dentre estas três são proeminentes: a) a legislação criada no início do nas últimas décadas do século XX, devotada notadamente à tutela dos interesses do Estado, enquanto administração pública e da tutela do interesse patrimonialista de grandes corporações que atuavam no setor, b) a primeira década do século XXI, que se caracterizou, principalmente, pelo estabelecimento de novos tipos penais em geral como resposta ao clamor da população usuária, a cada dia maior e mais amedrontada com as possibilidades de crimes através dos meios informatizados e c) a legislação que consideramos mais madura, surgida a partir da segunda década deste século e que possui como principal expoente o já aludido Marco Civil da *Internet*.

A primeira fase que vai de meados da década de 80 até o início do Século XXI e se caracteriza, como dito, por um período no qual pouco se fez de substancial no âmbito legislativo para apresentar respostas eficazes aos desafios jurídicos apresentados pela revolução informacional em curso.

Num primeiro momento, ainda no final da década de 80 ou e início da década de 90 as poucas normas que existiam tinham como objeto de tutela, nitidamente, duas classes de interesses: os interesses dos Estados e os interesses patrimonialistas das grandes corporações que exploravam o *software* e *hardware* que moviam a revolução. Uma análise quantitativa da legislação produzida na década de 90 indica que a grande maioria das referências circunscreve-se, tão-somente, ao nível dos atos administrativos e tem caráter técnico procedimental de regular as atividades públicas, naquele tempo já bastante integradas ao ambiente informatizado ou a tutelar os pretensos direitos autorais e a propriedade industrial no âmbito das redes.

No âmbito da regulamentação de conflitos privados muito pouco foi feito nos primórdios da *internet* no Brasil. O que existia de efetiva regulamentação na década que antecedeu o novo milênio estava restrito a poucas normas, dentre as quais a Lei dos Direitos Autorais, nr. 9.610/98; a Lei do *software*, nr. 9.609/98, a controversa lei 9.296/96 que regulamenta as interceptações do fluxo de comunicação de sistemas de informática e telemática e a alteração do Código Penal, principalmente na parte alterada pela Lei nr. 9.983 de 14 de julho de 2000 sendo que nenhuma delas, nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor, trazia qualquer norma que visasse, primordialmente, a proteção do usuário de *internet*, tendo todas, como dito, o foco na defesa de interesses estatais ou corporativos. Um exceção à regra poderia ser encontrada no Decreto nr. 3.294/99, que institui o Programa Sociedade da Informação, o qual, entretanto, teve uma natureza primordialmente programática não tendo função normativa reguladora, muito menos no que diz respeito ao estabelecimentos de direitos aos usuários ou proteção dos seus interesses.

Quanto à regulação da atividade estatal, pode-se citar a Instrução Normativa da Secretaria da receita Federal de nr. 156, que institui os certificados eletrônicos da Receita Federal; o Decreto nr. 2.910/98; que estabeleceu normas para a salvaguarda de documentos, materiais, áreas, comunicações e sistemas de informação de natureza sigilosa e o Decreto nr. 3.587/00 que estabeleceu normas para a Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal - ICP-Gov, e que veio ser o precursor do sistema de chaves públicas ICP-BRASIL.

No início dos anos 2000, entretanto, nas casas legislativas do Congresso, tramitavam cerca de 45 projetos de leis (SENADO, 2015) tratando da regulamentação da *Internet* sendo que quase todos eles, infelizmente, não resultaram em leis ou quando assim o fizeram foi de maneira esvaziada, tal qual abordaremos adiante.

Durante todo este período a comunidade jurídica ligada ao direito em tecnologia da informação sempre foi pródiga de críticos que asseveravam que o caminho trilhado estava errado e que a legislação criada, em geral aprovada às pressas com vistas a atender ao clamor popular sempre que fotos de uma celebridade nua invadia a rede, esvaia-se ao criar novos tipos que, na prática, pouco contribuíam para resolver o problema da criminalidade crescente.

Um dos exemplos emblemáticos deste quadro é a chamada Lei Nº 12.737, que muito ilustrativamente leva o nome da atriz de televisão Carolina Dickman e dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. A aludida lei, feita de última hora para atender

aos apelos da mídia e da população diante da ocorrência midiática do vazamento de imagens da atriz nua na rede, substituiu em termos de legislação o projeto denominado de “lei dos Crimes de Informática”, hoje convertido na lei nr. 12.735, de 30 de novembro de 2012, mas que, após mais de uma década de tramitação, foi aprovado com o corte de quase todos os seus artigos restando apenas três.

Justiça seja feita a aludida Lei nr. 12.735 tem como mérito ser a primeira lei que se refere a uma política especializada de combate à criminalidade virtual, *verbis*:

Art. 4o Os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Outro exemplo, foi o esforço empreendido pelos nossos legisladores, principalmente aqueles ligados às bancadas cristãs, no sentido de tipificação dos chamados delitos morais cometido na *Internet*, dentre os quais se sobressai o caso da pornografia infantil.

Sem entrar em detalhes sobre o mérito dessa luta, que está fora do âmbito do presente trabalho, destaca-se o caso da Lei 10.764/2003 que estabelece como crime a divulgação da imagem de crianças e adolescentes em cenas de sexo explícito ou simulação sexual na *Internet*, em revistas ou em qualquer outro meio visual.

Ora, ninguém em sã consciência se oporia ao mérito de uma medida legislativa que visa ao combate à pornografia infantil. Entretanto, a lei possui muito pontos que merecem crítica. O primeiro deles é que a questão já se encontrava regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nr 8069/90) de modo que não haveria necessidade de uma nova legislação. O segundo, é que a lei é severa demais, pune o simples armazenamento, por exemplo, sem acrescentar qualquer eficácia à persecução penal.

A falta de uma consciência tecnológica, entretanto, faz com que nossos legisladores deixem de legislar exatamente a respeito daquilo que necessita de legislação: a estipulação de mecanismos legais e tecnológicos para garantir a identificação e consequente punição dos pedófilos da rede. Isso porque o problema fundamental relacionado à pedofilia e à pornografia infantil na *Internet* é a questão da impunidade resultante na extrema dificuldade na identificação dos agentes e esta questão não irá ser resolvida com a lei em comento que se preocupou em revisar o tipo, em aumentar a pena mas em nenhum momento previu um único

mecanismo tecnológico que facilitasse a identificação do agente da conduta ou mesmo a produção da prova neste tipo de crime. Segundo Colli (2010, p. 160):

São três os principais rumos tracados a partir daqui: a) a criação de divisões policiais especializadas em cibercrimes como possível forma de aprimoramento (eficaz e eficiente) da investigação preliminar; b) a cooperação entre provedores/servidores de internet e órgãos policiais; c) a cooperação policial internacional como possível meio de superação das barreiras transnacionais existentes em razão das diferentes legislações (processual e substancial), do objeto material, dos sujeitos envolvidos e dos bens jurídicos afetados e dos locais de ocorrência do resultado.

Os objetivos traçados por Colli em 2010 parecem ter sido ouvidos. As leis 12.735/2012 e 12.965/2014 (Marco Civil) são dois exemplos normativos que possuem grande valor simbólico e efetivo para a equalização da questão. A primeira por inaugurar a preocupação com a estruturação de políticas criminais especificamente voltadas e a segunda por regular civilmente a rede e estabelecer importantes mecanismos de auxílio à investigação como a obrigatoriedade de registro de *logs* pelos provedores de acesso e aplicação.

Segundo o Marco Civil, por questões de segurança, os provedores de acesso à internet serão obrigados a guardar os registros das horas de acesso e do fim da conexão dos usuários pelo prazo de 1 ano, dados estes que poderão ser acessados por autoridades com vistas a investigações em processo judicial. Já os chamados provedores de aplicativos podem ainda fazer a coleta, o uso e o armazenamento de dados pessoais dos seus usuários desde que especificados nos contratos e caso não sejam vedados pela legislação além de terem a obrigação de fazer a guarda legal dos dados por seis meses para efeitos de investigação em processo judicial o que consideramos um avanço efetivo e contabilizável no trato da questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Nunca é demais enfatizar que a *internet* promoveu nas duas últimas duas décadas uma das maiores revoluções culturais já vividas pela humanidade maximizando a troca de informações entre indivíduos e praticamente acabando com as barreiras temporais e geográficas que eram óbice ao contato humano em tempos passados.

A mudança de **filosofia** que o Marco Civil representa na regulação da *Internet* ainda é muito recente para ser avaliada, resta, portanto, demarcá-la e acompanhar seus desdobramentos para

através de pesquisas futuras comprovar os benefícios reais que esta mudança de postura trará em benefício dos usuários da *internet* no nosso país.

Muito ainda se faz necessário, entretanto. Um próximo passo imprescindível é integrar o país a políticas internacionais de proteção aos usuários. Para isto os legisladores e o Estado Brasileiro precisam ter consciência de que como a rede é mundial e todos tem acesso, as práticas delituosas podem ser praticadas de qualquer computador, estado ou país. O crime de *Internet* é prevalentemente internacional e complexo, não se sabendo, em muitos casos, o que fazer com países de legislações diferentes, como definir a jurisdição competente e até mesmo como determinar e identificar os agentes de tais ilícitos num ambiente livre de indícios materiais.

REFERÊNCIAS.

CETIC.BR. **Pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Brasil - TIC Domicílios e Empresas 2013.** Disponível em: <http://www.cetic.br/publicacao/pesquisa-sobre-o-uso-das-tecnologias-de-informacao-e-comunicacao-no-brasil-tic-domicilios-e-empresas-2013/>. Acesso em: 15.08.2015.

COLLI, Maciel. **Cibercrimes: limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos.** Curitiba:juruá, 2010.

CONVERGÊNCIA DIGITAL. **2015 será mais um ano difícil para a Segurança da Informação.** Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=38660&sid=18>. acesso em 24.6.2015.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito.** 2012. Tese (Direito do Estado). Faculdade de Direito, USP. São Paulo. 2012.

NATIONAL WHITE COLLAR CRIME CENTER. Disponível em: <https://www.nw3c.org/> . Acesso em: 15.08.2015.

PASSOS, Hugo Assis. **Neoconstitucionalismo e Estado de Direito:** (in) adequação dos fundamentos da teoria constitucional neoconstitucionalista às sociedades democráticas contemporâneas. No prelo, 2015.

RAS ANTI-FRAUD COMMAND CENTER. Disponível em www.rsa.com. Acesso em 15.08.2015.

ROMER, Rafael. CanalTech. **Brasileiro passa em média 5,3 horas por dia no computador pessoal, diz pesquisa.** Disponível em: <http://corporate.canaltech.com.br/noticia/produtos/brasileiro-passa-em-media-53-horas-por-dia-no-computador-pessoal-diz-pesquisa-45737/#ixzz3ISG0C8SZ>. Acesso em 24.06.2015.

SENADO FEDERAL. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/>. Disponível em: 15.08.2015.

SILVA NETO, Amaro Moraes. **Privacidade na Internet: um enfoque jurídico.** Bauru: EDIPRO, 2001.

WACHOWICZ, Marcos. **Os Direitos da Informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos.** In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). Propriedade Intelectual & Internet: uma perspectiva integrada à Sociedade da Informação. Curitiba: Juruá Editora, 2002.