

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PÚBLICO

GLÁUCIO GUIMARÃES MEDEIROS

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE n.º 5.794/2017: UMA ANÁLISE
CRÍTICA ACERCA DA QUEBRA DOS PARÂMETROS
NORMATIVOS DE CONTROLE FINANCEIRO EM PREJUÍZO DA
JUSTIÇA FISCAL**

GLÁUCIO GUIMARÃES MEDEIROS

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE n.º 5.794/2017: UMA ANÁLISE
CRÍTICA ACERCA DA QUEBRA DOS PARÂMETROS
NORMATIVOS DE CONTROLE FINANCEIRO EM PREJUÍZO DA
JUSTIÇA FISCAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas – UFAL, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, na LINHA 3 – Bases constitucionais da atuação e controle do Estado Administrador/Fiscal: entre os direitos individuais e o interesse público.

Orientador: Prof. Dr. Basile Georges Campos Christopoulos.

Maceió
2021

**Catálogo na fonte Universidade
Federal de Alagoas Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário: Marcelino de Carvalho**

M488s Medeiros, Gláucio Guimarães.

O Supremo Tribunal Federal e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.794/2017 : uma análise crítica acerca da quebra dos parâmetros normativos de controle financeiro em prejuízo da justiça fiscal / Gláucio Guimarães Medeiros. – 2021. 115 f.

Orientador: Basile Georges Campos Christopoulos.

Dissertação (mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2021.

Bibliografia: f. 112-115.

1. Renúncia fiscal. 2. Contribuição sindical. 3. Proibição do retrocesso.
I. Título.

AGRADECIMENTOS

É mais um trecho da jornada que se completa, o peregrino Odisseu, ausente do merecido descanso, prepara seus pertences para outro desafio mais distante, mas sempre carregando consigo a alegria e a lembrança dos que o encorajam, sempre no intuito de retorno a sua querida Ítaca. Guardadas as devidas proporções épicas, posso dizer que mais um desafio fora superado, expectativas confirmadas, quiçá para mais, por ter a honra conquistada de conhecer e conviver com caríssimos professores, os quais eram apenas nomes ecoados durante minha graduação.

E nunca por demais lembrar em ágape, da sustentação moral que recebi do meu seio familiar que me constituiu um cidadão crítico e participativo, bem como, de minha amada esposa que sempre me lançou a novos desafios no plano acadêmico, colorindo os sonhos que muitas vezes releguei pelo entremeado da vida, acreditando em mim, quando em algumas não mais conseguia.

A todos vocês, meus professores, meu orientador, minha família e ao meu grande amor, Kézia Sayonara Franco Rodrigues Medeiros, cada qual no pedaço que lhes caibam de meus sentimentos, posso dizer, obrigado por serem partes ideais do homem em peregrinação que me torno a cada trecho de minha jornada.

Obrigado.

RESUMO

A Constituição Federal - CF de 1988 estabeleceu (art. 163) que caberia à Lei Complementar - LC dispor sobre as finanças públicas e temas afins, no intuito de impor uma maior densidade normativa à matéria e denotar a necessidade de uma política de responsabilidade mais acentuada na gestão fiscal de todos os entes federados, evitando-se assim, ao máximo possível, eventuais desmandos financeiros, o que coube tal mister, com considerável atraso, à LC de n.º 101/2000. Nesta norma de natureza complementar-constitucional podem ser vistas regulações atinentes a algumas espécies orçamentárias (LDO e LOA)¹, as despesas e receitas públicas, operações de crédito, endividamento público e gestão patrimonial. Entre tais matérias jurídicas de cunho financeiro, o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF disciplina o instituto da renúncia fiscal, na qual, a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita, necessita obrigatoriamente de medidas de compensação. No entanto, o Supremo Tribunal Federal - STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 5794, decidiu, em acórdão inédito sobre o tema, que a Lei de Responsabilidade Fiscal não seria aplicada à chamada reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), especificamente quanto à parcela da contribuição sindical destinada aos cofres públicos, homologando-se assim, uma das maiores renúncias fiscais já vista nesse país, e mais grave, sem as devidas medidas de compensação, o que não poderia ser defendido sem a descaracterização da contribuição sindical como tributo que é. Com esse julgado, as funções contramajoritárias e representativa do STF passaram a ser revistas em detrimento de novas perspectivas jurídicas e políticas, destacadamente baseadas numa oitiva originada da *vox populi*. O Ministro Luís Roberto Barroso, expoente dessa nova hermenêutica, advoga pela efetividade de uma nova categoria decisória, que denomina de “sentimento social”, sem a qual, deslegitimaria qualquer decisão difusa ou coletiva. Contudo, numa análise mais detalhada desses novos tempos, nota-se algumas incongruências, como a aplicação inconsciente da filosofia utilitarista, berço ideológico de um liberalismo redescoberto, que acaba por determinar viragens hermenêuticas inesperadas.

Palavras-chave: renúncia fiscal, tributo optativo, contribuição fiscal.

¹ Estabelece o Art. 165 da CF/88: Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I – o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias; III – os orçamentos anuais.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 established (art. 163) that it would be up to the Complementary Law to provide for public finances and related topics, in order to impose a greater regulatory density on the matter and denote the need for a more accentuated policy of responsibility in the fiscal management of all federated entities, thus avoiding, as much as possible, possible financial misdeeds, which was due, with considerable delay, to the LC of n° 101/2000. In this norm of a complementary-constitutional nature, regulations pertaining to some budgetary types (LDO and LOA) 1, public expenses and revenues, credit operations, public debt and asset management can be seen. Among such legal matters of a financial nature, art. 14 of the LRF disciplines the tax waiver institute, in which the granting or expansion of a tax incentive or benefit from which the waiver of revenue arises, necessarily requires compensation measures. However, the Federal Supreme Court, in ADI No. 5794, decided, in an unprecedented ruling on the subject, that the Fiscal Responsibility Law would not be applied to the so-called labor reform (Law 13.467 / 2017), specifically regarding the contribution portion union destined to the public coffers, thus ratifying one of the biggest tax waivers ever seen in that country, and more serious, without the necessary compensation measures. With this judgment, the counter-majoritarian and representative functions of the STF started to be revised to the detriment of new legal and political perspectives, mainly based on a hearing originated from the *vox populi*. Minister Luís Roberto Barroso, exponent of this new hermeneutic, advocates for the effectiveness of a new decision category, which he calls “social feeling”, without which he would delegitimize any diffuse or collective decision. However, in a more detailed analysis of these new times, some inconsistencies are noted, such as the unconscious application of utilitarian philosophy, the ideological cradle of a rediscovered liberalism.

Keywords: tax waiver, optional tax, union contribution.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| 1 INTRODUÇÃO | 08 |
| 2. A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL E O SURGIMENTO DO TRIBUTO OPTATIVO. | 12 |
| 2.1 O financiamento sindical brasileiro: um estudo de Direito comparado no tempo e espaço entre normas afins..... | 14 |
| 2.1.1 A contribuição confederativa e a busca por um conceito seguro..... | 18 |
| 2.1.2 Da contribuição legal concorrente..... | 20 |
| 2.2 O sistema financeiro sindical constitucional: uma norma de eficácia plena irrestringível. | 22 |
| 2.3 O tributo optativo e sua impossibilidade jurídica..... | 25 |
| 2.4 Natureza jurídica tributária da contribuição sindical: e agora?..... | 30 |
| 2.5 Conclusão do capítulo..... | 31 |
| 3 A HOMOLOGAÇÃO DA RENÚNCIA FISCAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 5.497/2017 | 33 |
| 3.1 A Constituição Financeira e a viabilidade recíproca para a manutenção do Estado..... | 36 |
| 3.2 A Lei de Responsabilidade Fiscal e as consequências de uma aplicabilidade seletiva..... | 37 |
| 3.3 A reforma trabalhista e a facultatividade da contribuição sindical..... | 40 |
| 3.4 A renúncia fiscal agressiva cometida na ADI 5.794/2017..... | 43 |
| 3.5 A ADI 5.794: a teratologia solipsista de uma meta linguagem da maioria..... | 48 |
| 3.6 Conclusão do capítulo..... | 54 |
| 4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A VIRAGEM UTILITARISTA E A RECEPTIVIDADE JURISPRUDENCIAL AO SISTEMA FINANCEIRO IMPRODUTIVO | 56 |
| 4.1 O liberalismo clássico e os Direitos Fundamentais segregadores..... | 58 |
| 4.2 A redenção dos Direitos Fundamentais pelo Estado Social..... | 60 |
| 4.3 O ressurgimento do utilitarismo e a inefetividade social..... | 62 |
| 4.4 O Supremo Tribunal Federal e o utilitarismo inconsciente..... | 64 |
| 4.5 O ressurgimento do capital financeiro improdutivo e a captura estatal..... | 74 |
| 4.6 A descon sideração casuística sobre proibição da violação ao retrocesso..... | 77 |
| 4.7 Conclusão do capítulo..... | 81 |
| 5 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA SEARA TRIBUTÁRIA: O CAMINHO QUE NÃO FOI TOMADO PELA ADI 5.794/17 | 83 |
| 5.1 Os novos desafios do consequencialismo judicial no Brasil..... | 86 |
| 5.2 A natureza jurídica dos requisitos normativos e seus aspectos gerais..... | 97 |
| 5.3 A Modulação dos efeitos em matéria tributária..... | 99 |
| 5.4 O Princípio da Indisponibilidade aplicado sobre a modulação dos efeitos de uma decisão..... | 105 |
| 5.5 Conclusão do capítulo: possíveis medidas a serem adotadas..... | 107 |
| 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 109 |
| REFERÊNCIAS | 112 |

1. INTRODUÇÃO

De quando em vez, o Direito, como ciência humana que é, quebra sua estrutura compartimentalizada, na maioria das vezes fíncada como uma dualidade contraposta (pública/privada, material/processual, satisfativa/provisória) e demanda-nos aos mais diversos desafios jurídicos, tais quais, mediar uma plêiade de conjugações normativas e superar tal bipolaridade equidistante, haja vista, *e. g.*, a existência do princípio do diálogo das fontes ou o princípio de interpretação constitucional da concordância prática, ambos sustentados numa hermenêutica conciliadora e harmônica.

Quanto a casuística principal que fundamenta essa dissertação, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.794/2017, acordou pela constitucionalidade da norma atacada e decidiu pela facultatividade da contribuição sindical, então imposta pelo art. 578 da Lei n.º 13.467/2017, dando azo a inúmeras consequências para o movimento sindical, dentre elas, a que legitimou uma viragem ab-rupta de entendimentos consolidados há décadas sobre a natureza jurídica da contribuição sindical, sua extensão, obrigatoriedade e repartição de receita.

Diante desse breve trecho histórico, devemos deixar claro que a intenção primordial desse estudo não reside na defesa ou ataque à compulsoriedade da contribuição sindical, haja vista ser esse um tema que requer um respeitável aprofundamento e fôlego doutrinário em estudo próprio, não é essa intenção, mas sim, discutir as consequências da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre as demais áreas do Direito. Tal posicionamento jurisprudencial desmontou toda uma estrutura jurídica devidamente estruturada há muitas décadas, tanto quanto a natureza jurídica tributária da contribuição em comento, quanto a ordem econômica e financeira do país, insculpida no artigo 170 da Constituição Federal.

O STF, para permitir a facultatividade da contribuição sindical, de uma só vez solapou, mediante um estridente efeito cascata, a estrutura do direito sindical, coletivo, trabalhista, constitucional, tributário e financeiro, prejudicando a valorização do trabalho humano, numa perspectiva difusa, em detrimento de uma supervalorização indevida da livre iniciativa, sob os falsos moldes liberais e utilitaristas que voltam a atacar nossa sociedade. O sindicalismo, enquanto direito fundamental de terceira dimensão, deve ser visto não apenas como barreira social intransponível aos desmandos, tanto governamentais, quanto empresariais, como também um referencial teórico e prático para a Ordem Econômica em prol dos ditames da justiça social.

Para permitir a facultatividade da contribuição sindical apenas aos filiados de um aleatório sindicato, o Supremo Tribunal Federal, numa ordem reversa, destruiu a natureza jurídica tributária da citada contribuição, de modo que desobrigou sua previsão orçamentária, e por consectário lógico afastou qualquer incidência normativa de normas de controle ou de responsabilidade fiscal, vide a Lei de responsabilidade fiscal ou de improbidade administrativa.

Essa viragem jurisprudencial agressiva cometida pelo Supremo acabou por atingir todo um título da Constituição Federal, qual seja, o Da Ordem Social, que garante a defesa do primado do trabalho, com seus respectivos objetivos: o bem-estar e a justiça social (art. 193). Como sabemos, a ordem social visa primordialmente a defesa e viabilidade da seguridade social (art. 194), que se constitui por intermédio de um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Tais braços da seguridade (saúde, previdência e assistência social) necessitam ser financeiramente abastecidos pelo Estado para o atingimento de seus objetivos, e isso dar-se-á pelos orçamentos públicos anuais inseridos no inciso III, §5º do art. 165 da CF/88, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. De maneira que qualquer fundo instituído pelo poder público em prol da seguridade social deve ser incluído em seu respectivo orçamento anual, sob pena de responsabilidade civil, administrativa, política e criminal.

O destaque realizado acerca dos fundos públicos dar-se-á pela sua eminente importância no sistema orçamentário vigente, haja vista serem comumente utilizados na captação financeira ao apoio da seguridade pública, o que nos remete, para o foco do tema, ao chamado Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT – que se encontra regulado na Lei Federal n.º 7.998/90, juntamente ao programa do seguro-desemprego e o abono salarial. Em seu art. 10, vemos que o esse fundo é vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, que se destina ao custeio do Programa de Seguro-Desemprego, ao pagamento do abono salarial e ao financiamento de programas de educação profissional e tecnológica e de desenvolvimento econômico.

O FAT é abastecido financeiramente por diversas fontes orçamentárias, dentre elas, pelo produto da arrecadação das contribuições devidas ao Programa de Integração Social – PIS e ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP (em via de extinção), pelo produto dos encargos devidos pelos contribuintes, em decorrência da

inobservância de suas obrigações, pela correção monetária e os juros devidos pelo agente aplicador dos recursos do fundo, bem como pelos agentes pagadores, incidentes sobre o saldo dos repasses recebidos, pelo produto da arrecadação da contribuição adicional pelo índice de rotatividade, de que trata o § 4º do art. 239 da Constituição Federal, bem como, por outros recursos que lhe sejam destinados.

Dentre esses outros recursos inominados que podem vir a ser destinados ao FAT, encontramos a denominada Conta Especial Emprego e Salário – CEES – criada pela Lei Federal n.º 4.589/64, que altera os artigos 589 e 590 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e obriga o depósito de 20% de todo arrecadado a título de contribuição sindical, em conta administrada pela Caixa Econômica Federal, sob a gerência administrativa do Ministério do Trabalho e Emprego². Portanto, 20% de todo valor arrecadado a título de contribuição sindical no país é direcionado a CEES, que por sua vez, pertence ao FAT, fundo este de caráter federal que está obrigatoriamente incluído na Lei Orçamentária anual da União.

A contribuição sindical, portanto, como será defendido nesse estudo, constitui-se tributo por contaminação na modalidade contribuição parafiscal e fonte direta de sustentação da Seguridade Social, maior responsável pela garantia à efetividade de proteção dos direitos fundamentais de 3ª dimensão, quais sejam aqueles elencados nos artigos 6º ao 8º da Constituição Federal. Olvidar essa realidade, é ferir frontalmente a efetividade dos direitos humanos entabulados na Constituição Federal, nas regras de vinculação obrigatória sobre os orçamentos públicos (art. 165 e seguintes), na ordem econômica quanto à valorização do trabalho humano, e no financiamento da seguridade social.

Esse estudo analisará metodicamente – corte epistemológico – se acórdão citado do Supremo Tribunal Federal, ou pelo menos, se a maioria constituída no julgamento, cometeu equívocos no julgamento da ADI n.º 5.794/2017, quer sejam processuais, como a ausência de uma modulação dos efeitos que atentassem para as perdas financeiras; ou materiais, quando ignoram a influência orçamentária da contribuição federal, ratificando assim, um caso ímpar de renúncia fiscal agressiva, devidamente corroborado pelo Poder Judiciário, quiçá o único, prejudicando a efetividades das políticas públicas, gerando maior ônus para o Estado no âmbito judicial e possibilitando o crescimento de um ativismo judicial.

Acreditamos ser necessária a escolha de um caminho que consiga expor naturalmente todos os nossos pensamentos, os quais pretendem revelar os equívocos perpetrados pela

² Como se pode ver na nota técnica n.º 035/2014 do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, a estimativa da receita para compor o referido fundo advinda das contribuições sindicais para o ano de 2015 era de **439,6 milhões de reais**.

maioria ocasional do Supremo no julgamento da ADI em questão. Para tanto, decidimos repartir nosso estudo em capítulos âncoras, que sustentarão nossas ideias, serão eles: a) confirmar a natureza jurídica tributária mista da contribuição sindical, ratificando assim sua qualidade de receita orçamentária e derivada; b) constatar a renúncia fiscal ocorrida pela facultatividade do pagamento de um tributo; c) construir uma avaliação racional e crítica sobre os novos rumos ideológicos do STF, o que justifica uma viragem constitucional de caráter político e financeiro; e d) realizar um aprofundamento do instituto da modulação das decisões em sede tributária, meio não utilizado pelo STF na ADI em estudo e que evitaria a renúncia fiscal.

Assim, precisamos delimitar no capítulo inicial, a contribuição sindical, seus limites, contornos históricos, julgados e importância para o movimento sindical e para as finanças do país. Em um segundo capítulo, abordaremos a principal consequência acarretada pelo acórdão em comento, neste caso, a renúncia fiscal agressiva, que vilipendia as normas constitucionais da CF/88 que compõe o sistema orçamentário e financeiro, bem como a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Num terceiro capítulo, passaremos a avaliar os meandros da viragem hermenêutica ab-rupta experimentada pelo STF, para tentarmos entender quais os verdadeiros fundamentos dessa mudança de ventos sobre o direito coletivo constitucional sindical, ou seja, o porquê desta atravessada modificação argumentativa judicial sobre a referida contribuição. Em um quarto e último momento, destacaremos a grande importância do instituto da modulação dos efeitos sobre uma decisão judicial, bem como sua estranha ausência no acórdão da ADI 5.794/2017, trazendo à baila inúmeras possibilidades que não as quais escolhidas pelo STF.

2. A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL E O SURGIMENTO DO TRIBUTO OPTATIVO

No dia 1º de maio de 1943, em homenagem ao dia do trabalhador, o então Presidente Getúlio Vargas, promulga o Decreto-Lei n.º 5.452, o qual aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, que por sua vez condensa todas as leis gerais relativas à mão de obra assalariada no país, bem como traz normas inaugurais sobre o tema, dentre elas, o denominado imposto sindical, exação devida por todos trabalhadores que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão.

A CLT tornou-se a indubitável consequência política de inúmeros fatos históricos ocorridos em nossa cambaleante república brasileira, de modo que a consolidação das leis do trabalho cumpriu um papel até então de apaziguamento e apoio popular ao então Presidente Getúlio Vargas e ao seu projeto de poder centralizador, isso, em detrimento de seus perenes opositores civis, como Carlos Lacerda e militares, que já armavam-se para o golpe. Com nítido viés burocrático, a CLT simbolizou, de acordo com os professores Everaldo Gaspar Lopes, Fernanda Barreto Lira e Isabele Bandeira de Moraes³, a superação do sindicalismo anárquico (com apogeu na greve geral de 1917), mediante um sindicalismo de raiz fascista, estatizante e estatizador, de forte controle político, financeiro e administrativo.

Foi nesse cenário político conturbado que a contribuição sindical floresceu, possuindo uma dinâmica tributária tripartida, onde o empregado (contribuinte de fato) tem descontado pelo empregador (contribuinte de direito), diretamente em folha de pagamento o percentual relativo ao tributo, sendo então repassado ao Estado, mediante depósito no Banco do Brasil (hoje, Caixa Econômica Federal) na denominada “Conta especial Emprego e salário – CEES”, conforme instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho.

Importante destacar que a contribuição sindical atravessou incólume inúmeras transformações políticas, tais quais o suicídio de Vargas, o natimorto golpe parlamentar, a ditadura militar ou mesmo, a redemocratização coroada com a atual Constituição Federal. Nesse meio termo, por intermédio da Lei 6.386/76, a União modificou a repartição da referida contribuição e destinou 20% de todo arrecadado para a promoção das políticas públicas ligadas à seguridade social. A partir de então, o tributo em foco passaria a constituir renda permanente do Estado até os dias atuais, constituindo-se parcela importante do orçamento federal.

³Disponível em juslaboris.tst.jus.br em 16/06/2020, em artigo intitulado: “A história da formação operária e do sindicalismo brasileiros: da experiência anarquista ao sindicalismo pós-constituinte: dos novos movimentos sociais às teorias dos movimentos sociais”.

Nessa longa linha temporal, a Constituição Federal, em seu art. 8º, IV, dispõe que a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei. Pois bem, é nesse exato dispositivo constitucional que surge uma das maiores indagações quanto as formas de sustento do sistema sindical, qual seja, quantas e quais são as fontes de custeio do sindicalismo brasileiro?

A resposta para tal pergunta pressupõe um confronto direto entre a Consolidação das Leis do Trabalho e a Constituição Federal, sob prejuízo de construirmos equívocos hermenêuticos irremediáveis ao sistema sindical. Coube ao Supremo Tribunal Federal tal mister, mediante a ADI n.º 5.794/2017, que se discutia a constitucionalidade da reforma trabalhista, especificamente quanto aos textos legais que tratavam da opcionalidade de pagamento da contribuição. Entretanto, importante realçar que o decidido na ADI se tornou desafio ainda maior para o sistema sindical, pois, intensifica mais as dúvidas em prejuízo às certezas, de maneira que questões de ordem orçamentária e financeira ainda se impõem e carecem de respostas, as quais tentaremos conquistar.

A natureza jurídica tributária da citada exação nunca foi contestada pelo Supremo Tribunal Federal, quer seja enquanto imposto sindical, como podemos ver no acórdão do mandado de segurança n.º 3.221 do ano de 1956⁴; quer seja enquanto contribuição sindical, com base no acórdão n.º 129930 de 1991⁵, que declarou a natureza compulsória da cobrança e sua constitucionalidade perante a constituição de 1988. Ademais, o próprio acórdão objeto desse estudo reconhece a natureza tributária da contribuição sindical, como pode ser vislumbrado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso quando afirma em seu voto que: *“somente a contribuição sindical compulsória possuía natureza tributária antes da Reforma Trabalhista implementada pela norma impugnada”*⁶.

A bem da verdade, como destacado no parágrafo anterior, devemos acentuar que em nenhum momento discutiu-se no acórdão em voga, a realidade fática e jurídica quanto a

⁴Imposto sindical: o Decreto n.º 36.818/1955 encerra medida da mais alta moralidade administrativa, permitindo o cumprimento fiel não só do artigo. 589 da consolidação das leis do trabalho, como de todos os dispositivos que concernem a arrecadação, distribuição e aplicação das quantias reunidas por via do mesmo imposto. MS 3221, relator: Afrânio Costa. DJ. 23.08.1955.

⁵Constitucional. tributário. contribuição sindical. imunidade. cf., 1967, art. 21, par-2., i, art-19, iii, “b”, cf., 1988, art-149, art-150, vi, “b”. i. a imunidade do art. 19, iii, da CF/67, (CF/88, art. 150, vi) diz respeito apenas a impostos. A contribuição e espécie tributaria distinta, que não se confunde com o imposto. E o caso da contribuição sindical, instituída no interesse de categoria profissional (CF/67, art. 21, par-2., I; CF/88, art. 149), assim não abrangida pela imunidade do art. 19, III, CF/67, ou art. 150, VI, CF/88. II. Recurso Extraordinário não conhecido. (RE 129930, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 07/05/1991, DJ 16-08-1991 PP-10788 EMENT VOL-01629-02 PP-00257 RTJ VOL-00136-02 PP-00846).

⁶ Tópico 12, da p. 07 de seu voto.

natureza tributária da contribuição sindical, mas sim, a constitucionalidade do dispositivo oriundo da reforma trabalhista que encerraria tal natureza compulsória, de maneira então, como foi decidido por 6 votos à 3, que a contribuição sindical deixaria de ser compulsória, ou seja, estamos a testemunhar a criação, em sede jurisprudencial de um tributo optativo.

O presente capítulo abordará ao decorrer de seus tópicos, todas as nuances do acórdão final da ADI 5.794/2017, não se reduzindo as questões relativas à contribuição sindical, mas às questões que tratam das fontes de custeio sindical, o pertencimento orçamentário dessa matéria junto ao erário e as consequências da decisão em tornar opcional o pagamento de um tributo. De modo que prepara o leitor às discussões atinentes às prejudiciais externas à ADI, como a renúncia fiscal, a viragem hermenêutica do STF e as consequências relacionadas ao aumento de demandas judiciais e do ativismo judicial pela diminuição de políticas públicas em seguridade social

2.1 O financiamento sindical brasileiro: um estudo de Direito comparado no tempo e espaço entre normas afins

O sistema financeiro sindical nasceu infraconstitucionalmente, por intermédio da própria Consolidação das Lei do Trabalho, a qual, regula a matéria (já muito modificada) de maneira extremamente pormenorizada, como pode ser visto em seu dispositivo fonte, qual seja, o artigo 548, que impõe basicamente de duas espécies de renda patrimonial, são elas, a) as *rendas ordinárias* (contribuições) e b) as *rendas extraordinárias* (bens e valores autoproduzidos, doações, legados, multas, contribuições assistenciais e demais rendas eventuais). Esse, portanto, trata-se do regime financeiro geral do sistema sindical brasileiro, sem retoques legislativos sobre o texto, o que não pode ser dito especificamente das rendas ordinárias em sede constitucional, fruto de nosso estudo.

Nessa toada histórica, o sistema financeiro sindical foi abordado de maneira expressa em sede constitucional apenas em 1967, em plena ditadura militar, quando se dispunha em seu art. 159, §1º que entre as funções sindicais, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas. Não por demais lembrar que a referida lei já existia a mais de duas décadas e estamos a falar da CLT, ou seja, a constituição vigente apenas reconhecia o regime sindical já praticado pela Consolidação, tanto que, o artigo 579 do Decreto-Lei 229/1967 ratifica a natureza compulsória da contribuição sindical.

É de suma importância realçarmos que, ainda na ditadura militar, o então governo federal publicou a Lei n.º 4.589/64 que alterou significativamente o regime financeiro sindical, realocando considerável percentual de todo o arrecadado pela contribuição sindical aos cofres públicos, num total de 20% a ser direcionado para a Conta Especial Emprego e Salário. Mais tarde, a Lei n.º 6.386/76, formalizou essa realocação modificando o próprio art. 589 da CLT, ao deixar à Caixa Econômica Federal a gestão desses recursos em prol do arrobustamento do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. Ainda depois, a Lei n.º 11.648/2008 realizou outras modificações, estas que alteravam os percentuais a serem destinados e repartidos entre as entidades sindicais, diminuindo os 20% da CEES pela metade, a qual seria destinada para as centrais sindicais.

Mesmo que venhamos a considerar a linha histórica do sistema financeiro sindical um pouco retalhada, não há nela a existência de qualquer contradição que valha qualquer verticalidade acadêmica, porém, é, ao incluirmos a Constituição Federal vigente nessa equação temporal, que a problemática surge. O artigo 8º, em seu IV afirma que a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.

Para entendermos melhor o problema a ser apresentado, colacionamos mais uma vez o art. 548 da CLT, o qual, diga-se de passagem, não foi alterado desde a publicação da Consolidação, mantendo a norma geral do sistema financeiro sindical intocável, principalmente ao que importa para esse estudo, ou seja, as receitas ordinárias. De modo que, como dito anteriormente, de duas espécies se compõem tais receitas, a *contribuição estatutária/assemblear* e a *contribuição compulsória*, oriunda do imposto sindical (texto sem modificação legal, portanto, entenda-se como contribuição sindical).

Durante décadas, o sistema financeiro sindical contributivo baseou-se num bipartidarismo das contribuições ordinárias e concorrentes; a primeira condicionada à filiação e definida quantitativamente em assembleia; e a segunda, determinada por lei com caráter tributário, independente de filiação. Tal assertiva classificatória tem sustentação legislativa clara, especialmente quando atestamos a existência de dois respectivos regimes financeiros, um para as contribuições estatutárias (artigos 549 à 552) e outro para as contribuições compulsórias (592 à 594).

Maior exemplo dessa multiplicidade de regimes financeiros encontra-se no §2º do art. 592 quando a CLT permite que os sindicatos poderão destacar, em seus orçamentos anuais, até 20% dos seus recursos da contribuição sindical para o custeio das suas atividades

administrativas, independentemente de autorização ministerial, de modo que a contribuição sindical, de natureza tributária, tem gastos vinculados diretamente pela Lei, ao contrário das receitas estatutárias, que condicionam seus gastos à aprovação assemblear.

Em retorno ao art. 8º, IV da CF/88, duas também serão as formas de financiamento contributivo para o sistema sindical, no entanto, com aparentes modificações em relação às espécies contidas no art. 548 da CLT; são elas, a *contribuição confederativa* (fixada em assembleia e descontada em folha) e a contribuição legal (de existência concorrente à contribuição confederativa). Desta feita, é percebida a opção realizada pela carta constituinte, qual seja, a manutenção do sistema financeiro bipartidarizado das contribuições ordinárias, contudo, mediante um dispositivo dúbio e vacilante, o que, por si só, permite inumeráveis interpretações normativas.

Portanto, para o completo entendimento do atual sistema financeiro sindical, necessário se faz o confronto hermenêutico entre o art. 548 da CLT e o art. 8, IV da CF/88, isso, considerando o fato de estarmos tratando de normas hierárquica e temporalmente diversas, mas, sempre tendo em vista os horizontes axiológicos buscados pela Ordem econômica vigente, na qual destaca a livre valorização do trabalho como um de seus pilares, de modo que não consideramos acertada qualquer produto interpretativo que solape o referido sistema financeiro constitucional.

Em caráter preliminar, para um resultado jurídico satisfatório, devemos considerar que o disposto localizado no fator constitucional, possui um alto grau de dubiedade, o que poderá acarretar alterações indevidas no resultado final de nosso estudo, de modo que é preciso um destaque cuidadoso sobre o art. 8º IV, quanto ao aspecto de sua concordância prática, sob a perspectiva de Néviton Guedes⁷, sob pena de equívocos conceituais grosseiros. Desta feita, devemos realizar algumas indagações, quais sejam, o dispositivo constitucional manteve o sistema bipartido das contribuições ordinárias contidas na CLT, mediante uma contribuição estatutária e outra compulsória? Qual a origem e finalidade do conceito de contribuição confederativa? O que difere materialmente a expressão “*independente da contribuição prevista em lei*” em relação à contribuição confederativa assemblear, já que ambas têm previsão legal?

Tais perguntas de cunho eminentemente econômico e financeiro, podem ser respondidas, ou pelo menos, aplainadas, com uma avaliação de Direito comparado, e para tanto, trazemos à baila algumas características do sistema sindical alemão, quiçá o mais democrático e efetivo no âmbito da política nacional europeia, com marcas genéticas nos idos

⁷Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens>. Acesso em: 26 mar. 2020.

meados do século XIX com as associações de auxílio mútuo (*gesellenverbaeden*), conforme afirma o professor Brito Filho⁸, fato este que influenciou diretamente o Código Industrial Prussiano (1869). Ainda em tempo, cabe dizer que de tão influente no país, o sindicalismo germânico foi praticamente suprimido nas décadas de 30 e 40 do século passado, sendo plenamente capturado pelo nazismo, tornando-se um dos maiores patrocinadores do 3º Reich e apagando a efetividade do artigo 9 da Constituição de Weimar.

Na Alemanha de hoje, o sistema sindical contemporâneo é livre e pluralista, não exigindo formalidades prévias estatais, tais quais registro ou permissão de caráter público, sendo definido pela atividade preponderante de seus filiados, fatos estes que se identificam com a Convenção n.º 87/2017 da Organização Internacional do Trabalho, até hoje não ratificada pelo Brasil, tendo como principal motivo a manutenção da unidade sindical por nós ainda adotada.

A liberdade sindical alemã parte da ideia de concentração sindical⁹, de modo que há poucos sindicatos ativos, porém, esse baixo quantitativo acaba por fortalecer os já existentes, o que os tornam verdadeiras potências econômicas, conforme pensamento do professor Carlos Eduardo Oliveira¹⁰ em sua tese de doutorado, o que corrobora o sistema de autofinanciamento privado, olvidando de qualquer forma de patrocínio público.

Esse sistema autofinanciado pode ser visto não apenas na Alemanha, como também na Itália, Espanha e Portugal, todos iniciados no período do 2º pós-guerra numa clara tentativa de fugir de sistemas ditatoriais que tornavam o sindicalismo refém do estado. No entanto, a contrário senso, o Brasil, adotando o sistema de financiamento público, capturando o sistema sindical, mantém, desde o período Vargas, o sistema de captura sindical, conforma pode ser visto na posição da professora Sayonara Grillo¹¹.

A Confederação dos Sindicatos Alemães (DGB), considerada a maior entidade sindical da Alemanha, reúne ao todo oito sindicatos e 6,1 milhões de associados¹², sua principal fundação de pesquisas e apoio a programas educacionais (Fundação Hans Bockler) alcança um orçamento anual próximo a 67 milhões de Euros¹³, de modo que, empiricamente, a melhor forma de sindicalismo baseia-se na liberdade de qualquer amarra estatal.

8 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Direito Sindical*, 2ª ed. São Paulo: LTR, 2007. p. 51.

9 REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. Introduction to german law. Munchen: C. H. Beck, 2005. p.306.

10Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-08122014-160300/publico/Tese_completa_Carlos_Eduardo_Oliveira_Dias.pdf. Acesso em: 11 fev. 2021

11SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. O reconhecimento das centrais sindicais e a criação de sindicatos no Brasil: antes e depois da Constituição de 1988. In Horn, Carlos Henrique; SILVA, São Paulo. LTR, 2009. p. 17.

12Disponível em: https://www.tatsachen-ueber-deutschland.de/files/2020-11/tatsachen_2018_por.pdf. Acesso em: 12/07/2020.

13Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2015/07/na-alemanha-trabalhadores-dao-aula-de-solidariedade-7085/>. Acesso em: 02/07/2020.

Tal exemplo Europeu demonstrado (Alemanha e Itália principalmente), em conjugação com a não ratificação por parte do Brasil da Convenção 87/17 da OIT, aparentemente torna acertada a decisão tomada na ADI n.º 5.794/2017, no sentido de facultar o pagamento da contribuição sindical, no entanto, em certos casos, as medidas tomadas com boas intenções podem se tornar, na prática, verdadeiros equívocos factuais.

Ocorre que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal destacou ainda mais a natureza jurídica *sui generis* da contribuição sindical, a qual tentaremos desvendar no tópico 2.4, o que indubitavelmente nos levará a novas indagações. Desta feita, o Brasil deve de uma vez por todas atravessar a ponte que separa a independência sindical plena da dependência política, jurídica e econômica estatal, sob pena de continuarmos a nos perguntar eternamente qual a origem e finalidade do conceito de contribuição confederativa?

2.1.1 A contribuição confederativa e a busca por um conceito seguro

Toda vez que nos deparamos com um novo instituto, seja pela sua breve vida ou por desconhecimento pessoal sobre a matéria, naturalmente, aclaramos essa obscuridade com estudo e pesquisa, o que fomenta nosso crescimento intelectual, contudo, no caso específico da contribuição confederativa, nos deparamos com um caso *sui generis*, qual seja, a completa inexistência, no sistema financeiro sindical, do referido instituto antes da CF/88. Considerando que o financiamento público sindical nasce com a CLT, desenvolve-se legislativamente com a ditadura militar e consolida-se com a carta constitucional de 1988, e em nenhum desses diplomas há sequer uma disposição sobre tal instituto, o que torna nosso aprofundamento tendente a buscar na interpretação constitucional a resposta deste entrave, entretanto, antes, deve-se entender o sistema sindical como estrutura lógica.

O sistema sindical brasileiro compõe-se de uma pirâmide escalonada pelo agrupamento de entidades sindicais sobrepostas em três níveis, são eles, os sindicatos de base, as federações e as confederações, de modo que as duas últimas são denominadas como “associações sindicais de grau superior”. Desta feita, enquanto as federações são construídas mediante a reunião de 5 (cinco) sindicatos; as confederações são construídas pela reunião de 3 (três) federações. Esta tripartição administrativa dar-se-á como produto de uma autoimagem da república federativa brasileira, onde, para cada interesse governamental, existirá uma pretensão e proteção sindical. Sindicatos para os municípios; federações para os estados e as confederações para a União.

Tal agrupamento de entidades laborais, deve ser entendido, em sentido amplo, ou seja, como um sistema sindical confederativo¹⁴, no qual, sindicatos, federações e confederações compõe um organismo administrativo vivo, em defesa dos direitos de sua categoria. Tal pirâmide associativa, conforme estrutura organizacional anteriormente exposta, mantêm-se financeiramente mediante um sistema de autofinanciamento contributivo, o que expõe um dos princípios mais importantes do sindicalismo pátrio: o da solidariedade sindical, no qual a ideia matriz reside na relação mutualista de benefícios recíprocos.

Em tempo, devemos deixar clara a nossa intencionalidade em excluir da classificação aqui apresentada de sistema confederativo, as denominadas centrais sindicais, que foram reconhecidas como entidades sindicais no então governo Lula, por meio da Lei n.º 11.648/2008. Tal posicionamento passível de críticas diversificadas, baseia-se no fato de que a central sindical não possui nenhuma finalidade privativa que justifique sua existência, haja vista as duas únicas competências elencadas no art. 1º da referida lei podem ser plenamente exercidas por qualquer sindicato, federação ou confederação, quais sejam: a) *coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas*; e b) *participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores*. A inclusão das centrais num sistema sindical há muito construído, dar-se-á oneroso demais para os benefícios que possa entregar, ou seja, 10% da contribuição sindical para realizar funções exercitáveis por qualquer outra entidade.

Em retorno ao tema central, podemos afirmar, com alto grau de segurança, que o constituinte, ao dispor sobre contribuição confederativa, quis se referir as contribuições regimentais/assembleares mensais, as quais são devidas apenas pelos seus filiados, quer sejam pessoas físicas (filiados aos sindicatos de base), quer sejam pessoas jurídicas (sindicatos e federações). O princípio da solidariedade sindical, lembremos, mantêm todo o sistema sindical em funcionamento, mediante autofinanciamento identitário, de maneira que o trabalhador contribui para seu sindicato, da mesma forma que este contribui para sua federação, e esta ainda para a sua confederação. Portanto, poderíamos concluir que “*quem está abaixo, financia quem está acima*”.

Podemos então atribuir o conceito de contribuição confederativa, a todo pagamento periódico, realizado em prol de entidade sindical superior, mediante filiação prévia, com valor

¹⁴Nem o princípio da unicidade sindical, nem o sistema confederativo, mantidos pela Constituição, impõem que os sindicatos se filiem à federação que pretenda abranger-lhe a categoria base; por isso, nenhuma federação pode arrogar-se âmbito de representatividade maior que o resultante da soma das categorias e respectivas bases territoriais dos sindicatos que a ela se filiem. [MS 21.549, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 17-11-1993, P, DJ de 6-10-1995.].

anteriormente definido em assembleia, para fins de manutenção do sistema confederativo. De forma que, todo esse sistema de autofinanciamento mutualista, onde a camada piramidal inferior sustenta a camada piramidal superior, é exteriorizada pela sua respectiva contribuição ordinária, e a todas estas, em reunião ideal, podemos atribuir o conceito de contribuição confederativa.

2.1.2 Da contribuição legal concorrente (contribuição sindical)

Superado o conceito da contribuição confederativa, localizada na primeira oração do art. 8º, IV da CF/88, nos apegamos agora à espinhosa missão de tentarmos elucidar os reais contornos da citada contribuição legal concorrente, ou como o dispositivo constitucional prefere, “*independentemente da contribuição prevista em lei*”, mas, para tal intento, necessário se faz uma análise da estrutura gramatical desta norma, de modo que, no caso em estudo, uma interpretação gramatical reclama sua devida importância, mais do que necessária para esse momento, mesmo antes de uma consagrada interpretação constitucional, haja vista, as normas constitucionais, antes mesmos de serem normas superiores, submetem-se às forças incorruptíveis da gramática.

De acordo com o professor Domingos Paschoal Cegalla¹⁵, frase é “*todo enunciado capaz de transmitir, a quem nos ouve ou lê, tudo o que pensamos, queremos ou sentimos. Pode revestir as mais variadas formas, desde a simples palavra até o período mais complexo*”, ou, destacando-se agora o conceito de período, como sendo uma “*frase constituída de uma ou mais orações*”¹⁶. De modo que, em consequência lógica, podemos afirmar que o dispositivo constitucional ora avaliado, tem seu significado construído por um período complexo, que deve ser pormenorizadamente dissecado não separadamente, em estanque, mas sim, como uma frase que traz em seu âmago a coexistência de duas contribuições de naturezas diversas.

Como já abordado, o referido art. 8º, IV trata de duas contribuições, a confederativa e a legal concorrente, no entanto, uma pergunta inadiável deve ser feita para o correto entendimento da matéria: qual a real e efetiva diferença entre tais contribuições, considerando que ambas são previstas em lei (art. 548 da CLT)? De modo que, a oração “*independentemente da contribuição prevista em lei*”, que define a contribuição legal

15 CEGALLA, Domingos Paschoal. *Novíssima gramática da língua portuguesa*. 319 ed. São Paulo: IBEP, 2009.

16 CEGALLA, Domingos Paschoal. *Novíssima gramática da língua portuguesa*. 322 ed. São Paulo: IBEP, 2009.

concorrente, não pode, por si só, ser fator de diferenciação em relação à contribuição confederativa, pois ambas possuem a mesma previsão legal.

Para destacarmos ainda mais essa aparente contradição expressa no art. 8, IV da CF/88, utilizaremos três fatores, os quais serão, P1(contribuição confederativa), P2(contribuição legal concorrente) e OL (origem legal), onde P1 deve necessariamente ser diferente de P2, devidamente exteriorizados na fórmula $P1 \neq P2$. Desta feita, ao analisarmos friamente P2, percebemos que sua única qualificação diferenciadora em face de P1, inicialmente reside na sua origem legal (contribuição prevista em lei), contudo, P1 também possui uma origem legal em sua qualificação, que aliás, é a mesma de P2, qual seja, o art. 548 da CLT. Portanto, o fator que determina a diferença entre P1 e P2 não se encontra no dispositivo do art. 8º, pelo menos não expressamente.

Sob o aspecto da origem legal das contribuições citadas, podemos afirmar então que $OL(P1) = OL(P2)$, resultado este que exclui naturalmente a origem legal das referidas obrigações como fator discriminatório, o que nos direciona a outros caminhos interpretativos sobre o dispositivo do IV do art. 8º da constituição. Por isso, em continuidade ao nosso objetivo de buscar o fator discriminatório entre as citadas contribuições, será inserido um novo fator nesse estudo, o qual será simbolizado por SF (sistema financeiro sindical), onde: $SF = P1 + P2$, o que resumirá matematicamente o conteúdo do referido dispositivo constitucional.

Se entendermos que não são as questões formais elencadas no dispositivo constitucional que diferenciam P1 de P2, podemos concluir, por exclusão, que o fator discriminatório reside em fatores materiais, ou melhor, nos fatores finalísticos das referidas contribuições, de modo que a interpretação gramatical nos fez perceber inicialmente que $P1 \neq P2$, não quanto as suas origens, posto que são as mesmas, mas sim, pelos seus elementos constitutivos, ou melhor, por possuírem naturezas jurídicas diversas.

Concluimos então que, enquanto a natureza jurídica da contribuição confederativa tem sede contratual, a natureza jurídica da contribuição legal concorrente (contribuição sindical) tem sede tributária, alocando-os automaticamente a regimes jurídicos diversos, o primeiro pautado na equivalência jurídica das partes, ao passo que o segundo se encontra pautado numa relação verticalizada entre Fazenda pública e contribuinte¹⁷. Desta feita, pode-se afirmar que o constituinte quis apontar a existências de duas formas de receita sindical,

¹⁷Tópico 6 da ementa do acórdão 5.794 do STF: A supressão do caráter compulsório das contribuições sindicais não vulnera o princípio constitucional da autonomia da organização sindical, previsto no art. 8º, I, da Carta Magna, nem configura retrocesso social e violação aos direitos básicos de proteção ao trabalhador insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 5º, XXXV, LV e LXXIV, 6º e 7º da Constituição.

uma condicionada ao ato de filiação, ou seja, a vontade de estar na condição de associado; e a outra, imposta independentemente da existência de um ato volitivo do trabalhador¹⁸.

2.2 O sistema financeiro sindical constitucional: uma norma de eficácia plena irrestringível

Algo de muito curioso, para dizer o mínimo, ocorreu na presente ADI, de maneira que, caso o respeitável leitor realize uma busca pormenorizada no digitado acórdão, com todas as ferramentas tecnológicas de busca por palavra ou frase, encontrará apenas um único posicionamento acerca da aplicabilidade ou da eficácia da norma constitucional em discussão, timidamente no voto vencido do relator, onde, ao citar, sem as necessárias observações e aprofundamentos, o pensamento do ministro Carlos Velloso¹⁹, afirma que “*A contribuição sindical instituída pelo art. 8º, IV, da Constituição Federal constitui norma dotada de autoaplicabilidade, não dependendo, para ser cobrada, de lei integrativa*”.

Acreditamos ser inconcebível o fato de um acórdão, fruto de ADI, possa limitar, suspender, atenuar ou utilizar-se de qualquer adjetivo que valha uma menor eficácia e aplicabilidade de norma constitucional, ao que possa ser executada sem levar em conta o “Querer Constitucional”. De modo que, a decisão final de uma ação abstrata deve preservar, guardar, proteger, ou defender o mais íntimo desejo constitucional, ou seja, seu querer superior, e isto, dar-se-á mediante uma cuidadosa análise qualitativa da norma questionada, quer seja quanto a sua eficácia, quer seja quanto a sua aplicabilidade. Sem esta avaliação meritória da norma, a decisão judicial poderá receber a pecha de injusta e incoerente.

Presumidamente credores das informações necessárias acerca da vigência, validade e eficácia de uma lei (em sentido *lato*), bem como dos meandros acadêmicos entre eficácia jurídica e social, voltamos nossa maior atenção e cuidado para a classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia, o que de certa monta pode ser encarado como um tema praticamente remansoso na doutrina e jurisprudência brasileira. Tal matéria, claramente ignorada no julgamento da ADI 5.794, deveria ser o mais importante corte epistemológico na análise do art. 8º, IV da CF/1988, de modo que, sob esse prisma conceitual, pairaria o real querer constitucional quanto a força normativa da contribuição sindical, sob a qualidade de espécie tributária que é.

¹⁸Portanto, das três contribuições que podem ser cobradas pelos sindicatos – contribuição confederativa, contribuição assistencial e contribuição sindical. (p. 111 da ADI 5.794).

¹⁹Agravo não provido. (AI-AgR 456.634 RJ, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 13.12.2005, Segunda Turma, DJ 24-02-2006).

Historicamente, a eficácia das normas constitucionais sofreram mudanças doutrinárias relevantes, como podemos ver num primeiro momento com Rui Barbosa e sua doutrina importada norte-americana (com suas normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis); ou num segundo momento com Meirelles Teixeira e sua adaptação italiana de Crisafulli; ou ainda com o professor José Afonso da Silva que acabou por solidificar uma doutrina constitucional aceita até hoje, mediante sua classificação tripartida em normas de eficácia plena, contida e limitada. Em tempo, devemos destacar que outras alternativas classificatórias interessantes podem ser encontradas com Maria Helena Diniz, Celso Ribeiro de Barros e Carlos Ayres Brito.

Relevante crítica deve ser feita ao artigo “*o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*”²⁰ do professor Virgílio Afonso da Silva, e aparentemente defendido por Luís Roberto Barroso²¹, quando se afirma que todos os direitos fundamentais são restringíveis e regulamentáveis, mediante uma exigência de fundamentação constitucional, fato este que tornaria desnecessária a classificação tripartida de José Afonso.

No entanto, não podemos esquecer que tal posicionamento esbarra frontalmente na própria ideia de rigidez constitucional, bem como em seus consectários lógicos, tais quais as cláusulas pétreas, os direitos fundamentais supraestatais, os quais o Brasil aderiu mediante tratado internacional, ou mesmo os vários caminhos constitucionais exteriorizados pelo processo legislativo (art. 59 da CF/88). De maneira que, considerar todo e qualquer direito fundamental constitucional restringível, é transformar automaticamente nossa constituição rígida em flexível, o que desarmoniza inclusive o sistema de controle de constitucionalidade que pressupõe uma constituição hierarquizada.

Sem maiores delongas argumentativas, e adotando a teoria tripartida do professor José Afonso da Silva, ou mesmo as suas variações, conforme classificação dos professores citados anteriormente, entendemos que o conteúdo do art. 8º, IV constitui-se como norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, sem a necessidade de qualquer modificação posterior, salvo por nova emenda constitucional, e mesmo assim, sob a tutela do princípio da vedação ao retrocesso.

Cabe destacar que o dispositivo em comento foi devidamente recepcionado pela Constituição, como se pode notar no decorrer do acórdão da ADI 5.794/2017, através de

²⁰Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 10/07/2020.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 9ª ed. São Paulo, Saraiva. 2020. p. 215.

inúmeras remissões²², não havendo dúvida quanto a este fato, conforme decide a Ministra Cármen Lúcia em seu voto quando diz que “*A recepção expressa da contribuição sindical pela Constituição de 1988 não obsta que o legislador federal a torne facultativa*”. Daí, nasce uma outra indagação, por que a contribuição sindical, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, devidamente recepcionada pela Constituição, deixaria de ser obrigatória, desrespeitando frontalmente o querer constitucional?

Para responde a essa pergunta, necessário se faz o entendimento prévio que o sistema sindical brasileiro foi estruturado pela CLT, ainda no Governo Vargas, sob três colunas de sustentação, quais sejam, a) *a unicidade sindical*; b) *o registro público sindical*; e c) *a contribuição compulsória*. Tais características não apenas foram recepcionadas pela CF/88, mas sobreviveram à pressão internacional da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que, ainda no ano de 1948, publicou a Convenção n.º 87 que proclamava a plena liberdade sindical, onde se vedava práticas como o registro público dos sindicatos, o financiamento público mediante tributação ou a limitação representativa. Não à toa, o Brasil nunca ratificou tal Convenção

Bom que se diga que tal realidade foi mantida pelas Constituições de 1967, pela Emenda Constitucional de 1969 (plena ditadura que via no sindicalismo um inimigo público velado), bem como pela nossa Constituição vigente, de forma que a carta cidadã não pode ser “culpada” por uma cultura de há muito praticada em nosso país. Pois bem, nesse cenário histórico nacional, concordamos que uma reestruturação do sistema sindical se faz mais do que necessário, contudo, não por via torta e parcial, como ocorreu com a ADI 5.794, mas por uma Emenda Constitucional sobre todo o conteúdo do art. 8º.

Não cabe ao STF, diminuir a eficácia de uma norma constitucional plena, a qual a Constituição atribuiu aplicabilidade imediata, por intermédio de um ativismo judicial indesejado, usurpando competência do Legislativo Federal, e o pior, o fez parcialmente, pois destruiu apenas um dos pilares do sindicalismo pátrio, o financiamento público, deixando a unicidade e o registro público inalterado, de maneira que a colcha de retalhos só aumenta. Tal decisão, beira o utilitarismo norte-americano (comentado mais a frente), deslegitimando-se o ativismo judicial, enquanto medida republicana de exceção.

No entanto, para possibilitar essa ação, que por vias transversas, modificou o sistema sindical, à revelia do querer constitucional, o STF ainda o fez adulterando o próprio conceito

22 “CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. ART. 589, IV, DA CLT. I. - A contribuição sindical prevista no art. 589 da CLT não fere o princípio da liberdade sindical e foi recepcionada pela Constituição de 1988. II. - É legítima a destinação de parte da arrecadação da contribuição sindical à União. III. - Agravo não provido.” (RE 279.393-AgR, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 30.9.2005).

de tributo elencado no Código Tributário Nacional – CTN, o que acabou por inaugurar a figura do tributo optativo.

2.3 O tributo optativo e sua impossibilidade jurídica

O acórdão da ADI 5.794/2017, ao decidir pela constitucionalidade da reforma trabalhista, permitiu a facultatividade da cobrança da contribuição sindical, tendo como paradigma de partida, o tão comentado art. 8º, IV da Constituição, especificamente quanto ao trecho “*independentemente da contribuição prevista em lei*”, entretanto, com essa decisão, abriu-se um perigoso precedente reflexo, o qual relativiza o conteúdo do art. 3º do Código Tributário Nacional, notadamente quanto a sua mais importante característica, que é a compulsoriedade tributária. Para o professor Paulo Ayres Barreto²³, em torno do conceito de tributo, estrutura-se todo o sistema tributário, afirmando que “*Conhecê-lo é o ponto de partida necessário para, de um lado, apartar o que a esse sistema não pertence e, de outro, compreender as unidades normativas que a ele se subsumem*”.

Para as disposições gerais do sistema tributário nacional, tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Ademais, sua natureza jurídica independe de critérios meramente formais ou finalísticos, ou seja, não importa o *nomen iuris* de batismo ou mesmo o local em que será aplicado o tributo, mas sim, o fato gerado de acordo com a pressuposta obrigação.

Devemos considerar também que a vagueza conceitual infraconstitucional de tributo deve respeito a ontologia constitucional previamente imposta, haja vista o posicionamento de Heleno Torres²⁴ ao afirmar que “*o conceito de tributo é constitucional. Não é o legislador livre para ampliá-lo, reduzi-lo ou modificá-lo*”. De maneira que, o conceito de tributo está diretamente atrelado à ideia de competência tributária que tem sede exclusivamente constitucional, o que vincula sua validade de norma jurídica constitucional, desta forma pensa Tácio Lacerda gama²⁵.

Entretanto, para ratificar a facultatividade da contribuição sindical, o STF, em sua maioria vencedora, cometeu uma viragem hermenêutica ab-rupta e surpreendente quanto a

23BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. p. 38.

24TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 374.

25GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 48-49.

natureza jurídica desta exação que já durava mais de meio século, ao simplesmente afirmar que a compulsoriedade da contribuição sindical não se encontra prevista na Constituição, retirando-se assim a natureza tributária desta cobrança. No voto do Ministro Luís Roberto Barroso, talvez o trecho mais emblemático do acórdão, ele afirma:

10. A Consolidação das Leis do Trabalho, em seus artigos 578 a 610, passou a disciplinar a contribuição sindical compulsória, mantendo as mesmas bases que haviam sido impostas pelo Decreto-Lei nº 2.377/1940. Em tímido avanço, a Constituição de 1946 previu o princípio da liberdade sindical, que não foi aplicado na prática, uma vez que a regulamentação do texto constitucional era feita por regras do corporativismo sindical preestabelecido, de modo que sua estrutura permaneceu inalterada. **O Decreto-Lei nº 27/66 alterou a denominação do imposto sindical para contribuição sindical, não modificando, no entanto, a sua natureza jurídica parafiscal.** A Constituição de 1967 e a EC nº 1/1969 mantiveram a estrutura corporativista sindical que se ajustava às pretensões antidemocráticas do novo regime. (p. 07).

11. Enfim, a Constituição de 1988 consagrou o princípio da liberdade sindical no art. 8º, assegurando a livre associação profissional ou sindical. No tocante à contribuição sindical, fez referência expressa no art. 8º, IV, e no art. 149, outorgando competência à União para instituição de contribuição no interesse das categorias profissionais, sem fixar, no entanto, seu caráter obrigatório. (p. 07).

Desta feita, percebe-se nitidamente que o voto traçou uma linha temporal que assevera a natureza tributária, logo, compulsória da contribuição sindical, contudo, ao citar a atual Constituição, o Ministro afirma que, ao contrário das normas anteriores, o constituinte não garantiu o pagamento obrigatório da exação. Entretanto, uma observação em contradição deve ser feita, qual seja, a de que nenhuma das legislações históricas citadas pelo Ministro Barroso havia a previsão expressa quanto a obrigatoriedade da contribuição sindical, como pode ser visto no art. 159, §1º da CF/67, leia-se:

Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas.

Portanto, esse aparente descompasso entre lei e Constituição não impede que o pagamento do tributo possua caráter eminentemente obrigatória, o que dar-se-á pelo respeito ao mais simples silogismo grego (argumentação dedutiva), vejamos então:

- 1) *Todo tributo é compulsório;*
- 2) *A contribuição sindical é um tributo;*
- 3) *Logo, toda contribuição sindical é compulsória.*

Mesmo que fiéis ao completo respeito às decisões expedidas pelo Supremo Tribunal Federal, somos obrigados a sustentar a incoerência do voto do excelentíssimo Ministro em exigir que um tributo, para possuir caráter compulsório, ainda tenha que se expressar nesse sentido, até porque, como sabemos, a compulsoriedade é elemento inato ao tributo, sem a qual não há e não existe, conforme o próprio art. 3º do CTN. Para sustentar nosso posicionamento, devemos recordar o conteúdo dos art. 153 e 149 da Constituição Federal, dispositivos que criam os impostos e contribuições sociais da União, os quais não exigem, não preveem, não cobram, ou não impõem quaisquer expressividades de tais exações para serem cobradas pela União.

Ao se decidir pela facultatividade da contribuição sindical, espécie de contribuição social de interesse de categoria profissional, o Supremo Tribunal Federal inaugura a figura do tributo optativo, nova espécie contributiva, que de acordo com o art. 3º do CTN poderia ser assim descrito: “*tributo é toda prestação pecuniária **compulsória ou facultativa**, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*”.

O grande problema jurídico desta torta inovação jurisprudencial reside no fato de que o Código Tributário Nacional foi recepcionado pela constituição federal como Lei Complementar²⁶, de maneira que uma lei ordinária (lei 13.467/2017) não poderia dar a citada facultatividade a um tributo, excluindo sua maior característica, a compulsoriedade. De forma que a reforma trabalhista, enquanto lei ordinária, não caberia contrariar o CTN, enquanto lei complementar. Em continuidade, colacionamos outros trechos do voto do Ministro Barroso, nos quais ele afirma que:

A contribuição sindical compulsória **possuía** natureza tributária antes da Reforma Trabalhista implementada pela norma impugnada, devendo, por isso, submeter-se às regras e princípios do Sistema Tributário Nacional, expostas na Constituição Federal e no CTN, inclusive para sua extinção. (p. 112).

A Constituição apenas faculta à União a criação, por lei, de uma contribuição para custear o sistema sindical. **Era a CLT que previa seu pagamento obrigatório**. É, portanto, constitucional que o legislador ordinário retire a natureza jurídica tributária da contribuição sindical, tornando-a facultativa por sujeitá-la à autorização dos empregadores e empregados.

²⁶As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF/1967/1969) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF/1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. (...) O CTN/1966 (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/1969 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. [RE 556.664, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 12-6-2008, DJE 216 de 14-11-2008.]

O voto vencedor na ADI 5.794/2017, parte de uma pressuposição bastante equivocada, onde, a Constituição atribuiria à lei ordinária (CLT) a competência para prever a obrigatoriedade ou não da contribuição sindical, no entanto, afasta indevidamente o querer constitucional, quando obscurece a vontade da CF/88 na qual se estabelece claramente que o sistema financeiro sindical será abastecido por duas contribuições, uma regimental/assemblear e outra advinda diretamente da seara tributária, conforme conteúdo do art. 458 da CLT. A Constituição Federal do Brasil de 1988 estipula expressamente que uma das duas parcelas contributivas deve ter natureza tributária, não cabendo à lei ordinária reforma no sentido contrário.

O conceito de tributo estabelecido no art. 3º do Código Tributário Nacional, requer para sua estabilização conceitual, a existência da compulsoriedade da prestação pecuniária, sem a qual fere a espinha dorsal de todo o sistema tributário do país, ou seja, não existe tributo optativo, sob pena de arriscarmos a própria existência e viabilidade da federação. A obrigatoriedade de pagamento do tributo possui tamanha e destacada grandeza que acabou por gerar trabalho de suma importância na seara constitucional tributária com a obra do professor José Casalta Nabais²⁷, *“O dever fundamental de pagar imposto”*, enquanto obrigação fundamental constitucional.

De acordo com o professor Hugo de Brito Machado, em que pese a obrigação ser elemento constitutivo de todas as prestações jurídicas em geral, a relação jurídico tributária prescinde de qualquer ato de vontade: *“Não se diga, pois, que a prestação tributária é compulsória porque o pagamento do tributo é obrigatório. A distinção essencial há de ser vista no momento do nascimento da obrigação, e não no momento de seu adimplemento”*²⁸. Não se pode, portanto, admitir a existência de um tributo que permita ao contribuinte optar pelo seu pagamento, como se contrato baseado na sua álea de vontade pessoal, excluindo a real essência da obrigação tributária, sua compulsoriedade.

Com a ADI 5.794/2017, o Supremo Tribunal Federal acaba por criar a figura do tributo optativo, extraíndo-se do conceito legal do art. 3º do CTN a compulsoriedade e a substituindo pela vontade contratual. No caso em tela, a máxima popular, que aliás é muito utilizada no mundo jurídico, *“quem pode o mais, pode o menos”*, deve ser refutada por completo, explicamos: a União, estados e municípios, possuem o direito constitucional de renunciar receitas públicas ao conceder, ampliar, incentivar ou beneficiar, direta ou indiretamente, seus atuais ou futuros devedores, contudo, não possui o poder de alterar o

27 NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

28 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*: São Paulo, Malheiros, 2017. p. 65.

próprio conceito legal de tributo para tal intento, pois estaria a desvirtuar a vontade constitucional.

Em verdade, acreditamos que a tentativa de descaracterizar a natureza tributária da contribuição sindical, validando a reforma trabalhista, foi no sentido de escapar das consequências fiscais dessa medida, qual seja, a caracterização da renúncia fiscal, que exige medidas de compensação, devidamente previstas no orçamento público.

Ratificando ainda mais a defesa da natureza jurídica tributária da contribuição sindical, colacionamos o conceito da regra-matriz de incidência tributária tão bem difundida pelo professor Paulo de Barros Carvalho, especificamente sobre a exação aqui defendida, de modo que a regra-matriz visa disciplinar como se desenvolve a relação tributária entre o Estado fiscal e o cidadão contribuinte. Assim vaticina o citado mestre:

Ora, a regra-matriz de incidência tributária é, por excelência, uma norma de conduta, vertida imediatamente para disciplinar a relação do Estado com seus súditos, tendo em vista contribuições pecuniárias. Concretizando-se os fatos descritos na hipótese, deve-ser a consequência, e esta, por sua vez, prescreve uma obrigação patrimonial. Nela, encontraremos uma pessoa (sujeito passivo) obrigada a cumprir uma prestação em dinheiro.²⁹

Tais elementos da regra matriz por sua vez se desdobram em critérios de aferimento da ocorrência empírica do tributo, mediante um claro processo de concretização, tais critérios desdobram-se em, material (o como), espacial (o onde) e o temporal (o quando), de modo que, no caso em comento, a contribuição sindical, tem seu critério material indicado no art. 578 da Consolidação das Leis do Trabalho, sendo expresso pelo seu verbo “participar” com seu respectivo complemento “de categoria profissional ou econômica”. Quanto ao critério espacial, podemos destacar que a contribuição sindical ocorrerá em todos os lugares que possuam entidade sindical que possua o devido registro no Ministério do Trabalho e Emprego, ao passo que o critério temporal resume-se ao desconto anual, localizado entre os meses de fevereiro e março.

Quer seja pela teoria da independência volitiva do contribuinte devidamente explicitada pelo professor Hugo de Brito ou pela teoria da regra-matriz de incidência do professor Paulo de Barros, a contribuição sindical sempre foi considerada como tributo da espécie contribuição social de interesse de categoria profissional, locupletando-se de todos os requisitos legais do art. 3º do Código Tributário nacional e do art. 149 da Constituição Federal. No entanto, resta uma pergunta de caráter prospectivo, depois do martelo judicial imposto pela ADI n.º 5.794/2017, qual a natureza jurídica da referida contribuição sindical?

29 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378.

Taxa, Contribuição de melhoria? Preço público? Ou mesmo deixou de ser uma receita derivada, tornando-se uma receita originária?

2.4 Natureza jurídica tributária da contribuição sindical: e agora?

Para tentarmos desvendar essa problemática imposta pela ADI em comento, qual seja, a dúvida acerca da nova natureza jurídica da contribuição sindical – caso ela realmente exista? –, relembremos de pronto a teoria pentapartida dos tributos, na qual o STF delimita as receitas derivadas nas seguintes espécies: empréstimos compulsórios (RE nº 111.954/PR), contribuições especiais (AI-AgR n.º 658576/RS), impostos, taxas e contribuições de melhoria.

A considerar então que as receitas originárias provêm do patrimônio do próprio Estado, conforme pensamento extraído do professor Harrison Leite, ou seja, que “*sua formação se assemelha à relação jurídica privada*”³⁰, deve-se por ato reflexo excluir a contribuição sindical da qualidade de receita originária, haja vista as parcelas pagas pelos contribuintes (trabalhadores) não se constituírem receitas oriundas do próprio Estado. Geraldo Ataliba³¹ especifica ainda mais esse conceito de receita originária, leia-se:

As receitas originárias proveem da exploração pelo Estado de seus instrumentos, bens ou serviços, ou do uso de seu poder de constranger os submetidos à sua força ao concurso compulsório. Via de regra são receitas voluntárias e contratuais de direito privado.

Quanto a outra espécie classificatória, podemos dizer que as receitas podem ser orçamentárias (recursos pertencentes ao Estado que financiam despesas públicas, devidamente previstos na LOA) e extraorçamentárias (recursos não pertencentes ao Estado não previstos na LOA e que devem ser restituídos a terceiros). Aqui, neste ponto, colacionamos trecho do voto do Ministro Barroso na ADI em estudo, no qual ele afirma que:

A receita advinda da contribuição sindical, apesar de ter origem tributária, não integra o orçamento público, não devendo se sujeitar ao dispositivo citado. Tal afirmação fica clara quando se verifica a afetação legal da receita, prevista no art. 592 da CLT, que, dentre outras destinações, aponta a aplicação em bibliotecas, congressos e conferências, auxílio-funeral, colônia de férias e centros de recreação.

De acordo com o citado Ministro, a contribuição sindical não integraria o orçamento público, de modo que se constituiria como receita extraorçamentária, com isso, os valores ingressos da contribuição seriam contabilizados, mas não aumentariam a disponibilidade de

30 LEITE, Harrison. *Manual de Direito Financeiro*. 7ª ed. Rev. Ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 280.

31 OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão, op. cit., p. 33.

gasto do Estado, ademais, não teria previsão na LOA ou seria afetada pelas regras da Lei de Responsabilidade Fiscal. Contudo, esquece-se o respeitável Ministro que a contribuição sindical continua financiando o Fundo de Amparo ao Trabalhador, mediante previsão na LOA até o ano de 2022, conforme dados do próprio Governo Federal³².

O Ementário de classificação de receitas do Governo Federal³³ referente ao ano de 2020 afirma que a cota-parte direcionada a União (10% do arrecadado das categorias profissionais e 20% das categorias econômicas) faz parte da previsão orçamentária do Estado, contrariando frontalmente a fundamentação do Ministro Barroso. Devemos deixar clara que a contribuição sindical é tributo de natureza mista, orçamentária e não orçamentária concomitantemente, por força legal estipulada no art. 589 da CLT ainda vigente, mesmo com a reforma trabalhista (Lei n.º 13.467/2017).

Para fortalecer ainda mais o posicionamento público tributário da contribuição sindical, Ricardo Lobo Torres³⁴, trata de sua retenção nos salários dos servidores públicos, ao afirmar que *“a retenção na fonte como modalidade de substituição tributária, pela qual uma terceira pessoa vinculada ao fato gerador promove a retenção do tributo devido pelo contribuinte”*. De modo que a natureza jurídica tributária da referida contribuição

Relembrando o ensinamento do professor Paulo de Barros, anteriormente esposado, deve-se ter em mente que a base de cálculo e a alíquota são constitutivos do critério quantitativo da regra-matriz da incidência tributária, de maneira que os percentuais estipulados no art. 589 da CLT são explicitamente alíquotas referenciais tributárias de natureza orçamentária para o sustento do plano nacional de seguridade social.

Portanto, acreditamos que a contribuição sindical possui natureza jurídica bidimensional (orçamentária e não orçamentária em concorrência), na qual o Estado vincula parte de sua arrecadação privada sindical ao apoio do sistema de seguridade social, de maneira que, os percentuais (alíquotas) inseridas no art. 589 da CLT possuem nítido caráter derivado.

2.5 Conclusão do capítulo

32 Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/planejamento-e-orcamento/orcamento/orcamentos-anuais/2020/arquivos/anexo-iv-9-avaliacao-financieira-do-fat.pdf>. Acesso em: 12/07/2020.

33 Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/ementario-da-classificacao-por-natureza-de-receita-tabela-de-codigos/2021/26#:~:text=O%20ement%C3%A1rio%20da%20classifica%C3%A7%C3%A3o%20por,registro%20cont%C3%A1bil%20das%20receitas%20or%C3%A7ament%C3%A1rias>. Acesso em: 12/08/2020.

34 TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pag. 263.

O Supremo Tribunal Federal, por intermédio da ADI 5.794/2017, decidiu pela constitucionalidade da reforma trabalhista, especialmente quanto a facultatividade da contribuição sindical, contudo, tal decisão modificou diretamente a interpretação constitucional do art. 8º, IV, que prevê a parte mais importante do sistema financeiro sindical, quais são, a contribuição confederativa e a contribuição sindical.

O presente capítulo abordou as nuances mais importantes do acórdão final da ADI 5.794/2017, não se reduzindo as questões relativas às contribuições citadas, mas às questões que tratam das fontes de custeio sindical, o pertencimento orçamentário dessa matéria junto ao erário e as consequências da decisão em tornar opcional o pagamento de um tributo.

De modo que, como dito anteriormente, de duas espécies se compõem tais receitas, a *contribuição estatutária/assemblear* e a *contribuição compulsória*, oriunda do imposto sindical (texto sem modificação legal, portanto, entenda-se como contribuição sindical), as quais estão inseridas numa norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não cabendo ao STF modificar o querer constitucional.

Sobre a contribuição confederativa, o constituinte quis se referir as contribuições regimentais/assembleares mensais, as quais são devidas apenas pelos seus filiados, quer sejam pessoas físicas (filiados aos sindicatos de base), quer sejam pessoas jurídicas (sindicatos e federações). Ao passo que a expressão “*independentemente de contribuição prevista em lei*”, o STF tratou da contribuição sindical, mas impôs sua obrigatoriedade a um querer infraconstitucional, o que fraqueja a classificação das normas de José Afonso da Silva.

A decisão final de uma ação abstrata deve preservar, guardar, proteger, ou defender o mais íntimo desejo constitucional, ou seja, seu querer superior, e isto, dar-se-á mediante uma cuidadosa análise qualitativa da norma questionada, quer seja quanto a sua eficácia, quer seja quanto a sua aplicabilidade. Trouxemos o conceito de tributo optativo, que contraria frontalmente o conceito de tributo estabelecido no art. 3º do Código Tributário Nacional, pois retira a maior característica tributária, qual seja, a compulsoriedade, alocando em seu lugar a mera obrigação contratual.

Por fim, neste capítulo, defendemos a natureza jurídica mista, ou seja, *sui generis* da contribuição sindical, de modo que seu auferimento possui natureza orçamentária e não orçamentária de forma concorrente, ou melhor, uma renda mista arrecadada e destinada parte ao sistema sindical e parte ao sistema público de seguridade social (10% de todo arrecadado destinado a conta emprego e salário administrado pela Caixa Econômica Federal), o que atrai os ditames gerais de controle e gerenciamento do erário, tal como os limites esposados pela Lei de Responsabilidade fiscal e a Lei de Improbidade Administrativa.

3. A HOMOLOGAÇÃO DA RENÚNCIA FISCAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 5.497/2017

Como afirmado no capítulo anterior, suplantado o estudo sobre a natureza jurídica mista da contribuição sindical, seus limites e importância financeira para o país, precisamos falar sobre a principal consequência prática da decisão do STF quanto à facultatividade da contribuição social, qual seja, a inevitabilidade de ocorrência da renúncia fiscal, dando mais força ao indevido efeito dominó criado pelo nosso maior tribunal. E o que é pior, com o julgamento da ADI em discussão, vemos o nascimento do que denominamos de renúncia fiscal agressiva, explicada mais adiante.

Para uma completa compreensão do fenômeno relativo à responsabilidade fiscal em nosso país, necessário se faz um profundo mergulho na historicidade administrativa brasileira, especificamente quanto à evolução dos três modelos administrativos já experimentados, quais sejam eles: a) *o patrimonialismo*; b) *o sistema burocrático*; e c) *o sistema gerencial*, bem como a suas respectivas interações no espaço e tempo junto à Administração Pública como modelos teóricos de governança. Tais modelos administrativos, pelo menos no Brasil, condensaram-se com o passar dos anos, num claro movimento simbiótico, o que fez por denotar uma máquina pública complexa, lenta e repleta de vícios enaltecidos pelas más políticas de gestão.

O patrimonialismo (não o consideramos como modelo administrativo e sim como mero vício social), é melhor traduzido por Sérgio Buarque de Holanda³⁵, na sua maior obra “*Raízes do Brasil*”, um trabalho não jurídico que destaca a verdadeira essência deste defeito social, leia-se:

Para o “funcionário patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular, as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. (...). O funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos. Mas em sua essência, ele é tanto mais diferente do burocrático, quanto mais caracterizados estejam os dois tipos.

Por sua vez, Max Weber, maior expoente doutrinário³⁶ no que se refere ao sistema burocrático, afirmar categoricamente que o patrimonialismo é produto direto das monarquias

35 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia da Letras. 1995.

36WEBER, Max, 1864-1920 *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*/Max Weber; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn – Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

absolutistas europeias, forma de governo pródiga na origem e perpetuação de estamentos sociais que imobilizam as relações humanas baseadas na técnica e capacidade, em detrimento da concentração de poder em centros familiares, tão bem demonstrados no Brasil por Sérgio Buarque de Holanda, desta feita, assim falou Weber:

Nas condições gerais do patrimonialismo, administração que está vinculada à “experiência” e eventualmente a “habilidades” concretas (escrever) como condição prévia, mas não a um “saber especializado” racional, o decisivo para a posição do funcionário local era, ao contrário, sua autoridade social própria dentro de seu distrito administrativo, autoridade que costuma basear-se por toda parte, em primeiro lugar, na preeminência estamental do modo de viver”.

De acordo com o professor Gustavo Ferreira da Costa³⁷, em tese de doutorado, vemos que: *“Em que pese não encontrar no capitalismo terreno fértil para sua sustentação, a configuração patrimonial subsiste, representada por interesses privados individuais e de grupos que insistem em se apropriar do que é público”*. Por tais motivos, não devemos considerar o patrimonialismo como um sistema administrativo, quer seja pela sua gênese, quer seja pelo seu *modus operandi*, ambos eivados de vícios representativos de poder puro e impositivo, sem qualquer indício de higidez estatal e democrático.

Quanto ao sistema burocrático, a professora Gersina Alves de Oliveira, em artigo sobre o gerencialismo Weberiano³⁸, vaticina que o professor alemão (Prussiano a época de seu nascimento) descreve os fundamentos da organização burocrática sob três aspectos, sendo eles, os seguintes: a) *aceitação da validade das ideias em que repousa a autoridade racional-legal*; b) *a organização fundamental necessária para o exercício da autoridade racional-legal*; e c) *o exercício da autoridade racional-legal no quarto administrativo do tipo ideal que Weber chamou de burocracia*.

Com base nestes comandos, pode-se afirmar que o modelo em destaque visa justamente encerrar o patrimonialismo como prática administrativa, ao realçar o instituto da competência, (o que implica automaticamente os poderes de hierarquia, de controle e punição), centro localizador de atribuições pré-definidas, estabilizada numa estrutura legalmente formal e aberta ao ingresso de maneira igualitária.

Com o passar dos tempos, a máquina pública tornou-se morosa e ineficaz (em meados da década de 1960), desta feita, o sistema burocrático foi relegado imperiosamente ao

³⁷Tese disponível no sítio da Fundação Getúlio Vargas, visto em 05 dez. 2019, p. 50, com o título: “Heranças patrimonialistas, (dis)funções burocráticas, práticas gerenciais e os novos arranjos do Estado em rede: entendendo a configuração atual da Administração Pública Brasileira”.

³⁸Este artigo foi escrito originalmente, em julho de 1969, sob a forma de trabalho acadêmico que a Autora apresentou, como aluna, no curso de Mestrado do Terceiro Programa Nacional de Aperfeiçoamento de Professores de Administração (PRONAPA), ministrado pelo Centro de Pós-Graduação da Escola Brasileira de Administração Pública, da Fundação Getúlio Vargas.

patamar desta culpa exclusiva, o que fez por permitir uma nova transformação administrativa, qual seja, a expansão e aplicação do modelo gerencial, inicialmente experimentado em países da Oceania e Reino Unido no período do II pós-guerra. O gerencialismo foi fortemente defendido no Brasil pelo professor Bresser Pereira³⁹, que acentuou as principais características do novo modelo, leia-se:

Aos poucos foram-se delineando os contornos da nova administração pública: (1) descentralização do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos em vez de piramidal; (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) controle por resultados, a posteriori, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, em vez de auto-referida.

Essa tendência mundial foi implementada no Brasil de forma gradual, e tendo como cume normativo a emenda constitucional n.º 19/1998, implementada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, em prol de uma Administração Pública mais eficiente, não obstante a existência de uma doutrina pátria que defendia arduamente o modelo antes mesmo de sua implementação, como no caso do professor Hélio Beltrão⁴⁰, que no início da década de 1980 já professava essas posições através do plano nacional de desburocratização, tese que atualizaria o sistema burocrático, indevidamente contaminado com características patrimonialistas, vejamos:

A origem do emperramento da Administração Pública há de ser buscada na tradição cultural herdada do arcabouço burocrático colonial português. O centralismo, o autoritarismo, o formalismo, a desconfiança e a tutela, que marcaram a administração colonial, ainda perduram, de forma expressa ou subjacente, na maior parte das leis, regulamentos e normas que regem a administração pública. E continuam, inconscientemente, a orientar o comportamento da maioria dos responsáveis pela administração das normas vigentes.

Essa reforma administrativa implementada na década de 1990, entre tantas medidas gerenciais para a otimização da máquina pública, enfim regulamentou o art. 163 da Constituição Federal que reserva à Lei Complementar a competência para tratar de matéria relativa à finanças públicas, o que se deu pelos contornos da LC n.º 101/2000. E entre tantas matérias afins, a responsabilidade fiscal vertida nessa nova lei, exigiu uma gestão fiscal hígida e segura, valorando-se a previsibilidade das contas públicas em detrimento dos arroubos

³⁹Artigo publicado na Revista no Serviço Público, ano 47, volume 120, número 1, janeiro – abril 1996, p. 11.

⁴⁰ Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/11600>. Acesso em: 12 jun. 2020.

políticos nascidos das mais variadas medidas populistas tão conhecidas em nossa história governamental.

3.1 A Constituição Financeira e a viabilidade recíproca para a manutenção do Estado

A Constituição Federal de 1988 rende no percorrer de seu corpo legislativo alguns dispositivos relacionados, ao que a doutrina de Direito Financeiro denomina de “*Constituição Financeira*”, como podemos ver no pensamento do professor Marcus Abraham⁴¹, quando afirma que a CF/88 regulou de maneira satisfatória esse ramo do direito público, ao ser percebido nos temas relativos à: *a) competência normativa sobre a matéria financeira; b) hipóteses de intervenção por descumprimento das obrigações financeiras; c) formas de fiscalização da atividade financeira; d) sistema tributário nacional; e) repartições de receitas tributárias; f) normas gerais sobre as finanças públicas e sistema monetário; e g) disposições relativas ao orçamento.*

Com essas normas citadas, percebe-se uma nítida preocupação da CF/88 quanto ao objeto relativo ao controle e eficiência das contas públicas; mas não pelo simples fato de existir em si mesmo, tal qual um corpo legal sem perspectiva; mas sim, pelo fato de manutenção do próprio Estado Federado (como soma de seus elementos, povo, governo e território).

A plenitude financeira do Estado implica automaticamente na perpetuidade tanto do seu governo, quanto do seu povo, como uma relação ambivalente, uma viabilidade recíproca destes elementos, sem os quais não há, de modo que ao vislumbrarmos a constituição financeira, exaltamos impreterivelmente dois planos, *um*, no fortalecimento de seu povo, mediante a plena eficácia dos direitos e garantias fundamentais (em todas as dimensões), e *dois*, na solidez de seu governo, hígido e responsável (conforme as regras de responsabilidade fiscal, precatórios, contratação de servidores públicos e etc.).

Nessa esteira e de acordo com o professor Heleno Taveira Torres⁴², em aula inaugural da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sobre o tema “*constituição financeira, reforma tributária e desenvolvimento*”, afirma ter entendimento similar, de maneira que:

A Constituição financeira consiste, assim, na parcela material de normas jurídicas integrantes do texto constitucional, composta pelos princípios, competências e valores que regem a atividade financeira

do

41 Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/10/11/30-anos-da-constituicao-financeira-e-tributaria/>. Acesso em: 09 dez. 2019.

42 Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156662/15215809/>. Acesso em: 09 dez. 2019.

Estado, na unidade entre obtenção de receitas, orçamento, realização de despesas de todas as competências materiais, financiamento do federalismo, custos dos direitos e liberdades, gestão de patrimônio estatal, bem como da intervenção do Estado.

Nessa relação entre o que se arrecada e o que se investe (retiramos a palavra gasto por entender que a evolução social está baseada numa relação diretamente proporcional com o valor investido), porém, numa visão mais estrita e conservadora, ao atribuir os direitos fundamentais uma perspectiva meramente retributiva, os professores Holmes e Sunstein⁴³ entendem que os “*direitos são serviços públicos que o Governo presta em troca de tributos*”, o que, mesmo em sentido diametralmente oposto ao defendido neste estudo, confirma a relação intrínseca entre a saúde financeira e a prestação dos direitos e garantias fundamentais, principalmente os relativos à terceira dimensão, os quais denotam maior esforço do erário.

A Constituição financeira, portanto, visa prioritariamente a organização do Estado, seu fortalecimento e eficiência, tendo como consequência lógica o bem-estar de seu povo mediante um governo humano e célere, sem os indevidos vícios congênitos do patrimonialismo, seja encrustado nas amarras excessivas do sistema burocrático ou na perene aflição por mudanças sem conteúdo do sistema gerencial. A Constituição Financeira deve estar associada a uma Administração Pública que reúna o melhor dos mundos, numa clara nota de evolução administrativa, mediante a teoria da competência e hierarquia de Weber em conjunto com mobilidade administrativa de Bresser.

3.2 A Lei de Responsabilidade Fiscal e as consequências de uma aplicabilidade seletiva

Quase vinte anos depois de sua publicação, a incidência da LRF (lei de responsabilidade fiscal) não se deu por completo, ou seja, não se transformou em força toda sua potencialidade, como pode ser exemplificativamente visto na existência de duas ações diretas de inconstitucionalidade⁴⁴ que suspenderam a aplicabilidade de alguns dispositivos da citada Lei, como no caso disposições contidas no artigo 23, que dizem respeito ao princípio da irredutibilidade de salários previsto pela Carta Magna. O referido texto legal prevê as possíveis providências a serem tomadas quando a Administração Pública ultrapassa os limites da despesa com pessoal prevista pela lei. O respectivo §1º permite que esse objetivo seja alcançado tanto pela extinção de cargos e funções, quanto pela redução dos valores a eles atribuídos.

43 Holmes, Stephen e Sunstein, Cass, Os custos dos Direitos. cit. p. 151.

44 ADI n.º 2238/DF e ADI n.º 2324/DF.

Entre idas e vindas, decisões do Supremo Tribunal Federal e respeito manco à lei pelos administradores das três esferas governamentais do país, a LRF, como o exemplo crasso do sistema gerencial, notabiliza-se como a maior ferramenta de controle financeiro já legislado no país, o que a faz naturalmente impor uma evolução administrativa e fiscal da Administração Pública. Para se ter a real noção de importância da lei em estudo, devemos notar o quão variadas são as punições pelo desrespeito a suas normas de controle fiscal.

Em breve pesquisa no sítio do Tesouro Nacional⁴⁵, pode ser contemplado um rol de atos de responsabilidade a serem seguidos e suas respectivas sanções em caso de descumprimento, *e. g.* como a proibição de receber transferências voluntárias e contratar operações de crédito, exceto as destinadas ao refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária (LRF, art. 51, § 2º) c/c Multa de 30% dos vencimentos anuais (Lei nº 10.028/2000, art. 5º, inciso I e § 1º) em caso de deixar de apresentar e publicar o Relatório de Gestão Fiscal, no prazo e com o detalhamento previsto na lei (LRF, artigos 54 e 55; Lei nº 10.028/2000, art. 5º, inciso I).

Citamos ainda a reclusão de um a quatro anos (Lei nº 10.028/2000, art. 2º) para as proibições previstas na LRF, art. 22, parágrafo único, em caso de se deixar de adotar as medidas previstas na LRF, quando a Despesa Total com Pessoal do respectivo Poder ou órgão exceder a 95% do limite (LRF, art. 22). As sanções (das mais variadas espécies e graduações) à LRF não se encontram apenas em seu corpo legal, mas também de suas outras normas, quais sejam, a Lei n.º 10.028/2000 (que regula, entre outros, os crimes contra a ordem financeira), Decreto-Lei 201/1967 (que dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores). No que pese todas as sanções possíveis, e não são poucas, muito menos leves, algumas levando inclusive à cassação de mandato, é plenamente possível seu desrespeito, não à toa, esse é o objeto central do presente estudo.

Em sede constitucional, as finanças públicas encontram-se dispersadas ao longo de seu corpo normativo, as vezes como delimitador de competência (art. 24, I), outras vezes como instrumento de controle (art. 51, II), e ainda, em outras tantas, senão a mais importante, como forma de assegurar a manutenção do Estado em prol da defesa dos direitos e garantias fundamentais (art. 163 e seguintes). A importância dada ao Direito Financeiro na CF/88 é de tão grande destaque que sem dúvida, acaba por justificar a denominação “*Constituição financeira*” defendida pela doutrina pátria, como pode ser visto em Heleno Taveira Torres⁴⁶, que afirma:

45 Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/-/infracoes-da-lei-de-responsabilidade-fiscal-e-suas-penalidades>. Acesso em: 09 dez. 2019.

46 TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*. São Paulo: RT, 2014, p. 318.

As normas gerais de direito financeiro são normas de supraordenação com prevalência sobre as leis dos entes federativos, segundo matérias reservadas expressamente por competências especializadas dispostas na Constituição e geralmente veiculadas por lei complementar.

O conceito “Constituição Financeira” em destaque nesse capítulo, repetido quase que insistentemente, tem a função primordial de recordar a imperatividade de seu conteúdo, extensão e exequibilidade junto aos entes federados, como bem é recordado na citação anterior do professor Heleno Torres, de maneira que desrespeitar um dispositivo de conteúdo financeiro, é em verdade desrespeitar elemento orgânico da Constituição Federal, conforme o magistério do professor José Afonso da Silva.⁴⁷, sob o premente risco de se atingir reflexamente alguma cláusula pétrea (forma federativa do Estado, a separação dos Poderes ou relativo aos Direitos e Garantias fundamentais).

Todo este cuidado e atenção acerca da preservação dos elementos constitucionais e cláusulas pétreas dar-se-á pelos mais caros motivos, quais sejam, preservar a Constituição Federal, posto que se tem visto corriqueiramente uma relativização do Direito Financeiro em claro prejuízo aos Direitos e Garantias Fundamentais, o que pode ser justificado pelos novos rumos governamentais no país (nova retomada do ultrapassado liberalismo de Chicago⁴⁸).

É de bom alvitre destacar que essa relativização junto ao Direito Financeiro e conseqüentemente à Constituição Financeira, tem corriqueiramente encontrado respaldo no seio do Poder Judiciário, por intermédio específico do voluntarismo judicial (a beirar o utilitarismo de Bentham⁴⁹), que considero um nítido efeito colateral, agressivo e corrosivo, do movimento pós-positivista. Nesse tempo moderno o qual vivemos, a verdade platônica tem perdido campo para a denominada pós-verdade, de modo que as impressões pessoais, baseadas em grandes narrativas geram imperiosamente uma ojeriza pela realidade.

De acordo com o professor Marco Aurélio Marrafon⁵⁰, acerca da relação entre linguagem e verdade, vê-se que *“a história do pensamento filosófico ocidental é marcada pela crença na leitura objetivista que remonta aos antigos gregos e propõe que a linguagem*

47 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 42.

48A Escola de Chicago é uma escola de pensamento econômico que defende o mercado livre e que foi disseminada por alguns professores da Universidade de Chicago. Suas ideias são associadas à teoria neoclássica da formação de preços e ao liberalismo econômico, rejeitando o Keynesianismo em favor do monetarismo, (até 1980, quando passou a defender a teoria das expectativas racionais) e rejeição total da regulamentação dos negócios, em favor de um laissez-faire quase absoluto. Em termos metodológicos enfatiza a “economia positiva”, isto é, estudos empíricos baseados no uso de estatísticas, dando menor ênfase à teoria econômica e maior importância à análise estatística de dados (Wikipédia, com a palavra de busca: escola de Chicago).

49De acordo com Bentham: “o princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem de aumentar ou diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou comprometer referida felicidade”.

50 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-11/constituicao-poder-pos-verdade-processual-origem-voluntarismo-judicial>. Acesso em: 13 dez. 2019.

pode revelar essência das coisas”. Desta feita, devemos observar uma real interação entre a verdade das coisas e a sua respectiva interpretação linguística, como causa e efeito, destruindo-se a essência universal da verdade, e inevitavelmente cria-se um novo conceito, aberto e imprevisível para ela, o que permite uma metalinguagem inteiramente subjetiva, livre de quaisquer balizas interpretativas. O professor Marcelo Neves⁵¹, vaticina de forma direta que:

No final do século XX e início do século XXI, a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e, nesse contexto, pela ponderação de princípios, uma atitude que, com destacadas exceções, tem contribuído para uma banalização das questões complexas referentes à relação entre princípios e regras.

Essa banalização das questões complexas não atinge apenas a discussão acadêmica relativa da classificação das normas, mas também a discussão relativa à interpretação jurídica (linguagem e metalinguagem), incluindo, como um fim em si mesmo, o que nos remete aos sofistas ou ainda a Schopenhauer e sua dialética erística.

Essa crise hermenêutica que defende, não apenas uma plena liberdade interpretativa, mas também à alforria dos próprios fatos, volto a dizer, trata-se de efeito colateral do movimento pós-positivista que não aceita rédeas, ou qualquer tipo de limites, faz por produzir assim decisões judiciais voluntaristas/utilitaristas.

Nesta toada libertária inconsequente da hermenêutica pátria, o que pode ser vislumbrado no acórdão da ADI 5.794/2017, o Supremo Tribunal Federal tem repetidamente apostado na amplitude de seu pêndulo, o que não deixa de ser arriscado, posto que o sistema de precedentes se torna instituto volúvel e produtor de insegurança jurídica.

A ausência de balizas hermenêuticas, como afirmado, traz dois grandes problemas, *um*, gera enorme instabilidade jurisprudencial, como fruto de metalinguagem (mundo descritivo), e *dois*, contamina a própria linguagem (mundo prescritivo), o que valoriza ainda mais a pós-verdade, em desvalor à verdade sustentada pelo sistema jurídico ocidental.

3.3 A reforma trabalhista e a facultatividade da contribuição sindical

No dia 13 de julho de 2017, foi publicado no Diário Oficial da União, a Lei Federal n.º 13.467, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (ora aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452/1943, e as Leis n.º 6.019/1974, 8.036/1990, e 8.212/1991), com a justificativa de

⁵¹ NEVES, Marcelo. Direito Frances e Direito brasileiro: perspectivas nacionais e comparadas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 573.

adequar a legislação às novas relações de trabalho. Foi popularmente batizada de “reforma trabalhista” e modificou as regras relativas à remuneração, plano de carreira e jornada de trabalho, entre outras matérias, para pretensamente flexibilizar o mercado e simplificar as relações entre trabalhadores e empregadores, no entanto, 2 (dois) anos depois, a promessa do Governo Federal, que havia prometido 2.000.000 (dois milhões) de empregos, atingiu apenas pouco de 70.000 (setenta mil) no ano de 2019, como pode ser visto abaixo em pesquisa do cadastro geral de empregados e desempregados – CAGED⁵², vejamos:

Considerando que o principal objetivo da citada reforma ainda não cumpriu com seus objetivos (geração de emprego e consequente desenvolvimento sustentável do país), cabe agora trazer ao plano visível o tema central desse capítulo, também parte da modificação trabalhista qual seja, a facultatividade do pagamento da contribuição sindical.

A contribuição sindical está prevista no art. 8º, IV com a afirmação que a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei. Independente de sua raiz histórica (com origem no Governo Getulista, com essência retirada no italiano-facismo como forma de controle sindical e não, como muitos inadvertidamente pensam, como forma de propaganda governamental), cabe agora apenas destacar a repentina virada hermenêutica do Supremo Tribunal Federal quanto a este tributo.

Como já informado no capítulo anterior, após décadas de pacífico entendimento da doutrina e do próprio STF acerca da obrigatoriedade da contribuição sindical, independente de autorização prévia, conforme conteúdo do art. 8º, IV, a reforma trabalhista descortinou uma triste característica da Corte, qual seja, a de seguir a força da maré política sem qualquer

52 Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/caged>. Acesso em: 14 dez. 2019.

âncora institucional que garanta sua necessária equidistância entre os demais Poderes da República, e isso, independente da ideologia adotada. Essa jurisprudência⁵³ sólida de décadas a fio, foi abruptamente modificada, como pode ser visto abaixo em acórdão exemplar:

Sindicato: contribuição sindical da categoria: recepção. A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578 CLT e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato resulta do art. 8º, IV, in fine, da Constituição; não obsta à recepção a proclamação, no caput do art. 8º, do princípio da liberdade sindical, que há de ser compreendido a partir dos termos em que a Lei Fundamental a positivou, nos quais a unicidade (art. 8º, II) e a própria contribuição sindical de natureza tributária (art. 8º, IV) - marcas características do modelo corporativista resistente, dão a medida da sua relatividade (cf. MI 144, Pertence, RTJ 147/868, 874); nem impede a recepção questionada a falta da lei complementar prevista no art. 146, III, CF, à qual alude o art. 149, à vista do disposto no art. 34, §§ 3º e 4º, das Disposições Transitórias (cf. RE 146733, Moreira Alves, RTJ 146/684, 694).

Em voto vencido, o Ministro Edson Fachin, relator da ADI n.º 5794/2017, ao decidir pela facultatividade da contribuição sindical, foi incisivo quanto ao histórico desse tributo naquela corte, de modo há realçar a recepção do art. 578 da CLT pelo constituinte de 1988, conforme jurisprudência inserida em diversos acórdãos⁵⁴. Independente de uma análise mais acurada de todos os votos do citado acórdão, no qual, como já sabido, a contribuição sindical deixou de ser obrigatória a todos os trabalhadores do país, públicos ou privados, podemos adiantar que essa decisão do Supremo chancelou uma das maiores mutações constitucionais já vistas no país.

A mutação constitucional é fenômeno jurídico que altera o sentido da norma, sem, contudo, alterar o seu próprio texto, de forma a manter a atualidade do dispositivo constitucional frente as permanentes modificações quanto ao ser e ao pensar de sua respectiva comunidade, o que, automaticamente transforma o STF em reformador oblíquo do texto constitucional. Com origem alemã, a mutação fora criada no período do II pós-guerra, com a primaz necessidade de reaproximação entre o Direito posto e o Direito praticado, ou como afirmam os professores Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia e Flávio Quinaud Pedron⁵⁵ em instigante artigo que:

53RE 180745, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 24 março 1998, DJ 08-05-1998 PP-00014 EMENTA. VOL – 01909-04 PP-00712.

54RMS 21.758 DF, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 04-11-1994. RE 146733, Moreira Alves, RTJ 146/684, 69. RE 180745 SP, Relator SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 08-05-1998. AI-AgR 456.634 RJ, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 13.12.2005, Segunda Turma, DJ 24-02-2006. RE 496.456/RS, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Dje 21.08.2009.

55Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-16/diario-classe-crenca-mutacao-constitucional-aplicada-stf-equivocada#author>. Acesso em 16 dez.2019.

Percebe-se que a mutação constitucional brasileira, diferente das versões alemãs, não é diagnosticada – declarada – pelo Judiciário, mas sim criada/constituída por ele! Ele percebe, em sua posição de ativa vanguarda, antes mesmo da sociedade a necessidade de uma mudança constitucional e usurpa o *locus* de debate original do Poder Constituinte de Reforma (Congresso Nacional).

Por sua vez, o professor Uadi Lammêgo Bulos⁵⁶, quanto a sua classificação afirma que as mutações podem ocorrer de 4 (quatro) maneiras, quais sejam, *a) por interpretação (para se atender às necessidades emergentes do cotidiano, como na ampliação do sentido da palavra casa para efeitos de direito e garantia fundamental); b) por construção (serve para suprir as deficiências da ordem jurídica, como na utilização do HC para a defesa contra abusos de autoridade); c) por praxe constitucional (compatibilizar a constituição com seus eventuais usos, costumes e convenções, abarcando-os); e d) por influência dos grupos de pressão (quando grupos de pressão se aliam em defesa de determinadas posições).*

Com a mutação constitucional promovida pelo STF sobre a contribuição (claramente na modalidade por influência de grupos de pressão do professor Uadi), a incidência de outro instituto jurídico atrelado a esta surge por obrigação lógica; o *overruling*, técnica processual devidamente imposta pelo Código de Processo Civil (art. 489), que exige uma fundamentação decisória harmônica para a estabilização do sistema de precedentes, confirmando ou afastando-os do caso concreto, o que explicitamente não aconteceu na ADI n.º 5.794. De modo que o STF, ao modificar seu entendimento secular sobre a matéria, obrigatoriedade da contribuição sindical, não declarou a ocorrência da mutação constitucional, desobrigando-se de imediato a fundamentar o *overruling* praticado.

O acórdão final, por 6 (Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) votos a 3 (Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Dias Toffoli), como já dito, indeferiu a ADI no sentido de cancelar a nova interpretação do art. 8º, IV da CF/88 e par e passo, declarar constitucional a nova redação do art. 578 da Consolidação das Leis do Trabalho, contudo, extraordinariamente sem se declarar sobre a utilização das técnicas da mutação constitucional e do *overruling*. Com esta medida, abriu-se espaço para outra consequência nefasta, qual seja, a renúncia fiscal sem as devidas medidas de compensação exigidas nos termos do artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o que chamamos de “renúncia fiscal agressiva”, exposta no capítulo seguinte.

3.4 A renúncia fiscal agressiva cometida na ADI 5.794/2017

⁵⁶BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 437.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, como exemplo crasso do modelo gerencial de Administração Pública, tenta costurar a otimização da máquina pública com a redução dos custos estatais que são gerados pela sua mesma razão de ser, qual seja, o fomento do serviço público e da promoção dos direitos e garantias fundamentais. Com a sua publicação, a LRF, juntamente à Constituição financeira e com a Lei n.º 4.320/1964, que dispõe sobre normas de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos públicos, formam o tripé normativo das contas públicas, de tal modo que se vislumbra um pequeno, porém profundo sistema normativo com outras normas gravitando-se em torno dele, como as que regulam os crimes de responsabilidade, a lei de improbidade administrativa, a lei de ação popular, a lei de ação civil pública, quando não ainda a lei do mandado de segurança e o *habeas data*.

Com a ADI 5.794, atribuindo-se facultatividade ao pagamento da contribuição sindical, sem a devida modulação do acórdão (tema a ser visto em capítulo posterior), promoveu o surgimento, ou pelo menos, o mais destacado caso de renúncia fiscal no período pós-constituente homologada pela própria Corte Constitucional sem as devidas medidas de compensação, o que denominamos de “*renúncia fiscal agressiva*”. O art. 14 da LRF traz em seu corpo o dispositivo de partida, senão leia-se:

A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; e II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

Em princípio, o administrador público ao conceder ou ampliar qualquer benefício de natureza tributária deve, obrigatoriamente, tomar para si a produção concorrente de ato administrativo que englobe medidas que recomponham as citadas perdas, sob as penas da lei. Esse raciocínio foi adotado pelo Ministro Edson Fachin, quando de sua relatoria na ADI em questão e afirmou que “*Não se pode deixar de anunciar, em primeiro lugar, que a alteração da natureza jurídica da contribuição sindical de típico tributo para contribuição negocial facultativa importa em inequívoca renúncia fiscal pela União*”.

A renúncia fiscal compõe-se como instituto jurídico por demais complexo em seu cometimento, pois exige do ente federado modificações qualitativamente delicadas, e

quantitativamente vasta sobre os atos legislativos e administrativos, que vão do projeto de lei orçamentária (LOA e anexos da LDO) ao Decreto do Executivo regulando a matéria.

A renúncia de receita, como ato negativo tributário, deve ser encarado como exceção ao sistema, ato administrativo complexo que exige fundamentação vinculante, sob pena de responsabilidade dos envolvidos nas diversas áreas jurídicas, e para colorir a situação, podemos trazer o exemplo da isenção, talvez a forma de renúncia mais praticada em nosso país, que de tão gravosa aos entes federados, a CF/88 proíbe terminantemente a concessão destas nas modalidades heterotópicas praticadas pela União (art. 151, III). O professor Francisco Bezerra⁵⁷ corrobora esse entendimento:

A vedação à isenção heterônoma decorre diretamente das regras de competência tributária, de onde se retira que a Constituição estabeleceu regra matriz fixando para cada ente federativo os tributos de sua competência. Trata-se de outorga de poder concedido pela Lei Fundamental aos entes federativos para que eles possam instituir tributos. Tal competência, inclusive, é aptidão intransferível, irrenunciável e indelegável, como forma de proteção ao modelo constitucional federativo. O constituinte não só estabeleceu a competência tributária como também repartiu esse poder entre as pessoas políticas que compõem a Federação.

Como já visto, a renúncia se torna instituto por demais pesado à Administração, seja pela sua previsão, seja pela sua exequibilidade, tanto assim, que boa parte dos estados federados não cumprem com os ditames constitucionais e legais, a gerar rombos (R) reais sobre o erário, que inviabilizam a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, como podemos ver em estudo do Tesouro Nacional⁵⁸ que desnuda informações valiosas sobre o desrespeito ao sistema jurídico financeiro e atesta as posições protetivas adotadas neste estudo, leia-se então, os dados extraídos de todos os municípios com população acima de 500.000 (quinhentos mil habitantes), nos quais, apenas 3 municípios apresentaram as devidas informações em seus portais de transparência:

| Regiões | Contabiliza Renúncia | Não contabiliza Renúncia | Apresenta Anexos da CF |
|---------------------|-----------------------------|---------------------------------|-------------------------------|
| Norte | 0 | 2 | 0 |
| Nordeste | 0 | 6 | 1 |
| Centro-oeste | 0 | 3 | 1 |

57 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21833/do-instituto-das-isencoes-heteronomas>. Acesso em 17 dez. 2019.

58 Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/676688/Item+5+-+CTCONF+-+Re%C3%Bancia+Fiscal.pdf/55de06f3-e37d-4dbc-bdb6-2229c9e14052>. Acesso em: 17 dez. 2019.

| | | | |
|----------------|---|---|---|
| Sudeste | 2 | 6 | 5 |
| Sul | 0 | 4 | 0 |

Nesta situação, a renúncia fiscal, além de uma prática por demais delicada, sofre claramente com uma contumaz exequibilidade eivada de equívocos praticados pelos administradores, ou seja, uma combinação mortífera para as contas públicas e conseqüentemente para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, principalmente aqueles que necessitam de uma atividade positiva do Estado (3º dimensão).

Observação de grande importância para o entendimento deste estudo reside no fato de que receita pública tem conceito múltiplo quanto a sua origem, ou seja, o Estado absorve renda em favor do erário por várias fontes, sejam elas originárias (por exploração patrimonial) ou derivadas (pelos tributos). Portanto, renúncia fiscal constitui-se apenas como uma das formas possíveis de renúncia de receita, doravante, a título de exemplo, a não cobrança dos alugueis por parte da municipalidade de locais públicos ao uso e gozo particular em prol do desenvolvimento urbano constitui-se como renúncia de receita, e não renúncia fiscal.

A Constituição Federal trata da matéria de forma variada, como no art. 150, §6º, que trata de renúncia fiscal ao afirmar que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, “g”; como também na prescrição que estabelece a competência dos Tribunais de Contas em fiscalizar qualquer renúncia de receita (art. 70), ou ainda na proibição dos municípios em renunciar a receita do ITR (art. 153, §4º, III).

O ADCT, em seu art. 113 estabelece ainda que a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro. Portanto, a CF/88 trata de maneira técnica as espécies de renúncias, quando geral (renúncia de receita) e quando específica (renúncia fiscal), o que permite a continuidade de aprofundamento sobre o tema. Por sua vez, a Lei de Responsabilidade fiscal, já anteriormente citada, trata especificamente de renúncia tributária.

Considerando então que a renúncia fiscal tem sido frequentemente praticada à borda periférica da boa governança, algumas práticas ilícitas são efetuadas com maior pujança, como simplesmente não elencar a previsão da renúncia nas leis orçamentárias e não prever as correspondentes medidas de compensação, sendo este último o objeto do presente capítulo.

A **renúncia fiscal agressiva** ocorre quando há a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária sem a devida medida de compensação prevista na estimativa do impacto orçamentário-financeiro trienal. Desta feita, pode-se afirmar que a renúncia fiscal é **instituto-consequência**, ao passo que a concessão/ampliação de incentivo/benefício é **instituto-causa**. Essa classificação deve-se à necessidade de esclarecimento quanto à localização Ponteano desses elementos, sob pena de subtrair indevidamente a importância das medidas de compensação e previsão orçamentária.

Deve ser notado que nem toda ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária podem ser considerados como atos de renúncia, contudo, todo ato de renúncia pressupõe a ocorrência de uma ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária, de maneira que uma leitura desatenta do art. 14 da LRF poderá levar à crença equivocada que a renúncia é instituto jurídico protagonista, o que não condiz com a verdade.

Ao falarmos de renúncia de receita, falamos de ato em perspectiva, ou seja, um instituto jurídico a ser atingido, logo, inexistente no mundo dos fatos e do direito sem a prévia construção legislativa que reside na previsão orçamentária das medidas de compensação, portanto, para atestar a ocorrência de uma renúncia tributária, necessário se faz a concretude legislativa orçamentária a permitir futura renúncia, que, diga-se de passagem, poderá nem ocorrer, posto que a lei orçamentária é mera previsão de gastos, como afirma o professor Valdecir Pascoal⁵⁹ ao dizer que

A teoria de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro.

A renúncia tributária deve então respeitar o seguinte binômio, sob pena de invalidade: a) *previsão orçamentaria trienal com estimativa de seu impacto financeiro (art. 14 da LRF)* e b) *promulgação de lei específica sobre o tema (art. 150, §6º da CF/88)*, regulando os casos de concessão/ampliação de incentivo ou benefícios de natureza tributária, que poderão envolver subsídios ou isenções, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão.

A renúncia agressiva é situação de fato, a qual não permite, ou, pelo menos, não deveria, a subsunção pelo intérprete, com ou sem ponderação de princípios, porque lhe falta a concreção das normas envolvidas (previsão orçamentaria trienal com estimativa de seu impacto financeiro e a promulgação de lei específica sobre o tema).

⁵⁹ PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 19.

3.5 A ADI 5.794/2017: a teratologia solipsista de uma meta linguagem da maioria

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela facultatividade da contribuição sindical, desloca a pedra angular de seu sistema de precedentes acerca da matéria e desvela uma vetusta composição política entre seus pares, um sobrevalor da retórica pretensamente iluminista em desvalor à função contra-majoritária inerente a própria razão existencial de seu pleno. Essa guinada jurisprudencial, muitas vezes capitaneada pelo Ministro Luís Roberto Barroso⁶⁰, tem forte raiz deitada no realismo jurídico norte-americano, no qual Bobbio⁶¹ assevera de modo incisivo que “*Os seguidores dessas correntes [realistas] veem também um contraste entre o direito imposto e aquele efetivamente aplicado, e consideram apenas este último, o direito na sua concretude, único objeto possível de pesquisa por parte do jurista que não queira se entreter com fantasmas vazios*”.

As professoras Leilane Serratine e Kimberly Farias⁶² destacam com precisão a natureza do realismo norte-americano, a realçar uma essência consequencialista, importando-se mais com os fatos e suas repercussões, que com a própria higidez sistema jurídico pátrio, leia-se:

Para o realismo, os juízes decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideais, não com base nas regras gerais de direito, respondendo mais aos fatos do que às próprias leis. Assim, a decisão final seria resultado de vários fatores, os quais variam conforme as ideologias do magistrado e de acordo com sua personalidade, não como resultado exclusivo da aplicação da norma.

O realismo jurídico norte-americano contrapôs-se ao positivismo europeu como uma ode à antimetafísica, ao vender a ideia de uma jurisprudência filosoficamente robusta em detrimento de um Direito posto superado e aerado, repleto de espaços vazios que não responderiam a todas as indagações, o que é corroborado pelo Professor Arnaldo Sampaio de Moraes⁶³, quando afirma acertadamente que “*a decisão judicial seria resultado da*

60Posição defendida no artigo intitulado como “*Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*”, disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 02/08/2020.

61BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaor Caffé Alves – Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 43.

62Disponível e visto em 21/12/2019 em: https://www.redalyc.org/jatsRepo/934/93458829003/html/index.html#redalyc_93458829003_ref4

63GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. *Direito e educação jurídica nos Estados Unidos*. Revista Sequência, n. 48. jul. 2004. p. 29-40.

personalidade do juiz, sendo a personalidade o centro da administração da Justiça". A professora Maria Helena Diniz⁶⁴ aprofunda o realismo e assim o delimita:

O realismo jurídico abrange correntes teóricas que se afastam de qualquer investigação jus filosóficas de ordem metafísica ou ideológica, negando todo fundamento absoluto à ideia do direito, considerando tão somente a realidade jurídica, isto é, o direito efetivamente existente ou os fatos sociais e históricos que lhe deram origem. O realismo jurídico busca a realidade efetiva sobre a qual se apoia e dimana o direito, não a realidade sonhada ou ideal. Para os realistas, o direito real e efetivo é aquele que o tribunal declara ao tratar do caso concreto.

Espraiado na filosofia egocêntrica do realismo norte-americano e sob a capa protetora de um ativismo judicial utilitarista, o STF tem-se utilizado de uma corriqueira liberdade criativa em seus julgados, o que acaba por solapar todo seu sistema de precedentes, como pode ser visto e demonstrado na ADI 5.794/2017 (com ausência de modulação ou *distinguish*).

Nesse cenário político de indulgências desfundamentadas, o Supremo voluntarista decide sem quaisquer amarras jurídicas e inova na sua recém-inaugurada função representativa não populista. Esta liberdade incondicionada autoatribuída ao STF, rende grande fundo político de caráter retórico, permitindo a construção de uma metalinguagem da maioria, baseada meramente em convencimento vazio do orador momentaneamente mais fortalecido politicamente e fortalecido pelo aspecto quantitativo da decisão em detrimento do aspecto qualitativo.

A metalinguagem, como produto de interpretação deve se render a uma formalização lógica, sob pena de não harmonização entre o Direito e sua Ciência. Para o professor Lourival Vilanova, a linguagem é ponto em comum sobre a experiência jurídica, leia-se: *"Consideremos o Direito positivo, a Ciência do Direito e a lógica, como planos dispostos em graus diversos, todos com base na experiência do direito. E o ângulo sobre consideração é o fato da linguagem, componentes nos três graus de consideração"*.

Independente da filosofia construída e adotada, não se poderá fugir da inevitabilidade linguística, seja no plano positivo, científico ou lógico, de modo que ao julgador cabe uma harmonização fundamentada entre as três esferas citadas, sob pena de decisão teratológica, que nasce justamente pela necessária tridimensionalidade linguística, formatada em planos consequentes e correspondentes, uns em sustentação aos outros. Nesta dialética orgânica, a linguagem lógica torna-se responsável pela viabilidade da decisão judicial, verdadeiro

⁶⁴DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 11 ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

conector entre o direito positivo e a ciência do direito, ponto de validade da jurisdição e sustentáculo existencial.

O professor Ricardo Guastini⁶⁵, ao analisar a “*teoria da trama aberta*”, em remissão à Hart, esclarece a ideia da existência de zonas de penumbra no sistema normativo, na qual a norma é de aplicação incerta, mediante espaços opacos que não possuem uma determinação expressa de um modal deôntico, contudo, com meios suficientes para sua resolução, em contraposição retumbante ao defendido pelos adeptos do realismo jurídico. Com claro propósito de difundir que o direito é formado por normas, criadas pelo legislador e anterior à interpretação e aplicação judicial, Guastini afirma que a ciência do direito pertence às normas e não interpretação, o que reforça o intento de se respeitar uma estrutura normativa preexistente.

A zona de penumbra, também foi destrinchada por Carrió⁶⁶, que a utilizou para criar sua teoria da discricionariedade, segundo a qual, existem controvérsias com soluções óbvias e outras com solução não óbvias (ou como denomina Dworkin, casos difíceis), que se localizam na zona de penumbra, sendo essas controvérsias de alta complexidade passíveis de discricionariedade judicial.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão constitucional de estrutura colegiada, necessita de linguagens próprias (sobre o direito, sobre a ciência e sobre a lógica), que viabilizem suas decisões, seu espectro jurisdicional. Seus pares decidem em prol de uma maioria (simples ou qualificada) exteriorizada mediante uma decisão, quer seja por justaposição (votos que não se comunicam nos fundamentos ou dispositivos), quer seja por aglutinação (votos que se comunicam nos fundamentos ou dispositivos), ou ainda de natureza mista, sem prejuízo do voto vencido constituir-se parte integrante do acórdão, inclusive para efeitos de pré-questionamento, conforme art. 941, §3º do CPC.

Agora, superadas as necessárias lições sobre linguagem jurídica e suas respectivas metalinguagens, como também sobre eventuais zonas de penumbras na aplicação do direito, retornamos ao mérito do capítulo, de forma a recordar que a decisão final do STF na ADI 5.794 atinge frontalmente tudo que foi capitulado neste tópico, em nome de uma interpretação jurídica nos melhores moldes realistas norte-americanos, quando os julgadores se importam mais com os fatos que com o direito, criando-o, quer seja nas zonas iluminadas, quer seja nas zonas de penumbra.

A defesa e prática do realismo jurídico no Brasil, além de imiscuir um sistema decisório alienígena de assalto (*commow law*), desrespeita o campo de atuação do direito

65 GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo, 2005. p. 146

66 CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.

positivo, colocando-o num segundo plano de importância em detrimento a uma interpretação livre e sem amarras teleológicas, ao sabor dos ventos. Criar direito, mediante ato de interpretação, mesmo considerando a existência dos modais deontológicos claros (casos fáceis), em plena zona iluminada do direito posto, é, acima de tudo, uma usurpação de função pública pertencente ao Poder Legislativo.

No instante histórico em que o STF decide efetuar uma supra-interpretação (interpretação criadora de direito nos casos fáceis) em detrimento do direito positivo, inverte-se inadvertidamente uma relação natural de causa e consequência, de modo que a metalinguagem se torna produto e a linguagem mero fator.

No acórdão proposto nesse estudo, a contribuição sindical tornou-se facultativa, a depender de autorização expressa do trabalhador, contudo, para se alcançar esse intento, o STF, em maioria de 6 ministros, “derrubou” duas preliminares de mérito, a primeira localizada no direito tributário e a segunda, em ato causal, no direito financeiro.

O Supremo, em prima face, desconstruiu a contribuição sindical como tributo e em seguida, como ato lógico, afirmou que, não se aplicaria as regras atinentes à renúncia fiscal, o que fez por constitucionalizar a Lei n.º 13.467/2017. Para tanto, leia-se os respectivos argumentos:

| | Natureza tributária | Renúncia fiscal |
|----------------------------|---|--|
| Luiz Fux | A referida lei suprime a natureza tributária da contribuição, seja em relação aos sindicalizados, seja quanto aos demais. Se não se trata de tributo, não há motivos para invocar limitações ao poder de tributar para sustentar a invalidade da lei. (pág. 64) | Não trata da matéria. |
| Roberto Barroso | A receita advinda da contribuição sindical, apesar de ter origem tributária, não integra o orçamento público, não devendo se sujeitar ao dispositivo citado. (pág. 117). | O art. 113 do ADCT nada mais fez do que constitucionalizar o comando de que não pode haver renúncia de receita ou assunção de despesa sem o prévio estudo sobre os impactos dessas medidas. É irrefutável, então, que o referido dispositivo se refere à gestão da Administração Pública, de que se excluem os sindicatos, pessoas jurídicas de direito privado. (pág. 105/106). |
| Alexandre de Moraes | A reforma proporcionada pela Lei 13.467/2017 não extinguiu nenhuma fonte de custeio dos sindicatos, apenas | Não houve nenhuma forma de renúncia de receita pela Lei 13.467/2017, sendo, |

| | | |
|---------------------|---|--|
| | alterou a natureza de uma delas, que não mais constitui obrigação compulsória, e sim obrigação de natureza facultativa, circunstância que prestigia o princípio da liberdade individual e da liberdade sindical. (pág. 87). | portanto, inaplicável a obrigatoriedade de estimativa do impacto orçamentário e financeiro, nos termos do art. 113 do ADCT. (pág. 82). |
| Cármen Lúcia | Assentada a legitimidade jurídico-constitucional de norma que torne facultativa a contribuição sindical, extinguindo a contribuição de natureza tributária. (pág. 199). | Não trata do tema |

Quanto aos demais votos vencedores, Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, estes não trataram do tema de forma profunda, apenas acompanharam, *in totum*, o voto dissidente e vencedor do Ministro Luiz Fux, ao passo que a Ministra Cármen Lúcia decide explorar o histórico do Tribunal, sem efetuar maiores destaques. Na ementa (tópico 3) do acórdão objeto desse artigo, podemos ver que em decisão final, o STF entendeu por extinguir a natureza tributária da contribuição sindical, vejamos:

A Lei nº 13.467/2017 emprega critério homogêneo e igualitário ao exigir prévia e expressa anuência de todo e qualquer trabalhador para o desconto da contribuição sindical, **ao mesmo tempo em que suprime a natureza tributária da contribuição**, seja em relação aos sindicalizados, seja quanto aos demais, motivos pelos quais não há qualquer violação ao princípio da isonomia tributária (art. 150, II, da Constituição), até porque não há que se invocar uma limitação ao poder de tributar para prejudicar o contribuinte, expandindo o alcance do tributo, como suporte à pretensão de que os empregados não-sindicalizados sejam obrigados a pagar a contribuição sindical. (grifo nosso).

O Código Tributário Nacional, em seu art. 3º, define tributo como toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. A contrário senso, o STF decidiu por extinguir não o tributo, mas a natureza tributária da exação, ou seja, decidiu o STF, ao final das contas, relativizar o conceito de tributo (norma de estrutura) inserido no CTN, acabando por afirmar uma nova categoria de tributo, qual seja, o tributo facultativo.

Este ato, o qual reputamos plenamente viciado, constitui-se uma teratologia nascida exclusivamente no voluntarismo do STF, independentemente do que diz o CTN, utilizando-se de interpretação em zona de luz, sem qualquer tipo de dúvida mínima ou razoável. Neste caso concreto em análise, o Supremo agiu como legislador pleno. De forma que tal decisão fora construída dentro de uma visão de mundo pessoal e política por alguns pares do STF,

infringindo ao Direito positivo uma derrocada quanto à imperatividade de seu conteúdo. O professor Leandro Pausen⁶⁷ afirma categoricamente que:

O caráter compulsório do tributo, aliás, resta evidente na medida em que a Constituição coloca a lei, que a todos obriga, como fonte da obrigação tributária. De fato, o art. 150, I, da Constituição Federal exige que a instituição e a majoração dos tributos sejam estabelecidas por lei, o que revela a sua natureza compulsória de obrigação *ex lege*, marcada pela generalidade e cogência, independente da concorrência da vontade do sujeito passivo quanto à constituição da relação jurídica.

Quando o STF decide no sentido de que a contribuição sindical não possui mais compulsoriedade, implica automaticamente num ato homologatório proporcionado pelo próprio Supremo de permissividade ao cometimento de desobediência civil por parte do sistema sindical, pois restará a pergunta, se o STF decidiu que os valores arrecadados da contribuição sindical não fazem parte do orçamento público e que essa exação não resta compulsória, por que se deve respeitar o conteúdo do art. 589 da Consolidação das Leis do Trabalho, remetendo parte do valor arrecadado à Caixa Econômica Federal?

Outro trecho de grande importância para justificarmos a ocorrência de metalinguagem neopositivista sem arreios de controle, encontra-se no seguinte parágrafo do voto do Ministro Barroso, leia-se:

Por fim, o art. 113 do ADCT, que diz que a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada de estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro, evidentemente não se aplica à hipótese da contribuição sindical, porque a contribuição sindical não é um tributo. Para quem acha que não é tributo – eu sei que tem gente que, inclusive, acha que não é –, ela não é um tributo que ingresse no Tesouro. É uma situação excepcional de um tributo que é direcionado para uma entidade privada, que é o sindicato. Portanto, esta regra, que é uma regra preocupada com a questão do impacto financeiro, **a questão fiscal, não vale aqui, porque nós não estamos falando de um impacto sobre os cofres públicos, sobre a administração pública. Quer dizer, a contribuição sindical não integra o orçamento público**, de modo que o art. 113, a meu ver, claramente, não se aplica.

O citado Ministro alega em sua respeitável posição que a contribuição sindical não integra o orçamento da União, portanto, não haveria perda aos cofres públicos, e com isso, não ocorreria renúncia fiscal. No entanto, o art. 165, §5º, III da Constituição afirma que o orçamento da seguridade social, abrange todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo

⁶⁷ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo* / Leandro Paulsen. 8º ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

Poder Público. Sob o pálio desse dispositivo constitucional encontra-se o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT – que faz parte do orçamento anual da União, como pode ser visto no art. 4º, II, “b” da Lei n.º 13.808/2019 que fixa a receita e a despesa da União para o exercício financeiro de 2019.

De maneira que os recursos financeiros que abastecem o FAT (inclusive os valores oriundos da Conta especial emprego e salário), fazem parte da lei de orçamento anual da União, no subornamento da seguridade social, de forma que qualquer diminuição de seus valores por vontade do Estado deve ter previsão orçamentária, bem como assegurar as devidas medidas de compensação exposta no artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O presente acórdão, se faz em grandiosa teratologia solipsista nascida de uma metalinguagem da maioria de seus pares, onde se deturpou profundamente a natureza jurídica da contribuição social, inaugurando uma nova classificação de tributos, quais sejam, os tributos facultativos sem natureza tributária. Para fins de registro histórico, deve-se realçar que no ano de 2016, último ano da obrigatoriedade da contribuição sindical, o sistema sindical arrecadou a quantia de 3,96 bilhões de reais, de acordo com o voto vencido do senhor Ministro relator.

3.6 Conclusão do capítulo

Por tudo descrito e percebido no presente tópico, nota-se o nascimento de uma jurisprudência no seio do Supremo Tribunal Federal, na qual claramente a metalinguagem hermenêutica sobrepõe-se ao próprio direito posto, aclarando-se um pós-positivismo radical, sem limites científicos, que sobrepujam qualquer quadro doutrinário estabilizado. A facultatividade da contribuição sindical, aprovada de forma açodada e após décadas jurisprudenciais pacíficas, constitui afronta aos ditames da Constituição Financeira, que exige às devidas medidas de compensação, sob pena de dificultar ainda mais os combalidos direitos e garantias fundamentais que necessitam de um ato positivo do Estado.

O quanto antes se entender que a Ciência do Direito orbita em torno do Direito e a este seja instrumental, mais cedo construir-se-á uma teoria hermenêutica mais eficiente que atenderá de forma mais efetiva as necessidades de suas comunidades, sob pena da ordem jurídica constituir-se no verdadeiro ditador de uma sociedade distópica, como bem lembrava a águia de Haia acerca de qual seria a pior ditadura de todas. Outras análises sobre as novas tendências de argumentação jurídica, realizadas pelo STF, serão aprofundadas no capítulo

seguinte, acentuando-se ainda mais a incredulidade sobre o acórdão objetivo desta dissertação.

A renúncia fiscal homologada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI em estudo, mostra claramente que a maioria momentânea que redigiu o acórdão em nota, promoveu o esquecimento da parcela orçamentária da contribuição sindical que abastece inúmeros programas sociais do Governo Federal, mediante uma tratativa lógica, argumentativa e consequencial entre a não caracterização da natureza orçamentária da contribuição (antecedente) e a ocorrência de renúncia fiscal (consequente). Portanto, se não há tributo ou renda tributável pautada em uma regra-matriz tributária, não haverá renúncia fiscal de renda derivada.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A VIRAGEM UTILITARISTA E A RECEPÇÃO JURISPRUDENCIAL AO SISTEMA FINANCEIRO IMPRODUTIVO

Para tentarmos entender o que moveu o STF no julgamento do acórdão cerne desta dissertação, é de suma importância enfrentarmos os novos rumos jurisprudenciais experimentados pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos e sobretudo destrinchar quais foram os possíveis caminhos doutrinários escolhidos para sua sustentação, isso, em detrimento de uma perspectiva de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, em todas as suas dimensões.

Quais seriam as razões para o Supremo modificar a sua jurisprudência que já durava décadas, num só solapão, desfalcando abruptamente as finanças governamentais ou mesmo sindicais, por que não se aderiu a um sistema de transição, a respeitar a Lei de Responsabilidade ou os compromissos contratuais firmados pelos sindicatos. Nessa toada, precisamos falar sobre o utilitarismo inglês e seu aparente manuseio pela corte federal.

Portanto, necessário se faz uma concentrada explicação do que vem a ser a filosofia do utilitarismo inglês, seus expoentes, fundamentações e perspectivas sociais, bem como, as suas conseqüentes ramificações temporais sufragadas no continente norte-americano, devidamente adaptadas à Ciência do Direito anglo-saxão. O utilitarismo surgiu na Inglaterra do século XIX, numa época em que se buscava na ciência o bastião de todas as verdades, em detrimento do subjetivismo humano, das crendices, dos misticismos religiosos e trabalhos manuais que encareciam e embargavam a economia, fatos esses corroborados pela opinião de Luís Alberto Peluso⁶⁸, onde o utilitarismo fora basicamente a primeira filosofia genuinamente inglesa, com todo o apoio do liberalismo industrial.

Considerando que a mensagem deveria ser símbolo do conteúdo que se comunicava, nada melhor que utilizar a matemática como linguagem desta nova ciência, pretensamente pura e incorruptível aos desmandos subjetivistas de seus autores, desta feita, o utilitarismo tomou de assalto as mais variadas áreas da sociedade inglesa (filosofia, economia, comércio exterior e Direito). Com essa forma de comunicação, Jeremy Bentham desenvolveu sua filosofia utilitarista em moldes aritméticos, mediante fórmulas invariáveis e justas que introduziram a noção de utilidade e correção. Nada mais simbólico e representativo de Bentham⁶⁹ senão sua célebre frase, leia-se:

68 PELUSO, Luis Alberto. *Ética e Utilitarismo*. Campinas: Alínea, 1998. p. 202.

69 JEREMY BENTHAM. *Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. p. 340.

A natureza colocou o ser humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia de causas e dos efeitos.

Para o autor inglês, em claro caráter hedonista, o Direito Natural é falho, primeiro porque não se pode comprovar a existência do contrato natural e segundo porque, mesmo que reconhecida essa origem pré-jurídica, não haveria como convencer os homens a continuar cumprindo as demais normas sociais. Para a professora Louise Menegaz de Barros Mota⁷⁰, Bentham via no Direito um mero instrumento a serviço da vontade humana e arremata que *“Tal instrumento, de acordo com ele, deveria ser manipulado segundo o princípio da utilidade, que propiciaria um padrão democrático para a formulação das leis, tendo em vista o bem-estar do maior número de pessoas”*.

Portanto, havia aqui uma forte nota de maniqueísmo, de maneira que o Estado deveria sempre buscar a felicidade social em prejuízo das dores do mundo, contrariando frontalmente o pensamento de Schopenhauer, acerca da necessidade do sofrimento humano.

Na esteira de Bentham, Stuart Mill, seu afilhado, seguiu o desejo de “purificar” os movimentos sociais e políticos de sua época, e isso, devidamente apoiado por Auguste Comte (considerado como pai do positivismo) numa visão empirista e a antimetafísica, relegando qualquer espécie de moral divina, mas sim, uma moral como objetivo social, como consequência qualitativa oriunda de uma felicidade comunitária.

Mill, ao contrário de Bentham, incentivou a corresponsabilidade social como meio de se alcançar a felicidade coletiva, o que nos remete infalivelmente ao imperativo categórico de Kant, mas, desfalcada de sua metafísica preexistente; ademais, quanto à moral, a professora Maria Cristina Longo⁷¹, em esclarecedor artigo, assevera que Mill *“verifica que os homens, na prática, adquirem crenças firmes e nelas se baseiam quanto ao efeito de algumas ações sobre a felicidade. Estas são as chamadas regras da moralidade costumeira”*.

Tais considerações iniciais devem repousar na compreensão de que a moralidade apresentada por ambos se sustenta sobre o princípio da utilidade, devidamente fundamentada em definições da natureza humana (dor e prazer), no entanto, para Mill, a utilidade advém de uma natureza humana mais complexa, como bem pondera a professor Maria Cristina Longo⁷² em outro destacado trabalho, leia-se:

⁷⁰Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/196/ril_v49_n196_p283.pdf. Acesso em: 06/08/2020.

⁷¹Disponível e visto em: <http://www.revistas.usp.br/discurso/article/view/89097/91988>. Acesso em: 09/08/2020.

⁷²Disponível em: <https://periodicos.ufm.br/principios/article/view/7581/5644>. Acesso em: 09/08/2020.

De acordo com Mill, Bentham teria entendido mal o sujeito ou o indivíduo, como um ser humano robótico, um robô dos cálculos. Mill indaga em seu ensaio de 1838 sobre Bentham, quanto de natureza humana haveria em Bentham para ele próprio descrever uma natureza humana que correspondesse a uma natureza de um sujeito real.

Entretanto, Mill passa a ser ator principal de uma das maiores contendas filosóficas dos tempos modernos, na qual, inúmeros autores (James Fitzjames Stephen, S. R. Letwin, McCloskey) o acusam de contradições inconciliáveis dispostas em suas duas obras, quais sejam, *Utilitarianism* e *On Liberty*, sob a pecha da impossibilidade de conjugação entre tais posicionamentos, posto que se vê na primeira obra, a atuação estatal defensora incontestada da maioria e na segunda, a liberdade plena do indivíduo. De acordo com o professor Mauro Cardoso Simões⁷³ “*On Liberty tem sido, geralmente, considerado um dos clássicos do liberalismo, que, sinceramente, defende a importância da liberdade individual*” e mais a frente arremata:

Em outras palavras, a sociedade pode interferir na liberdade de qualquer indivíduo tão somente para evitar danos a terceiros (*harm to others*), mas não pode fazê-lo sob o fundamento de que seja para o bem dessa pessoa; ou seja, a justificação paternalista é, aqui, descartada da mesma forma, desde que a pessoa não cause danos a terceiros, sua liberdade deve ser garantida. Isto é verdadeiro mesmo no caso em que tais interferências pudessem produzir grandes ganhos globais em felicidade. Apesar da aparente tensão entre seu utilitarismo e liberalismo, Mill deixa claro que seus argumentos para a liberdade individual são, em última análise, dependentes do princípio da utilidade.

Com isso, pelo menos não intencionalmente, Stuart Mill torna-se o maior referencial para o promissor liberalismo inglês, escola de pensamento que viria dominar o mundo ocidental em suas mais variadas áreas, notadamente na seara política com John Locke e econômica por Adam Smith, e que subsidiaria a fundação protestantista dos Estados Unidos da América, *vide* o conteúdo libertário e absenteísta da Declaração de Direitos da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

Com esse caminhar da História, abre-se caminho para o liberalismo seguir com sua filosofia excludente por décadas e que mais tarde, como demonstraremos, voltaria ao Brasil com uma força pujante de um dito iluminismo jurisprudencial enaltecido em destacadas decisões do STF, como a ação declaratória de inconstitucionalidade objeto de nosso estudo.

4.1 O liberalismo clássico e os Direitos Fundamentais segregadores

⁷³Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/12909/9032>. Acesso em: 09/08/2020.

Após séculos de domínio das monarquias absolutistas na Europa, a revolução francesa (1789-1799), devidamente capitaneada pela nascitura classe burguesa, explodiu com todas as estruturas políticas do país, teatralmente a pretexto de encerrar odiosos privilégios feudais e aristocráticos, mas efetivamente em prol de espaço político, o que deu início a uma réstia de pólvora que contaminaria todo o continente. Tal movimento revolucionário privilegiava a razão humana como motor de todas as atividades sociais, não à toa, revelou, quantitativa e qualitativa inúmeros filósofos (Voltaire, Diderot, Rousseau, Adam Smith e Kant) que sustentaram a primícia da racionalidade como meio de superação dos antigos conceitos supersticiosos.

Em uma linha temporal aclaratória, podemos afirmar que a revolução iluminista influenciou profundamente os criadores do utilitarismo (Bentham e Mill), que por sua vez, como já demonstrado nesse estudo, influenciaram a filosofia liberal aplicável ao Estado como ente garantidor das liberdades mínimas e incentivador do mercado como agente primaz do progresso econômico e social, ou seja, o absentismo estatal estava proposto e verdadeiramente aceito.

O liberalismo, como filosofia baseada na liberdade plena do indivíduo, atingiu praticamente todas as áreas das ciências humanas, como podemos ver exemplificativamente na figura de Voltaire (François-Marie Arouet), que atingiu em cheio, com seu sarcasmo acentuado a intolerância religiosa a defesa do livre comércio e das liberdades civis.

Portanto, em análise histórica, podemos impelir que os primeiros Direitos Fundamentais surgiram revolucionariamente, com sede na insatisfação política transvestida de insatisfação popular, não por menos, os líderes da revolução que pertenciam às classes mais baixas foram sumariamente assassinados pelos seus pares pertencentes à emergente burguesia logo após a vitória.

Desta feita, o caminho estava pavimentado para novas relações sociais, agora, baseadas no livre comércio, na liberdade do mercado, na autonomia da propriedade, na liberdade de expressão e na elegibilidade de representantes do novo poder em prol da manutenção desse pensamento.

Hoje, talvez seja muito cômoda a classificação dos Direitos Fundamentais em dimensões, por entender que eles convivem num mesmo plano de espaço e tempo, operacionalizando-se em reciprocidade e ponderação, contudo, em caminho de contramão, devemos asseverar que, entre os séculos XVII e XVIII, o que se tinha era apenas a garantia de liberdade do indivíduo, sem qualquer seguridade estatal relativa ao bem-estar pessoal de seus

cidadãos (individual ou coletivamente), de maneira que, se os direitos fundamentais fossem uma miríade coletiva convivendo num mesmo plano, nós já teríamos os ditos Direitos Fundamentais assecuratórios e coletivos desde a época da revolução, o que não é verdadeiro, logo, em conclusão de passagem, entendemos que os Direitos Fundamentais são apresentados em dimensões que se acumularam com o decorrer de sua historicidade.

Desta forma, devemos destacar o principal marco referencial deste capítulo, qual seja, uma análise sobre os Direitos Fundamentais de primeira dimensão, considerados isoladamente em sua efetividade e aplicabilidade, como parâmetro de política estatal liberalista, em detrimento dos direitos fundamentais sociais que requerem um Estado proativo e investidor, o que nos faria entender essa viragem hermenêutica constitucional abrupta praticada pelo STF sobre a natureza jurídica tributária de parte da contribuição sindical.

4.2 A redenção dos Direitos Fundamentais pelo Estado Social

Na primeira metade do século XX, após décadas de filosofia liberalista, o mundo viu-se envolvido em duas grandes guerras mundiais, devidamente alimentadas por ódios eugenistas, em nome de uma pretensa superioridade “racial”, o que se fez por acentuar ainda mais as desigualdades sociais no seio da Europa e nos E.U.A. Nesse período, restou comprovada que a mão invisível do mercado, propagada por Adam Smith, segurava e protegia somente os controladores dos meios de produção, relegando-se a grande maioria da população o abraço visível da miséria.

Em artigo esclarecedor, os professores Paulo José Whitaker e Giuliano Contento de Oliveira⁷⁴, ao citar Karl Polanyi, afirmam que “*o capitalismo é capaz de exercer sobre os indivíduos e a sua natureza humana. Sem intervenção, os seres humanos são transformados em meras engrenagens de um sistema movido pela lógica da acumulação de riqueza em sua forma mais geral e abstrata*”, e definem com maestria o conceito de Estado de Bem-Estar Social:

Os Estados de Bem-Estar Social devem ser entendidos como institucionalidades capazes de intervir nos processos de produção e distribuição da riqueza. Idealmente, busca-se, com essas institucionalidades, proteger os indivíduos contra aquilo que limita a sua capacidade de atender as necessidades fundamentais, isto é, aquelas associadas às diferentes fontes de insegurança as quais está sujeita a vida no capitalismo.

⁷⁴ Disponível em: <http://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/3501/06WOLFECCONTENTO.pdf>. Acesso em: 11/08/2020.

De acordo com Marshal⁷⁵, o Estado Social “*trata-se, pois, de um dever do Estado e um direito dos indivíduos, decorrente da sua condição de cidadãos*”, no entanto, tal formação estatal deu-se de forma quase empírica entre os diversos países europeus, quer seja no segundo pós-guerra para os países escandinavos e de origem anglo-saxão, quer seja em momento tardio entre os países ibéricos e mediterrâneos, com o fim de pequenas e rigorosas ditaduras.

De qualquer forma, a segunda metade do século XX tornou-se o marco temporal para a perene disputa em equilíbrio entre a mão invisível do mercado e a mão visível do Estado, de modo a harmonizar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano (disposto no art. 170 da CF/88), como forma de crescimento econômico, cultural e político do Estado. Nesta moldura de atividade estatal, notamos o crescimento e a valorização de uma nova dimensão dos Direitos Fundamentais, quais sejam, os de segunda dimensão, destacadamente vistas com o *New Deal* desenvolvido por Keynes e aceito por Roosevelt nos E.U.A.

O conceito de Estado social rende questionamentos quanto ao seu alcance e conteúdo, demonstrando que esse estar social variará de acordo com a história e cultura de cada povo, como bem afirma o professor Paulo José Whitaker⁷⁶ acerca dessa multiplicidade de conceitos, que “*o termo Estado de Bem-Estar Social assumiu diferentes significados, tanto para os seus defensores como para os seus opositores onde e quando quer que ele tenha surgido e se desenvolvido*”. Lassalle já advogava a importância do Estado como garantidor das igualdades materiais, quando em momento oportuno denominou um *Nachwächterstaat*⁷⁷, ou seja, um “Estado guardião noturno”.

Essa positividade necessária ao Estado, como garantidor do bem-estar social, em casos de abusos cometidos pelo liberalismo econômico (*vide* o celebre caso da especulação financeira sobre as tulipas holandesas), consolida a necessidade e reconhecimento dos Direitos Fundamentais de 2ª dimensão, enaltece a prática constitucional e um aperfeiçoa as teorias ligadas às garantias constitucionais. Nessa revolução cultural e jurídica, a cidadania ganhou enorme importância, pois empoderou o cidadão no sentido de instrumentalizar as respectivas ferramentas de participação popular.

Todas essas análises históricas sobre a evolução filosófica, social e econômica dos Estados, desde o século XIX, dar-se-á pela necessidade de esclarecer qual arcabouço jurídico

⁷⁵MARSHALL, T. H. *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1950.

⁷⁶ Disponível

http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/286453/1/Wolf_PauloJoseWhitaker_M.pdf.

em: 11/08/2020.

em:

Acesso

⁷⁷A expressão tem sua origem no idioma alemão, com a expressão “*Nachwächterstaat*” (Estado vigilante noturno), cunhada pelo socialista Ferdinand Lassalle, em um discurso na cidade alemã de Berlim, em 1862.

está sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal na última década, qual seja um autodeclarado neo-iluminismo liberal que detém o Estado Brasileiro a um minorado patamar de atuação social, o que muito se dá por influência direta das políticas governamentais da década de 80 do século passado (fruto direto da crise do petróleo da década de 70), mediante um desarrazoado enxugamento da máquina pública.

4.3 O ressurgimento do utilitarismo e a inefetividade social

Após a segunda grande guerra, inúmeros fatos beneficiaram a efetividade de todas as dimensões dos Direitos e Garantias Fundamentais, como vistas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Americana do Direitos Humanos ou mesmo pelo fim sistemático das corriqueiras ditaduras nos países subdesenvolvidos da África, América do Sul e Ásia. Entretanto, no início da década de 2010, ressurgiu um movimento conservador ao redor do mundo globalizado, com direito a todas as suas corruptelas, tais quais a valorização do nacionalismo, da xenofobia, ou mesmo da retração comercial dos grandes blocos continentais.

Tal movimento ideológico pode ser muito bem entendido no artigo intitulado “*A Onda Rosa e a Onda Azul: uma análise das tendências políticas da América do Sul nas últimas décadas*” de autoria das professoras Karina Alves Bratiliere e Nicolle Barbara Limones Vianna⁷⁸, que demonstram de maneira palpável as causas dessa inversão política.

Umberto Eco, em esclarecedor trabalho⁷⁹, estabelece o que ele denomina de Ur-facismo, ou seja, demarca certas características permanentes do fascismo (considerando sua experiência vivida pela sua nacionalidade italiana), o que pode ser tranquilamente equiparado a outros movimentos políticos pares desta versão italiana, *vide* o franquismo, o nazismo ou mesmo o integralismo brasileiro. O filósofo italiano condensou os principais fatores de identificação destes movimentos de extrema direita, quais sejam, *e.g.* o culto à tradição, o medo de tudo que seja diferente, o constante estado de beligerância, o populismo, o revisionismo histórico, a redução drástica da produção artística e cultural e o seu consequente controle.

No entanto, tais características são diametralmente opostas aos princípios basilares defendidos por qualquer sistema constitucional democrático, devidamente franqueado na Declaração Universal da ONU, como a fraternidade entre os povos ou na indistinção de

⁷⁸Disponível em: <https://pucminasconjuntura.wordpress.com/2018/02/01/a-onda-rosa-e-a-onda-azul-uma-analise-das-tendencias-politicas-da-america-do-sul-nas-ultimas-decadas/>. Acesso em: 12/08/2020.

⁷⁹Eco, Umberto. *O fascismo eterno*. São Paulo: Editora Record. 2018.

qualquer espécie (raça, cor, sexo, origem ou opinião política), ou ainda nos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais inseridos no Pacto de São José da Costa Rica.

Neste novo cenário, muito promovido pelo patrocínio indevido das grandes redes sociais (*vide* o processo promovido pelo Congresso Norte-Americano contra o dono do *Facebook* por possíveis direcionamentos do algoritmo digital em prol de determinados candidatos), grandes países passam a adotar políticas nacionalistas, o que atinge frontalmente o Direito das Gentes, a impedir assim o aprimoramento dos Direitos Universais do homem, como pode ser claramente visto com o “*Brexit*”. Tal movimento pendular à extrema direita poderá então prejudicar até uma mínima efetividade dos Direitos Humanos, como bem asseverou a professora Flávia Piovesan em entrevista⁸⁰ concedida à revista digital *Conjur*, leia-se:

Conjur — É possível haver uma jurisprudência internacional sobre Direitos Humanos?

Flávia Piovesan — Há dois extremos nesse debate: aqueles que sustentam ser a cultura a fonte dos direitos e aqueles que sustentam ser o valor da dignidade humana, esse mínimo ético irreduzível que seria compartilhado, em maior ou menor grau, por todos. De um lado estão os universalistas, que pregam a existência de uma moral universal, e do outro, os relativistas, que entendem que isso é uma visão eurocêntrica e que, na verdade, diante do pluralismo cultural, cada cultura teria o seu próprio sistema de valores e de moralidade. Há também posições intermediárias, assim como universalistas chamados de radicais, fortes ou fracos. Eu me reputo como uma universalista, não etnocêntrica, mas pluralista e aberta ao diálogo intercultural. Para termos um entendimento correto, nós temos que passar da lente que demarcou o “pós 11 de setembro”, que era o choque civilizatório, para o “*dialogue civilization*”.

Em sede agressivamente relativista, países como o Brasil, passam a adotar com os seus respectivos governos, uma política pública tímida e conservadora em função dos Direitos Humanos, pois tendem a enxergar o próximo como uma permanente ameaça, de modo que a Universalidade se torna conceito em desuso, em detrimento de uma política externa baseada em parametrização ideológica. Numa razão inversamente proporcional, os Direitos Fundamentais (especialmente de 2ª e 3ª dimensão) tendem a ser desvalorizados na medida do enaltecimento dos Direitos Fundamentais de 1ª dimensão, verdadeiro e único suporte governamental utilitarista/liberalista.

Explicamos, o utilitarismo floresceu no continente europeu preponderantemente iluminista, ou seja, adepto a teorias objetivas, a conceito matemáticos, a liberdade individual e ao absentismo estatal pleno, de modo que se conhecia apenas os Direitos Fundamentais de 1ª

⁸⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-05/entrevista-flavia-piovesan-procuradora-estado-sao-paulo>. Acesso em: 12/08/2020.

dimensão, e com esse cenário, Bentham e Mill criaram suas teses utilitaristas. Contudo, como já devidamente explicitado nesse capítulo, Bentham consolidou o conceito de felicidade apenas em seu aspecto quantitativo, ao passo que Mill entendeu que a felicidade deveria ser avaliado sob dois aspectos, quantitativo e qualitativo, e é neste exato momento que se firma o real ponto de tensão, qual seja, a cultura da felicidade superficial de Bentham.

Considerando a atual onda conservadora que assola o globo, num movimento isolacionista, nacionalista e militar; o multiculturalismo – baseado em ideias filosóficas nascidas na pós-verdade e devidamente sustentado pelos Direitos Fundamentais de 2ª e 3ª dimensão – perde paulatinamente sua força motriz, em Estados que privilegiam a aplicação isolada dos Direitos Fundamentais de 1ª dimensão (igualdade formal e liberdade patrimonial), baseados nos pensamentos de Bentham sobre o princípio da utilidade.

Ademais, devemos recordar que o utilitarismo é concebido como um critério geral de moralidade, uma ética normativa que tende ao consequencialismo matemático, em busca de uma felicidade coletiva e efêmera, que poder gerar efeitos colaterais catastróficos, como a permissão da pena de morte (com proibição expressa e inserida na Constituição como reflexo de Direitos Fundamentais Universais). O desejo de uma pretensa maioria é condição *sine qua non* de existência, validade e eficácia para qualquer Estado utilitarista, no entanto, quem diz o que é maioria? No que essa maioria se baseia? Fatores de poderio econômico e político contam para sua formatação?

Os perigos do utilitarismo encontram-se justamente na desfaçatez dos contornos conceituais produzidos pelo próprio Estado, tonando o conceito de maioria (fundamento mor para o alcance da felicidade social) folhas ao vento, ao bel prazer de seus governantes, o que acaba por aleijar a efetividade de eventuais minorias não adequáveis ao *status quo*. O resultado da ADI 5.794/2017, consequência direta da reforma trabalhista neoliberal, é apenas uma das medidas entre tantas que corroboram um claro caráter utilitário, importando-se mais com o que seja útil em detrimento do que seja o justo. A pergunta que fica é: útil para quem?

4.4 O Supremo Tribunal Federal e o utilitarismo inconsciente

No dia 26 de junho de 2015, durante o 1º Encontro Nacional pela paz no futebol, evento promovido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Ministro Luiz Fux⁸¹ lançou a seguinte oração impositiva: “*nenhum juiz tem o direito de bater no peito e dizer que não liga para a opinião pública, porque todo poder emana do povo e em seu nome é exercido*”. Em 81Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-26/juiz-nao-ignorar-opiniao-publica-defende-ministro-stf>. Acesso em: 12/08/2020.

sentido contrário, o mesmo Ministro afirmou anos depois, durante evento de combate à corrupção que:⁸²

O Supremo Tribunal Federal tem o compromisso com a guarda da Constituição e nenhum receio de desagradar a opinião pública ou de cair em popularidade, (o que) pode fazer com que um ministro do STF abdique da sua independência. Num país onde os juízes temem, suas decisões valerão tanto quanto valem esses homens, disse durante evento sobre combate à corrupção, em Brasília.

Par e passo, tomando um caminho de meio termo, que também pode ser caracterizado como contraditório e lacunoso, o Ministro Luís Roberto Barroso⁸³ admitiu um contato razoável entre a decisão e fatores externos advindos da opinião pública, o que vagamente denomina de “sentimento social”, leia-se: *“naturalmente, a transparência e o dever de fundamentar seriam de pouca valia caso houvesse um descompasso exagerado e inconciliável entre a ideologia dominante nos tribunais e o sentimento social”*.

Tais aparentes conflitos de posicionamentos dar-se-ão primordialmente pelo fato de que o STF desempenha papéis distintos quando da produção de suas decisões, ou seja, reais filtros de legitimidade jurisdicional, sendo eles externalizados assim, um papel contramajoritário (ocorre quando o Judiciário invalida normas produzidas por outros poderes ou contraria a opinião majoritária da população em defesa dos Direitos Fundamentais Constitucionais) e outro papel representativo (quando atua o STF positivamente ao aplicar uma política pública ou ao efetivar determinada norma em prol da sociedade).

A doutrina tem discutido o tema na tentativa de esclarecer ao máximo a relação dinâmica entre a função representativa e a função contramajoritária, num esforço hermenêutico que respeite a tripartição dos Poderes e conseqüentemente, evite indevidas invasões de competências constitucionais alheias. De modo que, o STF deve exercer sua função contramajoritária mediante ato de exceção à regra, como pode ser visto no posicionamento do professor Hugo Henry Martins⁸⁴ quando afirma que:

Cabe ao Supremo Tribunal Federal incorporar o seu papel contramajoritário, ou seja, tomando decisões contrárias àquelas decididas pelos poderes representativos, ou mesmo suprindo lacunas deixadas por eles, para que determinadas lutas identitárias possam ter os seus direitos fundamentais respeitados e realizados.

⁸²Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Ztggnoh-5NsJ:https://exame.abril.com.br/brasil/flux-diz-que-stf-nao-pode-ter-receio-de-desagradar-opiniao-publica/+&cd=16&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 12/08/2020.

⁸³Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniao-publica-subserviente>. Acesso em: 12/08/2020.

⁸⁴Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32053/as-minorias-sociais-e-o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 15/01/2020.

Suplantados os contornos gerais das funções representativa e contramajoritária, bem como, considerando que não há vácuo na política republicana, posto que o Estado deve estar em perene movimento de evolução social, cabe destacar que ambas as funções alicerçam o fenômeno da judicialização das relações sociais. Tal judicialização da vida cotidiana, que muito se dá pela atual complexidade do mundo moderno, desnuda exponencialmente a figura do juiz como agente público e desafia seus limites de atuação, seus poderes de dizer o direito, ou mesmo seu poder geral de tutela.

O imaginário jurídico brasileiro tem colocado o ativismo judicial como consectário lógico de protetividade dos Direitos e garantias Fundamentais, e, de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso⁸⁵ “*a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes*”. O professor Cícero Alexandre Granja⁸⁶ expõe de maneira objetiva a origem norte-americana do instituto ao citar autores como Luiz Flávio Gomes e Vanice Regina Lírio do Valle, bem como demonstra que o ativismo dar-se-á pelo binômio omissão dos poderes públicos/proatividade judicial em prol dos direitos e garantias fundamentais.

Como dito anteriormente, não existe vácuo na política, ou seja, o ativismo judicial é consequência lógica desse espaço vazio deixado pelos Poderes Executivo e Legislativo e ocupado legitimamente pelo Judiciário, no entanto, esse fato não garante que o caminho tomado pelo Judiciário seja sempre em prol da efetividade do Direitos Fundamentais, haja vista a grande aceitação da teoria econômica do Direito, devidamente esposada no consequencialismo jurídico específico de Richard Posner adotado nos novos termos da LINDB.

É plenamente possível então a retirada (ADC n.º 43 que permitiu o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado), diminuição (ADI n.º 5794 que permitiu a facultatividade da contribuição sindical) e postergação (ADO n.º 670 que determinou aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos) de direitos e garantias fundamentais mediante o ativismo judicial.

O ativismo, enquanto fato social gerado pela judicialização da vida cotidiana, é peça fundamental para se entender quais serão os rumos escolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, frente às suas funções representativa e contramajoritária, entretanto, o caminho

85BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas* – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. ed. 4. jan./fev. 2009. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf. Acesso em: 15/01/2020.

86Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>

proposto poderá ampliar os Direitos Fundamentais em toda sua pujança ou efetivar uma ditadura baseada em decisões explicitamente políticas e obscurantistas. Assim, concordamos que o ativismo judicial é reflexo natural e republicano de um corpo estatal imóvel, no entanto, também pode ser o selo da injustiça social que aprisiona os direitos fundamentais em limbo perpétuo.

Nessa toada ativista, o Supremo Tribunal Federal torna-se ator principal de muitas decisões em destaque nacional, o que por si só não se remete a possibilidade de crítica, pois se assim fosse seria vazia, no entanto, tal protagonismo exige de seu intérprete (STF) uma notável fonte de segurança e um claro objetivo de atuação, sob pena de agir equivocadamente e arriscar a harmonia entre o 3 Poderes da República.

Consideramos que a fonte de segurança reside na Constituição e aos Tratados que a ela se integram, ao passo que o claro objetivo exterioriza-se no alcance sobre a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, considerados importantes para um Estado Social, ou seja, estamos a falar sobre todas as dimensões dos direitos fundamentais, e não apenas aqueles enaltecidos pelo iluminismo clássico e conseqüentemente pelos mandamentos literários de Stuart Mill em sua obra sobre a liberdade, que se tornaria fonte do liberalismo clássico.

As ações produzidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, são concretizadas mediante forte conteúdo político, o que não pode ser espanto para ninguém, pois, arriscamos a afirmar que a política seja a alma da atuação legiferante e executiva, com uma discreta, porém importante diferença, qual seja, enquanto no Poder Legislativo, a política é meio de atuação, para o Poder Executivo ela se torna fim a ser alcançado através de seu governo.

A política, enquanto arte de governar, deve ser vista com reserva pelo Poder Judiciário, pois ela não faz parte de suas primordiais funções republicanas e constitucionais, de maneira que a judicialização da política pode inadvertidamente tornar-se uma politização da Justiça, e presenciarmos políticos sem mandato, à revelia da vontade popular. Podemos identificar uma atuação precipuamente política por parte do Poder Judiciário, quando surge, dentro da decisão judicial, parâmetros políticos que vão além do necessário para a correção do ato público incorreto ou omissivo, de forma que politização da Justiça ocorre quando o Poder Judiciário toma para si, a competência privativa da atividade política fora dos parâmetros constitucionais.

Ousadamente, podemos afirmar que a politização da Justiça ocorre quando o ativismo judicial (fruto da judicialização da política) se realiza fora de seus parâmetros legitimadores, quais sejam, os limites constitucionais como fonte de segurança e o alcance pleno dos direitos e garantias fundamentais como objetivos, sob a pecha de ocorrência de

crime de responsabilidade. Montesquieu⁸⁷ afirmou com maestria os contornos da liberdade política, leia-se:

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder.

O Poder Judiciário possui limites de atuação devidamente estabelecidos na Constituição Federal, e o que vier além disso é politização da Justiça, passível de caracterização por crime de responsabilidade, e como bem definiu Montesquieu, somente existirá democracia se houver respeito às leis, portanto, o ativismo judicial deve conter parâmetros objetivos que excluam elementos políticos ao máximo de qualquer decisão proclamada pelo Judiciário. Tal ponderação sobre o ativismo judicial realizado sem os devidos parâmetros, dar-se-á em prol da segurança jurídica que qualquer relação processual exige para sua plena higidez.

Os Direitos Fundamentais, para serem efetivados, necessitam imperiosamente de uma racionalidade por demais estruturada, baseada em parâmetros objetivos (aplicabilidade imediata ao máximo) e sólidos (estrutura normativa estável), que permita a proteção das minorias sociais, quer seja, ampliando tais direitos (difusos e coletivos) ou impedindo sua regressão (vedação ao retrocesso). O ativismo judicial sem limites e objetivos, previamente definidos, pode gerar distorções nas buscas pela efetividade dos direitos e garantias fundamentais, destacando-se um sobrevalor da 1ª dimensão em desvalor aos direitos de 2ª e 3ª dimensão.

Stuart Mill, em sua obra “Sobre a liberdade”, defende a ideia de que assuntos relativos ao próprio indivíduo não podem sofrer a interferência do Estado ou de outro indivíduo, sendo então ilegítima qualquer ameaça a essa liberdade individual, salvo a possibilidade de se comprovar o risco de dano social, o que Mill chama de “princípio do dano”, exigindo do Estado o ônus da comprovação de risco à vida social para o exercício da invasão. Noutra passagem, Mill, sobre a individualidade como um dos elementos do bem-estar, assevera que *“quem deixa que o mundo, ou a sua parte do mundo, escolha o seu plano de vida por si, não necessita de qualquer outra faculdade além da faculdade simiesca da*

87 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das Leis*. Que é a liberdade. São Paulo: Editora. Martins Fontes, 2003. p. 164

imitação”, de modo a destacar a centralidade do indivíduo pensante em comunidade. E ratifica essa opinião⁸⁸, leia-se:

A natureza humana não é uma máquina para ser construída segundo um modelo, e para se pôr a fazer o trabalho que lhe é estabelecido, mas sim uma árvore que precisa crescer e se desenvolver em todos os aspectos, de acordo com a tendência das forças internas que fazem dela um ser vivo.

Para o autor britânico, a individualidade humana deve ser valorada como fiel da balança social a afastar naturalmente a atividade estatal, vista como indevida, limitante e incapacitante, não à toa essa obra literária tornou-se símbolo do liberalismo. E segue o filósofo, em caráter de quase desabafo, a defender que a tendência natural de toda sociedade se constitui de uma massa de mediocridade coletiva que sufoca a genialidade humana na qual é exteriorizada pela individualidade, vejamos então o trecho que enaltece a dinâmica de um Estado medíocre, leia-se:

Presentemente, os indivíduos estão perdidos na multidão. Em política é quase uma trivialidade dizer que a opinião pública domina agora o mundo. O único poder digno desse nome é o das massas e dos governos — que se tornam o órgão das tendências e instintos das massas. Isto é tão verdade nas relações morais e sociais da vida privada como nas relações-públicas. Aqueles cujas opiniões formam parte da opinião pública não são sempre o mesmo tipo de público: na América são a totalidade da população branca; na Inglaterra, principalmente a classe média. Mas são uma massa, isto é, uma mediocridade coletiva. E — o que constitui uma novidade ainda maior — a massa agora não toma as suas opiniões de dignitários do Estado ou da Igreja, de líderes proeminentes, ou de livros. O seu pensamento é feito em nome deles por pessoas muito parecidas com eles, dirigindo-se a eles ou falando em seu nome, no calor do momento, através dos jornais.

Não é demais lembrar que a expressão “medíocre” encontra-se em seu estado técnico, ou seja, a significar um estado médio, mediano, sem valores excepcionais, de modo que, de acordo com o autor, em conclusão deste pensamento em destaque, ele afirma que *“quando as opiniões de massas de pessoas meramente médias se tornaram ou se estão a tornar o poder dominante em todo o lado, o contrapeso e antídoto para essa tendência seria a cada vez mais acentuada individualidade dos que estão nos mais elevados cumes do pensamento”*. E tudo isto ocorre irremediavelmente quando não se valoriza a liberdade individual.

⁸⁸MILL, John Stuart, 1806-1873. *Sobre a liberdade* / John Stuart Mill; tradução Pedro Madeira. - [Ed. especial]. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 60.

O utilitarismo de Mill acentua o conflito entre a massificação da opinião pública (mediocre) e qualquer demonstração acentuada de individualidade, o que acaba por gerar um verdadeiro despotismo dos costumes, desta feita, necessário se faz o enaltecimento da individualidade humana como farol para um futuro próspero, no entanto, como indaga o autor, uma nova pergunta impõe-se, qual é, então, o limite correto para a soberania do indivíduo sobre si mesmo, sem a intervenção estatal? E ele mesmo arremata que “*o mais forte de todos os argumentos contra a interferência do público na conduta que só diz respeito ao próprio é que, quando de fato interfere, o mais provável é que interfira de forma errada, e no lugar errado*”.

Essa incredulidade insuperável dar-se-á pela constatação de que estamos a falar de um Estado medíocre que baseia suas normas em função de uma opinião pública formada pela maioria também medíocre sobre uma minoria que a ela deve se adequar. Dentre tantos temas abordados, Mill⁸⁹ encerra assim seu trabalho:

O valor de um Estado, a longo prazo, é o valor dos indivíduos que o compõem; e um Estado que adie os interesses do desenvolvimento e elevação mental deles, em detrimento de um pouco mais de competência administrativa, ou aquela aparência de competência nos pormenores do negócio que se adquire através da prática; um Estado que inferiorize as suas pessoas, de modo a que sejam instrumentos mais dóceis nas suas mãos, até com fins benéficos, descobrirá que com pessoas pequenas nada de grande se poderia alguma vez realmente alcançar; e que a perfeição da máquina, pela qual sacrificou tudo, no fim de contas de nada servirá, por falta do poder vital que preferiu erradicar, para que a máquina trabalhasse mais suavemente.

Portanto, para Stuart Mill, o Estado deve manter-se afastado ao máximo das atividades humanas em suas relações pessoais, como a melhor prática para uma evolução social consistente e vigorosa, ademais, estaria na individualidade o fiel da balança para elevar qualquer forma de mediocridade imposta por idiossincrasias sociais impostas por uma maioria.

Deste modo, retornamos ao tempo presente, e, abordados os temas do ativismo judicial, do neoconservadorismo experimentados nos últimos anos no Brasil e do utilitarismo de Stuart Mill, está formado o tripé argumentativo praticado dentro do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, sendo então ratificada uma jurisdição patrocinadora de um Estado mínimo refratário, pois liberal nos assuntos condizentes aos direitos e garantias fundamentais de 1ª dimensão e conservador no tocante aos direitos e garantias fundamentais de 2ª e 3ª dimensão, ou seja, uma miscelânea confusa e contraditória.

89 MILL, John Stuart, 1806-1873 *Sobre a liberdade* / John Stuart Mill; tradução Pedro Madeira. - [Ed. especial]. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 101.

O Ministro Luís Roberto Barroso talvez seja o julgador que mais se destaca nessa seara, não apenas por suas várias posições publicadas sobre o tema, mas principalmente pela sua forte liderança política entre alguns de seus pares e pela sua produção científica, como pode ser presenciado no artigo⁹⁰ sobre “*Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira*”. Em uma de suas conclusões lemos que “*A intervenção excessiva do Estado na economia e a persistente desconfiança em relação à iniciativa privada são herdeiras dessa cultura. Assim como o capitalismo viciado em financiamento público*”.

Para o Ministro, a livre iniciativa deve ser valorizada, o que podemos ler no citado artigo: “*a história provou que, ao menos no atual estágio da condição humana, a iniciativa privada é melhor geradora de riquezas do que o Estado. Trata-se de uma constatação e não de uma opção ideológica*”. Como pode ser claramente notado, para Barroso, questões ligadas ao direito de liberdade, propriedade e patrimônio devem ser enaltecidas, o que, em princípio, não pode ser condenável, contudo, numa análise mais ampla, é que reside o imbróglio.

Nas questões relativas a direitos fundamentais de 2^a dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais) e 3^a dimensão (direitos difusos e coletivos, como o cuidado com o meio ambiente e as minorias), não se percebe idêntica advocacia do Ministro Barroso, como pode ser visto em outros posicionamentos, como na paulatina privatização das universidades federais públicas⁹¹ (o *orçamento público tem de ser, prioritariamente, para ensino fundamental e médio. A universidade brasileira vai ter de aprender a viver com recursos próprios, só contando com dinheiro público para alguns projetos específicos*).

Pode ser citada também a defesa da reforma da previdência (*a Reforma da Previdência não surge como uma escolha política, filosófica ou ideológica. É uma questão de aritmética e de justiça intergeracional*) ou ainda no favorecimento argumentativo acerca da reforma trabalhista (*assim como a excessiva oneração da folha de pagamento desincentiva a formalização do contrato de trabalho, o risco trabalhista passou a fazer parte do custo e do risco Brasil*).

Nessa perspectiva, não se deve condenar um magistrado por suas opiniões políticas, no entanto, cabe a qualquer julgador uma autocorreção com efeito de controle pessoal no sentido de agir com equidistância em relação à lide proposta, difusa ou abstrata. A imparcialidade é condição *sine qua non* de legitimidade para o Poder Judiciário, pois, absurdo será um julgador católico não defender o Estado laico, ou uma julgadora de orientação

⁹⁰Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira>. Acesso em: 01/02/2020.

⁹¹Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:GhelObCzWG8J:https://mercadopopular.org/politica/barroso-liberal/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 01/02/2020.

heterossexual não reconhecer efeitos previdenciários para uma união estável homossexual. O magistrado vive uma bipolaridade orientada, ou seja, deve separar opiniões e conceitos subjetivamente construídos ao longo da vida de normas constitucionais republicaneamente impostas como alicerces estatais.

Nessa toada, entendemos, sem a pretensão de esgotar a matéria, que tal liberdade hermenêutica (ou mesmo libertinagem hermenêutica) dar-se-á como efeito colateral de um pós-positivismo mal experimentado e mal assimilado por alguns atores em nosso país nos últimos anos, o que geram decisões judiciais carregadas de subjetivismo aleatório e desconectado frente a um sistema normativo hígido e harmônico.

O professor Lênio Streck⁹² defende a ideia de que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social, contudo, afirma ainda que as instituições as quais o aplica, vivem uma disfuncionalidade institucional, posto que o Direito pátrio: “*está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa individualidade, que, paradoxalmente, vem a ser sua própria funcionalidade*”.

O professor entende que a dogmática clássica positivista “emperra” a verdadeira função pública do Direito, entretanto, ousamos discordar em parte, sob o entendimento que o pós-positivismo não está imune por si só à filosofia liberal-individualista, esta, defendida por Bentham e Mill, e desenvolvida por todo século XIX e parte do século XX, vive hoje destacadamente nos próprios conceitos e contornos filosóficos de Ministros do STF que alardeiam o pós-positivismo.

O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, considerados como movimentos de libertação do ideário positivista ainda recebem várias críticas quanto ao seu conteúdo, como podemos ver nas palavras do professor Dimitri Dimoulis⁹³, quando afirma em seu artigo “*Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*” que o conceito de neoconstitucionalismo é apenas um sinônimo vago e impreciso do moralismo jurídico, o que foi ratificado pelos professores José Renato Gaziero Cella e Renê Chiquetti Rodrigues⁹⁴, quando vaticinam, leia-se:

O termo *neoconstitucionalismo*, apesar de sua recente popularização na dogmática jurídica pátria, padece de anemia significativa e se

92STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. p. 43.

93DIMOULIS, Dimitri. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 213-226. Foi utilizada a versão digital disponibilizada no sítio Academia.edu na paginação. http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_juridico.

Acesso em: 01/02/2020.

94Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:C3TyiDxP8wYJ:www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/19431/14919+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 02/03/2020.

encontra fundamentado em pressupostos teóricos, históricos e filosóficos altamente questionáveis, sendo utilizado para albergar juristas que pertencem a tradições distintas e, por vezes, defendem teses antagônicas acerca do fenômeno jurídico.

Essa amplitude e indefinição do que seja neopositivismo e neoconstitucionalismo (o que nos parece natural para um movimento recente), ainda traz uma liberdade argumentativa larga e lacunosa, a qual permite a inclusão de velhas e ultrapassadas filosofias, *vide* o liberalismo, que o próprio neoconstitucionalismo quer afastar. Tal situação pode ser claramente vista no liberalismo arraigado defendido pelo Ministro Luís Roberto Barroso⁹⁵, quando define que “*o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas*”. Salvo entorpecido entendimento nosso, não vemos a possibilidade de executar uma hermenêutica moral do direito, sem considerar elementos metafísicos, ou ainda uma hermenêutica positiva em sentido estrito que os considere.

A professora Viviane de Andrade Freitas⁹⁶, ao citar os ensinamentos de Kant, fala que “*a primeira ideia juspositivista foi a rejeição de todos os elementos de abstração na área jurídica, a iniciar-se pelo Direito Natural, por julgá-lo metafísico*”. Auguste Comte, como sabido, o pai do positivismo moderno, não aceitava a natureza metafísica do direito, como citou o professor Gustavo Biscaia de Lacerda⁹⁷, de modo que “*Augusto Comte simplesmente não tratou do Direito e as suas referências aos juristas eram, de modo geral, negativas, devido ao caráter metafísico deles, que negava precisamente as considerações sociológicas*”.

É nítida a evolução do positivismo de Comte à Kelsen, contudo, ambos repudiavam a moral como elemento de validade da norma, ou seja, não aceitavam pressupostos metafísicos para viabilizar o Direito, então como entender e assimilar o positivismo moralista de Barroso? Poder-se-ia, de boa-fé, tentar entender o positivismo de Barroso através dos olhos do antipositivismo Dworkin, que via a moral como elemento de interpretação do direito, sem, no entanto, ser parte do mundo metafísico.

O pensamento jurídico do Ministro Barroso chama tanta atenção, que já foi objeto de estudo do professor Rubens Glezer, no qual, ele afirma que, por mais similaridades que Barroso tenha com Dworkin, o Ministro inclui em sua hermenêutica, elementos sofistas de convencimento da plateia, afastando-se assim no professor norte-americano.

95Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 02/03/2020.

96Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49444/aspectos-fundamentais-da-teoria-pura-do-direito-de-hans-kelsen>. Acesso em: 02/03/2020.

97Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v17n34/a21v17n34.pdf>. Acesso em: 02/03/2020.

Após essa tentativa, de certa forma frustrada, Glezer⁹⁸ afirma sobre Barroso que: “*Seu positivismo o deixa livre para optar por qualquer modelo que melhor lhe agrade*”. Essa hermenêutica camaleônica, a depender do caso concreto, tornou-se tendência muito forte entre os pares do Supremo Tribunal Federal, o que possibilita uma relação de duvidosa natureza legitimatória, qual seja, a da opinião pública em busca de um(a) herói(na) para chamar de seu(ua).

4.5 O ressurgimento do capital financeiro improdutivo e a captura estatal

Toda essa paginação sobre as bases teóricas do capitalismo (utilitarismo, liberalismo e neoliberalismo) deu-se pela necessidade de entendermos a redefinição do espaço e do território que o sistema capitalista repetidamente auto proporciona-se, como uma massa disforme que se acomoda ao tempo presente, independente do regime político adotado ou de sua ideia preponderante de lucro, devidamente externado pelas suas fases (comercial, industrial e financeiro).

Podemos afirmar com certa tranquilidade, na esteira de posicionamento do professor Pablo Biondi⁹⁹, que as fases do capitalismo, tais quais as dimensões dos direitos fundamentais foram criadas, usufruídas e conquistadas par e passo nas mesmas épocas, de maneira que poderíamos atrelar o capitalismo comercial aos direitos fundamentais de 1ª dimensão; o capitalismo industrial aos direitos fundamentais de 2ª dimensão e os direitos fundamentais de 3ª dimensão com o capitalismo financeiro, ou seja, não sendo incorreto afirmar que a extrema exploração do capital em cada época faz nascer com base em luta contraposta seu respectivo direito dimensional.

Hoje então, temos um capitalismo em três dimensões existenciais, convivendo de foma concorrencial e equidistante de seus reflexos contrapostos de defesa, quais sejam, os direitos fundamentais, os quais vivem perenemente numa relação e causa e consequência, numa atividade primariamente reativa. No entanto, mesmo considerando essa pluralidade de dimensões em posições contrárias, numa versão real da teoria dos jogos, deve ser destacado que o capitalismo financeiro tem sido o ator principal da partida, e com ele o poder da informação. De acordo com André Gorz: “*A economia do conhecimento que atualmente se*

⁹⁸O voto sem razão: o positivismo jurídico inconsciente de Barroso. A razão sem voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. FGV. 2017.

⁹⁹BIONDI, Pablo. Os Direitos Humanos e sociais e o capitalismo: elementos para uma crítica. São Paulo: 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-11122012-113000/publico/Dissertacao_mestrado_Pablo_Biondi.pdf. Acesso em: 09/04/2020.

propaga é uma forma de capitalismo que procura redefinir suas categorias fundamentais – trabalho, valor e capital – e assim abarcar novos domínios”¹⁰⁰.

Considerando ainda que o capitalismo financeiro foi o grande responsável indireto pelo Estado Social de Direito no mundo, vide a quebra da bolsa de Nova York e a consequente implementação do *Welfare State* keynesiano por Roosevelt (com grande influência alemã de Otto Von Bismark), podemos afirmar que a financeirização retornou ao mundo moderno mediante sucessivos acontecimentos econômicos proporcionados por instituições internacionais e países desenvolvidos, devidamente certificado no Consenso de Washington, onde se busca o atalhamento dos investimentos públicos e a captura indiscriminada dos governos em desenvolvimento, não apenas econômica, mas cultural e de semiótica.

Com a costumeira clareza que lhe é peculiar, o professor Ladislau Dowbor¹⁰¹ esclarece que: “*que no Brasil, além de provocar a crise no Brasil a partir de 2013, os grandes grupos financeiros passaram a dirigir o extinto Ministério da Fazenda e o Banco Central*” e arremata que: “*O poder corporativo não é um poder empresarial paralelo ao poder político, ele é hoje o poder político*”. A narrativa exclusivamente industrial não satisfaz a voracidade do capital organizado, necessário se faz o controle da linguagem, e mais uma vez o professor Ladislau enceta que: “*mais importante que controlar os meios de produção tradicionais é controlar os fluxos financeiros e os meios de comunicação, apropriar-se dos mecanismos de mudança das leis por meio do controle dos parlamentos e dos sistemas judiciários*”¹⁰².

Essa linguagem apropriada pelo poder financeiro organizado, engendra mecanismos semióticos em todo o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), de modo que as velhas formas de pensar da filosofia capitalista (utilitarismo e liberalismo) estão novamente em primeiro plano dentro do fazer governamental, legislativo e julgador, remetendo-nos ao velho e indigno *laissez faire*. O Ministro Luís Barroso demonstra em seu voto na ADI 5.794/2017 uma premissa básica de seu posicionamento liberal, ao explicitar atores antagônicos e incompatíveis, de modo que “*além desse embate entre paternalismo e autonomia individual, há aqui, também, um embate entre um modelo de subsídios e de monopólios de um lado e um modelo de livre iniciativa e autodeterminação do outro lado*”.

¹⁰⁰GORZ, André. *O imaterial: conhecimento, valor e capital*, São Paulo: Annablume, 2005, p. 9.

¹⁰¹DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais* – São Paulo: Edições SESC, 2020, p. 89.

¹⁰²DOWBOR, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais* – São Paulo: Edições SESC, 2020, p. 98.

De modo que, no presente plano temporal, pode-se afirmar que o STF utiliza-se de posicionamentos enaltecidamente liberais, a beirar o utilitarismo pós-industrial, permitindo-se assim, a predominância de captura ideológica do Estado pelo capitalismo financeiro, mesmo que para isso, se renuncie milhões de reais em receita derivada em nome do enfraquecimento do sistema sindical. José Roque Junges¹⁰³, em análise às características fundamentais ao atual modelo de capitalismo afirma categoricamente a existência de três máximas, leia-se:

- 1) seu cunho financista digital globalizado, provocador de contínuas crises financeiras como meio para a acumulação de mais-valia, através de ajustes fiscais que sacrificam direitos sociais;
- 2) seu foco na captura biotecnológica da vida que configura uma bioeconomia de otimização do corpo, através da comercialização de produtos que respondem a desejos pela venda de saúde e qualidade de vida, de cuja aquisição muitos estão excluídos;
- 3) seu processo de produção de mais-valia não mais centrado tanto na manufatura de mercadorias, quanto no domínio de conhecimentos que estão no cérebro das pessoas, que são o capital fixo das empresas que capturam e configuram a subjetividade dessas pessoas. Elas são excluídas ao serem incluídas, pela sua transformação, em capital humano fixo do sistema.

Fica bem destacado que o neoliberalismo contemporâneo tem como uma de suas principais características vitais a captura política, jurídica e financeira dos Estados, atingindo frontalmente a efetividade dos direitos sociais, quer seja no alijamento legislativo protecionista, quer seja na elaboração de políticas públicas a serem realizadas pelo Executivo ou ainda pela baixa densidade dos julgados em prol da defesa dos direitos fundamentais. Os professores Bresser Pereira e Cícero Araújo¹⁰⁴, ao abordarem a dinâmica social do capitalismo financeiro por intermédio do que denomina de “coalização de classes”, vaticinam que:

É evidente que a “governança” desse regime no plano das instituições políticas de representação – partidos, eleições, governos, enfim, os poderes constitucionais (e hoje, cada vez mais, o Poder Judiciário) – é decisiva, uma vez que são seus agentes que operam as alavancas estatais que confirmam, modificam e, no limite, repudiam, o regime em vigor.

A toada do capitalismo neoliberal, devidamente fundamentado no sistema de financeirização e com sua frente na esfera pública, qual seja, o sistema gerencial norte-americano (idealizado pelo Consenso de Washington), visa a manutenção de planos estatais baseados em extremo controle fiscal em prejuízo ao desenvolvimentismo e a efetividade dos direitos sociais.

103Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/277cadernosihuideias.pdf>. Acesso em: 12/04/2020.

104Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582018000300551. Acesso em: 12/04/2020.

Com base nessas avaliações históricas do capitalismo até a sua atual feição especulativa, a decisão tomada na ADI 5.794/2017 transparece uma clara captura filosófica nos posicionamento de seus Ministros, confirmando a tese do professor Ha-Joo Chang, em sua obra *chutando a escada*, quando os países em desenvolvimento são mantidos em estágio de permanente pré-industrialidade com base na aplicação de uma política fiscal agressiva, não sendo permitido a eles a prática do *catching-up*¹⁰⁵ (absurdamente utilizada pelos atuais países desenvolvidos).

A prática desse capitalismo escasso de valores sociais e pródigo em estratégias especulativas, promove uma verdadeira fantasmagoria composta de falsas luzes a indicar falsos caminhos em benefício de aproximadamente 1% da população mundial¹⁰⁶ que por sua vez controla e fiscaliza esse show de horrores mediante um sistema bancário eminentemente reservado, em detrimento de um capitalismo minimamente responsável para os 99% restante da população mundial, sem o devido controle estatal. A isso serve o Estado mínimo.¹⁰⁷

4.6 A desconsideração casuística sobre proibição da violação ao retrocesso

Com a facultatividade da contribuição sindical, como já demonstrado na citada ADI, a União perde um de seus maiores financiadores da seguridade social, o que, notadamente desaguará no aumento exponencial das demandas judiciais e da aparição justa do ativismo judicial, posto que, quanto menos direitos se asseguram, proporcionalmente mais demandas são impostas.

Com isso, devemos abordar sobre um tema sensível, qual seja, a discussão jurídica sobre a irretroatividade da criação, implementação e efetividade dos direitos fundamentais (levando-se em conta suas diversas dimensões), de modo que, talvez seja essa a mais espinhosa missão do Estado de direito como ente administrador de vidas humanas, em verdade, constituindo-se de um processo social esculpido lentamente mediante um irrefreável movimento pendular de conquistas e retiradas de direitos. Para tanto, basta lembrar do *Bill of Rights* em pleno século XVII (a considerar os privilegiados beneficiários burgueses da norma), em contraposição ao liberalismo agressivo ocorrido nos dois séculos seguintes (*vide a 1ª revolução industrial inglesa*).

105 CHANG, Ha-joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica* São Paulo, Editora VUNESP, 2004, p. 35.

106 DAVIES, James; LLUBERAS, Rodrigo; SHORROCKS Anthony. *Credit Suisse Global Wealth Databook 2016*: Disponível em: <https://goo.gl/NBgokb8>. Acesso em: 12/04/2020.

107 DAVIES, James; LLUBERAS, Rodrigo; SHORROCKS Anthony. *Credit Suisse Global Wealth Databook 2016*: <https://goo.gl/NBgokb8>. Acesso em: 12/04/2020.

Com a retirada da obrigatoriedade da contribuição sindical, sem as devidas medidas de compensação insculpidas no art. 14 da Lei de responsabilidade Fiscal, o Estado reduz consideravelmente seu poder de fogo no que pertine o abastecimento financeiro das políticas de seguridade social, acabando por cometer por meios atravessados, a retroatividade de direitos fundamentais.

Entendemos que os serviços públicos de seguridade prestados com base na arrecadação da contribuição sindical (parte vinculada tributariamente), diretamente proporcional ao valor que se deixará de arrecadar, atingirá brutalmente a efetividade das políticas públicas à população carente, de maneira que analisaremos no presente capítulo as consequências desse equívocado acórdão n.º ADI 5.794/2017, quais sejam, o aumento exponencial das demandas judiciais por todo o país e a progressão vertical dos casos de ativismo judicial com base na violação do Princípio da Vedação ao retrocesso

Devemos lembrar que nestas idas e vindas da evolução humana, precisamente em 1929, viu-se a quebra da bolsa de valores em Nova York, fruto de uma política liberal clássica (baseada na mais fiel teoria de Adam Smith¹⁰⁸), que jogou o país em seu pior momento como nação (considerando-se par e passo a guerra da secessão), e ficou conhecida como a época da grande depressão.

Com forte reação popular a crise mortal, o democrata Franklin Delano Roosevelt vence com folga a eleição presidencial em 1932, e implementa no ano seguinte um novo pacto social batizado de *New Deal*, que, entre outras medidas, passa a controlar instituições financeiras, oferece créditos a famílias de baixa renda, institui a previdência pública, o seguro-desemprego e o salário-mínimo.

A incorporação de tais políticas públicas tornou-se um grande sucesso social, os EUA se reergueram como país, e, com a Europa destruindo-se em duas grandes guerras, acabou por se tornar a maior potência do mundo moderno. Essa revolução no modo norteamericano de ver o Estado, produziu inúmeros pensadores contrários ao “*laissez-faire*”, entre eles podemos destacar John Maynard Keynes¹⁰⁹ (idealizador do *Welfare Estate*) e Gunnar Myrdal¹¹⁰ (Nobel de economia em 74), ambos defendiam a tese de que o Estado deva se comportar como agente garantidor de direitos sociais, e impelir o controle público frente a insaciável fome do mercado financeiro autorregulável.

108O economista ganhador do prêmio Nobel Joseph Stiglitz diz, discorre contra as ideias de Smith e arremata: “a razão que a mão invisível muitas vezes parece invisível, é que muitas vezes ela não está lá.”

109A teoria de Keynes foi fortemente influenciada por Hjalmar Horace Greeley Schacht, presidente do Banco Central Alemão e responsável pelo fim da hiperinflação e pela geração de empregos no seu país.

110MYRDAL, Gunnar. *Beyond the Welfare State: Economic Planning and Its International Implications*. Pp. XIII, 287. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1960.

Myrdal entendia que as regulamentações de incentivo comunitário, mediante intervenção estatal, diferenciavam-se das velhas políticas de auxílio à pobreza, pois se devia ver tais gastos como investimento e não como meros custos sem retorno ao Estado. Por sua vez, Keynes entendia que o Estado era figura indissociável de controle da economia, regulando o mercado e domando *animal spirit* dos empresários. Toda essa onda de cunho democrático social invadiu países europeus¹¹¹ e sul-americanos, como o Brasil de Vargas e sua Consolidação das Leis Trabalhistas.

Nessa esteira histórica, entendemos que a Lei 6.386/1976 (devidamente substituída 11.648/2008), que modificou o art. 589 da CLT, contribuiu para a implementação de políticas públicas de seguridade social para a população economicamente inativa no Brasil, posto que vinculou os gastos dos valores arrecadados da contribuição sindical ao estabelecimento de requisitos mínimos de qualidade de vida da população, o que, destaca um verdadeiro incentivo aos direitos sociais, mecanismo esse que encontra clara proibição ao retrocesso social.

Independente da nomenclatura que seja adotada, tais quais, princípio da proibição (ou vedação) de retrocesso social; princípio do não-retrocesso social; princípio de contrarrevolução social; princípio da proibição de evolução reacionária; regra do não-retorno da concretização; regra do não-retrocesso social; proibição de regressividade; princípio da proibição de retrocesso em sentido estrito; princípio da proibição da retrogradação; eficácia vedativa do retrocesso; eficácia impeditiva do retrocesso; não-evolução reacionária, tal norma é defendida por Sarlet¹¹² como verdadeiro princípio constitucional implícito, ligado tanto ao Estado do Direito quanto ao Princípio do Estado Social. A professora Ana Paula de Barcellos¹¹³ entende que a vedação ao retrocesso constitui inclusive uma forma de eficácia jurídica que age sobre os princípios constitucionais, exteriorizando como real eficácia negativa, como ela mesmo vaticina que

A vedação do retrocesso desenvolveu-se especialmente tendo em conta os princípios constitucionais e, em particular, aqueles que estabelecem fins materiais relacionados aos direitos fundamentais, para cuja consecução é necessária a edição de normas infraconstitucionais.

¹¹¹Deve-se ter em mente que medidas protetivas, dignas de um Estado social já tinham sido experimentadas na Europa, mas que não tiveram o tempo necessário para frutificar, como ocorreu com a *Weimarer Verfassung*.

¹¹²SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 371

¹¹³BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002. p. 80-81.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho¹¹⁴, a vedação ao retrocesso (definido por ele como do não retrocesso social) constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e ou outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma “justiça constitucional” nas vestes de uma “justiça social”.

Devemos deixar claro, por questões de dignidade ao que se defende, que a expressão “vedação ao retrocesso” aparece apenas 02 (duas) vezes, um, no voto do relator Ministro Edson Fachin, que defendeu sua proteção; e dois, no voto do Ministro Barroso¹¹⁵, que, negando sua ocorrência, afirmou que não caberia sua alegação por inexistência de prejuízo à Constituição.

Como já afirmado neste trabalho, especificamente no capítulo dedicado a natureza tributária mista da contribuição sindical (orçamentária e não orçamentária), a maioria do colegiado no STF decidiu que não caberia a alegação da vedação ao retrocesso, posto que a reforma trabalhista não trouxe prejuízo aos direitos fundamentais. No entanto, não concordamos com tal posicionamento, haja vista o STF não considerar a natureza tributária mista da referida contribuição, ignorando por completo a parcela orçamentária patrocinadora da seguridade social.

A importância da vedação ao retrocesso dos direitos sociais é de tamanha envergadura que José Joaquim Gomes Canotilho¹¹⁶ afirma não ser possível a retirada de direitos fundamentais, com base em eventuais medidas inicialmente compensatórias, mas com caráter nitidamente obscuro, de modo a limitar as conquistas constitucionais já alcançadas, lemos:

De fato, a questão de estabelecer política legal apenas de forma “compensatória” ou “paliativa” – como se poderia interpretar da afirmação acima – para “ocultar” a revogação de direitos fundamentais é impensável no atual paradigma constitucional. O que o legislador propugna com isso é justamente buscar obter um rebaixamento do rol catalogado dos direitos fundamentais dos cidadãos de uma maneira indireta e obscura.

A violação do princípio da proibição do retrocesso social impõe que a produção legislativa, a governabilidade executiva e a jurisprudência dos tribunais sejam construídos

114CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338.

115A supressão do caráter compulsório das contribuições sindicais não vulnera o princípio constitucional da autonomia da organização sindical, previsto no art. 8º, I, da Carta Magna, nem configura retrocesso social e violação aos direitos básicos de proteção ao trabalhador insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 5º, XXXV, LV e LXXIV, 6º e 7º da Constituição.

116CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 339-340.

com base num plano prospectivo que defendam os direitos sociais já garantidos, alargando o conceito defendido por Felipe Derbli¹¹⁷, onde *“tal princípio pode ser traduzido como descumprimento, por ato comissivo, de imposição legiferante, que viola o dever jurídico concreto de editar leis que regulamentem as normas definidoras de direito social”*.

Na ADI em questão, a maioria vencedora do STF entendeu que não houve violação do princípio da vedação ao retrocesso quanto a facultatividade da contribuição sindical, contudo, inadvertidamente ignorou-se a natureza mista da contribuição sindical, ignorou-se que por força legal 10% e 20% (empregados e empregadores respectivamente) de todo valor auferido pela citada contribuição patrocina o Fundo de amparo ao trabalhador, FAT. Para justificar a decisão final da Suprema Corte, necessário seria que todo o valor arrecadado pela contribuição sindical fosse destinado para o sistema sindical, o que claramente nunca ocorreu.

4.7 Conclusão do capítulo

O renascimento do (neo)liberalismo econômico sobre o mundo ocidental, como resultado da onda azul conservadora nacionalista, rende consequências nefastas às democracias e ao Direito das Gentes, quais sejam entre outras, a regressão dos mercados internacionais, o repúdio aos direitos difusos e coletivos ou a retomada de corridas armamentícias, a financeirização dos governos em seus três poderes, o patrocínio de uma semiótica utilitarista.

Nesse caminho retrógrado, a filosofia utilitarista de Jeremy Bentham e Stuart Mill, passa a entoar aprioristicamente os direitos de 1ª dimensão (à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião), em claro prejuízo às demais dimensões, ao impedir a devida efetividade e aplicabilidade dos direitos difusos, coletivos, culturais, fraternos, econômicos entre outros.

Nesse cenário político, o Supremo Tribunal Federal, por meio de alguns de seus Ministros, tem praticado uma viragem hermenêutica propícia à exclusão da historicidade e inalienabilidade dos direitos fundamentais coletivos (2ª e 3ª dimensões), mediante um ativismo judicial neopositivista sem os devidos parâmetros objetivos (o que prejudica a consolidação da nova interpretação constitucional), e deste modo, testemunhamos a politização da justiça como prática abusiva do fenômeno da judicialização da política.

Como já dito, os Direitos Fundamentais, para sua efetivação, necessitam imperiosamente de uma racionalidade por demais estruturada, baseada em parâmetros

117 DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 296.

objetivos (aplicabilidade imediata ao máximo) e sólidos (estrutura normativa estável), que permitam a proteção das minorias sociais, quer seja, ampliando tais direitos (difusos e coletivos) ou impedindo sua regressão (vedação ao retrocesso). No caso específico da ADI 5.794, notamos uma prática descabida de um utilitarismo inconsciente, uma visão de mundo liberalista, aplicando-se indevidamente uma filosofia mais ligada à livre iniciativa e menos à valorização ao trabalho, invertendo inadvertidamente os polos da ordem econômica.

O sistema sindical sofre então por duas frentes, uma, por ser um direito coletivo que desfila pela 2ª e 3ª dimensão, e duas, pelo indevido enaltecimento do STF à iniciativa privada; desnível de tratamento este que corrompe o conteúdo do art. 170 da Constituição Federal, ou seja, tratar a menor o sindicalismo, enquanto protetor e incentivador da valorização do trabalho humano, e tratar a maior o mercado financeiro, enquanto agente da livre iniciativa de um capitalismo vazio e capturador, por intermédio de uma viragem hermenêutica carente de qualquer historicidade e coerência jurisprudencial.

5. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NA SEARA TRIBUTÁRIA: O CAMINHO QUE NÃO FOI TOMADO PELA ADI 5.794/17

Com o julgamento da ADI 5.794/2017, podemos retirar algumas conclusões já defendidas nesse estudo, mesmo que iniciais, são elas, *primeiro*, a natureza jurídica tributária da contribuição sindical foi destruída (mediante a desconsideração de sua parcela tributária); *segundo*, em ato de consequência, com a destributarização judicial em comento (acreditamos inconstitucional), desnecessário tornou-se qualquer discussão sobre a ocorrência de renúncia fiscal (muito menos a se falar em medidas de compensação); e *terceiro*, deixou-se de ventilar qualquer forma de modulação de efeitos dessa decisão do STF, escolhendo outro momento para sua eficacização (o que desaguará em uma grande demanda de ações judiciais).

Ao defendermos a natureza tributária da contribuição sindical, por consectário lógico, defendemos a ocorrência de grave renúncia fiscal, nos termos do art. 14 da LRF, então, fincamos ideia na necessidade da modulação dos efeitos, sob pena de futuros e indesejados questionamentos. Contudo, o STF, ao não entender desta maneira, expõe-se desnecessariamente a futuras lides tributárias, previdenciárias e constitucionais, haja vista a imbricada relação entre a contribuição sindical e o sistema de seguridade social. Com isso, iremos agora tratar do instituto da modulação, sua origem e adaptabilidade ao nosso país, para após, voltarmos ao foco dessa dissertação.

De acordo com o art. 27 da Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento de uma ADI e ADC e com o art. 927 do CPC, o Supremo Tribunal Federal poderá modular os efeitos da decisão em sede de controle difuso ou concentrado, desde que ocorra risco fundado à segurança jurídica ou de excepcional interesse social, mediante o quórum de aprovação de 2/3 de seus ministros. Com esse mecanismo, a corte suprema poderá restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela apenas produza eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Para se chegar a toda essa estrutura legislativa, um grande percurso foi trilhado, haja vista o embate entre os dois grandes sistemas jurídicos sobre o tema, quais foram, a teoria da anulabilidade austríaca (defendida por Hans Kelsen) e a teoria da nulidade (defendida pela Corte Suprema Norte-americana). Enquanto a tese europeia defendia a natureza constitutiva da decisão com efeitos prospectivos (*ex nunc*); a corte do novo mundo entendeu que a decisão deveria possuir natureza declaratória com efeitos retroativos (*ex tunc*).

No Brasil, não restam dúvidas de que o sistema norte-americano foi o recurso adotado para solucionar questões atinentes aos efeitos das decisões sobre a

inconstitucionalidade, conforme pode ser visto em vasta e uniforme base jurisprudencial do STF¹¹⁸. Deve-se ressaltar, contudo,, que o “novo” Código de Processo Civil, implementou uma nova espécie de modulação dos efeitos da decisão (art. 927, §3º), na qual, caso ocorra a hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos com base no interesse social e na segurança jurídica, e aqui, notem, não há limitação temporal para tal modulação.

A novidade do CPC pode gerar inúmeras controvérsias sobre o instituto da modulação, inclusive remendos legais e jurisprudenciais indesejados, como se pode ver numa interpretação cautelosa e restritiva exercida pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹⁹, posto que nesse caso concreto, decidiu-se não aplicar a mudança de entendimento jurisprudencial aos próprios processos sobrestados. De qualquer forma, é pagar para ver.

Adotando-se o sistema norte-americano, o Brasil subsumi-se automaticamente à mecânica difusa (*inter partes*) de suas decisões, o que impede, em princípio, a efetividade decisória para além partes, criando-se o risco da insegurança jurídica generalizada dentro de uma complexa sociedade de consumo, por este feito, tornou-se imprescindível a criação de um mecanismo de correção para tal fenômeno. Surge então o princípio do *Stare Decisis*, doutrina anglo-saxã que denota a força vinculante de uma decisão para além a lide originária, obrigando toda a comunidade respeito a tal decisão judicial, criando-se então o sistema dos precedentes judiciais.

No entanto, ambos os sistemas, europeu e norte-americano, por motivos particulares de cada região, suavizaram a aplicação de seus respectivos sistemas, aproximando-os, num centro de equilíbrio jurídico, com a mescla das duas escolas apresentadas. O professor Guaraci de Souza Vieira, citando Regina Maria Macedo Nery Ferrari vaticina:

Como se vê, a Lei 9.868/99, bem como a Lei 9.882/99, foi editada com o intuito de estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a permitir que o Judiciário, sempre que deparar com um incidente de inconstitucionalidade, quer por via direta, quer pela atuação no controle difuso, não fuja à sua missão e possa enfrentá-lo, emitindo o seu entendimento. A edição dessas leis vem como resultado da evolução de um sistema que inicialmente se

118A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex tunc* (RTJ 146/461-462 – RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, rel. min. Maurício Corrêa (Pleno).

119REsp n.º 1657156. O recurso julgado é o primeiro repetitivo no qual o STJ modulou os efeitos da decisão para considerar que “os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento”.

espelhou no modelo de controle utilizado nos Estados Unidos e que, diante da evolução experimentada pelo modelo original e das necessidades vivenciadas dia a dia pelo nosso Judiciário, necessita de aprimoramento, adaptando o modelo para que a demanda pela prestação jurisdicional seja atendida satisfatoriamente, e também prestigiado o interesse social e a segurança jurídica.¹²⁰

Ivo Dantas¹²¹, ao falar sobre o histórico brasileiro, antes de qualquer norma expressa sobre o assunto, afirmava que “*a eficácia retroativa do precedente é reforçada, ao menos nos precedentes relativos ao direito constitucional, no Brasil e em diversos outros países pelo dogma da eficácia ex tunc do julgamento de inconstitucionalidade*”. De modo que a teoria norte-americana reinou em terras tupiniquins antes da legalização do sistema misto, dando azo ao judiciário por maior liberdade de atuação de seus julgados, abstratos ou concretos.

O Brasil, adotou portanto um sistema de constitucionalidade híbrido quanto à eficácia de seus efeitos (retroativos *ex tunc* por ato declaratório, oriundo do sistema norte-americano e por exceção, de efeitos irretroativos *ex nunc* por ato constitutivo, oriundo do sistema austríaco, a depender da existência de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social), e dual quanto a origem de seus diplomas (mediante a Lei 9.868/99 com referência temporal para a modulação e pelo CPC, mediante seu art. 927, §3º sem referência temporal para a modulação).

Importante destacar que eventuais inconstitucionalidades enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal devem ser resolvidas mediante o realce da própria casuística, de forma que sua resolução deve passar pelo filtro do bloco constitucional, contudo, deve ser extinto por determinada norma ferida e previamente identificada, conforme pensamento de Cunha Júnior¹²² ao afirmar que “*a inconstitucionalidade não se verifica em face da Constituição em bloco, mas sim em relação a norma certa de determinada*”.

Tal pensamento é de grande importância para nosso posicionamento, posto que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade exige a ocorrência alternativa de uma situação, qual seja, ou a norma é constitucional ou a norma é inconstitucional, de modo que, na declaração de constitucionalidade da facultatividade da contribuição sindical, não haveria, por princípio aristotélico básico, norma do bloco de constitucionalidade ferida.

No entanto, com a decisão de constitucionalidade por parte do STF no acórdão da ADI 5.794/2017, vemos a desconstituição da natureza tributária de uma renda constitucional

120 Disponível em [www.conjur.com.br/2007-out-18/nulidade_lei_inconstitucional_aplicacao?](http://www.conjur.com.br/2007-out-18/nulidade_lei_inconstitucional_aplicacao) Visualizado em 08/04/2019. Acesso em: 06/09/2020.

121 DANTAS, Ivo. *Novo processo constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 209.

122 CUNHA JÚNIOR. Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007 p. 111.

(contribuição sindical), a prática de renúncia fiscal sem os devidos meios de compensação, e a mudança jurisprudencial sem o devido *distinguish* ou *overruling*. Portanto, como aceitar a declaração de constitucionalidade de determinada norma, em caráter abstrato que para tanto venha a ferir outras normas também constitucionais? Não pode. Assim, uma norma para ser declarada constitucional não pode invalidar outra sem que haja entre elas relação objetiva prévia de ponderação normativa.

5.1 Os novos desafios do consequencialismo judicial no Brasil

Antes de uma análise dos seus requisitos legais da Lei 9.868/99 (*quorum* de 2/3, segurança jurídica e excepcional interesse social), deve-se afirmar que a modulação de efeitos talvez seja o melhor exemplo de consequencialismo jurídico, meio pelo qual o intérprete do direito considera os possíveis resultados fáticos em detrimento de sua conduta (em ato petitório ou decisório), amenizando a completude do sistema aristotélico dedutivo.

De acordo com Manuel Atienza¹²³, citando MacCormick, uma decisão precisa ter sentido com relação não apenas ao sistema, como também ao mundo. De modo que o direito deve ser pensado não apenas somente como um sistema deontológico e hermético, mas também como organização responsável pela higidez de sua comunidade, haja vista que o fora feito para o homem e não o contrário.

O consequencialismo, enquanto análise econômica do Direito e fruto do pragmatismo científico de Posner, surgiu, de acordo com Dworkin¹²⁴, como remédio para alguns males de cunho econômico nos EUA, com ele, os juízes do *Common Law* decidiram casos controversos, em geral, para maximizar a riqueza social de um país criado a base de uma filosofia protestante pautada na prosperidade. O professor Luiz Rieffel¹²⁵ arrisca um conceito analítico de consequencialismo:

O consequencialismo, para fins do presente estudo, é entendido como uma teoria em que uma ação é considerada correta se ela produz um resultado que maximize determinado tipo de bem. Nesse aspecto, ‘o bem é definido independentemente do correto e, então, o correto é definido como aquilo que maximiza o bem’. Essa perspectiva é também compartilhada por Bernard Williams ao esclarecer que o que no caso central do consequencialismo ‘uma ação é correta é absolutamente uma noção maximizadora’. Essa ideia de consequencialismo expõe o elemento central deste tipo de teoria; a

123 ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 132

124 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

125 O mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do Direito de Richard Posner. Dissertação de mestrado. UFRGS, 2006.

produção de resultados mensuráveis que possam ser avaliados de acordo com o critério específico.

O discurso da modulação de efeitos é, sem sombra de dúvidas, fruto de uma interpretação consequencialista, o qual impõe ao operador do direito, pelo menos nos casos difíceis, a sua consideração e aplicação, ampliando-se ainda mais a área de atuação do sistema jurídico como forma de proteção à sua própria integridade, visto que, a simples presença de conceitos jurídicos indeterminados (segurança jurídica e excepcional interesse social) indica o caminho proposto por MacCormick.

Considerando que o fenômeno do consequencialismo jurídico possui um caráter nitidamente prospectivo, pro futuro, devemos lembrar que existe uma leve tendência no STF de impor à técnica da modulação dos efeitos um caráter pedagógico, nos mesmos termos científicos do dano moral, que possui um viés dúplice, a saber, de ressarcimento e de prevenção. Tal pensamento pode ser destacado no voto do Ministro Marco Aurélio¹²⁶, na medida em que declara ao Presidente daquela Corte: *“presidente, tenho me pronunciado até mesmo em processos objetivos, quanto à necessidade de se adotar posturas pedagógicas, não se estimulando o descumprimento da Carta Magna”*.

No Brasil, o consequencialismo não possui previsão em nossa Constituição Federal, contudo, vem ganhando força legal com o atual Código de Processo Civil e com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, ambos, trazem o consequencialismo como elemento essencial das decisões, senão vejamos respectivamente:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Art. 489. [...]

§1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial**, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – **empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;**

[...]

Estaríamos prontos para a implementação real do consequencialismo ou apenas estamos tocando um disco quebrado que repete e repete o trecho sem sair do lugar? Conforme texto histórico colacionado da rede mundial de computadores, a expressão “pra inglês ver” geralmente é usada para indicar algo que é feito “de mentira”, só para manter as aparências. A explicação mais provável a respeito da origem do termo prega que este surgiu por volta de 126 RE n.º 718.874, com relatoria do Ministro Edson Fachin.

1830, quando a Inglaterra exigiu que o Brasil aprovasse leis que impedissem o tráfico de escravos. No entanto, todos sabiam que tais regras não seriam cumpridas: o tráfico continuou de todo jeito, ou seja, as leis foram aprovadas só “para inglês ver”¹²⁷.

O ceticismo é inevitável com todos esses acontecimentos. Na verdade, o Brasil é pródigo em “vazios ornamentados”, belos palcos e parques artistas, configurando-se, dessa feita, um país juridicamente avançado para uma população em sua grande maioria despida de civilidade. O “vazio ornamentado” é coisa para inglês ver, é a gambiarra, o jeitinho brasileiro, que de sabedoria popular para superar as dificuldades da vida, como ensina Guimarães Rosa, passou a ser o entojó legitimamente brasileiro que deturpa a cidadania em prol da manutenção de um *status quo* discriminatório. De casa grande e senzala à Flat e favela.

O consequencialismo tupiniquim continuará sendo disco quebrado, somente para inglês ver ou estamos realmente dispostos a ampliar o nicho de responsabilidade do legislador/administrador brasileiro, impondo-o maiores limites a sua discricionariedade? Só o tempo dirá. Noutra borda, o estudo da modulação dos efeitos na área tributária necessita não apenas de uma visão consequencialista, mas também, desta perspectiva pedagógica para o poder tributante, garantindo assim maior segurança jurídica aos direitos dos cidadãos, realçando uma nota de previsibilidade tributária cada vez maior. A modulação deve ser pensada para além da mera casuística, para além das presunções de natureza secundária ao interesse público, o que de fato não aconteceu no julgamento da ADI 5.497/2017.

O professor Matheus de Mendonça Gonçalves Leite¹²⁸, em artigo produzido ao aprofundamento dos ditames da ciência jurídica pragmática, destaca talvez a principal consequência casuística dessa escola, qual seja, a percepção de que o tempo é o dono de todas as coisas materiais, modificando o mundo de forma irretroatável, cabendo ao homem apenas ressignificar seus símbolos e signos, sob pena, de alicerçar sua estrutura comunitária sobre terreno arenoso.

Na ausência de uma consideração mais responsável sobre o consequencialismo pragmático, devidamente incluído no art. 20 e seguintes da LINDB, a citada ADI abre novos caminhos para o ativismo judicial necessário, porém, desaguando nos já costumeiros e irrefutáveis argumentos do mínimo existencial, da reserva do possível ou dos custos dos direitos, cabendo à Jurisdição o fiel da balança. Desconsiderar o consequencialismo administrativo e fiscal, acabará por acarretar mais demandas judiciais, onde as partes

¹²⁷ Disponível em: <https://www.historiadetudo.com/pra-ingles-ver>. Acesso em: 12 maio 2019.

¹²⁸ MENDONÇA, José Vicente dos Santos; LEAL, Fernando. *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

continuaram a pender suas balanças para os próprios interesses, porém, ambos de cunho constitucional.

Nessa esteira de pensar, entendemos que a Lei 6.386/1976, que modificou o art. 592 da CLT, contribuiu para a implementação do mínimo existencial da população economicamente ativa no Brasil, posto que vinculou os gastos dos valores arrecadados da contribuição sindical ao estabelecimento de requisitos mínimos de qualidade de vida da população, o que, destaca um verdadeiro incentivo aos direitos sociais, baseados na seguridade social.

De acordo com a professora Cláudia Toledo¹²⁹, A primeira contribuição para a formação da noção de mínimo existencial foi dada, em 1954, pela decisão BVerwGE 1, 159 do Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) da Alemanha. Nela se reconheceu como direito subjetivo, fundado na dignidade humana, o auxílio material do Estado para a existência do indivíduo carente. E continua ao afirmar que mínimo existencial é o conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de patamar elementar de dignidade humana.

Não demorou muito para o mínimo existencial chegar ao Brasil, mesmo que de forma indireta, pois, de acordo com os professores Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo¹³⁰, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica. Como dito, acreditamos que a CLT já trazia indicações garantistas de mínimo existencial na década de 1970 por intermédio dos valores arrecadados pela contribuição sindical, enaltecendo-se assim, a função social do sindicalismo.

Em aprofundamento do tema, o mínimo existencial tem dividido a doutrina pátria quando põe em xeque a amplitude de seu objeto de proteção, de modo que, ou se considera mínimo existencial apenas os direitos fundamentais sociais, ou também se engloba os demais direitos fundamentais originais (de 1ª dimensão). Para a professora Ana Paula de Barcellos¹³¹ o mínimo existencial é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, são eles: a educação fundamental, a saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

129 Professora associada na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutorado em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós doutorado em Filosofia do Direito pela Christian-Albrechts Universität zu Kiel, Alemanha.

130 Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Direitos fundamentais e reserva do possível. Livraria do advogado, 2013.

131 BARCELLOS, 2008, p. 287-288

Assim, esses quatro pontos correspondem ao núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva ou simétrica e o status de direito público subjetivo exigível diante do poder público. Já para o professor Ricardo Lobo Torres¹³², o mínimo existencial é um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O Supremo Tribunal Federal, por intermédio de sua segunda turma, adotou aparentemente, mediante relatoria do Ministro Celso de Mello¹³³, o conceito mais abrangente de aplicabilidade do mínimo existencial.

Percebe-se que o STF adotou o conceito de mínimo existencial com o objeto abrangente, ou seja, incluindo os direitos originários de liberdade, de mais a mais, deve-se resguardar as casuísticas apresentadas ao Poder Judiciário. Resta deixar claro que não cabe a este estudo de caráter objetivo, o esgotamento da presente matéria, haja vista os inúmeros e qualificados trabalhos sobre o tema, contudo, podemos vislumbrar a possibilidade de dar novos contornos ao tópico em voga, apresentando os direitos fundamentais como paradigmas de aplicação.

Os direitos fundamentais¹³⁴, como reflexo dogmático dos direitos humanos, tal qual o mínimo existencial, não foram criados da noite para o dia, ab-ruptamente, mas temperados no calor das lutas sociais ao longo do tempo, por meio de lutas e revoluções, ao preço de muitas mortes e destituições (veja a historicamente rica revolução francesa), de maneira que os direitos fundamentais evoluíram juntamente à raça humana, experiência empírica ainda em contínua caminhada.

Esses direitos de base, portanto, são sobrepostos uns sobre os outros com o decorrer das eras, potencializando-se contra permanentes abusos estatais. De acordo com o professor George Marmelstein¹³⁵, as três gerações/dimensões dos direitos fundamentais foram vistas pela primeira vez numa aula inaugural do jurista tcheco Karel Vasak, que formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo,

132 TORRES, Ricardo de Lobo. *Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

133 A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, as prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

134 Jorge Miranda conceitua os direitos fundamentais como “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 07.

135 MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Altas, 2008.

baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira dimensão dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda dimensão, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última dimensão seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Numa visão geral, avaliando os contornos do instituto até aqui estudados, o mínimo existencial tem a função de assegurar os direitos fundamentais, com base na dignidade humana, quanto a isso, doutrina e jurisprudência concordam pacificamente, bem como quanto ao reconhecimento de que os direitos sociais (de 2º dimensão) são direitos fundamentais, e logo, encontram-se inseridos no campo protetivo principiológico do instituto.

O problema impõe-se quando se coloca a seguinte indagação: onde reside os limites mínimos e máximos do mínimo existencial? A depender dessa resposta, os direitos sociais prestados diretamente pelo sistema sindical, receberia a qualidade de tributos intangíveis? Essa será a resposta de Édipo que se fará merecedora sobre o enigma da esfinge. Pelo que já foi exposto, pode-se chegar a correta razão de que o Princípio da dignidade humana é fundamento do mínimo existencial, como bem afirma a Ministra Cármen Lúcia¹³⁶:

Quando advoga que devemos refletir se o mínimo existencial é obrigação do Estado. Quando alguém pede uma liminar no Supremo Tribunal Federal para garantir a realização de alguma operação cirúrgica de alto risco pelo SUS com algum medicamento especial, a tendência do juiz é deferir o pedido, ainda mais se a pessoa corre risco de morte. Sabemos da existência de abusos e fraudes, mas também sabemos que a pessoa pode morrer em virtude de alguma negligência por parte de quem deveria oferecer assistência.

Sem mais, a Ministra ainda arremata com um outro princípio, afirmando que o constitucionalismo contemporâneo assevera que o princípio da dignidade humana somente é cumprido quando há outro princípio constitucionalmente estabelecido, o da solidariedade¹³⁷ (inclusive em sua função prospectiva na seara ambiental, também chamado de princípio

136 Palestra proferida na Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio), em 18 set. 2009, no âmbito do projeto “Diálogos com o Supremo”, realizado pelo Programa de Mestrado em Poder Judiciário. O texto decorre de gravação da palestra e não contou com revisão da palestrante.

137 Disponível e visto em 22/08/2020 em : <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4474/minimo-existencial-socioambiental-acesso-ao-meio-ambiente-ecologicamente-equilibrado-solidariedade-intergeracional>

intergeracional). Nesta esteira, caminha o pensamento majoritário, de que a dignidade humana, e quando mais, a solidariedade, constituem o alicerce do mínimo existencial, entretanto, ainda paira sobre o tema algumas dúvidas quanto a aplicação do mínimo existencial em face da reserva do possível.

Senão vejamos, para efeitos aclaratórios, *e.g.* as três primeiras gerações/dimensões dos direitos fundamentais numa única frase: O Estado precisa garantir vida (direito de 1ª dimensão) digna (direito de 2ª dimensão – previdência, saúde e assistência) a todos (direito de 3ª dimensão – solidariedade e fraternidade). Como já afirmado, os direitos fundamentais acabam por precisar uns dos outros, como uma rede imbricada de valências em prol de uma vida saudável e plena, mas para isso, o Estado não pode se furtar de suas responsabilidades garantistas (por atos omissivos ou comissivos).

O mínimo existencial é parte integrante de um sistema protetivo de direitos fundamentais, tendo como função primordial sua instrumentalização e viabilidade, na medida em que possibilita força de luta popular frente a eventuais desmandos governamentais (políticos e administrativos), ausente da finalidade pública. Mas outra pergunta que fica é: quais direitos fundamentais são autoaplicáveis pela ocorrência do mínimo existencial e quais não são? O mínimo existencial adere-se às liberdades negativas? É possível afirmar que todos os direitos fundamentais necessitam de uma garantia mínima? Por que a vida (direito fundamental primário mor) não seria viabilizado pelo mínimo existencial?

Mesmo o STF afirmando (como já foi anteriormente demonstrado), aparentemente adotar a teoria ampliativa (insere todas as dimensões dos direitos fundamentais), é percebido que ainda se sente a ausência de pilares mais fortes, divisas mais claras quanto a aplicabilidade do mínimo existencial. Reafirma-se que a intenção deste estudo não é esgotar o tema, mas tornar um pouco mais clara a situação de aplicabilidade do mínimo existencial perante as várias dimensões dos direitos fundamentais, por muitas vezes relegados à comunidade com base na prestacionalidade do direito.

De acordo com o professor João Trindade Cavalcante Filho, em trabalho exposto no repositório do STF¹³⁸ sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, temos exemplificativamente a crença geral acerca das suas dimensões¹³⁹, são elas, a 1ª dimensão (propriedade, igualdade formal, liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida), a 2ª dimensão (saúde, educação, previdência social, lazer, segurança pública, moradia,

138 Disponível e visto em 22/08/2020 em: https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade_teorias_gerais_dos_direitos_fundamentais.pdf

139 Deixando claro que temos no professor José Afonso da Silva o grande expoente deste pensamento jurídico em nosso país.

direitos dos trabalhadores) e a 3º dimensão (direitos defendidos de forma transindividual, como o meio ambiente equilibrado ou o direito coletivo do consumidor).

O desafio proposto não é de fácil assimilação, longe disso, a própria essência dos direitos fundamentais é por demais complexa, haja vista a abordagem de Alexy, na sua teoria dos direitos fundamentais ao afirmar que haveria duas espécies de normas de direito fundamentais: as expressas diretamente pelo texto constitucional e aquelas que a ele atribuídas (ou associadas). O professor Rafael Giorgio Dalla Barba¹⁴⁰, acerca deste posicionamento do autor alemão conclui que as proposições jurídicas podem possuir espaços semânticos nos quais o intérprete se depararia com ambiguidades, vagueza e abertura valorativa.

Os direitos fundamentais passa ao longe de uma superficialidade retórica, mas exige do intérprete muita atenção e cuidado, sob pena de operar a matéria de maneira equivocada, como pode ser visto nas palavras do professor Ingo Sarlet¹⁴¹ que enaltece a complexidade dos direitos fundamentais citando José Afonso: a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “*atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais*”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

A professora Ana Paula Barcelos defende que o mínimo existencial é composto por quatro elementos, três materiais e um instrumental, são eles: a educação fundamental, a saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça, de modo que podemos extrair da primeira categoria uma nítida evolução garantista, a saúde básica para 1ª dimensão, a educação fundamental para a 2ª dimensão e a assistência aos desamparados para a 3ª dimensão.

A professora tentou categorizar um mínimo absolutamente irreduzível, sem maiores alegações estatais de insuficiência de recursos (reserva do possível), garantindo ao cidadão, direitos básicos irrenunciáveis, e mesmo assim, críticas podem ser feitas, como as questões ligadas ao saneamento básico e a alimentação infantil. Deve ser dito que essa classificação não recebeu o apoio devido da doutrina pátria, para isso, bastaria se perguntar, e o direito a alimentação, estaria fora? E o direito à assistência jurídica (art. 592, I, “a” da CLT), considerando a estrutura precária da Defensoria em alguns cantos do país?

Sobre a discussão do quão amplo deve ser entendido o mínimo existencial, em detrimento das gerações do direito, entendemos que nenhuma resposta satisfatória surgirá sem nos utilizarmos de uma análise feita pela ótica da Dignidade da Pessoa Humana, ou seja, 140 Na fronteira da argumentação. Editora *Jus Podivm*, 2017.
141 Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.

utilizando-se de uma relação silogista, podemos afirmar que: 1. A dignidade humana é fundamento de todos os direitos fundamentais (premissa maior); 2. Todos os direitos fundamentais possuem eficácia (premissa menor); 3. Logo, a dignidade da pessoa humana possui eficácia. Portanto, a dignidade da pessoa humana deve possuir um mínimo de eficácia, quer seja, jurídica ou factual, e a esta mínima eficácia denominamos de mínimo existencial, presente em todas as gerações do direito.

Ao se levar em conta que a evolução humana é uma condição natural da vida, um real e inevitável processo paulatino de erros e acertos que torna o ser humano refém de suas próprias experiências, devemos reconhecer o quão somos forçados a enxergar a dignidade humana como fenômeno social também em crescimento, refutando qualquer ideia de estagnação, de maneira que evolução humana e os direitos humanos são dois valores indissociáveis em proporção direta e com isso, chegamos a uma conclusão irrefreável: o mínimo existencial irreduzível tende (mera perspectiva) a ser maior com o passar dos tempos, pois está inexoravelmente atrelado a razão entre direitos humanos e sua evolução tecnológica e social.

Não se pode admitir que o mínimo existencial da França napoleônica tenha os mesmos patamares normativos que a França pós segunda grande guerra, como também não se pode admitir que o conceito de vida para o século XIX sejam os mesmos que para o tempo atual, seus requisitos, contornos, variações, leis, remédios e garantias. O mínimo existencial está para a dignidade humana assim como a pedra angular está para o portal, pois, sem ela, toda arquitetura em ouro e prata está inevitavelmente fadada a ruir.

O mínimo existencial é conceito relativo no tempo e espaço, é razão heterogênea que necessita de um conjunto de fatos históricos, políticos e sociais, impondo-se a cada realidade como verdade possível, se assim não fosse, como implementar o direito da mulher em países tribais que mutilam seus órgãos sexuais? Como garantir assistência aos necessitados (refugiados) quando se constroem muros físicos nas fronteiras? O professor Gustavo Zagrebelsk¹⁴², em apartada síntese comenta que as sociedades pluralistas atuais, quer dizer, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que ninguém tenha força suficiente para se fazer exclusivo ou dominante necessitam de alicerces sólidos que possibilitem sua viabilidade (...) e arremata:

As sociedades dotadas, em seu conjunto, de um certo grau de relativismo orientam a constituição não a tarefa de estabelecer

¹⁴² *El derecho ductil*, editora Trotta. Em livre tradução.

diretamente um projeto determinado de vida em comum, sem antes realizar as condições de possibilidade da mesma.

A vida, direito raiz do qual surge os demais direitos, é conceito por demais complexo, pois, para ser considerado inteiro, necessita de partes diversas (e muitas vezes paradoxais) em sua composição, já que vida sem dignidade é não vida, vida sem liberdade é morte e vida sem o outro é inexistência de *polis* (solidariedade).

O direito à vida é conceito plural, então composto por três elementos fundamentais¹⁴³, *liberdade* (a liberdade é a capacidade de decidir-se a si mesmo para um determinado agir ou sua omissão), *dignidade*¹⁴⁴ (para se ter uma vida digna, é preciso viver eticamente em comunidade e somente assim se alcançaria a felicidade) e *alteridade* (antônimo de identidade, a alteridade é ver e sentir o mundo mediante a relação com o outro, sob pena, de não existir a própria cidadania, e ao não existir esta, não existirá a liberdade, porque a felicidade pessoal e a felicidade da comunidade não são contraditórias e excludentes).

A vida não pode ser vista pelo direito como mero fato biológico a ser assegurado, deve ser visto também como evento subjetivo complexo que visa a felicidade pessoal e comunitária, já que de acordo com o filósofo espanhol Ortega y Gasset¹⁴⁵ quando apresenta a ideia de vida como fenômeno que contempla a relação do sujeito com o mundo de um modo que não fora percebido antes, nem pelo realismo, nem pelo idealismo. Eis a caracterização básica e fundamental proposta no princípio: ser é viver e contemplar relação especial com o mundo, como bem fora dito pelos titãs¹⁴⁶ que: “*A gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão e arte*”.

Esse raciocínio de contemplação e pertencimento com o mundo do filósofo espanhol aproxima-se e muito do que defendia Heidegger, que de acordo com o professor Andreas Krell¹⁴⁷, em seu artigo sobre a filosofia particular e mística do filósofo alemão arremata:

Para tanto, Ser e tempo pretende se valer de uma fala menos ôntica – relativa aos entes (fenômenos específicos existentes), vistos como apenas auxiliares – e mais ontológica, relacionada ao próprio ser enquanto existência do homem no mundo. Entretanto, essa distinção não pode ser rígida, o que fez Heidegger procurar tal “forma de falar ontológica” na poesia e até no silêncio,²⁶ demonstrando uma nítida

143 Utilizamos em todos os elementos fundamentais conceitos Aristotélicos.

144 Franz Kafka afirmou que a solidariedade é o sentimento que melhor expressa o respeito pela dignidade humana.

145 O que é filosofia? Ortega é amplamente considerado o maior filósofo espanhol do Século XX. Foi o principal expoente do perspectivismo e da teoria da razão vital e histórica, situada no movimento novecentista.

146 Compositores: Arnaldo Augusto Nora Antunes Filho / Sergio De Britto Alvares Affonso / Marcelo Fromer. 147 Disponível em <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/398/354> no dia 05/05/2019.

“radicalização existencial-ontológica da ideia da hermenêutica”.²⁷ Isso quer dizer que a coisa mesma se manifesta no encontro direto com o homem, que é capaz de compreendê-la mediante a “captação das potencialidades reais do ser”. Esta hermenêutica pretende superar a dicotomia entre sujeito e objeto, já que a compreensão nunca dependeria da interpretação individual de conceitos relacionados às coisas. Ao contrário, o ser dos entes se revelaria independentemente da consciência subjetiva de cada um.

O mínimo existencial, como valor jurídico protetivo dos direitos fundamentais tem como missão primordial a defesa do direito à vida digna em todas as dimensões dos direitos fundamentais, ofertando ao indivíduo uma parte mínima de cada dimensão dos direitos fundamentais, permitindo um mínimo digno de saúde, educação, lazer, cultura e ofício profissional, numa relação imbricada entre o homem e o melhor das condições que o mundo pode lhe dar, mediante um diapasão que lhe dê harmonia.

O mínimo existencial, em termos analíticos, é instituto relativo quanto ao tempo e quanto ao espaço, isto em face da comunidade envolvida, embora absoluto quanto a sua obrigatoriedade de existência mínima; de cunho prospectivo, pois tende ao movimento de contínua evolução como o ser humano; e existente em atos omissivos ou comissivos do poder público, a depender da natureza do ato governamental/administrativo, passível de proteção judicial mediante remédios constitucionais.

É natural que a ciência jurídica busque respostas e contornos para todos os eventos sociais que apareçam, mas o questionamento é: será que o mínimo existencial ainda não pode ser delimitado de forma clara devido a natureza humana ainda ser essencialmente conflituosa? Será que as necessidades básicas do homem (potencialmente ilimitados) podem ser catalogadas de acordo com as inúmeras comunidades, cada qual com necessidades diversas? E os questionamentos financeiros, sempre serão levantados para impedir qualquer forma de garantia mínima?

O mínimo existencial está longe de ser enquadrado juridicamente com a densidade necessária para sua dominação conceitual, para isso, convém lembrar que na história humana sempre existiram instrumentos (mecânicos ou etéreos) que serviram sobremaneira à evolução social, como a bússola, orientando, apenas orientando e nunca decidindo, isso cabe ao homem. Talvez devemos enxergar o mínimo existencial como um direito meio, sem nos preocupar com seus limites, pois estes muitas vezes impedem sua principal função, que é a de descobrir o caminho, por isso, entendemos que retirar direitos ou inviabilizá-los, como ocorreu com o art. 592 da CLT, vilipêndia a efetividade da dignidade da pessoa humana.

5.2 A natureza jurídica dos requisitos normativos e seus aspectos gerais

A modulação de efeitos, como já citado, possui três requisitos básicos, dos quais, dois deles, a segurança jurídica e o excepcional interesse social necessitam de uma digressão mais aprofundada, já que pertencem a uma categoria jurídica delicada (considerando a ausência de concordância sobre o tema), qual seja, a dos conceitos jurídicos indeterminados. De acordo com Marçal Justen Filho¹⁴⁸, conceitos jurídicos indeterminados são expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto.

A doutrina ainda busca os melhores contornos do que seja conceito jurídico indeterminado, muito por sua constituição vaga e fluida, e pouco pelos seus contornos práticos, popularmente aplicados (*vide* os conceitos de boa-fé, função social, bem comum). Dois grandes blocos teóricos se opõem quanto a delimitação do tema, um, capitaneado pelos professores Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁹ e José dos Santos Carvalho Filho¹⁵⁰ (a concretização da norma é mero produto volitivo do intérprete de acordo com o que ele considera oportuno e conveniente) e o outro pelo ministro Eros Grau¹⁵¹ e Eduardo Garcia de Enterría¹⁵² (a concretização do conceito jurídico indeterminado levaria a uma única resposta correta para o caso em questão, não restando ao agente público espaço decisório).

Para o professor Andreas Krell¹⁵³, a doutrina europeia tem abandonado paulatinamente a separação absoluta entre os conceitos de discricionariedade e conceitos indeterminados, por entender que eles se entrelaçam, afirmando que “*a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados poderia bem servir como instrumento para melhorar a sistematização do controle da discricionariedade*”.

Enfim, se entrelaçam, mas não se confundem, e mais uma indagação, a eventual confusão doutrinária entre tais institutos favorece a quem? Com certeza, a desarmonia entre os poderes acarretará possivelmente um ativismo judicial inadequado, arvorando-se de tutor da República e condenando politicamente os demais Poderes.

148 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167

149 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993. p. 420.

150 CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Controle Judicial da Concretização dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 54, 2001. p. 114.

151 GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 203.

152 ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. p. 393-394.

153 KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Ao paralelo dessa discussão, mais razoável entender que enquanto nos conceitos indeterminados, a liberdade encontra-se na interpretação (com um mínimo de determinabilidade); na discricionariedade, a liberdade encontra-se no poder de escolha (respeitando-se os limites da razoabilidade e proporcionalidade), conforme pensamento do professor Renan de Freitas¹⁵⁴. Ou seja, enquanto a concretização dos conceitos indeterminados são capitaneados pela legalidade, a discricionariedade deve se pautar na oportunidade. Tanto é assim, que a jurisprudência entende que os atos baseados em conceitos jurídicos indeterminados são passíveis de controle judicial, senão leia-se:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REMOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUE DEMONSTRE O INTERESSE PÚBLICO. CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE MANTIDO. RECURSO PROVIDO.

I – O assento regimental nº 1/88, no art. 8º, estabelece o critério de antiguidade para a remoção de magistrado, no caso de mais de um interessado pleitear a remoção para uma única vaga. Critério não absoluto, haja vista a disposição: “salvo relevante interesse público, devidamente justificado”.

II – **Viabilidade do controle do Poder Judiciário acerca de conceitos jurídicos indeterminados e do motivo do ato administrativo.**

III – Ausência de demonstração de prejuízo ao serviço forense a justificar o afastamento do critério de antiguidade.

V – Recurso ordinário provido¹⁵⁵.

Deve-se ter em mente que a discussão doutrinária acerca dos atos discricionários e dos conceitos jurídicos indeterminados não finca território apenas no âmbito acadêmico, já que se faz necessária a delimitação da fronteira cinzenta entre os dois institutos, quer seja para diferenciar os campos de aplicação da conveniência e oportunidade e da legalidade, ou ainda para impor a inafastabilidade da jurisdição. Com o devido contorno conceitual, deixa-se o sistema jurídico mais racional e justificado, possibilitando um melhor uso da modulação de efeitos.

Deve-se deixar claro que os requisitos do art. 27 da supracitada Lei Federal são indisponíveis aos julgadores, de modo que não são faculdades a serem sopesadas e utilizadas

¹⁵⁴ Em adição, não se mostra razoável admitir que o administrador ou o julgador, ao realizar a interpretação que comina a concretização do conceito indeterminado, pratique um ato discricionário, decorrente de um juízo de oportunidade, mas que, quando tal ato é questionado seja em análise originária ou recursal pelo judiciário, a interpretação sobre a correção da concretização realizada seja tida como juízo de legalidade, que verificará se a atuação se deu nos limites dispostos pelo legislador e pelos princípios jurídicos.

¹⁵⁵ RMS 19.590/RS, Rel. Ministro Félix Fiesher, quinta turma, julgado em 02 fev. 2006, DJ 20/03/2006, p. 310.

quando de uma decisão eventual, mas, verdadeira imposição de julgamento, como bem afirma o professor Heleno Taveira Torres¹⁵⁶:

As condições entabuladas no artigo 27 da Lei 9.868/1999, porém, não podem ser concebidas como uma “faculdade” ao Plenário. Quer dizer, quando comprovado que a situação fática será afetada por insegurança jurídica ou excepcional interesse social, deverá, o Plenário do Supremo unicamente deliberar sobre restringir os efeitos e atribuir eficácia *ex nunc* (efeitos prospectivos) ou empregar modulação temporal para as declarações de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

Não é o objeto deste trabalho o esgotamento da matéria, contudo, é de suma importância demonstrar os contornos básicos sobre o tema, sua norma, aplicação, requisitos, obrigatoriedade de incidência, para somente assim, enfrentar algumas de suas especificidades, como a aplicação do instituto em comento por parte do Supremo Tribunal Federal no julgamento da contribuição sindical. Qual tem sido a conduta da suprema corte na seara tributária, no que diz respeito a aplicação da modulação dos efeitos? Vamos a ela.

5.3 Modulação dos efeitos em matéria tributária

O direito tributário talvez seja a área jurídica com maior apelo à modulação de efeitos decisórios, haja vista a perene existência de lides que envolvem a Fazenda Pública (União, estados e municípios) e contribuintes (físicas e jurídicas), exigindo do instituto em espeque um aprofundamento científico cada vez maior. Inicialmente cabe destacar que os ministros do STF não possuem entendimento pacificado sobre o tema, o que dificulta seu desenvolvimento teórico, senão vejamos, enquanto os ministros Celso de Mello e Rosa Weber defendem a pronta e automática modulação sempre que surgirem questões de segurança jurídica¹⁵⁷, a ministra Cármen Lúcia¹⁵⁸, em entendimento diametralmente oposto, quer aplicar a modulações em casos excepcionais. Não deixa de ser confuso o discurso jurídico no qual a insegurança jurídica pode não acontecer em todas as situações que ameacem a própria segurança jurídica.

O primeiro caso de modulação de efeitos no STF gerou a súmula vinculante n.º 8¹⁵⁹, na qual se vê que são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência

156 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>. Acesso em: 16/09/2020.

157 Embargos de declaração no RE 377.457, p. 8.

158 RE 657.685, com julgamento em 31 de agosto de 2012.

159 Relativa aos REs 559.943-4, 559.882-9, 560.626-1 e 556.664-1.

de crédito tributário. Neste julgado foi decidido que os tributos recolhidos até a data de impugnação em juízo seriam constitucionais, não tendo o contribuinte o direito a restituição, preservando-se assim o erário.

Esse julgado possui uma força simbólica de grande vulto, pois, mesmo que implicitamente, estabeleceu os contornos futuros das próximas modulações, quais sejam, gerar efeito *ex nunc* em favor da Fazenda. Importante destacar entretanto, que a modulação deve ser aplicada em harmonia com a Constituição Federal, com o máximo respeito aos princípios tributários constitucionais em favor dos contribuintes (em regra), como bem afirma o professor Fábio Martins¹⁶⁰:

Nesse sentido, assevera-se que a aplicação da modulação dos efeitos em matéria tributária só deverá ser aplicada apenas em casos excepcionais, quando conformidade com a interpretação que mais se coadune à constituição como regra geral, em favor dos contribuintes.

Levando em conta que, em regra, as lides tributárias que envolvam modulação de efeitos possuem dois lados, quais sejam, a Fazenda e o contribuinte, alguns autores, como no caso do professor Andrei Pitten Velloso¹⁶¹, defendem a ideia de que a modulação realizada deve respeitar a finalidade precípua do sistema tributário nacional insculpido no artigo 145 e as limitações ao poder de tributar no artigo 150 e seguintes, sob pena de que “*violem a supremacia constitucional e conduzam a incitação da infidelidade em relação à Lei Maior*”. Com sustentação nos princípios constitucionais, o professor Heleno Torres¹⁶² defende que a modulação seja realizada para proteção do contribuinte:

Em matéria tributária, pela natureza patrimonial das suas exações e afetações imediatas a direitos e liberdades fundamentais, o assunto toma dimensões muito eloquentes. A regra, nas declarações de inconstitucionalidade de leis que criam obrigações tributárias ou agravam situações dos contribuintes, deve ser sempre a nulidade com eficácia *ex tunc*.

A modulação dos efeitos de uma decisão em caráter concentrado (e excepcionalmente difuso), como ato judicial consequencialista, deve medir seus efeitos em prol do contribuinte, porque assim quis a Constituição, ou seja, não se pode utilizar de forma indiscriminada a modulação como esteio permanente da Fazenda Pública, inclusive

160 ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: O argumento pragmático ou consequencialistas de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 287.

161 VELLOSO, Andrei Pitten. A Temerária Modulação dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.º 157, out. 2008, p. 12.

162 TORRES, Heleno Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental. Acesso em: 2 abr. 2019.

desvalorizando a técnica, fato já visto na suspensão de segurança ou no próprio princípio da dignidade humana (com toda liturgia de conteúdo que esta norma requer).

Noutro ponto, caminhando com o estudo, numa pesquisa realizada no sítio do STF (dia 02/04/2019) sobre modulação dos efeitos da decisão em sede tributária no STF, encontramos, considerando todo o banco de dados, 130 (cento e trinta acórdãos) e 14 (quatorze) decisões da Presidência. O caso inaugural¹⁶³ sobre o tema deu-se com o Município do Rio de Janeiro solicitando a modulação dos efeitos em norma pré-constitucional relativa a IPTU, o que não foi aceito pelo Supremo, pois, segundo aquela Corte, as normas anteriores a CF/88 não estariam respaldadas pelo fenômeno da inconstitucionalidade, mas pela não recepção. De lá para cá, interessantes observações podem ser notadas.

A primeira delas, conforme rico artigo publicado¹⁶⁴ pelos professores Breno Ferreira Martins e Maria Raphaela Dadona, pode ser percebida como uma característica peculiar sobre a modulação em sede tributária no STF, leia-se:

A fundamentação das decisões envolvendo a modulação é preponderantemente voltada às questões de direito, vale dizer: seu embasamento constitucional, legal e doutrinário, e os contornos jurídicos de proteção da segurança jurídica e do excepcional interesse social. A apuração das questões de fato que demonstrem a afronta a tais hipóteses, contudo, não ocupa muitas linhas nos julgamentos, sendo quase que presumidas pelo STF. A subsunção das questões de direito às questões de fato é, assim, afirmada como premissa, sem o confronto com dados ou indícios pragmáticos que evidenciem o risco aos princípios assegurados pela modulação.

A modulação dos efeitos em outras áreas do direito possui clara preponderância sobre questões de fato em detrimento das questões de direito, ao passo que nas demandas tributárias, há uma inversão de preponderância das questões jurídicas sobre as fáticas, emergindo então, uma clara diferenciação de tratamento na incidência de modulação realizada pelo STF¹⁶⁵. Esta cultura interpretativa pode gerar até mesmo, um prejuízo à aplicação e à efetividade do direito econômico e financeiro constitucional (tema a ser aprofundado em estudo próprio), posto que suas bases são eminentemente fáticas.

Na casuística da contribuição sindical, o Supremo Tribunal, ao não considerar a citada contribuição como tributo, ou pelo menos, como tributo obrigatório, conforme novo pensamento do Ministro Barroso, não modulou os efeitos de sua decisão, aplicando-se efeitos

163 [RE 395902 AgR/ RJ – RIO DE JANEIRO. AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO](#) Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 07/03/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma.

164 Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-57-modulacao-de-efeitos-na-jurisprudencia-tributaria-do-stf-uma-analise-critica>. Acesso em: 01 abr. 2019.

165 ADI nº 3.796/PR, RE nº 593.849/MG, ADPF nº 4.171/DF, ADI nº 4.481/PR, RE nº 680.089/SE, ADI nº 4628/DF, ADI nº 429/CE.

imediatos e *ex tunc*, contudo para beneficiar os contribuintes, o que por si só constitui-se contrassenso, posto que, em sua jurisprudência, o STF tradicionalmente modula os efeitos de suas decisões com efeitos *ex nunc* em favor da Fazenda nas questões tributárias.

De qualquer sorte, quando a Lei Federal confere ao STF o poder de determinar efeitos prospectivos a uma decisão de natureza tributária, abre indiretamente, a possibilidade de se cobrar um tributo inconstitucional, não com base em lei, mas numa decisão judicial, violando frontalmente as normas constitucionais (legalidade, irretroatividade e anterioridade). Tal medida se configurou em ato preventivo, o qual passou a evitar ações de repetição em débito em massa, o que prejudicaria a Fazenda Pública.

Ousamos discordar dessa prática recorrente (presunção prática *iuris et de iuris ex nunc* em favor à Fazenda), pois nessa esteira de pensamento, o Poder Público se locupletou de renda auferida com vício na sua origem, desrespeitando as normas constitucionais tributárias, na medida em que extrapolou a sua competência tributária, enriquecendo sem causa. Deve ser permanentemente lembrado que a relação tributária é baseada em princípios contratuais, não sendo mais permitido força abrupta sobre seus cidadãos, de modo que, ao se conceder efeitos *ex nunc* em leis inconstitucionais, estar-se-ia distorcendo a real razão de existir do instituto da modulação dos efeitos de uma decisão, que na seara tributária, nunca é demais recordar, é protetiva ao cidadão. Assim se posiciona o professor Andrei Pitten¹⁶⁶:

A garantia da repetição de indébito a todos os envolvidos, no caso em comento, ao contrário de gerar insegurança jurídica, fortaleceria a segurança dos contribuintes quanto à efetividade de seus direitos constitucionais. Além disso, a decisão acabou favorecendo os litigantes inadimplentes e sonegadores, importando em violação à isonomia.

Deve-se ter em mente que o excepcional interesse social elencado no art. 27 da Lei 9.868/99, bem delimita os contornos do instituto da modulação, posto que se trata de interesse social primário, ou seja, aquele condizente aos interesse públicos, em âmbito coletivo, com intenção direta aos interesses difusos, afastando de pronto o chamado interesse social secundário, que reside em pretensões meramente patrimoniais do Estado. Não à toa, o legislador incluiu o qualitativo “excepcional”, que destaca ainda mais o caráter público da expressão interesse social. Conforme Alessi¹⁶⁷:

O interesse chamado público não é nada mais do que o interesse coletivo primário considerado como sujeito de tutela direta para a ação administrativa, enquanto que o interesse da Administração, enquanto

166 VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. Revista dialética do direito tributário. n.º 157.

167 Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d23828354a4c3e1d>, p. 8. Acesso em: 18/11/2020.

entidade organizada, não representa senão um dos interesses secundários que existem no grupo social.

Atribuir predominantemente efeitos constitutivos às lides abstratas de inconstitucionalidades em prol da Fazenda Pública, é distorcer o sentido da Lei 9.868/99, e por assim dizer, violar as normas tributárias garantistas esculpidas na CF/88. A casuística também deve ser enaltecida, pois, claro, é plenamente provável que em certas demandas, o STF poderá atribuir a lide efeitos exclusivamente prospectivos (*ex nunc*), não para beneficiar meros interesses secundários, mas a própria viabilidade estatal, fato este residente na esfera do interesse social primário. O que não pode sequer ser vislumbrada é a implantação de política judicial presumida de maneira absoluta, no sentido de beneficiar o erário preventivamente, contrariando a interpretação axiológica do art. 27 da Lei 9.868/1999.

A título de casuística, colacionaremos 3 (três) votos recentes do Supremo Tribunal Federal, cada um deles direcionado em sentido próprio, senão vejamos:

a) O art. 40 da Constituição de 1988, na redação hoje vigente após as Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03, enquadra como segurados dos Regimes Próprios de Previdência Social apenas os servidores titulares de cargo efetivo na União, Estado, Distrito Federal ou Municípios, ou em suas respectivas autarquias e fundações públicas, qualidade que não aproveita aos titulares de serventias extrajudiciais. 2. O art. 95 da Lei Complementar 412/2008, do Estado de Santa Catarina, é materialmente inconstitucional, por incluir como segurados obrigatórios de seu RPPS os cartorários extrajudiciais (notários, registradores, oficiais maiores e escreventes juramentados) admitidos antes da vigência da Lei federal 8.935/94 que, até 15/12/98 (data da promulgação da EC 20/98), não satisfaziam os pressupostos para obter benefícios previdenciários. 3. **Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação de efeitos, para assegurar o direito adquirido dos segurados e dependentes que, até a data da publicação da ata do presente julgamento, já estivessem recebendo benefícios previdenciários juntos ao regime próprio paranaense ou já houvessem cumprido os requisitos necessários para obtê-los.**¹⁶⁸

b) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a revogação ou alteração substancial, que implique exaurimento da eficácia dos dispositivos questionados, resulta na perda de objeto da ação. Precedentes. 2. O fato de a norma atacada ter, em algum momento, produzido efeitos concretos não é relevante para o prosseguimento ou não da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. 3. **Há impossibilidade lógica e jurídica de o Supremo Tribunal Federal realizar nova modulação dos efeitos da medida cautelar após a perda superveniente do objeto da ação direta de inconstitucionalidade.** 4. Agravo regimental não provido.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Ag.REG. no Recurso Extraordinário 1.040.328 Santa Catarina.

¹⁶⁹ Ag.REG. na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.389 Distrito Federal.

c) Dessarte, entendo que, no caso, o princípio da segurança jurídica recomenda seja mitigado o princípio da nulidade da lei inconstitucional, com a consequente modulação dos efeitos da presente decisão, de modo a resguardar as legítimas expectativas dos trabalhadores brasileiros, as quais se pautavam em manifestações, até então inequívocas, do Tribunal competente para dizer a última palavra sobre a interpretação da Constituição e da Corte responsável pela uniformização da legislação trabalhista. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do Relator, negar provimento ao extraordinário, com declaração de inconstitucionalidade de efeitos ex nunc dos art. 23, § 5º da Lei 8.036 e 55 do Decreto 99.684, ambos de 1990, de modo a alcançar apenas processos ajuizados posteriormente a esta decisão. Vencido Marco Aurélio.¹⁷⁰

O primeiro voto em destaque segue um claro sentido pró-contribuinte, de modo a garantir direitos adquiridos de natureza previdenciária, ademais, enaltece os princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade tributária, e estabelece a segurança jurídica entre cidadão e Fazenda. Percebe-se que a Corte Suprema entendeu que a modulação serviria para assegurar a boa-fé do pretense segurado indevidamente incluído no sistema próprio de previdência e que a lei inconstitucional não poderia prejudicar o beneficiário.

No segundo voto colacionado, destaca-se uma questão eminentemente processual, qual seja, a de que a modulação de efeitos tem um caráter gravitacional em relação à ação direta de inconstitucionalidade – ADI, de maneira que, se essa ação abstrata perde seu objeto, automaticamente perde-se a função de existir da modulação. Não poderia ser diferente, posto que a modulação é instrumento de efetividade da decisão, modificando os efeitos no espaço-tempo em prol da melhor decisão nos casos difíceis.

No terceiro caso concreto, teremos o foco de muitas contendas doutrinárias, se não a maior delas, como visto durante esse trabalho, a doutrina tem discutido a razão de existir da modulação dos efeitos aplicada contra o contribuinte, ou seja, ex nunc, evitando as devidas ações de repetição de indébito, sob o argumento jurídico *ad terrorem*, de que a Fazenda quebraria se arcasse com determinadas demandas individuais ou coletivas.

A modulação dos efeitos, em sentido prospectivo (*ex nunc*) e com sua respectiva natureza constitutiva, pode acarretar um fenômeno singular no direito tributário; residente em eventual inconstitucionalidade, o STF estaria a criar indiretamente tributo com prazo certo de validade, em desrespeito às normas constitucionais. Ora, sabe-se que para a criação de um tributo necessita-se de lei (ressalvados, entre outros, os casos dos impostos extrafiscais), então

¹⁷⁰ Recurso Extraordinário 522.897 Rio Grande do Norte.

como admitir que o Poder Judiciário permita e legitime a cobrança de tributo inconstitucional por determinado prazo, sem o conseqüente direito de resgate? Simplesmente não pode. Com essa dinâmica, ousa-se defender como viável a alegação de inconstitucionalidade do art. 27, §3º da Lei 9.868/1999.

Sobre a contribuição sindical, temos um caso muito específico de constitucionalidade de norma que impõe a existência de tributo facultativo, favorecendo o contribuinte com a criação de uma potestatividade de pagamento frente a Fazenda, de modo que, o STF claramente não avaliou as conseqüências concretas de seu julgamento, ou seja, homologou a quebra normativa do art. 3º do Código Tributário Nacional, quando facultou ao contribuinte a escolha de se pagar ou não o tributo.

Para realçar o equívoco do STF na escolha de não modular sua decisão nas ADI, faremos uma indagação, qual seja, se a decisão da ADI foi declaratória no sentido de que a contribuição sindical nunca foi efetivamente um tributo, e a reforma trabalhista é constitucional, poder-se-á entender que as entidades sindicais poderiam buscar na Justiça o direito da repetição do indébito dentro do lustro decadencial com termo inicial da publicação da referida reforma?

5.4 O Princípio da Indisponibilidade aplicado sobre a modulação dos efeitos de uma decisão

No direito administrativo constitucional, sabe-se que existem duas grandes pilstras, são elas, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, ambas pautadas na esfera social, e, apesar de implícitas no ordenamento jurídico, são as bases do direito funcional, ou seja, os demais princípios decorrentes da Administração, são meros desdobramentos normativos daqueles. O ministro Celso de Mello¹⁷¹ arrematou que o “*princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, impede a desistência da ação direta já ajuizada*”.

Considerando que o princípio da indisponibilidade do interesse público é norma matriz da ação direta de inconstitucionalidade, muito mais razão se estabelece ao dizer que todas as medidas *internas processus*, tomadas pelos julgadores também o são, incluindo neste argumento a modulação dos efeitos da decisão final.

O art. 27 da Lei Federal em discussão contém o símbolo “poderá”, dando azo a uma pretensa liberdade ao julgador que, na verdade, não existe, pois, o princípio da

171 RTJ n.º 135/905.

indisponibilidade se torna barreira intransponível para o agente político. Em artigo publicado sobre o tema, os professores Jorge Amaury Nunes e Guilherme Pupe da Nóbrega¹⁷² vaticinam:

Deveras, declarada a inconstitucionalidade com efeitos meramente prospectivos, e havendo ação aforada antes do julgamento de inconstitucionalidade, não pode o Judiciário furtar-se ao dever de atribuir o bem da vida vindicado, negando a natureza da modulação prospectiva que estabeleceu. A não ser assim, o próprio fundamento da modulação, que é a segurança jurídica, restará ofendido!

A modulação dos efeitos está claramente internalizada em decisão judicial pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, como requisito *sine qua non* de sua estrutura formal, desde que se identifique a ocorrência de insegurança jurídica e excepcional interesse social. Nesse particular, o art. 27 preceitua que ao se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, poderá restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Levando-se em conta que o sistema adotado pelo Brasil fora o norte-americano (efeitos retroativos, *ex tunc*), o ato viciado perfaz-se como ponto de referência da inconstitucionalidade, de modo que a expressão “restringir” prevista no artigo em comento, quer denotar “aproximação” com marco temporal no qual foi expedida a decisão judicial, transmutando-se o ponto de referência para efeitos constitutivos.

Quer dizer com isto que, os efeitos espaço-temporais são elementos obrigatórios da decisão, podendo ser qualificados pela ocorrência dos requisitos legais acidentais (excepcional interesse social e segurança jurídica), de maneira obrigatória pelo julgador com base no princípio da indisponibilidade do interesse social, pedra de sustentação da atividade dos agentes públicos (agentes políticos e servidores públicos). De modo que, ao considerar o caso da ADI 5.794, o Supremo deveria, obrigatoriamente, modular os efeitos de sua decisão, delimitando-se os termos iniciais e finais quanto a validade da contribuição sindical.

Em rica tese apresentada à Universidade Federal de Pernambuco, a professora Mariana de Siqueira¹⁷³ apresenta a ideia que veda a apropriação pessoal da coisa/função pública, leia-se:

A busca de uma finalidade pública tanto movimenta, como também fundamenta a Administração. Os interesses públicos, próprios da

172 Disponível em: www.migalhas.com.br. Modulação dos efeitos da decisão como corolário do respeito à segurança jurídica. Acesso em: 03 abr. 2019.

173 Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/16281/1/Tese-Mariana%20Final.pdf%20corrigido.pdf>. Acesso em: 04 maio 2019.

coletividade, nascem em seu seio, são positivados no ordenamento, direcionados precipuamente ao Estado, não podendo sofrer apropriação pessoal e subjetiva por aquele que atua em nome deste corpo de sujeitos. O administrador, gestor cotidiano do bem comum, dele não pode se apropriar, dispor ou desviar.

A modulação dos efeitos de uma decisão, como elemento da sentença/acórdão, transitando e fazendo coisa julgada, não pertence ao mundo subjetivo das motivações do julgador (bojo discricionário), mas, a contrário senso, pertence ao seu *munus* público, indisponível e inalienável.

Os requisitos dispostos da Lei 9.868/99 ou no art. 927 do CPC, quais sejam, a segurança jurídica e o excepcional interesse social, são claramente institutos pertencentes ao campo da indisponibilidade do julgador, o que obriga tal agente público a adotar conduta positiva de resolver futuras contendas por meio da modulação, sob pena de ajuizamento do competente embargos de declaração por omissão judicial.

5.5 Conclusão do capítulo: possíveis medidas a serem adotadas

Em sede de argumentação jurídica, lembrando que MacCormick, entendia ser preciso considerar uma espécie de pretensão implícita e razoável de justiça, as decisões precisam ser justificadas (interna e externamente), polindo a máquina estatal para se evitar arestas indesejadas no funcionamento da máquina política, governamental e administrativa. A modulação dos efeitos, como instituto jurídico fruto de um azeitamento das escolas europeia e norte-americana, visa o destaque da segurança jurídica e do excepcional interesse social (primário) como forma de ação garantista de se destacar a responsabilidade fiscal do Estado, evitando a promulgação de leis inconstitucionais, o enriquecimento sem causa e a dignidade humana na seara tributária, valorando os princípios constitucionais tributários da legalidade, anterioridade e irretroatividade.

A modulação dos efeitos é, antes de tudo uma ode à relatividade da casuística, a qual impõe uma riqueza de possibilidades que vão além da imaginação humana, expostas nas decisões judiciais e administrativas na seara tributária, conforme podemos expor nas palavras do professor Basile Georges Campos¹⁷⁴, senão vejamos:

Um conceito amplo de consequencialismo envolve a defesa de uma análise não exclusiva dos resultados de uma ação. Isto é, uma ação poderia ser boa ou ruim, justa ou injusta, válida ou inválida, a

¹⁷⁴CAMPOS, Basile Georges. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30 set. 2015.

depende também dos resultados que produz. Num conceito estrito de consequencialismo, apenas as consequências deveriam ser relevantes para julgar uma determinada ação. Em todos os casos, não há uma resposta unívoca sobre quais são os resultados que devem ser considerados, como e por quê.

O professor Lenio Streck¹⁷⁵, lembrando Heidegger (o mensageiro já vem com a mensagem), afirma que no conto está o contador, de modo que o texto jurídico não existe em si mesmo, o que nos remete à conclusão irrefutável de que a realidade do intérprete se impõe sobre o produto de sua interpretação, a norma, de maneira que a modulação é em verdade, fruto de uma hermenêutica nascida dos fatos a serem interpretados juridicamente. A modulação deve centrar-se na análise dos fatos, pois é sobre estes que atua, negar essa lógica jurídica é refutar indevidamente a importância da função do intérprete em detrimento do texto normativo, seco e por si só, sem vida autônoma conforme o filósofo alemão.

A modulação dos efeitos deve ser entendida como instrumento de defesa para o contribuinte, ferramenta jurídica pautada na indisponibilidade da coisa pública, de modo que o julgador deve (dever e não apenas poder) se manifestar sobre a relação discutida em juízo no espaço-tempo, mediante ação afirmativa de emoldurar todas as consequências vindouras contra o contribuinte, mantendo-se assim, uma relação jurídica entre Estado e cidadão dentro dos moldes da dignidade humana.

A modulação dos efeitos, portanto, quer seja a lei 9.868/99 ou do Código de Processo Civil, pode ser enquadrada como instituto jurídico relativo quanto à casuística, indisponível ao agente julgador quanto à sua fundamentação, passível de embargos de declaração e produto de uma interpretação do texto jurídico condizente com as consequências obrigatórias no mundo dos fatos.

A complexidade dessa figura, como ato remediador de escolas antagônicas (norte-americana e europeia), continua desafiando os profissionais do direito, não tanto pela sua evolução perene, mas, principalmente pela eterna luta de poder entre os fatores sociais que buscam a hegemonia política e econômica de cada realidade estatal. Portanto, por todos os capítulos já escritos e defendidos nesse estudo, não se concebe a não utilização da modulação dos efeitos no dispositivo da ADI 5.794, haja vista que a facultatividade da contribuição sindical trouxe à baila inúmeras questões derivadas, como podemos notar pela renúncia fiscal relativa às parcelas pertencentes ao FAT ou mesmo por eventuais encargos contratuais assumidos pelos entes sindicais com base no auferimento da referida contribuição.

¹⁷⁵STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre, livraria do advogado. 2014.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho acadêmico realizou, mediante um corte epistemológico bem definido, uma análise crítica e racional sobre os contornos jurídicos do acórdão final da ADI n.º 5.794/2017, que chancelou a facultatividade da cobrança da contribuição sindical e reduziu drasticamente o financiamento público da seguridade social, sem as devidas medidas de compensação orçamentárias e de controle fiscal. Ao todo, essa redução contributiva alcançou patamares financeiros consideráveis (3,96 bilhões de reais), minorando não apenas o orçamento do sistema sindical, como também, a efetividade dos direitos fundamentais de 2º e 3º dimensões.

Em prol de um detalhamento minucioso e responsável sobre o tema, procuramos dividir os capítulos de acordo com seus principais assuntos, ou pelos menos, os mais sensíveis, de maneira a valorizar todos os aspectos jurídicos e filosóficos que fundam todo o arcabouço casuístico sobre o estudo. Inicialmente, no primeiro capítulo meritório, ratifica-se a natureza jurídica da contribuição sindical (a contribuição sindical é tributo de natureza mista, orçamentária e não orçamentária concomitantemente, por força legal estipulada no art. 589 da CLT ainda vigente, mesmo com a reforma trabalhista), seu histórico, classificação e amplitude política.

No capítulo seguinte, superada a natureza jurídica do tributo, enaltecemos a defesa da ocorrência da renúncia fiscal, especificamente na parcela tributária da contribuição sindical, qual seja, sobre os 10% do arrecadado junto aos trabalhadores e 20% sobre o valor arrecadado junto aos empregadores (tais valores são diretamente acionados e destinados a CEES, que por sua vez, pertence ao FAT, fundo este de caráter federal que está obrigatoriamente incluído na Lei Orçamentária anual da União).

Ainda destrinchamos o conceito de renúncia fiscal agressiva (quando a renúncia fiscal sem as devidas medidas de compensação exigidas nos termos do artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal) e que a renúncia fiscal é **instituto-consequência**, ao passo que a concessão/ampliação de incentivo/benefício é **instituto-causa**.

Após a caracterização de uma natureza jurídica *sui generis* da contribuição sindical (orçamentária e extraorçamentária) e a defesa da renúncia fiscal agressiva, passamos a analisar não mais o julgado, e sim o próprio julgador, de modo a destacar quais foram as causas fundantes jurídicas, filosóficas e ideológicas, para tanto, trouxemos ao presente texto científico, uma análise histórica das fases capitalistas que apoiaram a maioria momentaneamente vencedora (utilitarismo, liberalismo e financeirização).

Tratamos de esclarecer como uma visão baseada primordialmente na iniciativa privada pode embargar a efetivação dos direitos fundamentais de 2ª e 3ª dimensão em detrimento dos direitos fundamentais de 1ª dimensão, esses últimos baluartes da álea liberal, mesmo considerando a existência do princípio da vedação ao retrocesso social.

Por derradeiro, o último capítulo dessa dissertação tratou de opinar qual sentido o STF deveria ter tomado, especificamente, efetivando-se a modulação dos efeitos abstratos de seu acórdão, com base no art. 27 da Lei n.º 9.868/1999, ademais, que a modulação dos efeitos de uma decisão, como elemento do acórdão, ao transitar e efetiva a *res judicata* formal e material, não pertence ao plano subjetivo das motivações do julgador, mas ao *munus* público, indisponível e inalienável do que se julga.

Os requisitos dispostos da Lei 9.868/99 ou no art. 927 do CPC, quais sejam, a segurança jurídica e o excepcional interesse social, são claramente institutos pertencentes ao campo da indisponibilidade do julgador, o que obriga tal agente público a adotar conduta positiva de resolver futuras contendas por meio da modulação, sob pena de ajuizamento do competente embargos de declaração por omissão judicial.

Portanto, podemos elencar sinteticamente as seguintes conclusões:

1. A contribuição sindical possui natureza jurídica bipartida *sui generis*, tributária e não tributária, orçamentária e não orçamentária, derivada apenas na parcela transferida à União, na qual sua maior parte (90% para os empregados e 80% para os empregadores) constitui-se em receita privada ao sistema sindical e a outra parte (10% para os empregados e 20% para os empregadores) constitui-se em receita derivada e orçamentária, protegida pela irrenunciabilidade fiscal;

2. O STF desconsiderou a natureza jurídica mista da contribuição sindical, ao entender e decidir que a referida contribuição possui apenas elementos não tributários, ignorando-se os comandos normativos tributários das leis n.º 4.589/64, 6.386/1976 e 11.648/2008 que tornaram parte do arrecadado pertencente à União para exclusivo fomento da seguridade social, constitucionalmente assegurado.

3. O Supremo Tribunal Federal, com a decisão de ignorar a parcela tributária da contribuição sindical, homologou renúncia fiscal agressiva, na qual não se vislumbra a defesa dos requisitos legais contidos no art. 14 da lei de responsabilidade Fiscal.

4. O acórdão 5.794/2017 chancelou a renúncia fiscal da parcela pertencente à União num valor aproximado de meio bilhão de reais ao ano, desfalcando automaticamente o fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT. Ademais, para se fincar uma ideia do quão importante constitui-se este valor renunciado, basta destacarmos que duas doses (número necessário para

a imunização) da vacina Sinovac Biotech, custa aproximadamente R\$ 104 reais por pessoa¹⁷⁶, com isso, considerando que o estado de Alagoas possui 3,322 milhões de habitantes, poderíamos imunizar todo o estado e ainda doar para as unidades federativas vizinhas.

5. O Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela facultatividade da contribuição sindical, desloca a pedra angular de seu sistema de precedentes acerca da matéria e desvela uma vetusta composição ideológica entre seus pares, um sobrevalor da retórica pretensamente iluminista em desvalor à função contra-majoritária inerente a própria razão existencial de seu pleno, quebrando abruptamente seu histórico jurisprudencial sobre a matéria, sem ao menos implementar o devido *distinguish* ou o *overruling* que justifique tal mudança de pensamento.

6. O Supremo Tribunal Federal utiliza-se de posicionamentos enaltecidamente liberais, a beirar o utilitarismo pós-industrial, permitindo-se assim, a predominância de decisões com clara captura ideológica do Estado pelo capitalismo financeiro, que, por característica primordial, constitui-se como provocador de contínuas crises financeiras como meio para a acumulação de mais-valia, através de ajustes fiscais que sacrificam direitos sociais, vide o Consenso de Washington, o gerencialismo administrativo que limita o desenvolvimento industrializante ou mesmo a proibição das políticas de *catching-up* pelos países em desenvolvimento.

7. O Supremo Tribunal Federal desconsidera no caso em estudo a aplicabilidade efetiva do Princípio da Vedação ao retrocesso, quando não modula sua decisão e desprotege a parcela tributária da contribuição sindical, a gerar o rombo fiscal de aproximadamente de meio bilhão de reais ao ano, desfalcando boa parte do financiamento do FAT.

8. A inexistência de modulação na citada ADI fere a indisponibilidade de sua aplicação, olvida-se do consequencialismo prático sobre a lide objetiva (art. 20 da LINDB) e releva uma insegurança jurídica sobre os reais contornos da decisão, seus termos, limites e favorecidos, e ainda, prejudica Fazenda e entidades sindicais, tudo em nome de um instituto eivado de vícios, qual seja o tributo optativo.

¹⁷⁶Disponível em:

https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/12/15/interna_internacional,1220921/custo-da-coronavac-para-imunizar-o-estado-de-sao-paulo-nao-e-de-r-22bi.shtml. Acesso em 22/12/2020.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE**, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: O argumento pragmático ou consequencialistas de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 287.
- ANDRADE**, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: O argumento pragmático ou consequencialistas de cunho econômico e as decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ATIENZA**, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 132
- BARCELLOS**, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002. p. 80-81.
- BARRETO**, Paulo Ayres. *Contribuições: regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. p. 38.
- BARROSO**, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 9ª ed. São Paulo, Saraiva. 2020. p. 215.
- BARROSO**, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. ed. 4. jan./fev. 2009. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf. Acesso em: 15/01/2020.
- BIONDI**, Pablo. Os Direitos Humanos e sociais e o capitalismo: elementos para uma crítica. São Paulo: 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-11122012-113000/publico/Dissertacao_mestrado_Pablo_Biondi.pdf. Acesso em: 09/04/2020.
- BOBBIO**, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaor Caffé Alves – Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 43.
- BRITO FILHO**, José Cláudio Monteiro. *Direito Sindical*, 2ª ed. São Paulo: LTR, 2007. p. 51.
- CAMPOS**, Basile Georges. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30 set. 2015.
- CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338.

- CARRIÓ**, G. *Notas sobre Derecho y language*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.
- CARVALHO FILHO**, José dos Santos. O Controle Judicial da Concretização dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 54, 2001. p. 114.
- CARVALHO**, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378.
- CEGALLA**, Domingos Paschoal. *Novíssima gramática da língua portuguesa*. 319 ed. São Paulo: IBEP, 2009.
- CHANG**, Ha-joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica* São Paulo, Editora VUNESP, 2004, p. 35.
- CUNHA JÚNIOR**, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007 p. 111.
- DANTAS**, Ivo. *Novo processo constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 209.
- DAVIES**, James; **LLUBERAS**, Rodrigo; **SHORROCKS** Anthony. *Credit Suisse Global Wealth Databook 2016*: Disponível em: <https://goo.gl/NBgokb8>. Acesso em: 12/04/2020.
- DERBLI**, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 296.
- DIMOULIS**, Dimitri. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 213-226. Foi utilizada a versão digital disponibilizada no sítio Academia.edu na paginação. http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_juridico.
- DINIZ**, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 11 ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DOWBOR**, Ladislau. *O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais* – São Paulo: Edições SESC, 2020, p. 89.
- DWORKIN**, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ENTERRÍA**, Eduardo García de; **FERNANDÉZ**, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. p. 393-394.
- GAMA**, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 48-49.
- GODOY**, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. *Direito e educação jurídica nos Estados Unidos*. *Revista Sequência*, n. 48. jul. 2004. p. 29-40.

- GORZ**, André. *O imaterial: conhecimento, valor e capital*, São Paulo: Annablume, 2005, p. 9.
- GRAU**, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 203.
- GUASTINI**, Ricardo. *Das fontes às normas*. São Paulo, 2005. p. 146
- HOLANDA**, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia da Letras. 1995.
- HOLMES, STEPHEN** e Sunstein, Cass, Os custos dos Direitos. cit. p. 151.
- JEREMY BENTHAN**. *Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. p. 340.
- JUSTEN FILHO**, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167
- KRELL**, Andreas J. *Discrecionariiedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- LEITE**, Harrison. *Manual de Direito Financeiro*. 7º ed. Rev. Ampl. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 280.
- MACHADO**, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*: São Paulo, Malheiros, 2017. p. 65.
- MARMELSTEIN**, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARSHALL, T. H.** *Citizenship and social class and other essays*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1950.
- MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993. p. 420.
- MENDONÇA**, José Vicente dos Santos; **LEAL**, Fernando. *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.
- MILL**, John Stuart, 1806-1873. *Sobre a liberdade / John Stuart Mill*; tradução Pedro Madeira. - [Ed. especial]. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 60.
- MONTESQUIEU**, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das Leis*. Que é a liberdade. São Paulo: Editora. Martins Fontes, 2003. p. 164.
- MYRDAL**, Gunnar. *Beyond the Welfare State: Economic Planning and Its International Implications*. Pp. XIII, 287. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1960.
- NABAIS**, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.
- NEVES**, Marcelo. *Direito Frances e Direito brasileiro: perspectivas nacionais e comparadas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 573.
- OLIVEIRA**, Regis Fernandes de; **HORVATH**, Estevão, op. cit., p. 33.

- PASCOAL**, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 19.
- PAULSEN**, Leandro. *Curso de direito tributário completo* / Leandro Paulsen. 8º ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- PELUSO**, Luis Alberto. *Ética e Utilitarismo*. Campinas: Alínea, 1998. p. 202.
- REIMANN**, Mathias; **ZEKOLL**, Joachim. Introduction to german law. Munchen: C. H. Beck, 2005. p.306.
- SARLET**, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 371.
- SILVA**, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 42.
- SILVA**, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. O reconhecimento das centrais sindicais e a criação de sindicatos no Brasil: antes e depois da Constituição de 1988. In Horn, Carlos Henrique; **SILVA**, São Paulo. LTR, 2009. p. 17.
- STRECK**, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. p. 43.
- TORRES**, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 374.
- TORRES**, Heleno Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental. Acesso em: 2 abr. 2019.
- TORRES**, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pag. 263.
- VELLOSO**, Andrei Pitten. A Temerária Modulação dos Efeitos da Pronúncia de Inconstitucionalidade em Matéria Tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.º 157, out. 2008, p. 12.
- WEBER**, Max, 1864-1920 *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*/Max Weber; tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn – Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.