

O DIREITO E O FUTURO O FUTURO DO DIREITO

António José Avelãs Nunes
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho



A. CASTANHEIRA NEVES
ALDACY RACHID COUTINHO
ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
ALICIA E. C. RUIZ
ANTONIO MOREIRA MAUÉS
CARLOS MARÍA CÁRCOVA
EGON BOCKMANN MOREIRA
EROS ROBERTO GRAU
FERNANDO FACURY SCAFF
FRANCISCO DE OLIVEIRA NETO
J. J. GOMES CANOTILHO
JACINTO DE MIRANDA COUTINHO
JORGE COUTINHO DE ABREU
JOSÉ CASALTA NABAIS
JOSÉ DE FARIA COSTA
JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS
JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES
LENIO LUIZ STRECK
LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO
LUIZ EDSON FACHIN
MARCO AURÉLIO MARRAFON
PAULA A. FORGIONI
PAULO ANTONIO ALBUQUERQUE
PAULO DE TARSO BRANDÃO
PAULO MOTA PINTO
ROBERTO FRAGALE FILHO
RUI DE MOURA RAMOS

ISBN 978-972-40-3501-7



9 789724 035017

ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO

Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Paraná

(Coordenadores)

O DIREITO E O FUTURO O FUTURO DO DIREITO



ALMEDINA

O DIREITO E O FUTURO O FUTURO DO DIREITO

COORDENADORES

A. J. AVELÃS NUNES
JACINTO DE MIRANDA COUTINHO

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Av. Fernão Magalhães, n.º 584, 5.º Andar
3000-174 Coimbra
Tel.: 239 851 904
Fax: 239 851 901
www.almedina.net
editora@almedina.net

PRÉ-IMPRESSÃO | IMPRESSÃO | ACABAMENTO
G.C. GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.
Palheira – Assafarge
3001-453 Coimbra
producao@graficadecoimbra.pt

Maio, 2008

DEPÓSITO LEGAL
275050/08

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer
processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita
e passível de procedimento judicial contra o infractor.

Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação

O direito e o futuro – o futuro do direito / [coord.] António José
Avelãs Nunes, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

ISBN 978-972-40-35501-7

I – NUNES, António Avelãs
II – COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda,
CDU 34

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| Palavras breves no lugar do Prefácio | |
| A. J. AVELÃS NUNES | 5 |
| Breves Palavras | |
| EROS ROBERTO GRAU | 7 |
| O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro | |
| A. CASTANHEIRA NEVES | 9 |
| Una alternativa posible: tolerancia y solidaridades interculturales | |
| CARLOS MARÍA CÁRCOVA | 83 |
| Decisionismo e Discricionariedade Judicial em Tempos Pós-positivistas: O Solipsismo Hermeneutico e os Obstáculos à Concretização da Constituição no Brasil | |
| LENIO LUIZ STRECK | 91 |
| O futuro do trabalho ou o trabalho sem futuro? | |
| ALDACY RACHID COUTINHO | 117 |
| O Futuro do Pretérito na Terra Brasileira | |
| LUIZ EDSON FACHIN | 133 |
| Novos espaços deliberativos, ativismo judicial e reconstrução jurisprudencial: Algumas possibilidades para o futuro do direito do trabalho (brasileiro) | |
| ROBERTO FRAGALE FILHO | 149 |
| Sobre a alegada “superação” do Direito pela análise económica | |
| PAULO MOTA PINTO | 169 |
| O futuro das expectativas: a Teoria do Direito e as formas de constitucionalização da societalidade contemporânea | |
| PAULO ANTONIO DE M. ALBUQUERQUE | 213 |

| | |
|--|-----|
| O Giro Económico do Direito ou O Novo e Sofisticado Caminho da Servidão: Para uma Nova Gramática do Direito Democrático no Século XXI | 223 |
| ALEXANDRE MORAIS DA ROSA | 223 |
| O necessário e indispensável comportamento vigilante sobre o Direito do futuro: a triste proposta do projeto de Lei que cria o Estatuto da Pessoa com Deficiência | 235 |
| LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO | 235 |
| Reforma tributária num estado fiscal suportável | 253 |
| JOSÉ CASALTA NABAIS | 253 |
| Perspectivas do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos no Brasil | 289 |
| ANTONIO MOREIRA MAUÉS | 289 |
| República, Tributação, Finanças | 313 |
| FERNANDO FACURY SCAFF | 313 |
| Notas sobre o poder nas sociedades anónimas | 339 |
| J. M. COUTINHO DE ABREU | 339 |
| Acesso ao conhecimento: Que direito nos reserva o futuro? | 355 |
| PAULA A. FORGIONI | 355 |
| O Direito e o Futuro. O Futuro do Direito: a concretização responsável e possível | 373 |
| FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO | 373 |
| Futuro, democracia y discurso jurídico | 381 |
| ALICIA RUIZ | 381 |
| A “Abertura ao Futuro” como Dimensão do Problema do Direito Um “correlato” da pretensão de <i>autonomia</i>? | 391 |
| JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES | 391 |
| A fraternidade como valor universal: breve diálogo com Eligio Resta sobre o futuro do direito | 431 |
| MARCO AURÉLIO MARRAFON | 431 |
| Reflexões acerca das condições e possibilidades para uma ordem jurídica democrática no século XXI | 445 |
| JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS | 445 |
| Estado-da-Arte da Justiça Criminal no Brasil: Distorções Políticas e o Futuro | 471 |
| JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO | 471 |
| O direito, a justiça e a terceira pessoa | 497 |
| JOSÉ DE FARIA COSTA | 497 |

Futuro do Direito e Direito do Futuro: Reflexões sobre a flexibilização dos Direitos Fundamentais

PAULO DE TARSO BRANDÃO 513

Desenvolvimento Econômico, Políticas Públicas e Pessoas Privadas

EGON BOCKMANN MOREIRA 535

O Estado Garantidor. Claros – Escuros de um Conceito

J. J. GOMES CANOTILHO 571

Da Livre Circulação de Pessoas à Cidadania Europeia

RUI MANUEL MOURA RAMOS 577

O Futuro do Direito

EROS ROBERTO GRAU 587

República, Tributação, Finanças

FERNANDO FACURY SCAFF*

*No Brasil o sol nasce para todos,
Mas só brilha para poucos*
(Do rapper “Gabriel, o Pensador”,
na música “Brazuca”)

Sumário:

- I. Exposição do tema:
- II. Notas sobre a República:
- III. Notas sobre a República no Brasil:
 - a) O sentimento republicano:
 - b) Repúblia e Tributação: Quem paga tributo no Brasil?
 - c) Repúblia e Renúncias Fiscais: Notas sobre a guerra fiscal brasileira
 - d) Repúblia e Gasto público: Sistemas Previdenciários
- IV. Guardiães da República: Como procedem o Congresso nacional e o STF
- V. O futuro do Brasil requer mais República

I. Exposição do tema

01. O vocábulo “república” pode ser usado tanto como *substantivo*, designando uma *forma de governo*, quanto como *adjetivo*, indicando um comportamento *republicano*, uma postura *republicana*.

* Professor da Universidade Federal do Pará, Doutor em Direito pela USP – Universidade de São Paulo. Advogado.

Desde 1889 a sociedade brasileira optou pela forma de governo republicana, encerrando um período monárquico que durou 69 anos. A Constituição de 1988 previu inclusive um plebiscito para decidir sobre o retorno à Monarquia, que foi realizado em 2 de abril de 1993, onde a opção republicana venceu por esmagadora maioria.

Após quase 120 anos sob este *regime republicano* (vocábulo usado como *substantivo*), há um sentimento de que a sociedade brasileira ainda não chegou a um nível razoável de *convivência republicana* (vocábulo usado como *adjetivo*), em especial no que se refere ao uso das verbas públicas, no âmbito da arrecadação, das renúncias fiscais e do gasto público.

O Direito é um elemento central nessa análise, e discutir o futuro do Direito, no Brasil, implica em discutir o uso mais republicano desses recursos “*públicos*”, em especial na sociedade brasileira, uma das campeãs mundiais em disparidade sócio-econômica. Hoje este não é o foco predominante nos estudos desenvolvidos nas áreas jurídicas que cuidam das finanças.

Pretende-se, portanto, discorrer sobre o uso republicano do poder de tributar, de isentar e de gastar os recursos arrecadados da sociedade brasileira e demonstrar que este é um tema de especial importância na análise jurídica tributária e financeira no Brasil dos próximos anos.

II. Notas sobre a República

02. “É pois, a República coisa do povo, considerando tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no conhecimento jurídico e na utilidade comum”. É com esta definição breve e singela, mas de riquíssimo conteúdo, que Cícero, ainda na Roma antiga, definia o que se deve entender por esta forma de governo¹. Era “o que pertencia em comum a todo o povo romano, em oposição aos bens de propriedade particular de indivíduos, ou de corporações, mesmo aquelas que hoje consideramos situadas na esfera estatal”, na síntese efetuada por Comparato².

¹ Cícero, da República, Editora Escala, Tradução de Amador Cisneiros, s/d, pág. 30.

Tem a ver com os direitos de propriedade, do que é próprio (= de alguém em particular) diversamente do que é público (= de uso comum do povo).

Por outro lado, Canotilho e Moreira, ao comentar o sentido da expressão no art. 1º da CRP, indicam que o termo é mais do que uma singela forma de governo, mas um sentido de coletividade política, de *res publica*, a qual é, “política e sociologicamente distinta do Estado e política e conceitualmente, prévia ao Estado.”³ Este é um sentido da expressão que se encontra mais próximo do espírito da *civitas*, dos antigos romanos.

03. Enquanto *forma de governo* Jellinek⁴ nos indica a existência de vários tipos de República. Aquelas que possuem (a) um caráter *corporativo*, como a da Prússia, onde a corporação adquire a soberania sobre um país ou sobre um Estado já existente, sem despojar-se de seu caráter de corporação. As (b) repúblicas *oligárquicas*, onde apenas certo número de pessoas forma a vontade soberana – aquelas que criam fortes limitações ao exercício de voto e de acesso aos cargos públicos, por exemplo. Menciona também as (c) repúblicas *aristocráticas*, onde as pessoas que dominam a república saem de uma parte do povo e dele se apartam em virtude de certos privilégios consolidados por critérios jurídicos. Historicamente “a soberania dessas classes descansa na situação política privilegiada de uma parte do povo com respeito ao resto”. Em tempos atuais, haveria maior dificuldade na criação e manutenção de privilégios estamentais, amparados juridicamente, mas eles ressurgiriam amparados em outras razões: “se uma república concreta viesse a oferecer hoje o caráter de uma soberania de classes, seria uma dominação de fato, mas não de natureza jurídica.” E fala também da (d) república *democrática*, que descansa sobre o povo como órgão supremo do Estado, onde reside realmente a soberania. E adverte o Autor: “jamais poderá a aristocracia se desenvolver em um povo onde exista igualdade social.” Parece-me claro que o uso da palavra República, nesse contexto, designa muito

² Fábio Konder Comparato, *Ética, – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. SP, Companhia das Letras, 2006, pág. 616.

³ CRP Anotada, 4ª. Ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 196.

⁴ Teoria General del Estado, Granada, Ed. Comares, 2000, págs 705 e ss.

mais a *forma de governo republicana* (o vocábulo usado como *substantivo*) do que o *espírito republicano* (vocábulo usado como *adjetivo*).

A idéia de república (como *substantivo*) se prende, ainda, à necessidade de serem definidas por lei as funções governamentais, que devem ocorrer de forma previsível, e serem distribuídas entre órgãos juridicamente estabelecidos, além da necessária secularização da vida política e a exigência de um governo limitado⁵.

Ataliba apresenta como fundamento da adoção de instituições republicanas “a exclusão do arbítrio, como expressão de poder. A segurança dos direitos e a fixação destes em leis impessoais e genéricas impedem peremptoriamente o emprego caprichoso dos instrumentos de poder.”⁶ Assim, “à cidadania corresponde, portanto, um feixe de privilégios decorrentes da condição da titularidade da coisa pública. Desses, os mais conspícuos estão na imunidade jurídica aos excessos estatais, no direito à resistência aos abusos, na prerrogativa de responsabilizar os agentes excessivos e no direito à tutela jurisdicional contra os mesmos”.⁷

Enfim, a *forma republicana de governo* tem como foco a idéia de “antiprivilegio no que respeita à definição dos princípios e critérios ordenadores do acesso à função pública e aos cargos públicos. De um modo geral, a forma republicana de governo prefere os critérios de *eletividade, colegialidade, temporalidade e pluralidade* aos critérios da *designação, hierarquia e vitaliciedade*”.⁸ É o combate aos privilégios, aos direitos de classe, hierarquia ou nobreza, às sinecuras de livre nomeação concedidas aos apaniguados do poder.

É a partir dessa afirmação de “*igualdade*” que os dois sentidos do vocábulo “república” passam a caminhar mais próximos.

⁵ Nelson Saldanha, no verbete *República*, Enciclopédia Saraiva, vol. 65. SP, Saraiva, s/d.

⁶ Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, 2^a ed. SP, Malheiros, 2004, pág. 161.

⁷ *Ob. Cit.*, pág. 165

⁸ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7^a ed.. Coimbra, Almedina, 2003, pág. 229.

04. O traço característico, contudo, do vocábulo *república* (como *adjetivo*), é-nos fornecido por Montesquieu: É preciso que todos os cidadãos se considerem iguais.⁹

Afirma Comparato que “o povo, como comunidade, é o resultado nunca acabado de uma política republicana de combate às desigualdades e preservação das legítimas diferenças biológicas e culturais. Da igualdade cidadã, simples reflexo da igualdade essencial de todos os seres humanos, decorre o princípio republicano da supremacia do interesse comum de todos os membros da coletividade sobre os interesses particulares, que podem ser próprios, não só de indivíduos, famílias, corporações, classes sociais ou ainda do próprio Estado”.¹⁰

Para tratar da isonomia Robert Alexy¹¹ parte do preceito de que “todas as pessoas são iguais perante a lei” constante da Constituição Alemã (art. 3º, §1º) e também da brasileira (art. 5º, *caput*) e demonstra que não é suficiente tratar a todos de forma absolutamente igual, pois, nestas hipóteses, se chegaria a verdadeiros absurdos, tais como estabelecer que todos devem prestar o serviço militar, inclusive os recém nascidos, pois todos são iguais perante a lei¹². Não é desta forma que se deve interpretar a norma. É necessário que se verifique em quais situações é possível fazer distinções.

Também o amplo preceito de que “se deve tratar igual ao igual e desigual ao desigual” não dá parâmetros para o tratamento da desigualdade, mas apenas da igualdade. Segundo o Autor, a seguir este preceito, toda a legislação nazista contra os judeus estaria contemplada¹³, pois trataria “os desiguais” de forma desigual.

A solução, segundo Alexy, está no entendimento do Princípio da Isonomia assim formulado para o tratamento *igualitário*: “Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual¹⁴”. Por esta máxima, todos devem ser tratados de forma igual, desde que não haja uma razão suficiente que permita a diferenciação.

⁹ J. J. Rousseau, *O Contrato Social*, Livro Primeiro.

¹⁰ Comparato, *Ética*, 620.

¹¹ Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 381 a 418.

¹² *Ob. cit.*, pág. 384.

¹³ *Ob. cit.*, pág. 386.

¹⁴ *Ob. cit.*, pág. 395.

E para o tratamento *não-igualitário* o preceito deve ser lido da seguinte forma: “*Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual*¹⁵”. É imperioso que seja demonstrada a existência de “razão suficiente” para determinar a *quebra da isonomia*. Uma vez tendo sido demonstrada esta razão, é impositivo o tratamento diferenciado (“está ordenado”, diz o Autor).

05. Neste passo deve-se acrescer ao tema da “*igualdade republicana*” o das liberdades públicas.

O gasto público encontra-se diretamente vinculado ao exercício dos direitos fundamentais, quaisquer que sejam suas dimensões, conforme nos ensina Holmes e Sustein¹⁶, o que inclui o exercício das liberdades reais visando obter a igualdade republicana. Robert Alexy, ao expor as razões em favor da existência de direitos fundamentais sociais, que são direitos prestacionais e que necessitam da intervenção do Estado, apresenta duas teses.

A primeira é que a liberdade jurídica para fazer ou deixar de fazer algo, sem a existência de liberdade fática ou real, carece de qualquer valor.¹⁷ Reproduz Lorenz von Stein que disse: “A liberdade só é real quando se possui as condições para seu exercício, os bens materiais e espirituais pressupostos de sua autodeterminação.” E ainda transcreve decisão do Tribunal Constitucional Federal: ”o direito de liberdade não teria valor algum sem os pressupostos fáticos para poder fazer uso dele.”¹⁸

A segunda é que a liberdade fática de um sem número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material em seu meio, mas dependem essencialmente de atividades estatais.¹⁹

Segue o Autor dizendo que para justificar a vinculação dos direitos sociais com um argumento de liberdade é necessário fundamentalmente que a liberdade que os direitos fundamentais deve assegurar é

¹⁵ *Ob. cit.*, pág. 397.

¹⁶ Cass Sustein, *The Cost of Rights*, New York, Basic Books, 2004.

¹⁷ *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 486.

¹⁸ *Ob. cit.*, pág. 487.

¹⁹ *Ob. e loc. cit.*

a da liberdade *fática*. E prossegue afirmando que para um indivíduo tem importância existencial não viver abaixo de um nível de existência mínimo, não estar condenado a um permanente desemprego ou a não ficar excluído da vida social de sua época. Se o objetivo dos direitos fundamentais é que a pessoa humana se desenvolva livremente, eles também apontam para as liberdades *fáticas*, a fim de assegurar também os pressupostos do uso das liberdades *jurídicas*.²⁰

O prêmio Nobel de Economia de 1999, Amartya Sen, em uma obra fundamental para compreender o sistema de liberdades, preleciona que “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição de agente.”²¹

Para Amartya, “capacidade” é um tipo de liberdade para ter estilos de vida diferentes. Não comer por desejo de fazer jejum ou emagrecer é uma opção de quem pode comer; não comer por falta de alimento não decorre de uma opção da pessoa, mas de falta de capacidade (condições) de fazê-lo.²² Afinal, diz o Autor, “a privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto ou de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar da morte prematura, morbidez inevitável ou fome involuntária).”²³

A partir dessa observação, bem como em outras partes de sua obra, pode-se ver que o conceito de liberdade não está vinculado apenas a um sistema econômico de trocas no mercado, mas também à possibilidade de efetivo exercício de liberdades políticas. Demonstra Amartya que na hipótese de obtenção de resultados econômicos idênticos entre uma economia de mercado competitivo e uma economia centralizada, as pessoas certamente prefeririam viver em uma sociedade que privilegiasse as liberdades públicas²⁴.

²⁰ *Ob. cit.*, págs. 488-9, *passim*.

²¹ *Desenvolvimento como Liberdade*, SP, Companhia das Letras, 3^a. reimpressão, 2000, pág. 10.

²² *Ob. cit.*, pág. 94.

²³ *Ob. cit.*, pág. 31.

²⁴ *Ob. cit.*, pág. 42.

O Autor destaca a ação democrática entre pessoas que possuem a capacidade para exercer sua liberdade. “A liberdade individual é essencialmente um produto social, e existe uma relação de mão dupla entre (1) as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e (2) o uso de liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes.”²⁵

“A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para a qualidade da vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis de duração e qualidade de vida de toda a população.”²⁶

Daí é que se pode extrair a idéia que, somente com *liberdade real* é que se poderá chegar à *igualdade republicana*. Assim é que se permitirá o efetivo acesso de todos aos cargos públicos e a influenciar as decisões políticas de sua comunidade – o que irá impactar diretamente nas decisões de tributar, isentar e gastar as verbas públicas.

Desta forma, com liberdade real e igualdade republicana é que se poderá efetivar critérios de eleitividade para todos, deliberação verdadeiramente colegiada, respeito à pluralidade dos indivíduos e temporalidade no exercício dos cargos públicos. Isto combate o obscurantismo da generosa distribuição de cargos públicos aos apaniguados do poder, da vitaliciedade no exercício dos cargos públicos e na submissão cega à hierarquia em locais onde o mérito deve prevalecer.

Só pode exercer com plenitude a liberdade, quem possui capacidade para exercê-la. E para que seja possível este exercício de liberdade jurídica é necessário assegurar a liberdade real (Alexy), ou a possibilidade de exercer suas capacidades (Amartya), através dos direitos fundamentais sociais – que exigem gastos públicos e que, por conseguinte, exigem um nível de receita adequada para fazer frente às exigências sociais.

²⁵ Ob. cit., pág. 46.

²⁶ Ob. cit., pág. 170-1.

Deste modo, e paradoxalmente, verifica-se que *quanto mais desigual economicamente for a sociedade, maior a necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas capacidades (ou liberdades reais) a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas. E daí maior necessidade de espírito republicano, pois para desigualar os desiguais é necessário que exista “razão suficiente” que justifique o discrímen. Esta assertiva serve também para a distribuição republicana do ônus fiscal na manutenção do Estado, seja na imposição tributária, seja nas renúncias fiscais ou nos gastos públicos.*

Sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade. Grande parte da população será parcialmente excluída da comunidade jurídica, pois não poderá exercer seus direitos, mas será compelida a cumprir seus deveres para com o Estado e as demais parcelas da sociedade. E aí o ideal republicano não será alcançado.

III. Notas sobre a República no Brasil

a) *O sentimento republicano*

07. No Brasil o sentimento de igualdade social, de impessoalidade, típico das repúblicas, não é uma característica social.

Sérgio Buarque de Holanda, há mais de 70 anos em seu precioso *Raízes do Brasil*, relatava que, “ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida, o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar – a esfera, por excelência, dos chamados ‘contatos primários’, dos laços de sangue e de coração – está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. *Isso ocorre mesmo onde as insti-*

tuições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.”²⁷

E prossegue o Autor, em outro trecho, comentando nossa capacidade de organização em mobilização em prol de certas bandeiras de luta, mas que se constituem em idolatria a falsos ideais: “Podemos organizar campanhas, formar facções, armar motins, se preciso for, em torno de uma idéia nobre. Ninguém ignora, porém, que o aparente triunfo de um princípio jamais significou no Brasil – como no resto da América Latina – mais do que o triunfo de um personalismo sobre outro. (...) É freqüente imaginarmos prezar os princípios democráticos e liberais quando, em realidade, lutamos por um personalismo contra outro. O inextricável mecanismo político e eleitoral ocupa-se continuamente de velar-nos esse fato.”²⁸

Com um olhar estrangeiro de recém chegado ao país, Contardo Calligaris anotou sobre o exercício de poder por parte dos brasileiros: “O clientelismo local e familiar, ou seja, o fato esperado que um homem político ou um funcionário no poder devolva riqueza para a sua cidade natal e para o seu círculo familiar não é tanto uma retribuição dos votos que lhe foram eventualmente acordados, nem o signo de seu amor para a terra natal e a família. O problema é que, nesses lugares, onde, mais do que em outros, o nosso político ou funcionário gostaria de encontrar o justo reconhecimento da dignidade de seu percurso e do seu cargo, ele descobre que esta dignidade só será reconhecida à medida que ele a ilustre com uma prodigalidade que demonstre seus recursos.”²⁹

No Brasil, portanto, segundo o Autor, “a exibição da potência real e, em última análise, da corrupção, valida a autoridade e impõe uma fidelidade que é signo de respeito. Sem isso seria impossível entender alguns slogans oficiosos de uma recente campanha política para a eleição dos governadores. (...) (O) candidato deixa circular o mote ‘Rouba, mas faz’. Cumulando perfeitamente cinismo e amor de uma autoridade simbolicamente indigna, encontro uma frase pichada num muro, que – se prevalecendo da rima – diz: ‘Bosta por bosta,

²⁷ Raízes do Brasil, SP, Companhia das Letras, 2006, pág. 159/160.

²⁸ Ob. Cit., págs. 202/203.

²⁹ Hello Brasil – Notas de um Psicanalista Europeu viajando ao Brasil. SP, Escuta, 1993, p. 62-63.

vote no ...'. O incrível é que esses slogans oficiais possam ser considerados e funcionem *a favor* do candidato que apontam”³⁰

Isso tudo para não falarmos na antítese do republicanismo, que é o famoso “*jeitinho brasileiro*”, procedimento estudado por Lívia Barbosa³¹ em sua tese de doutorado em Antropologia Social. O título da obra já bem demonstra a quebra da isonomia, inerente ao caráter social do brasileiro utente do *jeitinho*; chama-se: “*O jeitinho brasileiro – a arte de ser mais igual que os outros*”. O *jeitinho* que pode ser definido como “uma forma especial de se resolver algum problema ou situação difícil ou proibida; ou uma solução criativa para alguma emergência, seja sob a forma de burla a alguma regra ou norma pré-estabelecida, seja sob a forma de conciliação, esperteza ou habilidade. (...) Não importa se a solução encontrada for definitiva ou não, ideal ou provisória, legal ou ilegal. (...) Sabemos que o *jeito* se distingue de outras categorias afins no universo social brasileiro como o favor e a corrupção. (...) quem recebe um favor fica devedor a quem o fez e se sente obrigado a retribuí-lo na primeira oportunidade. (Já a corrupção) envolve alguma vantagem material advinda da situação.”

A despeito do passar dos anos, a teoria republicana ainda não chegou a se implantar em concreto em nosso país. Ou como relata Fábio Comparato na esteira da paródia que faz com o conhecido poema de Fernando Pessoa sobre o “poeta fingidor”:

“Fingimos tão completamente que chegamos a pensar que existe e funciona, de fato, a organização política ideal que acalenta os nossos sonhos.”³²

b) *República e Tributação: Quem paga tributo no Brasil?*

08. A progressividade na tributação é, sem dúvida, um princípio republicano. Cobrar progressivamente mais de quem ganha mais, implementa o princípio da isonomia, cerne do republicanismo.

³⁰ Ob. Cit., pág. 64.

³¹ *O jeitinho brasileiro – a arte de ser mais igual que os outros*. 10ª ed. SP, Campus, 1992, págs. 32-34.

³² Fábio Konder Comparato, em Prefácio ao livro *A República Inacabada*, de Raymundo Faoro. RJ, Globo, 2007, pág. 08.

Pode-se classificar as incidências tributárias previstas em nossa Constituição da seguinte forma:

- 1) Incidências sobre o patrimônio;
- 2) Incidências sobre a circulação de mercadorias, bens e serviços;
- 3) Incidências sobre a receita bruta;
- 4) Incidências sobre a renda; e
- 5) Incidências sobre a folha de salários.

No primeiro grupo, de *incidências sobre o patrimônio*, podemos citar a existência dos seguintes impostos:

- IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, no âmbito de cada Estado da Federação;
- ITR – Imposto Territorial Rural, devido à União; e
- IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano, devido aos Municípios.

No segundo grupo, de *incidências sobre a circulação de bens, mercadorias e serviços*, podem-se vislumbrar a existência dos seguintes tributos:

- ISS – Imposto sobre Serviços, de âmbito municipal;
- ICMS – Imposto sobre a circulação de mercadorias e alguns serviços, de competência estadual;
- IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados, de âmbito federal;
- II – Imposto de Importação, de âmbito federal;
- IE – Imposto de Exportação, também de âmbito federal;
- IOF – Imposto sobre algumas operações financeiras, tais como as de crédito, de seguro, de distribuição de títulos e valores mobiliários, entre outras, de competência federal;
- ITCMD – Imposto de Transmissão “causa mortis” e doações de quaisquer bens ou direitos, de âmbito estadual; e
- ITBI – Imposto de Transmissão de bens imóveis, “inter vivos”, oneroso, de âmbito municipal.

No terceiro grupo, e muito próximo do segundo, existem os tributos que *incidentem sobre a receita bruta*, tais como a COFINS – Contribuição para a Seguridade Social e o PIS – Programa de Integração Social, ambos devidos à União e sempre incidentes sobre

pessoas jurídicas (ou equiparadas). Convém dizer que o conceito de “receita” é diverso do conceito de “renda”, abaixo exposto. Receita é aquilo que as pessoas jurídicas faturam ou obtém em decorrência de sua atividade. Por outras palavras, *receita* são todos os bens que ingressam no patrimônio de uma pessoa jurídica, acrescentando-lhe valor³³. *Renda*, como será visto, é a receita menos as despesas legalmente dedutíveis. Assim, o conceito de receita é mais amplo do que o de renda. Certamente por isso as alíquotas dos tributos que incidem sobre a receita são numericamente menores do que as que incidem sobre a renda. O Cofins, por exemplo, possui alíquotas de 3% (nos casos de cumulatividade) enquanto que a alíquota mais baixa do IRPF é de 15%.

No quarto grupo encontramos o *Imposto sobre a Renda*, de âmbito federal, e que possui vários distintos âmbitos estritamente regulamentados, tais como o IRPF, o IRPJ, todo o detalhamento do IRRF, entre outros aspectos. Aqui, neste grupo, deve-se apresentar um conceito de renda, que é o acréscimo patrimonial decorrente das receitas menos as despesas legalmente dedutíveis, ou, conforme o CTN, “a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica”³⁴.

Existe ainda um outro grupo de incidências, que se refere à folha de salários, cujo foco principal é a contribuição dos empregadores para o INSS, e que também inclui outras contribuições, mas que não são pertinentes ao tema em apreço.

09. No Brasil, o sistema tributário é fortemente centrado nos tributos do 2º e 3º. acima delineados, ou seja, incidentes sobre a

³³ Sobre este tema, que possui pertinência com a *teoria dos ingressos*, do direito financeiro, pode ser consultada a magistral obra de Aliomar Baleeiro, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, Capítulo XIV – Teoria dos Ingressos Públicos, pág. 125 e ss. RJ, Forense, 2004, 16º ed., atualizado por Djalma de Campos.

³⁴ O debate acadêmico sobre o conceito de renda é bastante intenso, sendo que o STF ainda não se pronunciou acerca do tema, a despeito das várias ações que permanecem aguardando a decisão final daquela Corte. O conceito legal, previsto no CTN é o seguinte: “Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

circulação de bens e serviços e a receita bruta. Tais incidências acontecem inclusive sobre bens de primeira necessidade, tal como os gêneros alimentícios que compõem a cesta básica. Este tipo de tributação faz com que ricos e pobres paguem a mesma quantidade de tributos pelo quilo de arroz consumido. Ocorre que este valor consome muito mais a renda do pobre que do rico.

Apenas uma ínfima parte do que é arrecadado incide sobre a propriedade. Apenas nos grandes centros há efetiva arrecadação com o IPTU. A arrecadação do ITR pela União é ínfima, e seu objetivo, de promover a reforma agrária através da progressividade de suas alíquotas, jamais foi sequer esboçado.

A tributação da renda, a despeito das altas alíquotas (15% e 27,5%), é fortemente centrada nos trabalhadores, que já tem a incidência “na fonte” sobre seus salários.

10. No Brasil é melhor ser pessoa jurídica que pessoa física, para fins tributários.

Imaginemos uma família onde ambos os cônjuges são profissionais de alta qualificação, com relações empregatícias regidas pela CLT. Têm dois filhos em escola privada, pagam plano de saúde, manutenção de carros, vigilância, condomínio, água, luz, e todas as demais despesas usuais em uma família de classe média alta no Brasil.

Por outro lado, este casal, ao receber a remuneração tributada como se pessoa jurídica fosse, passaria a pagar vários tributos (PIS, Cofins, CSL, IRPJ, ISS), mas o custo final seria bastante menor, caso apurados os valores a receber pelo sistema de tributação do Imposto de Renda denominado de *lucro presumido*.

Apenas a título de exemplo, pode-se verificar o seguinte:

- a) Trabalhador assalariado que receba R\$ 20 mil por mês e tenha dois filhos dependentes, pagará de INSS R\$ 293,50 e de Imposto de Renda R\$ 4.889,50 o que importa em uma incidência na fonte de R\$ 5.183,09 apenas referente a estes dois tributos. Ou seja, a redução será de 26% sobre o valor bruto recebido, sobrando-lhe R\$ 14.816,91.
- b) O mesmo rendimento (R\$ 20 mil por mês), apurado por uma pessoa jurídica, através do sistema de lucro presumido, geraria descontos da seguinte ordem: Imposto de Renda (15%

sobre 32%) = R\$ 960,00; Contribuição Social sobre o Lucro (9% sobre 32%) = R\$ 576,00; PIS/Cofins (3,65%) = R\$ 730,00 e ISS (supondo-se uma alíquota municipal de 5%) = R\$ 1.000,00. Logo, esta tributação implica em R\$ 3.266,00 o que gera uma redução de 16,33% sobre o valor recebido, restando um saldo de R\$ 16.734,00.

A diferença entre as duas situações é que o assalariado colocará líquido no bolso R\$ 14.817,00 e os sócios da pessoa jurídica, partindo do mesmo valor, colocariam no bolso R\$ 16.734,00. Desta forma, sobraria no bolso dos sócios R\$ 1.917,00 a mais do que no do assalariado.

Esta demonstração afasta qualquer alegação de função republicana em nossa tributação.

c) *República e Renúncias Fiscais: Notas sobre a guerra fiscal brasileira*

11. Sobre as renúncias fiscais existe um rol de questões a serem apontadas. Observemos apenas aquilo que no Brasil é conhecido como “guerra fiscal”

Esta ocorre quando um Estado-membro oferta benefícios às empresas que pretendem implantar ou ampliar seus negócios. Na prática, instaura-se um verdadeiro leilão de benefícios, uma licitação às avessas. Tais benefícios podem ser variados, sendo os mais comuns, a isenção total ou parcial de ICMS, a suspensão³⁵, a diliação³⁶ ou o diferimento³⁷ no pagamento do tributo, redução da base de cálculo, devolução total ou parcial, direta ou indireta, ao contribuinte ou a interposta pessoa, do montante arrecadado; crédito presumido³⁸;

³⁵ Suspender implica em não cobrar o valor do tributo, ou parte dele, em razão de uma anistia ou remissão.

³⁶ Dilatar o prazo de pagamento. Este procedimento implica em permitir que o contribuinte tenha um tempo maior para pagar, podendo ser concedido um prazo dilatado em vários meses após a ocorrência do fato imponível.

³⁷ Diferir implica em postergar o pagamento de um tributo incidente sobre uma etapa intermediária de produção ou comercialização para o final de uma cadeia produtiva.

³⁸ Conceder crédito presumido significa atribuir ao contribuinte um crédito hipotético, a ser usado na compensação do tributo na etapa seguinte de comercialização.

parcelamentos etc. No caso brasileiro esta *guerra* é mais acentuada em razão de que o sistema de arrecadação do ICMS é *misto*, sendo a parcela maior do tributo cobrada na *origem* e a menor parcela no *destino*. Isso, em um país com acentuadas diferenças sócio-econômicas entre os Estados, implica em acentuar o desequilíbrio existente, e não em o reduzir, o que acirra a guerra fiscal.

Dentro destes parâmetros é que os Estados-membros (e os países, no âmbito internacional) enfrentam o seguinte dilema: *É melhor arrecadar mais hoje ou incrementar o desenvolvimento com vistas a aumentar a arrecadação amanhã?*

Na hipótese da opção recair sobre o desenvolvimento futuro, dentro da política de guerra fiscal acima exposta, será necessário abrir mão de arrecadação presente, a fim de atrair investimentos nas áreas eleitas como prioritárias. Isto implica em abdicar *hoje* de verbas públicas para saúde, educação, segurança, em prol de redução de carga tributária para a indústria.

De outra banda, optar por manter um nível de arrecadação atual, e tentar incrementá-lo, sem conceder incentivos fiscais, havendo, porém, uma guerra fiscal em curso, é abandonar qualquer possibilidade de atrair novos investimentos. É não gerar empregos, não implementar a criação de novas fontes de receita, reduzir a pó qualquer tentativa de distribuição de rendas, não explorar os recursos naturais existentes. Ou seja, a arrecadação *futura* ficará comprometida. Os benefícios econômicos não concedidos em um Estado podem estar sendo oferecidos noutro, e, então, a tendência será o *capital* seguir o porto que lhe render a melhor combinação entre rentabilidade e segurança.

Atrair investimentos privados em detrimento de arrecadação *atual* implica em acréscimo de necessidades públicas (escolas, hospitais, saneamento) que o poder público não terá o condão de enfrentar por falta de recursos presentes, durante o tempo do benefício concedido. E, fruto do mercado, as próprias empresas instaladas não terão folga orçamentária para implementar este tipo de gasto público, por mais benemerentes que sejam – o que não é lugar comum.

Logo, a política de incentivo à concorrência entre os Estados-membros é extremamente perniciosa para a sociedade, pois, de uma forma, as gerações futuras ficarão comprometidas em detrimento das atuais; de outra forma, haverá o privilegiamento oposto. Além disso,

o mercado não é bom condutor de políticas públicas, que não se regulam pelo lucro, mas pela redução das desigualdades, sejam econômicas, sociais, culturais, etc. O ajuste fino entre estas duas situações extremas é muito difícil, senão impossível.

A tendência é o estiolamento das finanças públicas após determinado período, seja atual (para aqueles que optarem pela indiscriminada concessão de benefícios) seja futuro (para os que não seguirem a regra majoritária de mercado). Ou ainda, entre estas duas situações, na pendência do prazo dos benefícios concedidos e do aumento das necessidades públicas geradas.

Enfim, a existência do dilema econômico entre incentivar a industrialização futura ou arrecadar mais na atualidade é um dos mais difíceis que a sociedade hoje enfrenta, e somente mecanismos democráticos poderão apurar a real vontade popular na escolha entre estas opções. A simples existência da guerra fiscal obrigando os Estados a adotar uma política econômica onde este dilema esteja presente, impede que a sociedade fique alijada de sua discussão.

12. Para evitar a guerra fiscal entre os Estados-membros, foi criado o CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária, onde os Estados-membros, sob a coordenação do Ministério da Fazenda, estipulariam os benefícios fiscais que os Estados poderiam conceder no âmbito do ICMS, desde que houvesse concordância da *unanimidade* dos Estados neste sentido.³⁹

O fato é que, em meados dos anos 90, com a instalação desta disputa indiscriminada por investimentos entre os Estados-membros, a sistemática deixou de funcionar por completo, pois vários deles passaram a conceder incentivos diretamente às empresas, sem que o fato fosse levado ao CONFAZ, e sem que houvesse uma medida judicial eficaz contra este tipo de procedimento.

Outros Estados, visando fugir das limitações financeiras e tributárias, adotaram políticas compensatórias, usualmente no setor creditício, a fim de reduzir o peso do ICMS sobre a comercialização das mercadorias. O exemplo mais comum é o de um Estado da Federação brasileira que, visando atrair empresas para seu território,

³⁹ Lei Complementar 24/75.

concebeu a seguinte sistemática: o ICMS era apurado e recolhido em sua integralidade; contudo, o Banco do Estado concedia àquela empresa um crédito no mesmo valor, para ser pago sem juros ou correção monetária, em vários meses e com largo período de carência. Ou seja, este benefício não se revestia da característica de benefício *fiscal*, mas *financeiro*; logo, não necessitava da anuência do CONFAZ.

Este tipo de subterfúgio às determinações legais grassou por todo o território nacional, através dos instrumentos mais diversificados possíveis.

O fato é que através destes e de outros expedientes matreiros, a competência do CONFAZ para evitar a guerra fiscal entre os Estados foi completamente relegada a segundo, ou terceiro, plano⁴⁰.

O STF, instado a julgar questões levadas a seu conhecimento através de ações diretas de constitucionalidade propostas pelo Ministério Público Federal, usualmente decide pela declaração de constitucionalidade da norma estadual concessiva dos benefícios, e a invalidade dos incentivos fiscais concedidos sem o respeito às normas do CONFAZ.⁴¹

Na prática, o que vem acontecendo é que os Estados-membros insistem no desrespeito ao CONFAZ, pois uma vez julgada (ou em vias de ser julgada) constitucional uma determinada norma estadual “x” concessiva de benefícios fiscais para atração e manutenção de empresas em seu território, outra é imediatamente proposta perante o Poder Legislativo estadual, votada e aprovada, mantendo o mesmo procedimento, sob outra roupagem jurídica. E isto permanece até que esta nova lei seja argüida de constitucional e todo o processo volte a ser refeito.

Isto decorre basicamente do fato de que nada adianta julgar constitucional a norma “x” ou “y” deste ou daquele Estado, se um único mantiver o procedimento, pois, enquanto este conceder vantagens fiscais, ele atrairá novos negócios para seu território e os próprios empresários se incumbirão de incentivar o “leilão às avessas” incitando os Estados a concederem mais e melhores incentivos.

⁴⁰ Isto não implica em manter a sistemática do CONFAZ, apenas demonstra sua inviabilidade.

⁴¹ Ver as ADIn's 1.296-PE, 1247/MC-PA, 2352/MC-ES, 84-MG, 128/MC-AL, 1296/MC-PI, 1179/MC-RJ, 2021/MC-SP, entre várias outras.

Além disso, constata-se que esta concessão de incentivos fiscais, creditícios e financeiros não possui nenhuma espécie de planejamento efetivo, ficando ao alvedrio do governante de plantão a negociação caso a caso com as empresas interessadas a se implantar no território do Estado-membro.

Isto faz cair por terra a idéia de impessoalidade na distribuição dos recursos públicos, bem como a de igualdade dos beneficiados pela renúncia fiscal, ícones de uma república.

d) *República e Gasto Público: Sistemas Previdenciários*

13. Para o que se refere ao gasto público, nada melhor para exemplificar a falta de espírito republicano que a análise dos dois sistemas de previdência pública no Brasil.

Existe um “sistema geral de previdência”, público e obrigatório, que serve aos trabalhadores da iniciativa privada, e que é estruturado a partir de benefícios cujo teto alcança o equivalente a US\$ 1.300,00 (hum mil e trezentos dólares norte americanos).

Todavia, existe outro sistema igualmente público, só que denominado “especial” ou “próprio”, que alcança apenas os servidores públicos, e que garante o direito de se aposentarem com o valor equivalente ao que recebiam em atividade. Dessa forma, existem aposentadorias corriqueiras, na área dos serviços públicos do setor judiciário, que alcançam mais de US\$ 13 mil mensais. Esta regra foi alterada em 2003, através da Emenda Constitucional 41, que aproximou os dois sistemas, afastando a integralidade dos proventos dos servidores públicos, passando a aplicar a média dos valores recolhidos, com garantia de preservação do poder de compra.

Baseado na situação atual, não é raro constatar a existência de uma diferença de mais de 10 vezes entre a aposentadoria de um trabalhador do setor privado para a que recebe um trabalhador do setor público, em atividades correlatas.

Onde está a isonomia neste sistema? É a antítese do republicanismo.

IV. Guardiães da República: Como procedem o Congresso Nacional e o STF

14. O que se pode esperar do Congresso Nacional em uma situação de desigualdade tal qual a exposta acima?

- a) *Abuso de Medidas Provisórias*: Grande parte da legislação federal brasileira nasce no Poder Executivo, seja pela edição de medidas provisórias⁴², seja pela iniciativa de propositura legislativa⁴³. Ou seja, o Congresso Nacional quase não legisla; pega carona nas Medidas Provisórias enviadas pelo Executivo, ou, quando muito, nos projetos de lei oriundos do Executivo;
- b) *Falhas na identificação da vontade popular em face do processo eleitoral*: Existe um clamor por uma reforma política, através da qual o exercício do direito de voto venha a ser melhor identificado. As distorções hoje existentes, onde candidatos que possuem apenas uns poucos votos, na esteira de candidatos bastante votados, tornam-se deputados, ou ainda a ausência de fidelidade partidária, são alguns itens dessa reforma política que deve ser implementada com urgência no Brasil;
- c) *Falhas na formação da lei, no processo legislativo*: Ao lado do processo eleitoral acima mencionado, existe também o problema do processo legislativo, pois ainda vigoram no Brasil institutos como o do “voto de liderança”, onde um único parlamentar vota por um sem número de deputados ou de senadores. Isso cria parlamentares de 1.^a e de 2.^a classe e distorce fortemente a democracia, colocando em cheque o Princípio da Discrição da Liberdade do Legislador.
- d) *Ética*: Outro aspecto a ser considerado diz respeito aos sucessivos escândalos éticos que vêm sendo descobertos no bojo

⁴² Sobre este tema remeto o leitor ao livro *Justiça Constitucional e Tributação*, de Fernando Facury Scuff e Antonio Moreira Maués (São Paulo, Dialética, 2005), em especial ao capítulo mencionado “Quando as Medidas Provisórias se transformaram em Decretos-lei”.

⁴³ Interessante pesquisa sobre este tema foi publicada no jornal Folha de São Paulo, edição do dia 10 de abril de 2007, onde demonstra a pequena proporção de normas de iniciativa do Poder Legislativo que se transformaram em Lei. O Poder Legislativo no Brasil segue a reboque do Poder Executivo.

do Poder Legislativo ao longo de sucessivas legislaturas, dentre eles o do “Anões do Orçamento”, “Compra de votos para a aprovação da emenda da reeleição”, “Mensalão”, alguns comprovados juridicamente, outros nem tanto, mas todos com forte apelo político, que repercute na imagem do Legislativo brasileiro.

15. Esta fragilidade do Poder Legislativo acaba por transformar o Poder Judiciário e o STF em verdadeiros “*ordenadores de despesas públicas*”, o que dificulta o planejamento governamental, exercido pelo Executivo e pelo Legislativo, no que tange às políticas públicas aprovadas por lei, e com recursos dirigidos para sua implementação através do sistema orçamentário.

Ao lado de se transformarem em “ordenadores de despesas” se tornam também “legisladores positivos” exercendo um papel que a Constituição não lhes atribuiu, nem mesmo para a implementação direta dos direitos sociais prescritos na Carta.⁴⁴

Este tipo de atuação do Poder Judiciário decorre do fato de que o Princípio da Discretionalidade do Legislador, que reconhece áreas de atuação específicas para o Poder Legislativo (embora restrinvidas pela Constituição em razão da “Limitação à Liberdade de Conformação do Legislador”) encontra-se amplamente solapado em nosso país, em face dos diversos fatores acima referidos.

16. Ocorre que o um rol de mudanças constitucionais transformou o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil de difuso (Constituição de 1889) para misto (Constituição de 1988) e atualmente, em face das várias alterações constitucionais e legislativas pós-88, assume prevalência o controle concentrado sobre o difuso.

Com tudo isso, falta ainda um aspecto de crucial importância para equilibrar o poder atualmente reunido no STF, que é o de transformá-lo em uma Corte Constitucional nos moldes europeus,

⁴⁴ A Constituição brasileira tem remédios que possibilitam sanar este tipo de situação, tal como o Mandado de Injunção – MI e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIPO, cujos canais de aplicação foram obstruídos pela interpretação restritiva adotada pelo STF nos primeiros momentos em que foi chamado a concretizar a Constituição de 1988, e que devem ser revisitados.

onde se pratica com predominância o controle concentrado. Sem isso, corre-se o risco de ampliação do “déficit republicano” no STF, em face do inexistente controle público ou social sobre seu poder.

Este “déficit” nada tem a ver com a origem do mandato de seus membros – se eleitos ou não. O “déficit” de que se trata neste tópico diz respeito à *forma de escolha* e ao *período de duração do mandato* de cada membro do Tribunal, inigualável nos sistemas em que o controle concentrado é predominante, e que tenha sido tomado por modelo durante a elaboração constituinte.

17. No sistema difuso, o paradigma principal é o norte americano, que claramente inspirou a primeira Constituição da república brasileira. Nos Estados Unidos é da competência exclusiva do Presidente da República a indicação dos candidatos a juiz da Suprema Corte, sendo que a nomeação só pode ocorrer após aprovação pelo Senado Federal. A Constituição norte americana sequer menciona o número de juízes da Suprema Corte e outros requisitos para o provimento do cargo⁴⁵ – o que é tratado através de lei do Congresso. São 09 juízes, vitalícios, sem a exigência de requisitos como idade ou saber jurídico, pelo menos estabelecidos por norma escrita⁴⁶. E o Presidente da Suprema Corte é escolhido diretamente pelo Chefe do Poder Executivo, sem sequer ouvir os demais membros daquele Tribunal.

18. Nos países europeus em que a Constituição brasileira de 1988 foi inspirada, mais destacadamente Portugal, Espanha e Itália, vigora um sistema de controle concentrado de constitucionalidade, com algumas variações. Mas em todos a Corte Constitucional possui um perfil completamente diverso daquele que o STF possui atualmente.

⁴⁵ Constituição dos Estados Unidos da América - Section 2 - He (the President) (...) by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint (...) Judges of the Supreme Court, (...), whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law (...).

⁴⁶ 28 U. S. C. §1.

Em Portugal o Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo:

- a) dez escolhidos pelo Poder Legislativo e
- b) três escolhidos pelo próprio Tribunal.

Seis dos treze juízes são obrigatoriamente escolhidos dentre membros do Poder Judiciário e os demais sete dentre juristas. O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional português tem a duração de nove anos e não é renovável⁴⁷.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional é composto por 12 membros nomeados pelo Rei⁴⁸, sendo que:

- a) 04 indicados pelo Congresso, por maioria de 3/5 de seus membros;
- b) 04 indicados pelo Senado, por idêntica maioria;
- c) 02 indicados pelo Governo; e
- d) 02 indicados pelo Conselho Geral do Poder Judiciário.

Os membros do Tribunal Constitucional espanhol deverão ser nomeados dentre magistrados e membros do Ministério Público, professores de Universidades, funcionários públicos e advogados, todos juristas de reconhecida competência com mais de 15 anos de exercício profissional. São nomeados para um período de 09 anos⁴⁹.

⁴⁷ Constituição da República Portuguesa, Art. 222 – 1. O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes. 2. Seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas. 3. O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável.

⁴⁸ É curioso usar como paradigma republicano uma Monarquia, mas, em face das circunstâncias expostas, é perfeitamente cabível.

⁴⁹ Constitución española, Art. 159 – 1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey: de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría: dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. 2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. 3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

Na Itália a Corte Constitucional é composta por 15 juízes indicados:

- a) 05 pelo Presidente da República;
- b) 05 pelo Parlamento; e
- c) 05 pela magistratura superior.

Os juízes constitucionais são escolhidos entre magistrados, mesmo que aposentados, os professores titulares das Universidades de matérias jurídicas, e entre os advogados que tenham mais de 20 anos de exercício profissional. São nomeados por 09 anos, não podendo haver recondução⁵⁰.

Em todos estes casos, a Corte Constitucional não faz parte da estrutura do Poder Judiciário, mas é um órgão político, com funções jurídicas⁵¹, incumbido primordialmente do controle de constitucionalidade. E é composto por pessoas com *mandato por prazo determinado, indicados dentre órgãos da estrutura do Estado que possuem maior vínculo de representatividade com a sociedade civil*. Esta construção jurídica permite arejar o Tribunal com novas idéias e torná-lo mais próximo dos órgãos de Estado compostos através do voto popular. É uma forma de renovação de idéias e de controle por parte da sociedade.

18. Será que em face das alterações efetuadas após a Constituição de 1988 não é o caso de alterar *o sistema de provimento e vitaliciedade* do STF, frontalmente baseado no sistema norte americano de controle difuso?

O STF passou a concentrar maior poder em suas mãos, em face da ampla modificação do sistema de admissibilidade do recurso extraor-

⁵⁰ Constituição da Repubblica Italiana, Art. 134 - La Corte costituzionale è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative. I giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni d'esercizio. I giudici della Corte costituzionale sono nominati per nove anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati.

⁵¹ J. J.Gomes Canotilho observa que esta posição não é pacífica na doutrina portuguesa, em relação ao Tribunal Constitucional daquele país. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003, pág. 679.

dinário, e da possibilidade de proferir decisões e expedir súmulas com efeito vinculante e eficácia “erga omnes”, inclusive com modulação de seus efeitos temporais. Com isso, o sistema de controle difuso entra em declínio e o concentrado reforça sua posição como fórmula principal de controle de constitucionalidade no Brasil, mas ainda subsiste na Constituição brasileira o modelo norte americano de provimento e vitaliciedade, embora com tênuas variações⁵².

Penso que a manutenção desse sistema coloca o STF com excesso de poderes e pouco submissos a controles públicos e sociais. Afinal, os 11 Ministros são indicados e nomeados pelo Chefe do Poder Executivo e aprovados por uma das Casas do Poder Legislativo – o Senado Federal. Seu poder de declarar uma lei inconstitucional, de forma direta, torna-o um dos órgãos mais poderosos dentre seus pares, em face da vitaliciedade de seus membros, dentre as demais garantias que possuem. E com o sufocamento do controle difuso, que passou a ser “concentrado” em suas mãos, seu poder se amplia sobremaneira.

Além disso, a permanência dos Ministros por anos a fio no cargo dificulta a oxigenação da interpretação constitucional, tornando ainda mais difícil a alteração de uma decisão do STF. Apenas para se ter uma idéia da situação atual, os dados disponíveis da atual composição do STF apontam que o Ministro⁵³:

- a) Marco Aurélio possui uma perspectiva de permanência no STF de 26 anos⁵⁴;
- b) Celso de Mello possui idêntica perspectiva, de 26 anos no STF⁵⁵;
- c) Sepúlveda Pertence, que se aposentou em 2007, passou quase 18 anos no STF⁵⁶;

⁵² CF/88 – Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal

⁵³ Os dados foram obtidos no site do STF (www.stf.gov.br) e na RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência, que não disponibilizam o ano de nascimento dos Ministros Carmen Lúcia (nomeada em 2006), Ellen Gracie (nomeada em 14-12-2000) e Joaquim Barbosa (nomeado em 25-06-2003).

⁵⁴ Nasceu em 1946 e foi nomeado em 13-06-1990.

⁵⁵ Nasceu em 1945 e foi nomeado em 17-08-1989.

⁵⁶ Nasceu em 1937 e foi nomeado em 17-05-1989.

- d) Gilmar Mendes deverá passar 23 anos no STF⁵⁷;
- b) Ricardo Lewandowski deverá passar 12 anos no STF⁵⁸;
- d) Carlos Ayres deverá passar 09 anos⁵⁹;
- e) César Peluso também deverá passar 09 anos no STF⁶⁰;
- c) Eros Grau deverá passar 06 anos⁶¹.

Ou seja, já existiram, e ainda existem Ministros que passarão mais de 20 anos na Corte, o que certamente dificulta a renovação das idéias e a oxigenação da sua jurisprudência. É necessário rever este aspecto, de suma importância para a organização e controle do poder no Brasil.

V. O futuro do Brasil requer mais República

19. A conclusão do presente estudo é que o futuro do Brasil requer maior republicanismo em sua estrutura e na ética de sua população, inclusive, e em especial, de sua classe dirigente.

Vencemos a batalha pela Democracia, que se encontra consolidada após 20 anos de práxis constitucional. Necessita ser aperfeiçoada, por óbvio, mas é um direito já incorporado ao patrimônio nacional, que não admite retrocessos.

É hora de tornarmos o país mais republicano. Esta é uma tarefa mais ingente, urgente e difícil, pois passados quase 120 anos de instauração do regime republicano entre nós, o conceito de república (palavra usada como adjetivo) ainda não se instalou no seio de nosso povo. Não há uma cultura republicana no Brasil. E como forma de governo (palavra usada como substantivo), nossa república está muito mais para uma república de classes ou corporativa, que nos fala Jellinek, do que para uma república democrática. É hora de mudarmos este estado de coisas e fazermos do Brasil um país onde o sol não apenas nasça para todos, mas possa brilhar também para todos.

⁵⁷ Nasceu em 1955 e foi nomeado em 20-06-2002.

⁵⁸ Nasceu em 1948 e foi nomeado em 2006.

⁵⁹ Nasceu em 1942 e foi nomeado em 25-06-2003.

⁶⁰ Nasceu em 1942 e foi nomeado em 25-06-2003.

⁶¹ Nasceu em 1940 e foi nomeado em 30-06-2004.