

Nota Crítica sobre a Interpretação Constitucional e o Mau Uso do Direito Comparado no Caso da Progressividade Tributária: nova chance ao Supremo Tribunal Federal afirmar sua legitimidade política

José Guilherme Giacomuzzi*

Resumo: A legitimidade do STF passa pela racionalidade de suas decisões. Em nota crítica, o artigo chama a atenção para o mau uso do direito comparado na fundamentação judicial de uma decisão específica do STF sobre a progressividade do IPTU (RE 153-771-0/MG), sustentando o desacerto da decisão e alertando para o fato de que os mesmos argumentos não podem ser utilizados em caso paradigma em andamento sobre a progressividade do ITCD (RE 562.045-0/RS), sob pena de intromissão indevida do Judiciário na política pública escolhida pelo Legislativo.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Interpretação. Direito Comparado. Legitimidade Política (*Supreme Federal Court. Interpretation. Comparative Law. Political Legitimacy.*)

“Uma olhada em alguns casos recentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro mostra um cenário muito similar [ao argentino], mas ainda mais complexo. Enquanto referências a fontes estrangeiras às vezes servem como mera ‘decoração’ no voto do julgador, argumentos comparativos sérios são bem frequentes”. – Jan Kleinheisterkamp, em 2008.¹

“Claro que a interpretação do direito se deixa sensibilizar pela política, desde que não entendida no sentido de manipulação do

* Mestre (UFRGS, 2000) e Doutor em Direito (*George Washington University Law School*, EUA, 2007). Pesquisador Visitante na *Columbia Law School*, EUA (2005). Promotor de Justiça Coordenador do Centro de Apoio do Patrimônio Público no MP/RS.

¹ Kleinheisterkamp (2008), p. 299.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 65	jan. 2010 – abr. 2010	p. 139-152
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

poder ou de influência dos interesses partidários sobre a atividade do intérprete, mas no de jurifacção do poder e de justiciabilidade da política”. – Ricardo Lobo Torres.²

“Evidentemente, a transmissão da riqueza por herança é uma das principais causas da desigualdade econômica nesta sociedade que não tem consciência de suas classes”. – Liam Murphy e Thomas Nagel.³

1 Introdução

Está em andamento no Pleno do Supremo Tribunal Federal o julgamento do Recurso Extraordinário nº 562.045-0/RS, no qual se analisa a constitucionalidade da Lei Estadual nº 8.821/1989, do Rio Grande do Sul, que estabelece a progressividade de alíquotas do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doações. A repercussão geral do referido RE foi reconhecida pelo STF em 01.02.2008, o que sobresta o envio à Corte de todos os demais recursos que tratem da mesma questão,⁴ e a decisão final haverá de refletir-se nos casos análogos por todo o país, seja nos poucos Estados-membros que hoje consagram a progressividade do ITCD,⁵ seja nos que não a consagram, mas porventura pretendam um dia fazê-lo. Até o momento em que entrego este artigo à publicação (07.2009), a votação está quatro a um em favor da constitucionalidade da progressividade: somente o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, negou provimento ao recurso; os Ministros Eros Grau,

² Torres (2009), p. 146.

³ Murphy & Nagel (2005), p. 194.

⁴ Cf. STF, Pleno, Questão de Ordem no RE nº 559.607-9/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.09.2007, DJE 22.02.2008.

⁵ Além do Estado do RS, as leis estaduais da Bahia (art. 9º, I, Lei nº 4.826/1989), Goiás (art. 78, Lei nº 11.651/1991), Mato Grosso (art. 19, Lei nº 7.850/2002), Rondônia (art. 5º, Lei nº 959/2000) e Santa Catarina (art. 9º, Lei nº 13.136/2004; e art. 7º, Decreto nº 2.884) também consagram a progressividade das alíquotas do ITCD. O Estado de São Paulo reconhecia a progressividade de alíquotas entre 2,5% a 4% (art. 16, Lei nº 10.705/2000), mas a Lei nº 10.992/2001 unificou a alíquota em 4% sobre a base de cálculo. Em 08.11.2001, o então Governador Geraldo Alckmin enviou ao Parlamento de SP a Mensagem nº 174, como justificativa ao Projeto de Lei nº 757/2001, o qual, dentre outras alterações na Lei do ITCD paulista, unificou a alíquota do referido imposto. No documento, o DD. Governador alegou que o aumento/unificação das alíquotas objetivava aumentar a receita pública e “simplificar o cálculo do imposto, que vem causando perplexidade a todos que se deparam com a norma”. A justificativa é singela, e a perplexidade é causada em quem a lê com atenção: na prática, a unificação da alíquota em 4% significa mais dinheiro nos cofres públicos, mas às custas de quem pagaria alíquotas mais baixas. Talvez pudesse o Estado de SP angariar ainda mais recursos tributando mais os que herdaram mais: bastava manter a alíquota mínima de 2,5% (ou mesmo diminuí-la) e aumentar a alíquota máxima para 8%. Mas a opção política do legislador paulista resolveu privilegiar quem tem (ou herda, no caso) mais.

Menezes Direito, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa proveram o recurso, que aguarda o pedido de vista do Ministro Carlos Britto desde 17.09.2008.

O RE paradigma em questão é um dos muitos recursos interpostos pelo Estado do RS das reiteradas decisões que vem tomando o Tribunal de Justiça gaúcho, inclusive por seu Órgão Pleno, no sentido de julgar inconstitucional a progressividade das alíquotas do ITCD, por ofensa ao princípio da capacidade contributiva (§ 1º do art. 145, CF),⁶ tido por ser a “espinha dorsal da justiça tributária”.⁷ Essas decisões do TJ/RS têm base numa bem conhecida e singela tese de dois estágios: primeiro, classifica-se o ITCD como um imposto “real”; depois, aplica-se a máxima de que progressividade fiscal supostamente autorizada pelo § 1º do art. 145 da CF só seria cabível nos chamados impostos “pessoais”, a menos que a progressividade venha expressamente prevista no texto constitucional, como ocorre no caso do Imposto Predial e Territorial Urbano (art. 156, § 1º, CF, redação pós Emenda Constitucional nº 29/2000), mas não ocorreria com o ITCD.

Essa tese tem história bem conhecida: foi construída no STF pelo Ministro Moreira Alves no *leading case* RE nº 153.771-0/MG, julgado em 1996,⁸ recurso esse interposto por um particular contra o Município de Belo Horizonte, no qual o IPTU progressivo era cobrado com base em lei municipal de 1989, a qual foi tida por inconstitucional. Em resposta a esta decisão do STF foi editada a Emenda Constitucional nº 29/2000, que veio a expressamente permitir a progressividade fiscal do IPTU no § 1º do artigo 156. Algumas vozes conservadoras na doutrina logo sustentaram a inconstitucionalidade da referida EC, que teria violado não somente a cláusula pétrea garantidora dos direitos individuais (artigo 60, § 4º, IV, CF), mas também, uma vez mais, o princípio da capacidade contributiva.⁹ Embora

⁶ Refiro aqui somente alguns acórdãos mais recentes: TJRS, 8ª Câm. Cív., Agr. Inst. nº 70025028929, rel. Des. Claudir F. Faccenda, j. 26.06.2008; 8ª Câm. Cív., Agr. Inst. nº 70024135345, rel. Des. José A. Siqueira Trindade, j. 19.06.2008; 7ª Câm. Cív., Agr. Interno nº 70024686024, rel. Des. Sérgio F. de Vasconcellos Chaves, j. 25.06.2008; 7ª Câm. Cív., Agr. Interno nº 70024561714, rel. Des. Ricardo R. Ruschel, j. 18.06.2008. No Pleno do TJRS, há dois Incidentes de Inconstitucionalidade: nº 70019099233, rel. Des. Araken de Assis, j. 25.06.2007; e nº 7001324508, rel. Des. Araken de Assis, j. 10.04.2006. Somente no primeiro Incidente foi atingida a maioria absoluta (art. 97, CF) para a declaração incidental da inconstitucionalidade.

⁷ A expressão é de Derzi (1994), p. 206.

⁸ STF, Pleno, rel. vencido Min. Min. Carlos Velloso, redator para o Acórdão Min. Moreira Alves, j. 20.11.1996, DJ 05.09.1997.

⁹ Cf., por exemplo, Martins & Barreto (2002); Martins, Marone & Locatelli (2002); Reale (2002). *Contra*, sustentando a constitucionalidade da EC nº 29/2000 e de leis a ela posteriores que estabelecem a progressividade do IPTU (posição que endosso), cf. Machado (2002).

haja recurso específico em andamento analisando essas novas teses,¹⁰ parece que o STF, ao editar a Súmula nº 668,¹¹ encerrou o debate e aceitou a constitucionalidade das leis municipais que preveem a progressividade do IPTU editadas posteriormente à EC 29/00.

Embora eu tome posição clara acerca das posições do STF e do TJ/RS sobre o tema, nesta breve nota não ofereço diretamente nenhuma contribuição original para a discussão sobre a progressividade dos tributos em geral, nem sobre a progressividade fiscal de algum imposto em especial. Deixo o tema aos tributaristas. Neste curto espaço tomo a decisão do STF no referido *leading case* de 1996 sobre a progressividade do IPTU para chamar a atenção para dois pontos distintos e sem conexão aparente: (1) o perigo da má comparação jurídica, aquela descontextualizada culturalmente, particularmente dos chamados “transplantes jurídicos”; (2) o caráter predominantemente político-ideológico do tema da progressividade tributária, sobre o qual a Constituição não traz um norte vinculativo no caso do ITCD; por isso a lei não deve, mas pode estabelecer a progressividade tributária, devendo o Judiciário respeitar a decisão política do legislador. O primeiro ponto, portanto, encerra, além de uma crítica ao uso da comparação jurídica “ornamental” ou “tradicional”, uma específica compreensão do papel do direito comparado; o segundo ponto, a par de conter uma afirmação de caráter normativo sobre o assunto, levanta a discussão sobre a tênue divisão entre direito e política no controle da constitucionalidade. O objetivo primeiro desta nota, assim, não é apresentar soluções a um problema específico ou geral sobre o direito tributário, mas sim, por meio da provocação de dúvidas e questionamentos sobre os pontos mencionados, tentar contribuir para a maior racionalidade das decisões judiciais, único caminho para legitimar o controle da constitucionalidade das leis. Cabe à doutrina o papel de criticar as decisões judiciais, mormente em se tratando de decisões proferidas pelo STF, o qual jamais teve suas decisões tão escrutinadas e sua importância como instituição tão posta à luz, apreciada e discutida no direito pátrio, por diversos ângulos.¹² No momento histórico em que vivemos, só na racionalidade de suas decisões e na clareza dos seus argumentos é que poderá o STF, insisto, legitimar-se. O caso que o STF tem pauta e que introduz o raciocínio desta breve nota crítica é uma oportunidade para tanto.

¹⁰ STF, Pleno, RE nº 423.768-SP, rel. Min. Marco Aurélio. Já foram proferidos cinco votos favoráveis à constitucionalidade da cobrança progressiva. O processo aguarda pedido de vista do Min. Carlos Britto desde 28.06.2006. Sobre o caso, cf. Pessoa (2007).

¹¹ Súm. 668/STF: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

¹² Dos vários estudos sobre o tema, chamo a atenção à coletânea de artigos organizada por Coutinho e Vojvodic (2009).

2 O mau uso do direito comparado e a interpretação política no STF

O Brasil não tem tradição no estudo do direito comparado, e as faculdades de direito brasileiras, com poucas exceções, não se preocupam com o tema.¹³ Embora o direito comparado seja considerado no mundo todo uma matéria sem metodologia definida e carente de mínima coerência,¹⁴ no Brasil esses fatores e o desinteresse pelo assunto são ainda mais acentuados.

Aponto duas razões principais para a posição secundária do direito comparado em toda parte: a primeira e mais importante razão é que o direito comparado tem sido muito mais “descritivo”,¹⁵ e não cultural, filosófica¹⁶ e teoricamente embasado.¹⁷ Por ter ao longo do tempo enfatizado a descrição “neutra”¹⁸ e acrítica dos sistemas jurídicos, diz-se pejorativamente, embora sem muita precisão terminológica, que o direito comparado tem sido “positivista”.¹⁹ De fato, a pesquisa comparada considerada “tradicional”²⁰ tem consistido muito mais numa enumeração e num mero elencar de regras similares presentes em dois ou mais sistemas jurídicos.²¹ Esse modelo de

¹³ José Afonso da Silva abre assim o seu livro mais recente: “Não é da tradição jurídica brasileira fazer direito comparado. As faculdades de direito não cuidam desse assunto” (2009, p. 15).

¹⁴ Abordei mais longamente o tema em minha tese de doutoramento. Cf. Giacomuzzi (2007, tradução no Prelo da Editora Malheiros prometida para 02.2010). O que segue no texto foi dali retirado, com abundante bibliografia.

¹⁵ Essa é a conhecida doutrina de Zweigert & Kötz (1998), p. 11.

¹⁶ Cf. o artigo brilhante de Ewald (1995); cf. tb. Valcke (2004).

¹⁷ Nos EUA, cf. Merryman & Clark & Haley (1994), p. 1 (“A maior parte do que se ensina e estuda em direito comparado poderia ser mais propriamente chamado de ‘direito estrangeiro’, uma vez que a sua intenção principal é descrever sistemas jurídicos estrangeiros”). Cf. também Bermann (1996), p. 31 (afirmando que o direito comparado “tende a ser altamente descritivo”); Legrand (1996), p. 234 (dizendo que comparar não é contrastar). Como afirmou Geoffrey Samuel, o direito comparado “raramente instiga o teórico do direito” (1998, p. 820). Na França, cf. Pfersmann (2001), p. 280-3 (criticando a abordagem meramente descritiva e dizendo que o direito comparado não é nem pode restringir-se ao estudo de sistemas legais estrangeiros).

¹⁸ O problema aqui é de sentido das palavras. Teorias jurídicas não são nem podem ser “neutras”. Cf., por exemplo, Moore (2000), p. 735. Isso nada tem a ver, porém, com a possibilidade de a filosofia do direito ser descritiva.

¹⁹ Sabino Cassese refere que “a comparação jurídica deve necessariamente ser anti-positivista” (2000, p. 20), afirmação com a qual concordariam também Legrand (1999, p. 68) e Frankenberg (1985, p. 424). Se entendermos o positivismo meramente como um método “neutro” de “descrever” um determinado objeto de estudo, então não tenho muito a opor sobre a afirmação dos autores. O problema é saber o que se entende aqui por “positivismo”. No direito brasileiro, a mais contundente e competente defesa do positivismo jurídico (ou de uma versão deste) é o trabalho de Dimoulis (2006).

²⁰ Cf., por exemplo, Van Hoecke & Warrington (1998), p. 496.

²¹ Cf. Legrand (1995), p. 263: “[O] espaço discursivo tradicionalmente ocupado pelo trabalho comparativo [...] move-se em torno de dois temas: a exposição das famílias de sistemas jurídicos e a justaposição de regras (em geral de direito privado)”. Nos EUA, Roscoe Pound advertia que “um método puramente comparativo, desvinculado da análise da história ou da filosofia seria estéril”, e

estudo de regras é uma forma de conhecimento jurídico descritivo, ou, num termo mais preciso, enumerativo. Assim, o estudo comparado tradicional torna-se reducionista e menos interessante. Em contrapartida, o estudo torna-se ao mesmo tempo menos fastidioso e mais fácil de ser empreendido. A simples menção descontextualizada e muitas vezes descabida de um texto ou doutrinador ou conceito estrangeiro em qualquer peça jurídica transforma essa peça em um trabalho “comparado”.

Por outro lado – e esta é a segunda razão da pouca importância dado ao direito comparado –, o estudo comparativo tradicional é reducionista, porque ele meramente oferece uma lista de similitudes e diferenças entre os sistemas jurídicos. Essa enumeração de dados pode até ter alguma utilidade ao operador prático do direito que esteja interessado em respostas prontas para um caso concreto específico, mas interessa pouco a quem pretende compreender as origens e os fundamentos do direito. Regras são frágeis, porque são efêmeras e contingentes. Conceitos representam realidades que pertencem a contextos específicos, sendo as realidades necessariamente relativas e subjetivas. Essas duas razões, juntas, fazem com que muitas vezes a “comparação” sirva como mera “decoração” das decisões judiciais. Quando isso ocorre em ambiente não afeito à comparação, como o nosso, e quando isso vem da mais alta Corte do país, então os efeitos nefastos da “comparação” podem ganhar graves proporções.

Esse quadro é, entre nós, potencializado e agravado por um fator conhecido de todos, cantado e decantado, que se faz presente na cultura em geral brasileira, e na jurídica em particular: o apreço acrítico pelo que vem do estrangeiro. Para ficarmos com uma conhecida frase no campo aqui indiretamente focado (o direito tributário), relembro as palavras de Alfredo Augusto Becker, escritas há mais de cinquenta anos:

O homem moderno padece do fascínio pela “Kultur” germânica. Principalmente o jurista. Se aquilo que ele está lendo foi escrito por um alemão e está impresso no idioma teutônico, então, é algo tanto mais admirável quanto mais complicado. É recebido respeitosamente como a verdade-científica que não admite prova em contrário, salvo se escrita por outro alemão, de preferência em letras góticas.²²

Esses fatores, somados, devem ter contribuído para a decisão tomada pelo STF no referido *leading case* julgado pelo em 1996 sobre o IPTU de Belo

que “um direito comparado útil, embora se dirigindo ao elemento jurídico dos sistemas legais em diferentes países, deve fazer bem mais do que do que colocar lado a lado secções de códigos ou de leis gerais” (1955, p. 72, 75). Na verdade, Pound foi o real precursor de uma abordagem cultural e teórica ao direito comparado nos EUA. Cf. também Frankenberg, (1985), p. 429-34 (criticando o que o autor chama de modelo “justaposição-plus” de direito comparado); Sacco (1991), p. 74.

²² Becker (1965), p. 26.

Horizonte, o RE nº 153.771-0/MG, relatado pelo Min. Moreira Alves, com a peculiaridade de que o norte seguido pela Corte não era tedesco, mas italiano. Em artigo iconoclasta,²³ Cesarino Pessôa demonstrou que a tese da impossibilidade de progressividade nos impostos reais foi simplesmente transplantada, *descontextualizada e acriticamente*, de parte da doutrina italiana para o direito brasileiro, não havendo fundamento jurídico plausível no direito pátrio que impeça a progressividade dos impostos reais. Pessôa refere que na Itália a distinção entre impostos pessoais e reais se deu por necessidades históricas de encontrar uma forma mais justa de tributação logo após a unificação dos diversos reinos, os quais possuíam diferentes sistemas tributários. A fim de evitar o retorno do privilégio pessoal da velha nobreza, foi criado um tributo sobre chamada *ricchezza mobile*, o qual recairia sobre as coisas mesmas, e não sobre as pessoas. Essa era uma das alternativas postas aos reformadores do sistema em 1871-3. A outra opção era estabelecer um imposto único sobre a riqueza móvel, nos moldes então vigentes na Inglaterra e nos Estados Unidos. Ao criar o imposto sobre a *ricchezza mobile* que recaía sobre as coisas – este é o ponto –, evitou-se o imposto único. Pessôa também demonstrou que, além dessa peculiaridade histórica, a Itália de hoje admite impostos reais progressivos, como a *imposta di registro*.

Nada obstante isso, e embora os argumentos de Pessôa (que se somam aos vários argumentos favoráveis à progressividade apresentados por doutrinadores pátrios que trataram do tema antes de 1996),²⁴ a tese do Ministro Moreira Alves de que impostos “reais” não admitem progressividade fiscal sobreviveu, assumindo no Brasil um caráter dogmático.²⁵ Desde então, a despeito de sua falaciosa argumentação e como mero argumento de autoridade, a tese vem sendo proclamada por inúmeros tribunais no país para impedir a progressividade de outros impostos ditos “reais”, como o ITCD.

Em se tratando de ITCD, como no acórdão paradigma hoje na mesa do STF, o equívoco da tese sobre a impossibilidade de “impostos reais” é ainda

²³ Cf. Pessôa (2005) (artigo também disponível on line: < www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto.1119.rtf >). Os mesmos argumentos estão em Pessôa (2007), p. 214-6.

²⁴ Antes da decisão, cf., por exemplo, Ataliba (1990); Carrazza (1996); Costa (1990). Depois da decisão, cf. Machado (2002). Alguns Ministros discordaram a decisão do STF e viam possível a progressividade. O então Ministro Carlos Velloso, relator vencido no RE nº 153-771-0/MG, expressamente consignou, no julgamento da liminar na ADI-MC nº 2.010-2/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 30.09.1999, DJ 12.04.2002, que a capacidade contributiva, “que realiza a justiça tributária, deve ser observada relativamente a todos os impostos (C.F., art. 145, § 1º). Não faço distinção entre impostos reais e impostos pessoais”. Para comentários favoráveis ao voto Min. Velloso, cf. Derzi (2004). O Ministro Marco Aurélio tem igualmente votado vencido em alguns casos nos quais os STF impede a progressividade de tributos com base na tese aqui combatida.

²⁵ Cf. Andrade (2003), p. 107. Endosso a posição do autor.

mais nítido. Primeiro, porque, mesmo que se aceite a classificação – historicamente situada, como já visto – entre impostos “reais” e “pessoais”, o ITCD não seria um imposto real, mas pessoal, incidindo sobre o valor líquido dos quinhões e legados, e não sobre o monte ou espólio, como lembram Baleeiro e Derzi.²⁶ Depois, se aceitarmos a tese do Min. Moreira Alves articulada no caso do IPTU, então só o Imposto de Renda admitira alíquotas progressivas, porque só ele permite aferir integralmente as condições pessoais do contribuinte, com base no patrimônio, rendimentos e atividades econômicas; isso tornaria inócuo o art. 145, § 1º da CF.²⁷ Ademais, se quisermos aceitar como útil a “comparação” feita pelo Min. Moreira Alves, transportando da Itália conceitos historicamente situados para o aplicar no contexto brasileiro, então devemos também lembrar que na mesma Itália o imposto sobre a herança equivalente ao ITCD é progressivo.²⁸ Ora, não é por “transplantes” que se interpreta a Constituição de nenhum país. Aliás, os “transplantes jurídicos”, fenômeno conhecido e debatido entre os comparatistas, ajusta-se com muita dificuldade ao direito público.

O debate entre os comparatistas Alan Watson e Otto Kahn-Freund sobre o desenvolvimento dos sistemas jurídicos e os “transplantes jurídicos” tornou-se clássico. A tese de Watson é a de que a forma mais comum de mudança em um sistema jurídico é via importação de normas de outro sistema.²⁹ Kahn-Freund sustentava o oposto.³⁰ Com respeito ao direito público, Kahn-Freund referia que as “normas que organizam instituições constitucionais, legislativas, administrativas, judiciais e processuais são designadas para alocar poder, elaboração de normas, tomada de decisões e, acima de tudo, poder de elaborar políticas públicas”, e que “essas são as normas que mais resistem ao transplante jurídico”.³¹ Esta é a posição mais aceita pelos comparatistas que

²⁶ Apud Prado (2009), p. 83. Derzi (2004, p. 112) é enfática ao referir que a capacidade econômica do § 1º do artigo 145 da Constituição Federal, somada aos artigos 1º e 3º, “autoriza a progressividade dos impostos incidentes sobre a sucessão e o patrimônio. O conceito de igualdade não se vincula, na atualidade constitucional, à manutenção do *status quo*, mas ganha (ou deveria ganhar) um conteúdo concreto que obriga o legislador a medidas mais socializantes”.

²⁷ A lembrança é de Prado (2009), p. 83.

²⁸ Cf., por todos, a obra mais específica e recente sobre o tema, Prado (2009), p. 82-3.

²⁹ Cf. Watson (1983), *passim*, especialmente p. 1125. Watson desenvolveu sua teoria em inúmeros trabalhos. Para uma citação vasta dessas obras e um resumo das ideias de Watson, cf. Ewald (1994).

³⁰ Cf. Khan-Freund (1974)

³¹ Khan-Freund (1974), p. 17. Ewald conclui corretamente que “a teoria de Watson parece adaptar-se muito melhor às mudanças no direito privado do que no direito público” (1994, p. 14). Embora dirigido especificamente à aplicabilidade da tese de Watson à revolução americana, as palavras de Ewald podem ser generalizadas a todo o cenário da dicotomia direito público *vs.* direito privado. Em outras palavras, mesmo que a teoria de Watson acerca do “transplantes jurídicos” possa eventualmente fazer sentido em algum ponto no direito privado, a teoria tem menos aplicabilidade no direito público, no qual os elementos sociais, econômicos e políticos interagem de tal forma

empreendem um estudo não superficial de culturas jurídicas, as quais não transferem por decreto. Reverbera aqui, mais uma vez, o alerta sobre a vassalagem cultural do direito brasileiro.

Se atentarmos ao nosso direito e à nossa história constitucional, veremos, numa rápida resenha, que a primeira Constituição Federal a prever expressamente a progressividade de algum tributo foi a de 1934. Sintomaticamente, o seu art. 128 tratava justo do imposto que hoje equivaleria ao ITCD: “Ficam sujeitas a imposto progressivo as transmissões de bens por herança ou legado”.³² A Constituição de 1946, mais generosa, falou em tributos, em pessoalidade e em capacidade econômica no seu artigo 202: “Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte” [grifo nosso]. Este artigo foi aplaudido por Baleeiro e combatido por Mário Masagão,³³ mas foi Pontes de Miranda que melhor acertou o ponto; disse autor, já em 1953:

A despeito dos claríssimos termos do art. 202, 2ª parte [da CF/1946], a que não pertence o “sempre que isso for possível” da 1ª parte, – continua a ser calculado o imposto de renda gradativamente enquanto não atinge os verdadeiros milionários: atingindo-os, cessa a gradação, o que é afastar-se o legislador, abertamente, do art. 202, 2ª parte. (Há explicação sociológica para a parada da proporcionalidade nos três milhões de cruzeiros: em verdade, o Brasil está sendo governado pelos que têm renda acima do ponto de parada, e o Congresso Nacional ainda não pôde vencê-los.) [sic]³⁴

A Constituição de 1967/69, não por acaso, silenciou sobre o assunto.³⁵ A atual Constituição Federal, além de prever a personalização dos impostos e sua graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte “sempre que possível” (§ 1º do art. 145), referiu-se especificamente sobre o ITCD, (1) dando aos Estados-membros o poder de instituir o referido imposto; e (2)

que fazem mais difícil o “transplante”. Pode-se dizer em favor da tese de Watson que seu impressionante trabalho não é dirigido ao direito público. Sobre o debate *Watson vs. Kahn-Freund*, cf. Allison (1996), p. 13-6 (questionando a teoria de Watson e dizendo-a “defeituosa”, bem como referindo serem “inconvincentes” as evidências apresentadas). Para uma crítica mais profunda e consistente da teoria de Watson, cf. Ewald (1995).

³² Está, portanto, só parcialmente correta a informação de Santos Jr. (2001), p. 160-1: “No Brasil, as nossas forças conservadoras só permitiram que [o] mencionado princípio [da progressividade] fosse integrado no texto da constituição recentemente, ou seja, na Constituição em vigor”. Com relação ao ITCD, a previsão de progressividade data de 1934. Sobre as circunstâncias que influenciaram a CF/34 na temática, cf. Baleeiro (2001), p. 701-2.

³³ Cf. Baleeiro (2001), p. 701-4.

³⁴ Pontes de Miranda (1953), p. 303 [grifo no original]. O art. 202 da CF/1946 era este: “Os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”.

³⁵ Um estudo histórico sobre as razões pelas quais somente as constituições democráticas da República previram algum tipo de progressividade tributária poderia colaborar na melhor compreensão da temática. Essa pesquisa não será feita aqui.

dando ao Senado Federal o poder de fixar-lhe a alíquota máxima (artigo 155, I e IV, CF). O Senado, ao editar a Resolução nº 9/1992, estabeleceu como máxima a alíquota de oito por cento (artigo 1º) e também previu expressamente a possibilidade de progressividade das alíquotas em função do quinhão que cada herdeiro efetivamente receber (artigo 2º).

Há quem sustente que o Senado, ao fixar a alíquota nesse patamar baixo, estaria ferindo o princípio da isonomia, por impedir a progressividade e, conseqüentemente, a personalização do tributo.³⁶ Embora seja tentadora a tese, não a enfrento aqui. Nem discuto a questão sobre se a CF *obriga* a progressividade do ITCD (o que encerraria a questão em pauta no STF) por alguma via. Só consigno não me parecer que a progressividade tributária decorra tout court de um compromisso constitucional de construção de uma sociedade “justa e solidária” ou de redução das “desigualdades sociais e regionais” (incisos I e III do art. 3º, CF/88), o que obrigaria a progressividade de todos os tributos. Tendo a pensar que essa progressividade vincula-se mais a um princípio moral de solidariedade, ou a uma igualdade social – multifacetada e complexa demais para ser relacionada à necessidade da progressividade –, mas não a uma igualdade jurídico-tributária imposta constitucionalmente.³⁷ Inclino-me, portanto, a pensar que seria carregar de muita vontade e indisfarçável ideologia entender que a CF determina a progressividade do ITCD;³⁸ o princípio da capacidade contributiva parece satisfazer-se com a proporcionalidade dos tributos, não exigindo a progressividade,³⁹ a qual é obrigatória somente quando o CF a impõe expressamente, como no caso do IR (art. 153, § 2º, I, CF). Numa palavra, a progressividade dos tributos não decorreria da capacidade contributiva.⁴⁰ Mas insisto, o ponto deste artigo não é discutir se deve o ITCD ser progressivo, mas sim afirmar que ele pode ser progressivo se assim quiser o legislador. O legislador gaúcho quis que fosse. O que não pode é o STF referendar a indevida intromissão do TJ/RS na política pública instituída pela Lei Estadual nº 8.821/1989 (RS). Essa *opção política* é insindicável pelo Poder Judiciário.

³⁶ Cf. Prado (2009), p. 85.

³⁷ Cf. Vasques (2004), especialmente p. 35-42.

³⁸ Lembro que Marx e Engels, no *Manifesto Comunista*, elencavam o “imposto fortemente progressivo” como sendo uma das dez medidas “indispensáveis para transformar radicalmente todo o modo de produção”. Acessível em < <http://www.culturabrasil.org/manifestocomunista.htm> >.

³⁹ No mesmo sentido, cf. Tipke & Yamashita (2002), p. 44.

⁴⁰ Cf. Amaro (2009), p. 142. Por outro lado, tenho enorme simpatia pela ideia de utilizar a técnica da progressividade fiscal como um instrumento político na luta pela diminuição das desigualdades sócio-econômicas, embora eu desconheça estudos brasileiros, teóricos ou empíricos, que comprovem ou infirmem a eficiência dessa técnica ao fim pretendido. Mas é claro que a minha simpatia (ou a do leitor ou do Ministro) para com a progressividade tributária nada importa para o fim de saber se há uma vinculação necessária entre progressividade e o princípio da capacidade contributiva (§ 1º do artigo 145, CF).

3 Conclusão

Se a progressividade fiscal é boa ou não aos fins a que se destina (quais?), eficiente ou não (sob quais parâmetros?), justa ou injusta (para quem?), se ela pode ou não redistribuir renda (exatamente de quem para quem?) ou manter o *status quo* (em qual patamar?), nada disso está escrito ou se pode inferir da Constituição. A progressividade fiscal é uma técnica apta a alocar recursos em determinada sociedade. Em relação ao ITCD, a CF autoriza os Estados-membros a instituir a técnica da progressividade, tendo o Senado Federal limitado a alíquota em oito por cento.

Tomando como base o espírito da frase impactante de Pontes de Miranda acima lembrada, é possível concordar com a ideia de que o Senado Federal, ao limitar a alíquota do ITCD, tenha simplesmente cedido aos interesses dos que “têm renda acima do ponto de parada”, impedindo uma maior progressividade. Isso é politicamente lamentável, mas juridicamente possível e sustentável; que se mude, no caso, a política.

É, porém, juridicamente insustentável, à luz da CF, que o Judiciário impeça a progressividade do ITCD, mormente se mantiver como fundamento indireto da decisão a tese da impossibilidade da progressividade de impostos reais. Essa tese não valeria nem na Itália, de onde o STF a importou, em má “comparação” jurídica, provavelmente sem saber o seu real significado.

Em suma, o acórdão paradigma que está hoje na mesa do STF encerra questão relevante a todo país, e a Corte tem nova chance de legitimar-se política e juridicamente. O meio mais correto de fazê-lo é não interferindo na política pública redistributiva instituída pela Lei Estadual nº 8.821/1989, do Estado do Rio Grande do Sul – para isso, basta declarar a constitucionalidade da referida Lei. Se não for este o entendimento da Corte, outro fundamento deve ser encontrado para declarar a inconstitucionalidade da Lei – para isso, o ornamento da “comparação” jurídica uma vez levado a efeito pelo próprio STF em 1996 não serve. Goste ou não da política redistributiva imposta pelo legislador gaúcho no caso do ITCD, o Judiciário deve aceitá-la. A menos que queira impor o Judiciário a sua política. Mas aí deve dizê-lo claramente, arcando com o ônus argumentativo que se impõe a um poder que se pretende legítimo.

Obras consultadas

AFONSO DA SILVA, José. *Um pouco de Direito Constitucional Comparado*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALLISON, J. W. F. *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANDRADE, Valentino Aparecido de. Os Impostos Reais e a Progressividade Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 89, p. 106-115, fev. 2003.
- ATALIBA, Geraldo. IPTU – Progressividade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 233-238, jan. 1990.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996, por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BECKER, Alfredo Augusto. *A Interpretação das Leis Tributárias e A Teoria do Abuso das Formas Jurídicas e da Prevalência do Conteúdo Econômico*. Porto Alegre: [s. n.], 1965.
- BERMANN, George A. Comparative Law in Administrative Law. In: *L'État de Droit: Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*. Paris: Dalloz 1996, p. 29.
- CARRAZZA, Roque Antônio. A Progressividade na Ordem Tributária. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 64, p. 43-55, set. 1996.
- CASSESE, Sabino. *La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni*. Traduzido por Jeannine Morvillez-Maigret. Paris: Montchrestien, 2000.
- COSTA, Alcides Jorge. IPTU – Progressividade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 23, n. 93, p. 239-242, jan. 1990.
- COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas. In: BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. 4. reimp. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Comentários aos RE n. 220.323-3 – Minas Gerais, 236.604 – Paraná e 153.771 – Minas Gerais. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (Coord.). *Construindo o Direito Tributário na Constituição: uma análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 95-121.
- DERZI, DERZI, Misabel Abreu Machado. O Princípio da Igualdade e o Direito Tributário. *Rev. Fac. Dir. Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 185-222, 1994.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- EWALD, William B. Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like To Try a Rat? *University of Pennsylvania Law Review*, v. 143, p. 1889-2150, 1995.
- EWALD, William B. The American Revolution and the Evolution of Law. *American Journal of Comparative Law Supplement*, v. 42, p. 1-14, 1994.
- FRANKENBERG, Gunter. Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal*, v. 26, n. 2, p. 411-456, Spring 1985.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. The Roots of “Exceptionalism” in Government Procurement Law and Its Suitability in the Modern State: A Comparative Study of the American, French, and Brazilian Legal Systems. Washington, D.C., USA: GWU Law School. Tese (Doutorado em Direito). The George Washington University Law School, USA, 2007. Tradução no Prelo da Editora Malheiros, São Paulo.

KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*, v. 37, n. 1, p. 1-27, Jan. 1974.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. Comparative Law in Latin America. In: REIMANN, Mathias; ZIMMER, Reinhard (Eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 261-301.

LEGRAND, Pierre. Comparer. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 2, p. 279-318, 1996.

LEGRAND, Pierre. Comparative Legal Studies and Commitment to Theory. *Modern Law Review*, v. 58, n. 1, p. 262-273, Jan. 1995.

LEGRAND, Pierre. How to Compare Now. *Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 232-242, July 1996.

LEGRAND, Pierre. *Le droit comparé*. Paris: PUF, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. A progressividade do IPTU e a EC 29. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 81, p. 56-61, jun. 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BARRETO, Aires F. IPTU: por Ofensa a Cláusulas Pétreas, a Progressividade Prevista na Emenda nº 29/2000 é Inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 80, p. 105-126, maio 2002.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva; MARONE, José Ruben; LOCATELLI, Soraya David Monteiro. Inconstitucionalidade do IPTU Progressivo Instituído nos Termos da Lei Municipal nº 13.250/01 e da Emenda Constitucional nº 29/00 e inconstitucionalidade e ilegalidade da forma de apuração da base de cálculo, violadora do art. 37 da CF e 148 do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 81, p. 80-96, jun. 2002.

MERRYMAN, John Henry; CLARK, David S.; HALEY, John O. *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia. Cases and Materials*. Charlottesville, VA: LexisNexis, 1994.

MOORE, Michael S. Theories of Areas of Law. *San Diego Law Review*, v. 37, n. 3, p. 731-741, 2000.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O Mito da Propriedade: os impostos e a justiça*. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Traduzido de: *The Myth Of Ownership*, 2002.

PESSÔA, Leonel Cesarino. IPTU, Impostos Reais e Progressividade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 13, n. 60, p. 93-99, jan./fev. 2005.

_____. IPTU, progressividade e a EC 29/2000: o julgamento do Supremo Tribunal Federal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 15, n. 74, p. 209-217, maio 2007.

PFERSMANN, Otto. Le Droit Comparé Comme Interprétation et Comme Théorie du Droit. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 53, n. 2, p. 275-288, Avril-Juin 2001.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946. 2.ed. rev. e aumentada. São Paulo: Max Limonad, 1953, vol. V (Arts. 157-218).

POUND, Roscoe. Comparative Law in Space and Time. *The American Journal of Comparative Law*, v. 4, n. 1, p. 70-84, Winter 1955.

PRADO, Clayton Eduardo. *Imposto sobre Herança*. São Paulo: Verbatim, 2009.

REALE, Miguel. O IPTU Progressivo e a Inconstitucionalidade da EC 29/2000. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 81, p. 123-126, jun. 2002.

- SACCO, Rodolfo. *La Comparaison Juridique au service de la Connaissance du Droit*. Paris: Economica, 1991.
- SAMUEL, Geoffrey. Comparative Law and Jurisprudence. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 47, n. 4, p. 817-836, Oct. 1998.
- SANTOS JÚNIOR, Francisco Alves dos. O Princípio da Progressividade na Diminuição das Diferenças, na *Terceira Via e no Consenso de Washington*. *Revista da Esmape*, Recife, v. 6, n. 13, p. 153-204, jan./jun. 2001.
- TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VALCKE, Catherine. Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Compatibility of Legal Systems. *The American Journal of Comparative Law*, v. 52, n. 3, p. 713-740, Summer 2004.
- VAN HOECKER, Mark & WARRINGTON, Mark. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 47, n. 3, p. 495-536, July 1998.
- VASQUES, Sérgio. Capacidade Contributiva, Rendimento e Patrimônio. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, p. 23-61, set./out. 2004.
- WATSON, Alan. Legal Change: Sources of Law and Legal Culture. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 131, p. 1121-1158, 1983.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Traduzido por Tony Weir. 3. ed. rev. Oxford: Clarendon Press, 1998.