

RESENHA DE LIVROS

DOIS CLÁSSICOS

João Guilherme Sauer
Advogado e Procurador no Estado do
Rio de Janeiro

JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª Edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 1998, 270 páginas.

ALFREDO AUGUSTO BECKER, *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3ª Edição, São Paulo, LEJUS, 1998, 686 páginas.

O que é que faz de uma obra um clássico da literatura jurídica?

Pela graça de Deus aluno de José Carlos Barbosa Moreira, recordo-me da ocasião em que, introduzindo a turma na disciplina da execução forçada, recomendou que lêssemos, de ponta a ponta, o Processo de Execução, de Liebman. "Pode-se discordar da doutrina de Liebman; eu próprio discordo de algumas passagens dela", disse ele. "Mas, para vocês saberem como se escreve um livro sobre execução, é indispensável que leiam este."

Os livros que o Conselho Editorial da nossa **Revista de Direito** me incumbiu de prazerosamente resenhar têm esse condão de impor-se como pontos de referência, não apenas para o estudo, como também para a elaboração de obras que se pretenda produzir sobre as matérias nele versadas. E, à semelhança da obra de Liebman, se distinguem por um misterioso fenômeno, que marca a literatura especializada: fontes obrigatórias de referência (como se citou o de José Afonso da Silva nas provas do último concurso da Procuradoria!), passam anos ausentes das estantes das livrarias.

O meu difícil leitor certamente não perguntará por que *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* é tão citado. A classificação dessas normas, do ângulo de seus efeitos, cuja sistematização o autor introduziu na doutrina nacional, atua como seguro esquema da interpretação e da aplicação da Constituição no nosso país. A ela recorrem os nossos juristas como os geômetras ao Teorema de Pitágoras.

Falar sobre esse aspecto central da obra de José Afonso da Silva, que sobretudo a fez tão conhecida, é chover no molhado.

Não incorrerei num lugar-comum, no entanto, se disser que tão importante quanto a célebre classificação é o primoroso esboço de conceitos introdutórios, sem os quais ela penosamente seria apreendida. De fato, o autor discorre, em cerca de sessenta páginas, sobre as idéias de Constituição, dos ângulos sociológico, político e jurídico, para, concentrando-se neste último, dissecar a estrutura e a natureza das normas constitucionais, das quais extrai a essência das Constituições Rígidas, que é o ponto de partida de toda a análise que posteriormente desenvolve sobre a efetividade de seus comandos. É, aliás, interessante anotar que a primeira edição do livro (de 1967) antecedeu em cerca de dez anos a do também conhecidíssimo *Curso de Direito Constitucional Positivo* (de 1976), parecendo-me, no entanto, a parte introdutória daquele bem mais informativa do que a deste, o que revela não apenas a importância que o autor a ela conferiu para a compreensão da classificação posteriormente exposta, mas também o papel secundário que as obras de cunho escolástico vêm desempenhando para o avanço do conhecimento jurídico entre nós, certamente pelo descompromisso do currículo universitário com a realidade concreta.

Quando um jurista reconhecidamente engajado (para usar um jargão tão fora de moda quanto o termo que ele exprime), como José Afonso da Silva, opta, para os efeitos da sua monografia – e ainda que cheio de cuidados –, por uma abordagem formalista (como se diria, de modo, a meu ver, apressado) do fenômeno constitucional, como ponto de partida das suas considerações, o leitor deve-se interrogar sobre o porquê dessa opção. E a resposta que se encontra na obra é que, se o autor tomasse a idéia corrente de “Constituição material” como premissa da sua análise das normas constitucionais, o conceito eminentemente formal de “Constituição Rígida”, “como norma objetiva, legislada” – sem o qual ficam comprometidos os de supremacia jurídica da Constituição, de Presidencialismo e de Federação – perderia sua função própria, e o edifício doutrinário, a cuja construção o livro é dedicado, não se sustentaria.

O capítulo em que o autor versa o conceito de Constituição Rígida é, a propósito, um daqueles dos quais o espírito do leitor sai mais enriquecido do que entrou, característica não raro ausente nas obras jurídicas. A simplicidade, a concisão e a clareza de José Afonso da Silva – que não deixa a quantidade de citações fazê-lo perder o fio de meada – são, no particular, exemplares, não sendo temerária a afirmativa de que, das relativamente poucas páginas dedicadas ao tema, o

estudioso não se suprirá menos do que de fontes bem mais alentadas, sobre ele como a conhecida monografia de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *A Teoria das Constituições Rígidas* (São Paulo, José Bushatsky Editor, 1980). Citações feitas na obra, como, por exemplo, a de Herman Finer – segundo o qual a rigidez é a essência de uma constituição, que se pode definir “como o processo de sua emenda, porque emendar é desconstituir ou reconstituir” –, adquirem utilidade própria, por exporem ao leitor autênticos insights. “Exagerada” que seja a afirmativa de Finer, carrega consigo, como averba José Afonso da Silva, “muita verdade, formalmente falando, porque faz sobressair a eficácia superior das normas constitucionais”. Arrisco eu, no entanto, que não há exagero no atrelamento que Finer faz da eficácia da norma à sua fonte formal, desde que se entenda como “fonte formal”, não a norma, em si – como a doutrina costuma ensinar –, mas o processo de criação dela. Com efeito, só tem sentido em reconhecer na constituição o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico se o processo de elaboração das normas cuja validade ela fundamenta for menos estreito do que o das dela mesma, exatamente porque desconstituir e reconstituir a norma inferior não pode implicar em desconstituir e reconstituir a superior. Sendo este o argumento que o próprio José Afonso defende no livro, penso que ele desmente o exagero que imputa ao outro jurista.

Livros sobre a eficácia da Constituição, no Brasil, são indispensáveis. Difícilmente existirá ordem jurídica mais cambiante, para não dizer instável, do que a brasileira. No entanto, a comunidade jurídica nacional assume uma atitude tradicionalmente passiva em fazer valer as modificações operadas no ordenamento, sendo amargo constatar a verdade da anedota segundo a qual os Estados Unidos possuíram uma só Constituição, com várias interpretações, enquanto o Brasil teve várias Constituições, com uma só interpretação. Neste sentido, a obra de José Afonso da Silva surpreende e se notabiliza até pelo pioneirismo, pois, publicada pela primeira vez em pleno autoritarismo, transborda os limites da sua vocação ostensivamente jurídica, ao permitir que o leitor compreenda a que servem as interpretações que transformam em inoperantes normas constitucionais incômodas (veja-se, a respeito, o excelente capítulo dedicado às normas programáticas).

Li, alguns anos atrás, num artigo do jornalista Washington Novaes, que o Doutor José Afonso (como ele o chamou) teve uma infância de poucos recursos e superou grandes obstáculos para tornar-se o jurista destacado que é. Talvez seja o propósito de não fazer de seus textos uma dificuldade a mais para quem os leia o fator que o preserve de incorrer, neste *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* na primeira e fundamental traição dos clérigos (na expressão de Julien Benda),

que é a obscuridade da linguagem. Por isso, todo aquele que adquirir (pois é texto para se ter sempre à mão) um exemplar deste livro, e lê-lo, de ponta a ponta, terá, enfim, assegurado o direito primeiro do leitor de obras jurídicas, que é o Direito de Ver Claro o aspecto a meu juízo mais importante de um ramo fundamental do Direito. O que não é coisa pouca, visto que foi exatamente esse o objetivo que levou Alfredo Augusto Becker a escrever *Teoria Geral do Direito Tributário*.

Becker foi um jurista singular, em mais de um dos sentidos que o adjetivo comporta. A vida toda, só publicou um livro jurídico, e depois – como observou em 1989 –, sumiu. Isso se explica pelo espírito que anima a sua *Teoria Geral*: um livro escrito por um leitor, com o formato (um livro bonito, com letras grandes, infelizmente prejudicado nesta reedição da LEJUS por um número excessivo de falhas tipográficas) e o conteúdo que o leitor espera. Nelê está evidente aquele objetivo de propiciar ao leitor o “Direito de Ver Claro”; de – como o autor anotou mais tarde – aceitar ou recusar, com todo o conhecimento, as regras do jogo.

O maior atrativo à leitura dessa reedição do livro, no entanto, é que, tal como a célebre classificação de José Afonso da Silva, a *Teoria Geral* de Alfredo Augusto Becker veicula uma proposição pioneira e muito citada, mas pouco compreendida: a de que a base de cálculo é o elemento nuclear do conceito de hipótese de incidência tributária. Também muitos dos que citam essa tese a consideram “exagerada”, uma vez que o cerne do fato tributário para eles residiria no seu aspecto dito material, ou seja, as situações jurídicas ou de fato (na acepção do artigo 116 do Código Tributário Nacional) cuja verificação em concreto deflagra o preceito na norma que as tenham como hipótese.

A resposta a esse reparo recorrentemente feito ao enunciado de Becker envolve uma crítica a um vício muito comum entre os profissionais da área. Na verdade, os compêndios de Direito Tributário costumam decompor o seminal instituto do chamado “fato gerador” – que não é peculiar a esse ramo do Direito – em diversos aspectos ou notas considerados elementares ao seu conceito, em razão de método e finalidade didáticos, isto é, proporcionar a compreensão do fenômeno pelo estudante. Por um defeito tão antigo quanto o próprio método, passou-se a acreditar que a lei tributária tem necessariamente que dispor, esquemática e destacadamente, sobre cada um desses elementos da hipótese de incidência: o factual, os quantitativos (base de cálculo e alíquota), os subjetivos, etc. O vício é de tal maneira inebriante que contagiou até o legislador, inclusive o constituinte. As nossas leis não podem sequer dispor sobre um imposto fixo (pagar tanto reais de imposto de renda, por exemplo), sem fazer com que alguns cocem a cabeça. Não

reza, afinal, a Constituição que lei complementar deve definir o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes dos impostos nela discriminados? É a tal perversão a fazer com que a árvore nos impeça de ver a floresta e explicando por que o meio jurídico nacional se convenceu, durante muito tempo, de que o ICMS, que a lei expressamente mandava ser pago sobre as operações realizadas por bares e restaurantes, não podia ser exigido, por falta de “base de cálculo própria”.

É contra esse tipo de coisas que Becker brandiu sua argumentação, em linguagem direta. Não há um fato imponível, uma alíquota e uma base de cálculo distintos, necessariamente reunidos por força de uma pressuposta pertinência lógica, para formar o fenômeno da hipótese tributária. O fato tributário é uma única realidade normativa, que, como muitas outras, não se estrutura por critérios lógicos predeterminados. Também como ocorre a todos os fatos jurídicos, o feixe de circunstâncias e situações que o compõem são reunidos por uma opção política do legislador – que quer que somente da verificação em concreto de todas elas, em conjunto, advenham os efeitos objetivados. Mas, entre esse feixe de situações, se encontra a matéria tributável – termo utilizado, em um único e escasso dispositivo (artigo 142), pelo Código Tributário Nacional: um conjunto de realidades sobre as quais o legislador faz efetivamente convergir a carga fiscal. É essa matéria tributável (expressão normalmente tida como sinônima de base de cálculo, mas que não o é, pelo menos se por base de cálculo se entender a cifra em que ela se converte) o núcleo do fenômeno.

Assim – e para citar hipótese já decidida pelos Tribunais –, quando uma lei municipal determina que quem é proprietário de um imóvel com 200m² de área deve pagar, a título de imposto predial, 1/12 da receita anual proporcionada em um ano pelo aluguéis desse imóvel, não há falta de pertinência entre a receita anual dos aluguéis (que seria a base de cálculo) e a situação jurídica de ser o locador o dono dele. Afinal, auferir aluguéis do imóvel de que se é dono decorre do exercício da faculdade de fruição, inerente ao domínio, nos termos do artigo 524 do Código Civil. Por que, então, os Tribunais fulminaram de inconstitucionalidade as leis municipais que, a título de tributar a propriedade, continham normas semelhantes à descrita?

Porque, por opção do constituinte, o fato de se auferir renda, do imóvel ou de qualquer outra fonte, foi tornado matéria tributável (base de cálculo, no vocabulário de Becker) de um outro gênero de imposto, que, ademais, foi atribuído à competência de pessoa jurídica de direito público interna diferente daquela competente para taxar a propriedade imobiliária. Desse modo, se a lei dispõe que quem é

dono de um prédio com 200 m² de área deve anualmente pagar o valor correspondente a 1/12 de aluguel proporcionado pela locação desse imóvel no ano, o fato gerador do tributo é, realmente, receber aluguéis no ano, tanto mais quanto, se o dono não receber aluguéis, a circunstância que efetivamente determina o pagamento dele não se aperfeiçoará. O ser a pessoa dona do imóvel e possuir este 200 m² de área desempenham papel adjetivo na verificação da ocorrência em concreto da hipótese legal, visto serem necessários, mas não suficientes, para o aperfeiçoamento dela. Para o autor, não se trata propriamente de o resultado da divisão dos aluguéis anualmente auferidos por doze ser um valor que serve de base de cálculo e esse valor estar relacionado logicamente ao fato de auferir renda, mas, antes e essencialmente, de que é o fato de auferir renda que está sendo tributado.

Em outras palavras, a base de cálculo, para Becker, não é um valor, uma cifra. É um elemento essencialmente material do feixe de circunstâncias descritas na norma, cuja grandeza é gravada pelo tributo. A quantificação dessa grandeza é que exige a sua conversão em cifra, mediante o emprego de diversos critérios (área, peso, valor em moeda, etc.) Será esta formulação despida de interesse prático? Muito pelo contrário. Se, independentemente da nomenclatura que se lhe dê, o fenômeno da base de cálculo, enquanto matéria tributável, fosse mais bem compreendido, muitas disputas (como as que versaram sobre a tal falta de "base de cálculo própria" do ICMS dos restaurantes) seriam evitadas.

O simples fato de Becker haver exposto essa noção no livro – que foi publicado em 1963 (mais de três anos antes da vigência do Código Tributário Nacional) e jamais revisto ou aumentado – já o colocaria na posição de realce que ele ocupa no cenário jurídico nacional, como atestam as bibliografias de praticamente todos os livros nacionais sobre a matéria. Mas a *Teoria Geral* possui a riqueza adicional, e rara, de ser uma obra eminentemente crítica, própria do espírito de um autor que, no final da vida, denunciou a mofina proliferação de leis, decretos-leis, portarias e outros atos normativos, que inviabiliza as consolidações, a ponto, nas palavras dele, a sigla do Regulamento do Imposto de Renda ser uma ironia: RIR!