

## ASSUNTOS DE INTERESSE GERAL

	PÁGS.
Mandado de segurança. Ação popular. Ação direta de declaração de inconstitucionalidade — Indicações de doutrina e jurisprudência — compiladas pelo Procurador JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA .....	681

DOCTRINAOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO  
ESTADUAL

THEMÍSTOCLES CAVALCANTI

Da Universidade do Brasil

No sistema federativo, como se sabe, existem duas ordens constitucionais: uma, a federal, comanda a ordem total, abrangendo a totalidade da área nacional, dentro da competência própria do estatuto; a outra, estadual, com a sua jurisdição restrita às áreas dos respectivos territórios estaduais. São as ordens parciais.

As conseqüências dessa divisão são muito grandes, porque se referem não só ao conteúdo mesmo da norma, mas também à sua natureza.

Quanto ao seu conteúdo, a importância da norma federal é maior, porque é ela quem representa a totalidade do poder soberano, incluindo a medida da competência dos Estados, dentro da estrutura do poder federal.

Quanto à sua natureza, também a norma federal é mais ampla, porque representa os problemas gerais da vida nacional, no plano interno como internacional, na ordem política, social e econômica.

As Constituições dos Estados resultam de um poder subordinado, limitado pela norma federal e compreendendo problemas que interessam atividades menores, enquadrados no plano mais administrativo do que político, interessando uma economia restrita às condições peculiares a cada Estado.

Por isso mesmo, não tem sentido a reprodução, nas Constituições estaduais, de muitos preceitos e normas que têm a sua colocação natural no texto federal.

Da mesma forma, não se compreende a inclusão nos textos estaduais de capítulos relativos a problemas que têm a sua colocação necessária na Constituição federal, como por exemplo — a ordem econômica e social.

Por isso mesmo, defendemos a redução ao mínimo dêsse capítulo, incluindo apenas alguns tópicos programáticos, que interessam exclusivamente a economia do Estado, o estímulo à indústria, o desenvolvimento da zona rural, etc.

Há, entretanto, capítulos importantes para o Estado — a sua organização administrativa, dos seus serviços públicos, a educação e a saúde.

São problemas essenciais à própria organização do Estado, naquilo que pode ser compreendido como elementar ao seu funcionamento.

Examinaremos aqui apenas uma das seções do Capítulo II, que trata da “Organização Administrativa” e que se refere aos “Serviços públicos”.

Considera o artigo 45 que “é atribuição do Estado a prestação e a administração dos serviços públicos”.

A expressão é aqui tomada em seu sentido mais genérico, compreendendo não só os de execução direta, mas também as autarquias, os de economia mista e as concedidas ou delegadas ou permitidas.

Refere-se, portanto a Constituição, expressamente, às duas formas de prestação por particular — a concessão, através de concorrência pública, as autorizações ou permissões, mediante normas fixadas pelo Estado, que deverão ser uniformes.

— Como se vê, a Constituição do Estado atendeu aos quadros clássicos da economia estatal, em matéria de serviço público, afirmando o princípio geral da sua prestação direta, ou, quando não fôr possível, mediante concessão, autorização e permissão.

Há, entretanto, um preceito incluído no texto constitucional que apresenta uma tentativa do grupo socializante ou dos que são, pelo menos, estatizantes, preceito que distingue os *serviços essenciais* dos *não essenciais*, impondo a prestação direta dos primeiros, ou pelos órgãos da administração direta ou de empresas descentralizadas ou de economia mista, sendo o Estado sempre majoritário.

Difícilmente, entretanto, pode-se conciliar o conceito de “essencialidade” com os dados de uma economia que não seja socialista,

o que torna de alguma forma o preceito imperativo, em contradição com o sistema econômico fixado na Constituição Federal.

O que ali se dispõe nada mais é senão o monopólio estatal de uma série de serviços, considerados *essenciais*, que só poderão ser explorados pelo Estado, pelos seus órgãos descentralizados ou por empresas mistas.

O conceito de essencialidade, entretanto, só pode ser fixado em lei, o que daria à estrutura do Estado da Guanabara um sentido socializante, pelo enquadramento das atividades do Estado, em um sistema legal.

Por outro lado, fixado êsse critério legal, o Estado ficaria impedido de delegar uma parte dos seus serviços, mesmo quando as suas condições técnicas e financeiras não o permitissem.

A estatização se processaria, por mais absurdo que pareça, dentro de um regime ainda com as características do livre empreendimento, embora com restrições bem conhecidas.

Coubé ao Deputado Hércules Corrêa, por isso mesmo, apresentar o projeto enquadrando os serviços essenciais. A origem do projeto, conhecidas como o são as afirmações ideológicas do seu autor, bem denuncia as tendências, também ideológicas, do texto constitucional, cuja aprovação só pode ser atribuída a um *côchilo* da Assembléia ou à dificuldade de emenda do projeto no plenário.

Sobre o projeto Hércules Corrêa, tivemos ocasião de opinar com as seguintes considerações:

O Projeto n.º 67, de 1961, de autoria do Deputado Hércules Corrêa, propõe uma definição legal, ou melhor, a classificação legal dos serviços essenciais, a que se refere o art. 45 da Constituição, nos seguintes termos:

“Art. 1.º São considerados serviços públicos essenciais, para efeito da aplicação do art. 45 da Constituição do Estado da Guanabara:

- a) os serviços industriais de energia elétrica e gás e sua distribuição;
- b) os serviços de adução e distribuição de águas;
- c) os serviços de esgotos, de limpeza urbana, incineração e industrialização do lixo;
- d) os serviços telefônicos;

- e) os serviços de transporte coletivo de passageiros;
- f) os transportes ferroviários de mercadorias e os portos”.

Em primeiro lugar, a Constituição remete à lei ordinária, para efeito da definição, isto é, da determinação legal dos elementos fundamentais, para que um serviço público seja considerado “essencial”. A lei ordinária teria, assim, de fixar, através de *standards*, os elementos constitutivos dos serviços considerados “essenciais” pela Constituição.

É evidente que essa conceituação não teria uma finalidade puramente teórica, mas está vinculada no texto constitucional ao sistema de administração direta; em outros termos — a determinação dos serviços essenciais se destinaria a impedir (na forma do § 3.º do mesmo art. 45) a execução por delegação desses serviços essenciais, que só poderiam ser executados por administração direta, por meio de serviços públicos descentralizados e autárquicos ou por meio de empresas de economia mista.

Pergunta-se, desde logo, se a solução assentada no Projeto atende ao dispositivo constitucional, art. 45?

A resposta é duvidosa, à primeira vista, porque a Constituição não manda classificar nem enumerar os serviços chamados essenciais, mas — definir, conceituar os serviços essenciais, a fim de enquadrar ou não os diferentes serviços na definição legal.

Ora, o Projeto, *data venia*, não atende a esse objetivo e nem poderia atender, pela razão muito simples de que essa conceituação legal ainda não foi obtida.

Existe, além do mais, um erro de observação do problema na tentativa do projeto, pela preocupação de introduzir em uma economia que ainda gira no terreno da concorrência, mesmo em relação a certos serviços públicos, uma solução preconizada e admissível somente nos países de economia socialista, onde existe uma planificação dos serviços públicos, cuja incorporação ao sistema estatal se realiza (mesmo em países socialistas) progressivamente.

Nessas economias, o conceito de serviço público essencial ou não essencial depende de um processo de planejamento porque a essencialidade é considerada em função das classes sociais beneficiadas pelo serviço, procurando-se atingir um nivelamento cada vez maior dos seus componentes. A prestação desses serviços, nas me-

lhores condições, em maior número, obedece a um planejamento que é da própria natureza do sistema. Mas mesmo em países como a Inglaterra, nunca se pensou em decretar de uma hora para outra a essencialidade de grande número de serviços; o processo de transformação é lento, paulatino e progressivo.

O projeto mesmo esbarra, desde logo, com uma dificuldade que o conduz a uma incoerência gritante, considerando “serviço essencial” o “transporte coletivo de passageiros” mas abrindo exceção ao transporte “rodoviário nas zonas suburbana e rural”!

Dentro do critério da essencialidade a discriminação é aberrante, pelo seguinte:—

O que caracteriza a essencialidade na economia socialista é a importância do serviço, é a sua necessidade para todos os indivíduos. Uma estrada é um serviço essencial, mas o automóvel não o será, por exemplo.

Daí a solução apresentada de atribuir ao Estado a execução dos serviços essenciais, porque devendo ser “*free goods*”, isto é, não devendo onerar com uma sobretaxa o usuário, deve o Estado suportar-lhes os ônus — os demais serviços não essenciais — “*price goods*” — são vendidos pelo justo preço e assim podem ser incluídos no sistema comercial.

É lição do economista inglês BURNHAM P. BECKWITH (*The Economic Theory of a Socialist Economy*, pág. 195), que menciona na primeira categoria — educação — saúde — justiça — polícia — seguro — *public utilities*, como — água, gás, eletricidade, telefone, certos transportes — mas, com algumas considerações interessantes quanto à essencialidade, distinguindo, por exemplo, os telefones domésticos dos interurbanos, para considerar somente os primeiros essenciais.

Mas isto em uma economia planificada e socialista, que, por isso mesmo, se processa dentro de um longo período de transformações, no sentido da conversão de empresas privadas em públicas, dos serviços essenciais e da economia de base. O exemplo do partido trabalhista inglês aí está. Ali nunca se teria ousado impor um impacto semelhante ao que aqui se propõe.

Mas vamos ao problema dos serviços públicos e à sua conceituação. Relembremos alguns autores idôneos:

O Professor D. N. CHESTER, em seu opúsculo *British Public Utility Services*, escreve o seguinte:

“The term public utility is in common use in Great Britain: nevertheless it is not easy to define. At a conference in 1926 a number of experts discussing the problems of public utility operation and control all tried their hand at a definition, but no two definitions were the same. The broadest definition was “a service essential to the community”. It was pointed out, however, that the armed forces were essential to the community and yet nobody would regard them as being public utility service. It was accepted, therefore, that there must be some direct charge in the form of a price; services which were paid for entirely out of taxation must be excluded. But a large number of commodities such as food and shelter are sold for a price, and would certainly be deemed as essential as, say, electricity. A further important element had to be introduced, to indicate that the service is provided under monopolistic conditions. Moreover as there may be an element of monopoly in many forms of economic enterprise, a final element is the need for State intervention by way of granting special privileges. In other word, the term in Great Britain is usually applied to essential services in which there is a large element of monopoly, and which receive special privileges justifying public control or ownership. So much for the academic discussion of the problem. The Statute Book is much more explicit. An Act of 1929, for example, says that a public utility means an undertaking carried on under statutory powers for providing means of transport or communication, gas, electricity, water, or power”.

Como se vê, o serviço público é aquêle necessário à comunidade. Tem, por isso, características próprias. Alguns se integram na própria administração direta, não delegam ao Estado os poderes de soberania — justiça, polícia, órgãos políticos ou de execução administrativa; outros há, entretanto, que são necessários à comunidade, mas obedecem a outros pressupostos econômicos, são mantidos pela remuneração do custo — são os chamados serviços públicos que atendem aos interesses dos indivíduos e não do Estado.

BIELSA os dividiria em próprios e impróprios, outros autores prefeririam classificações várias.

Sobre êsses serviços, disse GLAESER (*Public Utilities in American Capitalism*, pág. 404) :

“Poucas, talvez nenhuma das nossas empresas de negócio são tão importantes para o nosso bem-estar econômico quanto as *public utilities*. O abastecimento de água, luz, aquecimento, refrigeração, fôrça, transporte, comunicação, é essencial a cada um para uma vida civilizada e confortável — satisfazer necessidades básicas. Êles são também essenciais sob o ponto de vista social, porque são as bases de uma divisão de trabalho local e regional”.

E, mais adiante:

“De igual importância é a exigência de que o serviço seja tão adequado quanto essencial”.

GLAESER não os considera estatais, mas reconhece a necessidade de submetê-los a um regime que permita a fiscalização efetiva do serviço considerando-se na linha intermediária entre o Estado e o particular, com inclusive uma classificação e uma denominação característica — serviço público — *public utilities* — etc.

Mas a sua classificação não é rígida e imutável. O próprio GLAESER já havia feito uma longa classificação (*Outline of Public Utilities Economics*, em nosso *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 66) dêsses serviços, onde incluía os mais variados meios para atender às necessidades do indivíduo. Era a seguinte:

Serviços de Transporte (*Common Carriers*) :

- a) Rodovias, pontes, ferrovias.
- b) Transporte veicular sobre rodovias; táxis, ônibus, caminhões.
- c) Vias d'água artificiais: canais, rios canalizados e portos.
- d) Transporte pela água, de qualquer espécie.

- e) Transporte ferroviário de passageiros, cargas e correspondência.
- f) Trens subterrâneos urbanos e interurbanos para transporte de passageiros e carga.
- g) Transporte aéreo de passageiros, carga e correspondência.
- h) Canalizações especiais para transporte de óleos e gás natural.

Serviços complementares do transporte:

- a) Equipamento especializado, carros frigoríficos, dormitórios, restaurantes.
- b) Armazéns, depósitos e elevadores.
- c) Docas e serviços de estações terminais e de transferência.

Serviços que facilitam as comunicações:

- a) Serviço postal.
- b) Serviço telegráfico com e sem fio, cabos submarinos.
- c) Serviço telefônico, local e de longa distância, com e sem fios.
- d) Rádio *broadcasting*.

Fornecimento de força, luz, calor e frio:

- a) Instalações de gás natural e artificial.
- b) Instalações para suprimento de energia elétrica.
- c) Instalações para suprimento de vapor e água quente.
- d) Instalações para suprimento de gelo.

Instalações para suprimento de água e saneamento das comunidades:

- a) Água potável ou não.
- b) Esgotos.

Suprimento de água para a agricultura e defesa contra as águas:

- a) Obras para irrigações.
- b) Proteção contra inundações.
- c) Drenagem."

E quem poderia negar que, em determinado momento e circunstância, tais serviços não seriam essenciais?

É porque a essencialidade, como já vimos, é da própria natureza do serviço público, se considerarmos a destinação do serviço público em si mesmo.

Essas idéias não são novas e podemos encontrá-las nas diversas edições de nosso *Tratado de Direito Administrativo* (vol. II, pág. 47), *verbis*:

"Para a generalidade dos autores a finalidade do Estado consiste, especialmente, em prover à manutenção e à execução dos serviços públicos.

Constituí, assim, esta noção dos pontos essenciais de tôdas as doutrinas que interessam ao direito administrativo.

Alguns autores têm, mesmo, subordinado a integração de um serviço dentro do serviço público à finalidade que lhe atribui o Estado no conjunto de suas atividades".

Em um regime liberal, de livre concorrência, em que a intervenção do Estado é restrita e limitada a um certo número de atividades, ficando as demais entregues à iniciativa particular, os monopólios são desconhecidos, o Estado pouco se interessa em absorver aquêles serviços que não se compreendem dentro das suas finalidades necessárias e obrigatórias.

O mesmo não ocorre, porém, naqueles países em que o contrôlo e a direção do Estado se tornam mais notáveis, por uma tendência mais acentuadamente socializante, procurando o poder público, por esta forma, distribuir mais equitativamente as vantagens e os resultados das atividades individuais, pela coletividade, ou então evitar a especulação e os abusos provenientes do desequilíbrio social e

econômico (deve ser lido o magnífico estudo de JACQUES MARCHAND — *La renaissance du mercantilisme à l'époque contemporaine*; e também o livro de CAIEIRO DA MATTA — *Monopólios fiscais*, págs. 6 e segs.). As causas dessa intervenção constituem capítulo de direito público dos mais fascinantes; mas, aqui, apenas constatamos as conseqüências desses desequilíbrios e a iniciativa, tomada pela generalidade dos Estados, de intervir mais decididamente e em maior número de setores.

Não nos parece, porém, interessante definir o serviço público, em função somente da definição do direito administrativo. É preciso encarar a questão dentro de outros termos; quais os serviços que podem ser considerados públicos?

Todos os serviços realizados diretamente pelo Estado podem ser considerados públicos? Somente aquêles serviços realizados pelo Estado podem ser como tais considerados? Como se distinguem dos serviços de utilidade pública?

A conceituação do serviço público não pode ser compreendida em uma fórmula *a priori* traçada; depende de circunstâncias: pode o Estado ser acionista de uma empresa e não se considerar aquêles serviços como público (o Banco do Brasil não tem sido considerado como tal), aos mesmo tempo que podem empresas particulares realizar serviços públicos (especialmente as concessões) (ver o Memorial dos advogados ALFREDO BÜCHNER LOPES DA CRUZ e JAIME LEONEL — *O Banco do Brasil como Serviço Público Federal*, São Paulo, 1939 — com pareceres de CARVALHO DE MENDONÇA, CLÓVIS BEVILÁQUA, AFRÂNIO DE MELO FRANCO, RODRIGO OTÁVIO e outros — contra o Ac. do Supremo Tribunal Federal, *in Arquivo Judiciário*, vol. LII, fasc. 3).

O essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa servir.

Muito exato é, por isso, o conceito de JÈZE:

“Sont uniquement, exclusivement, services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gou-

vernants est seule à considérer” (*Les principes généraux du droit administratif*, pág. 16).

Essa fórmula define bem a relatividade do conceito, talvez de forma um pouco redundante, mas que exprime a realidade dos fatos: serviço público é aquêles considerado como tal pelo Estado.

Assim, não é hoje mais possível chegar a uma classificação dos serviços considerados de utilidade pública e que em certas épocas podem abranger as mais variadas modalidades, por vèzes imprevisas.

Voltamos, porém, dentro dessa classificação, à gradação feita pelo Professor BIELSA. Há serviços públicos próprios, necessários, que poderiam ser incluídos naquela categoria de serviços que PRE-SUTTI inclui entre os serviços propriamente administrativos do Estado, como uma categoria mais restrita de serviços públicos, e há serviços impróprios que só podem como tal ser considerados pela sua finalidade, e pela parte que nêles tem o Estado (contrôle, participação, etc.).

Em conclusão: o Projeto estabelece uma classificação arbitrária, porque obedece a um critério subjetivo na consideração da essencialidade de certos serviços, obrigando desde logo o Estado a soluções cuja avaliação dependeriam do exame de sua exequibilidade em caso concreto.

Todo serviço público é essencial, no sentido de ser a sua existência e execução indispensável à generalidade dos cidadãos e, por isso mesmo, precisam ser prestados em condições adequadas.

A extensão da lista dos serviços essenciais, quanto à sua execução direta, critério bem característico na Constituição, só é admissível em um regime de economia planificada ou de economia socialista, que não é o nosso, em face dos artigos 145 e seguintes da Constituição Federal.

O que poderia a lei fazer é definir o que se entende por serviço essencial, tarefa difícil, mas que poderia ser tentada, levando-se em conta, menos os elementos de “essencialidade”, do que a conveniência de sua execução direta.

Seria uma espécie de *standard* legal para a determinação dos elementos básicos da aplicação do preceito constitucional, levando-se em conta os pressupostos encontrados também na Constituição Federal (arts. 145, 146 e 151).

Esses elementos, que caracterizam o serviço público chamado essencial, seriam aquêles que consideram a necessidade do maior número de cidadãos, a possibilidade de sua prestação em condições boas pelo Estado ou por emprêsas estatais, sob suas diversas formas, por preço inferior àquele que pode oferecer o particular.

O projeto não teve andamento.

Com isto a Assembléia corrigiu o equívoco.

Na ausência de lei enquadrando todos os serviços essenciais, só em cada caso específico poderá ser êste ou aquêle serviço considerado essencial, o que é mais lógico dentro da estrutura constitucional e do regime político e econômico vigentes.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM SERÃO UM "ALIUD" EM RELAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS, ASSEGURADOS NA CONSTITUIÇÃO?

ALCINO PINTO FALCÃO

Juiz na 4.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara

1. Não é coisa fácil polemizar, quando se é chamado ao debate com requintes de gentileza e recebendo qualificativos por demais liberais, como me atribui o juriconsulto SEABRA FAGUNDES, em seu trabalho *Da intervenção do Estado na ordem econômica, em face da Constituição Federal*, com que enriqueceu o n.º 86 de *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. Mas, a mim, entre outros mais categorizados, é que dedicou maior espaço e atenção, por estarmos em divergência profunda, sôbre ponto controvertido do nosso texto constitucional; devo responder, pedindo-lhe escusas, se não o puder fazer com a mesma autoridade e com palavras tão amáveis, quanto as suas.

O ponto de departição é fácil de expor. Em modestos volumes dedicados ao nosso direito político, umas três vêzes repudiei lições do juriconsulto, sendo uma delas no que toca à inteligência da locução "direitos fundamentais", encontradiça no art. 146 da Constituição da República, de 18 de setembro de 1946, e cuja cláusula final recita: "A intervenção terá por base o interêsse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição".

Para o juriconsulto, ontem como ainda hoje, a expressão só é encontrada no texto do suso referido artigo; não se confunde, a seu ver, com os direitos assegurados nos diferentes parágrafos do art. 141 (que elenca os direitos e garantias individuais). Será

mais, abrangendo outros direitos, afirma o jurisconsulto, embora sem catalogá-los exaustivamente ou, ao menos, dando ao leitor o critério a seguir, para poder concluir que um direito será fundamental ou não (1). É verdade que ao mesmo tempo, em que dá essa extensão sem limites à categoria dos direitos fundamentais, por outro lado os restringe, afirmando: "Afigura-se-nos que o equilíbrio, entre a ação do Estado e a posição do indivíduo, se exprime com permitir que a intervenção transforme e restrinja os direitos assegurados na Carta Política, mas sem os suprimir, ou os frustrar no seu conteúdo econômico". Mas isso é outra coisa; sobre essa ressalva, antes não havia em nada dito, pois só agora é que tive oportunidade de a ler.

Em meus modestos estudos anteriores, de fato, ousei divergir da lição do jurisconsulto; então, afirmei que não me parecia exato que só no citado art. 146 é que se deparasse o emprêgo da locução "direitos fundamentais", pois que, lendo-se o parágrafo décimo terceiro do art. 141, também nêle ela estaria ("É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem"). E acrescentei, fundado no elemento histórico, que os direitos fundamentais do art. 146 seriam, nada mais, nada menos, do que os do rol do art. 141, que enumera os direitos e garantias individuais.

O jurisconsulto, porém, continua fiel ao seu parecer anterior. Lamenta que os comentadores TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI e CARLOS MAXIMILIANO não hajam percebido o problema, silenciando sobre o que se deva entender em relação à locução do art. 146; critica PONTES DE MIRANDA, por ter-se perdido numa divagação, mais filosófica do que jurídica, sem preocupar-se com o significado do texto positivo, dissociando conceitos, estabelecendo confusão e não auxiliando em nada o leitor, que fica em situação de perplexidade. E diz que só o provector professor SAMPAIO DÓRIA e eu é que enfrentamos o ponto, embora de modo inaceitável, ambos identificando a

(1) Dar uma extensão à locução "direitos fundamentais", a incluir todo e qualquer direito deparado na Constituição, é concepção que a boa doutrina não agasalha. De lembrar a lição de CARL SCHMITT, em sua famosa *Teoría de la Constitución*, tradução, pág. 188: "Los derechos fundamentales han de distinguirse de otros derechos garantizados y protegidos en la Ley constitucional".

expressão do art. 146 com o elenco dos direitos do art. 141. Por haver o catedrático paulista escrito dogmáticamente, sem maior justificativa, com êle não polemiza o ilustre jurisconsulto; honrou-me, porém, com várias páginas, por haver eu invocado o elemento histórico e ter pôsto em realce que a expressão também é deparada no parágrafo já aludido, o que, a seu ver, não é exato, por não ocorrer sinonímia.

Como já se antecipa, a controvérsia não é puramente acadêmica, pois que abrange conseqüências práticas. Mas, em certo aspecto, é uma questão de dicionário, perigosa porque pode degenerar em pura e vã batalha verbal.

Para que isso não ocorra, procurarei não divagar. Pretendo seguir o parecer de CARNELUTTI, em famosa polêmica (2), quando advertia: "Em ponto de premissas e de terminologia, não é, pois, tanto o caso de disputar, quão o de dar relêvo às posições respectivas. Até um certo limite, podemos estabelecer com liberdade o ponto de partida. Por isto, não me permitirei, de modo algum, pôr à conta (do ilustre adversário) qualquer êrro, enquanto me limitarei a pôr à luz uma divergência nas premissas. No máximo, poderei lançar-me até a acreditar e procurar demonstrar, como o meu ponto de partida, que está conforme ao modo de pensar comum, seja o mais conveniente. Por isso que é comum é mais conveniente. Se os juristas devem entender-se entre si, é de mister que usem, ao menos, certas palavras fundamentais, com um mesmo significado. De outra forma, a nossa ciência tornar-se-á na torre de Babel".

\* \* \*

2. Antes de procurar contrariar os argumentos longamente expostos pelo jurisconsulto, parece-me lícito documentar que a locução "direitos fundamentais", na época em que elaborada a nossa atual Constituição e na que se seguiu, andava no ar, passou a ser de uso comum no tráfego jurídico. No famoso preâmbulo da "Declaração Universal dos Direitos do Homem", de 10-XII-1948, lê-se: "Considerando que os Estados Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal

(2) Ver *Studi in onore di Chiovenda*, 1927, pág. 229.



aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância dêsses direitos e liberdade”. Nossas constituições estaduais também usaram da locução, por corrente, sendo de entender que com significado comum. Assim, a Constituição do Estado do Amazonas, de 14 de julho de 1947, epigrafou o título VI com a locução “Dos direitos fundamentais”; igual técnica a da Constituição da Bahia, de 2 de agosto de 1947 (título V) e, lustros depois, a do Estado da Guanabara (título V). Isso, ao tratar dos direitos individuais.

Outras, referindo-se à possibilidade de intervenção no domínio econômico, também empregam a locução, em termos quase idênticos ao do art. 146 acima transcrito, a indicar que a locução passara a ter um significado corrente e comum, só agora, faz pouco, surgindo a controvérsia. A respeito, confirmam-se as constituições de Mato Grosso, de 11-VII-1947, art. 117; a do Estado de Sergipe, de 16-VII-1947, art. 116, e a do Estado do Rio Grande do Sul, de 8-VII-1947, art. 169, § 1.º.

De transcrever, por expressivo (quando não esclarecedor) o art. 154 da Constituição de Pernambuco, de 25-VII-1947: “A intervenção no domínio econômico terá sempre por base o interesse público, respeitadas os direitos fundamentais, nos limites estabelecidos pela Constituição Federal”.

Para êste artigo não há dificuldade: os direitos fundamentais são os do elenco individual, apenas sujeitos aos limites, que haja estabelecido a Constituição da República. A tese defendida, com sua inconcussa autoridade, por SAMPAIO DÓRIA, e modestamente por mim, podia, perfeitamente, ser traduzida, repetindo-se as singelas palavras do artigo pernambucano.

Mas com êle não se ajusta o magistério de SEABRA FAGUNDES, eis que êle, quer no art. 146, quer no § 13 do art. 141, não vê a *ratio legis* na locução “direitos fundamentais”, mas sim põe a tônica no complemento, que se lhe segue. Assim, no art. 146: “direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”; e no mencionado parágrafo: “direitos fundamentais do homem”, tudo — diz êle — a mostrar estar-se frente a um *aliud*, sendo irrelevante o argumento histórico.

Êste argumento histórico, em que me esforçara, é o seguinte: o atual art. 146 resultou de emenda do constituinte MILTON CAMPOS, consagrado jurista e que devia saber o significado jurídico das palavras e que, então, disse: “Se, na ordem econômica, a amplitude

da intervenção do Estado não estiver limitada pelos direitos e garantias individuais, que a mesma Constituição consagra, criaremos o risco de suprimir a liberdade em benefício da igualdade social, que visamos”.

Não consta que algum outro constituinte haja contraditado a justificativa do autor da emenda, mas SEABRA FAGUNDES acha isso desimportante, pois que (convém transcrever): “Aqui é de invocar, muito a propósito, o cânone exegético de que o conteúdo da norma legal é aquêle que exsurge do seu texto escrito e do sistema no qual ela se entrosa, e não aquêle acaso inferível de uma ou outra opinião pessoal expressa na fase de elaboração legislativa, em meio ao conjunto maciço de votos manifestados apenas simbolicamente”.

E, a seguir, acrescenta: “Tem aqui inteira aplicação o preceito, segundo o qual o intérprete não fica prêsso à letra inerte do texto, nem êste se estiola pela estratificação do seu sentido no tempo, ou seja, no instante em que promulgado”.

Essas palavras do eminente jurisconsulto muito me confortaram, pois fizeram com que me lembrasse de certa polêmica, em que tive que intervir, vários lustros atrás, quando iniciava minha carreira, na magistratura de primeira instância. Então se discutia da validade de certa cláusula de irresponsabilidade frente a certa lei e isso deu margem a que se invocassem lições, desde os pandectistas, em tôrno do valor das opiniões dos legisladores e o da *mens* da lei. Filiei-me, então, à corrente dita objetivista e, pois, colocando-me numa posição correspondente à atual do consagrado jurisconsulto.

Mas, então, tratava-se de um texto de direito privado e agora se está em frente a um artigo constitucional. Por isso, o princípio invocado por SEABRA FAGUNDES não me parece dever merecer aplauso. E por vários motivos, o primeiro dos quais porque não houve “uma ou outra opinião pessoal expressa na fase de elaboração legislativa”, como sustenta, mas sim a singular do autor da emenda, consagrado jurista, e de que resultou o texto do art. 146 atual.

E, também, porque o significado *técnico* das palavras, corrente por ocasião da aprovação do texto constitucional, merece particular atenção pelo intérprete futuro. É uma regra anciã de hermenêutica do texto constitucional, lê-se no clássico WILLOUGHBY (3): “It has,

(3) Cf. *The american constitutional system*, edição de 1914, pág. 113.

however, always been an accepted rule of construction that the technical and special terms used in the Constitution are to be given those meanings which they had at the time that instrument was framed". E porque o recurso aos Anais é "de rigor, a fim de apurar qual era, na época da Constituinte, a significação verdadeira e geralmente aceita dos termos técnicos encontrados no texto" (4). O recurso aos debates na Constituinte só deve ser recusado quando destinado a criar ambigüidades, mas não para resolvê-las, é outra regra de boa aceitação (5). No caso do art. 146, ir ao elemento histórico é excluir dúvida de interpretação; desprezá-lo, é alimentá-la, dando guarida a um conceito impreciso, não elencável, do que se deva entender pela locução nêle usada.

Penso, assim, que o elemento histórico, no caso, tem grande valia. É o mais esclarecedor possível.

\* \* \*

3. Mas SEABRA FAGUNDES aduz outros argumentos. Diz que, se o constituinte tivesse querido dar o mesmo alcance à expressão usada no art. 146 e no § 13 do art. 141, em "ambos se teria valido de igual expressão". Isto é, não empregaria "direitos fundamentais assegurados nesta Constituição", no art. 146, e não teria omitido êsse limitativo "assegurados nesta Constituição" na redação do parágrafo.

A observação é engenhosa, mas tem um ponto fraco evidente. No art. 146 a frase "assegurados nesta Constituição" se justifica, por tratar-se de artigo sôlto no corpo do Diploma. Mas seria redundante (e o legislador não o deve ser) no parágrafo, pois que êste está ligado ao *caput* do art. 141 e neste se lê: "A Constituição assegura... nos termos seguintes:

(4) Cf. C. MAXIMILIANO, *Hermenêutica*, terceira edição, pág. 366.

(5) Cf. H. ROTTSCHAEFER, *Constitutional law*, 1939, pág. 17. Os mais conspícuos comentadores da Lei Fundamental de Bona freqüentemente invocam as opiniões dos representantes na Convenção, de que resultou a atual Carta Política da Alemanha Ocidental. Tão grande valor têm as mesmas, que o reputado *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* dedicou todo o grosso volume de 1951 a sistematizar os debates nela havidos, para uso posterior da dogmática e praxe.

Seguem-se, após, os parágrafos e porque haveria o décimo terceiro de ser pleonástico, repetindo o "assegura", já constante do *caput*, a valer para todos os parágrafos?

Mas objeta, ainda, o juriconsulto que não há sinonímia entre a locução "direitos fundamentais do homem" e "direitos fundamentais assegurados nesta Constituição" — que "tem um sentido, ao mesmo tempo, objetivo ou limitativo. Ou seja: remetem o intérprete ao texto da Lei Suprema e o dispensam de indagações além dêle".

Pena que o ilustre juriconsulto não se tenha dado ao trabalho de catalogar os casos, para demonstrar ser isso fácil, pelo milagre da cláusula complementar. Quem se aventurar a fazê-lo verá que as dificuldades continuarão a ser as mesmas, que diz exsurgirem do texto do parágrafo. Até as concepções jusnaturalistas (que nunca foram da minha simpatia (6) e nisso concordo com o juriconsulto) encontrarão oportunidade de ser defendidas pelos seus sequazes, uma vez que o art. 146, evidentemente, não excluiu "do seu sentido, objetivo ou limitativo" os direitos previstos nos parágrafos do artigo 141, cujo *caput* proclama que a Constituição os assegura. O argumento histórico, que a meu fraco ver é o que serve para limitar o alcance da expressão, tem a seu favor, outrossim, aquela regra que diz que... *entia non sunt multiplicanda*.

Mas o juriconsulto objeta, ainda, que a minha inteligência ao teor do § 13 poderia levar a fazer incidir, na proibição do parágrafo, o partido político, que inscrevesse "o propósito de suprimir o mandado de segurança, de abolir a sucessão nos casos de direito autoral, de negar os direitos à patente de invenção e às marcas industriais ou de comércio, de extinguir a ação popular". E, acres-

(6) Em estudo, vindo a lume no volume I de *Estudos Jurídicos em honra de Soriano Neto* (publicação da Faculdade de Direito do Recife, 1959, páginas 579 a 594), me antecipei a SEABRA FAGUNDES, na impugnação à exposição de PONTES DE MIRANDA, que, também como agora o fez o juriconsulto, tive como contraditória e nebulosa, não obstante idealista e adotada por outros mestres do direito constitucional. Filiei-me a uma posição positiva, amarrada ao texto constitucional, tendo até escrito: "A própria referência a direitos do homem, no estado atual do direito positivo, diz menos do que significa o termo; pelo art. 141 da Constituição quer traduzir apenas brasileiros, onde se encontrarem, e estrangeiros, quando residentes no país. A citação, que o § 13 faz a direitos fundamentais do homem, fica limitada pelo enunciado do corpo do artigo, que só se refere a brasileiros e a estrangeiros residentes no país".

centa: “Mas é tão evidente o absurdo da exegese, que a tais consequências conduza, que de logo o intérprete a terá de repelir”.

De minha parte ignoro partido que isso pretenda conseguir. Mas, não só por isso o argumento *ad terrorem* não me parece tenha grande valor. E isso porque não vejo que “abolir a sucessão nos casos de direito autoral” deva merecer menos consideração do que “abolir a sucessão nos casos de direito sobre imóveis”. Nem que a proteção aos direitos de patente e marcas de indústria e comércio seja um *minus* em relação à da propriedade imóvel, pois que tudo se resolve no conceito de proteção à propriedade. Não precisava até haver parágrafos autônomos, pois tudo seria de incluir no parágrafo pertinente à proteção da propriedade; a enumeração em parágrafos autônomos foi para excluir dúvidas, tão-somente, mas não para negar a filiação à propriedade: simples explicitação de *sub-genera* do *genus* propriedade. A atual Lei Fundamental de Bona não faz a exemplificação, limitando-se a conter o art. 14, em que se assegura a proteção à proteção da propriedade; no entanto, nenhum jurista tudesco desconhece que nessa proteção se incluem os direitos patrimoniais móveis, tais como o de patentes, de autor, marcas e modelos (“*Patentrechte, Urheberrechte, Warenzeichen und Musterrechte*”) (7).

É certo que, no passo a que venho aludindo, SEABRA FAGUNDES também se refere aos propósitos de abolir o mandado de segurança ou de extinguir a ação popular. Tenho por manifesto cochilo a menção a êsses dois institutos processuais, pois isso nada tem que ver com o conteúdo de “direitos fundamentais”. O texto do art. 146 e o do § 13 não falam em “garantias fundamentais”, e um e outro nada mais seriam do que garantias e não direitos. São conceitos diferentes, em direito constitucional, o de direito individual e o de garantia; com arrimo em doutores já isso acentuei, no trabalho a que me referi na nota sexta.

\* \* \*

4. O jurisconsulto, porém, vai além e faz uma suposição. No art. 146 o constituinte terá pôsto o qualificativo “fundamentais”

(7). Cf. von MANGOLDT e KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, vol. I (edição de 1957), pág. 424.

com um sentido nôvo e inesperado: “porque quis (adverte: possivelmente), no inciso dessa qualificação, sublinhar a importância de quantos e quaisquer direitos assegurados nos seus vários dispositivos”. Em nota 14 pondera: “Do mesmo modo que a Constituição de 1891, para marcar o sentido brasileiro do Exército, embora este fôsse um só e constituído pela União, jamais podendo ser Estadual ou Municipal, a êle aludia no art. 87, com o *Exército Federal*. Do mesmo modo que ao conjunto das casas do Poder Legislativo se aludia nessa mesma Carta Republicana, bem assim na de 1934, e ainda na vigente se alude, como o “Congresso Nacional”, sem embargo de não poder existir um Congresso, dentro do quadro e das tradições do Estado federativo, órgão do poder público, de sentido local”.

O jurisconsulto não me parece tenha sido bem inspirado nessa exemplificação. Analisa o passado com o espírito viciado pela atual Constituição, muito menos federalista que a primeira republicana, de 1891.

Hoje, não é possível haver: a Constituição de 18 de setembro de 1946 dá o nome às autoridades, órgão e instituições estaduais (Governador, Assembléia Legislativa, Polícia Militar, etc.). Mas naquela não era assim; havia até quem não soubesse bem distinguir os particularismos da Federação, em relação aos de uma Confederação. Colocando-se o adjetivo Federal após Exército, preveniu-se a usurpação do título pelos Estados, mas, por igual, se marcou um traço nitidamente federalista na Lei Magna. Mas, mesmo assim, certas concepções de espírito confederativo prevaleceram na Constituição do Estado da Bahia, de 2 de julho de 1891, no art. 117 da mesma se prevendo uma Fôrça Policial, mas também uma Milícia, na qual mandava aproveitar os componentes da Guarda Nacional; e a do Estado do Rio Grande do Sul, de 11 de julho de 1891, prevendo (art. 20, n.º X) uma Fôrça Pública, cujos efetivos seriam, eventualmente, completados por serviço obrigatório, mediante sorteio.

Afirmar-se não poder haver Congresso Estadual é uma verdade *hoje*, pois que a atual Constituição da República (arts. 2.º e 217, § 1.º) fala em Assembléia Legislativa. Mas em 1891 não era isso que se sustentava, tanto assim que a maioria dos Estados passou a ter Congresso Estadual. A respeito, confirmam-se as constituições: do Amazonas, de 17-VIII-895 (arts. 8 a 33), o que ficou

mantido na de 21-III-1910 (arts. 8 e segs.); a do Pará, de .... 1.º-IX-1904 (arts. 4.º a 24); a do Maranhão, de 28-VII-1892 (arts. 4.º a 22); a do Rio Grande do Norte, de 25-III-1907 (arts. 5.º a 19); a de Alagoas, de 11-VI-1891 (art. 4.º); a do Espírito Santo, de 2-V-1892 (arts. 33 a 46); a de São Paulo, de 11-VII-1908 (arts. 5.º a 20); a do Paraná, de 7-IV-1892 (arts. 5.º a 27); a de Santa Catarina, de 25-V-1910 (arts. 8.º a 23); a de Minas Gerais, de 28-X-1891 (arts. 9.º a 30), e a de Goiás, de 1.º-VI-1891 (arts. 52 a 69).

## VERDADES SÔBRE O ENSINO DO DIREITO

ROBERTO LYRA

Ex-Ministro da Educação e Cultura.  
Membro da Côrte Permanente de  
Arbitragem

A quem ensinar? Quanto às condições dos alunos, os problemas principais relacionam-se à falta de base específica e à heterogeneidade.

Para ingressar na Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, por exemplo, não se exige mais do que latim, francês ou inglês e português ginasiais.

Entretanto, o fundamental para a capacitação mínima é a sociologia. Aludo à sociologia geral, que não quer dizer, necessariamente, sociologia pura. Aplica-se o geral, no caso, ao objeto e não ao fenômeno jurídico. O ensinamento pre-vestibular reclama dose propedêutica condizente e, imprescindivelmente, sistemática. Não me refiro a certa sociologia, ora transcendentemente filosófica, ora rasteiramente técnica. A técnica tem, pelo menos, valor prático pela objetividade da vivência.

Nas universidades modernas não se compreende o simples balanço de teorias, como se o conhecimento consistisse em emaranhar, nublar ou agitar o seu conteúdo concreto. Isto é repetir, estacionando, limitando e esterilizando a inteligência nos enquadramentos preexistentes. Não basta escolher entre pareceres. Devemos aparelhar-nos, brasileiroamente, para a crítica e a superação com o lastro de fatos e provas. Não o supriria, na habilitação preliminar, a erudição ou mesmo a cultura em sociologia sem os frisos para as aptidões radicais e as opções peculiares. Ao contrário, haveria dispersão ou desdém pretensioso. Não estará preparado, especialmente

quem possui apenas assimilações e arrimos eventuais das duras verdades da sociologia. O mais nocivo é a abdicação intelectual do foleador de *best-seller*. Prefiro a injeção mnemônica ao dirigismo profano ou mercenário, ao artigo do dia da propaganda editorial, aos cursos erigidos sobre a areia sensorial.

O fato é que quase todos os candidatos irão estudar a ciência, a arte, a técnica da direção social ignorando o objeto daquela direção.

A admissão dispensa, também, o foco da economia política, quando a mecânica jurídica depende do eixo econômico. Isto é, agora, reconhecido pelos conservadores. Quer dizer, serve-se o superestrutural antes do infraestrutural. É a fachada antes dos alicerces. A economia política é fundamental e não formativa.

Porque aprendera metafísica sem saber física, o bacharelismo monárquico legislou para um Brasil abstrato com “inglêsismos” verbais e “francesismos” mímicos. O vício retórico e dogmático intoxicou o bacharelismo republicano, ainda mais responsável pelo nosso atraso, porque dispôs do ímpeto histórico de 88 e, conseqüentemente, de 89. Foram os escribas do que poderemos chamar, com propriedade, direito aéreo.

E a psicologia? Em direito penal, por exemplo, mesmo considerando à parte a criminologia, até no exercício profissional na Polícia e na Justiça o formado indaga, todo o dia, de personalidade, consciência, vontade, sentimento, paixão, emoção e outras categorias. E não se apura o conhecimento elementar em psicologia, aliás a ciência mais infestada pelos curandeiros excessivamente práticos.

Por outro lado, a heterogeneidade da composição da *classe*, agravada pelo número de alunos, impede o professor de regular o tom e o volume da aula, de sintonizá-la com a receptividade real e geral. Desaparece, assim, o pressuposto pedagógico de idêntico adiantamento na marcha preestabelecida, desde o curso primário. Isto prejudica a presunção de discípulos classificados e não de desclassificados virtuais. Como temperar a lição ou, melhor, a dição? Como estabelecer a relatividade terminológica e conceitual? Como indicar livros para todos? Não temos o direito de considerar esse tumulto um curso (veja-se bem, *curso*) e, muito menos, de formação.

Reunem-se, na mesma *classe*, pai e filho, avô e neto. Quando menciono os desajustamentos criados pelos alunos serôdios, ressalvo sempre as vocações preteridas na época própria. Não as confundo

com os egressos de outras carreiras supostamente menos rendosas ou mais difíceis para a desvirtuação empírica, para a formação de formados. Admiro, porém, os que se empenham, sinceramente, na ânsia da recuperação, por isso mesmo sempre modestos. Sabem que eles, e não os professôres e colegas, estão em mora. Comovo-me com sua flama estudantil, perseverante e pugnaz, pelo esforço fiel à autocrítica.

De qualquer modo, os que invocam inclinação temporã para o Direito reconhecem os maus precedentes de escolhas automáticas ou maliciosas.

Os acumuladores de diplomas procedem dos mais diversos graus civis e militares, contadores e seminaristas, filósofos e médicos, normalistas e anormalistas pluridisciplinares. Suas distantes humanidades e “tecnicidades” jazem no porão da memória. A inteligência de há muito não se exercita em trilhos escolares.

Os tipos de alunos diferem até pelas turmas (diurna ou noturna). Pela manhã, há mais estudantes por conta alheia, mais autômóveis particulares à porta da Faculdade, mais caderninhos de notas, mais livros ginásialmente encapados, mais disposição física nos semblantes.

Muitos lidam como leigos com assuntos jurídicos, rabulejam nos cartórios, audiências, corredores ou estagiam sem aparelhamento e orientação. Pensam que sabem, mas não sabem. Ao invés de extremar a boa vontade para a correção dos vícios do autodidatismo e do leguleísmo, culpam outros pelo truncamento de sua formação. Não têm a mais ligeira desconfiança de seus erros e defeitos, sobretudo os que se habituaram ao mando, à fortuna, à evidência noutros setores. Quanto mais inteligentes e autônomos, mais perigosos a si próprios, pela acessibilidade irresponsável e pela curiosidade libertina. Atribuem a professôres o próprio reumatismo intelectual ou as camadas superpostas. Alguns não percebem a nomenclatura elementar e vão ao dicionário comum buscar conceitos jurídicos. Nem corrigenda comportam os que galgaram hierarquias ilegítimas, assistemáticamente, quer dizer, anti-universitariamente. O professor parece confuso e complicado, mesmo quando diz as coisas mais simples e claras de acôrdo com a classe. O amor-próprio não chega para evitar a ignorância e a ilegitimidade da posição.

Tudo isso é real, porém, infelizmente, legal. Ocorre, entretanto, ilegalidade pedagógicamente imperdoável e insanável. A freqüência

é, normativamente, obrigatória. Mas os alunos, em regra, não vão às aulas, quer dizer não são alunos e, muito menos, estudantes. Sei que há os que não podem comparecer. Isto não altera o resultado. Aliás, freqüência não quer dizer atenção e alcance. Falsos estudantes lutam para que os professores dispensem o estudo, marquem poucos pontos, deixem colar. Saber? Não. O curso para êstes é decorar ou copiar as apostilas adquiridas nas vésperas dos exames. É pior do que o disco e a correspondência.

Para que ingressar em Universidade? A missão desta não é marcar o decurso de certo tempo, amontoar fôlhas de papel rubricado, expedir diplomas. É claro que há de ser integrada a equação pedagógica, com aulas úteis, não só para as provas, como para a formação. A investigação científica e o treinamento profissional são tarefas extra-escolares, embora paralelas às obrigações relativas aos conhecimentos curriculares, programados e aferidos. Na Universidade, os alunos hão de estar à disposição dos professores e êstes, por sua vez, hão de dirigir equipes harmônicas e atuantes.

Trata-se de formação de elites, de qualidade e não de quantidade. Se avaliássemos a elite pelo número de diplomados com nível superior, o Brasil seria, relativamente, privilegiado no que se chama, hoje, no verdadeiro nôvo mundo, de “qualidade da quantidade”. O patriotismo benéfico e sincero não se contentará com a aparência estatística.

A quem ensinar? Eis o primeiro quadro a enfrentar no vestibulo: turmas cada vez mais numerosas e promiscuas, de idades e condições diversas, sem consistência propedêutica. Reduzidas as matrículas, rigorizadas e especializadas as provas de admissão, conferido o nível e a base reais, efetivado o diagnóstico experimental da vocação, conseguiremos ensinar direito o Direito.

## FORMAS DE GOVÊRNO E REGIMES ECONÔMICOS

JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES  
Professor da Universidade de Minas Gerais

### COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Por um curioso nominalismo político, os homens de nosso tempo evitam o problema das formas de govêrno, a preocupar todos os pensadores, de PLATÃO até o século XX. Certas observações e certas experiências modernas, porém, mostram que, na verdade, o problema das formas de govêrno existe, e, na atualidade, a sua solução oferece condições de êxito ou insucesso aos diferentes “regimes econômicos”. Denominamos “regime econômico” ao conjunto de relações entre o poder político e o poder econômico, expresso em formas jurídicas ou simplesmente costumeiras, e, que, no século XX, adota três formas, classificadas pelo Pe. BASTOS DE ÁVILA como “neo-capitalismo”, “socialismo” e “solidarismo”, num luminoso ensaio, cujas posições gerais admitimos e cuja conceituação poderá ser considerada como fundamentando o presente trabalho. A êle remetemos o leitor, para melhor compreensão do tema, aduzindo a título de esclarecimento, que em nosso ensaio sôbre a Encíclica *Pacem in Terris — Desenvolvimento e Justiça* — seguimos uma linha paralela ao falarmos na “evolução”, na “consolidação” e na “abolição” do capitalismo, conceitos que correspondem ao do Pe. ÁVILA.

O problema das formas de govêrno se coloca, no século XX, em face de umas noções gerais que resumidamente podem ser assim fixadas:

a) a forma de govêrno é um dado histórico, conseqüência do processo de formação das estruturas jurídicas e políticas do país;

b) importa distinguir a *fonte* e o *exercício* do poder, como observa SEYMOUR LIPSET em suas profundas análises do poder político.

Daí tēmos duas formas de govēno, etimolōgicamente e histōricamente diferenciáveis, numa oposiçāo que habitualmente nós entendemos muito bem, embora nem sempre saibamos considerar em sua profundidade essencial. De um lado, temos a *monarquia*, quando há o primado histōrico, jurīdico e ontolōgico da funçāo suprema, e que encontramos naqueles paġses em que a organizaçāo polġtica antecedeu à formaçāo da consciēncia nacional e foi-lhe a causa; e *poliarquia*, quando a chefia suprema estā em igualdade de condiçōes com os demais podēres, situaçāo oriunda da precedēncia da consciēncia nacional sōbre a organizaçāo polġtica.

Na Inglaterra, o poder da Coroa é anterior e todos sāo derivados dēle — de certo modo, os deputados sāo conselheiros do rei, convocados por ēle, e o poder legislativo compete ao “rei em parlamento”. “Todos os caminhos sāo da Rainha”, podemos dizer, repetindo uma estranha frase polġtica sōlta na fantástica histōria de *Alice no paġs das maravilhas*. Sabemos perfeitamente que a idēia de um patriotismo inglēs derivou da lealdade ao rei, havendo, inclusive, paradoxos como o da Escōcia, bem conhecidos. Nos Estados Unidos, a Uniāo é a base moral do Estado, e o Presidente, como o Congresso e a Suprema Cōrte, nasceram da Uniāo. Todos os podēres derivam do pacto da Uniāo, sāo podēres divididos entre os Estados, que nāo transferiram senāo parte de sua soberania, e os ṓrgāos centrais da Uniāo (aliās, se o princġpio de legitimidade na Inglaterra é o da Rainha em Parlamento, o dos Estados Unidos é o da Uniāo, e no Brasil, se vālidas as nossas pesquisas, o do Império, isto é, a monarquia de base popular, pois ēstes os princġpios formais constitutivos das respectivas nacionalidades).

Nas monarquias a *fonte* do poder é o rei — o soberano, por ser a hipóstase da soberania nacional; seu exercġcio cabe aos ministros. Nas poliarquias a *fonte* é (no caso dos Estados Unidos) a Uniāo, o *exercġcio* cabe aos diferentes podēres. Aliās, como se sabe, as duas ūnicas poliarquias rigorosamente autēnticas que existem, os Estados Unidos e a Suġça, sāo federais. Considero isto de uma importāncia extraordināria. Um dado histōrico preciosġssimo. É uma reafirmaçāo de que aġ o poder é mūltiplo em face da autoridade ūnica.

BERTRAND DE JOUVENEL, que fixa talvez de modo definitivo a base teōrica do princġpio de legitimidade ao lembrar a associaçāo entre *autoria* e *autoridade* — e nos levou a definir como legġtimo o princġpio que é causa formal constitutiva da nacionalidade, sua “autoria”, afinal — define bem as funçōes da fonte e as do exercġcio da autoridade, ao lembrar que uma cabe ao *rex* e a outra ao *dux*. Este conduzindo a açaō, o outro ajustando os conflitos.

“Il faut un *dux* pour conduire une action collective, adressée à un but précis: telle est l'expédition guerrière, qui a d'autant plus de chances de réussite que le chef aura mieux conçu son projet, mieux enflammée les participants, mieux distribué les rôles entre eux, et qu'eux-mêmes auront mieux suivi ses consignes. Mais l'action militaire (ou l'action non militaire mais exigeant une discipline quasi militaire) est intermittente, rare dans les sociétés primitives”.

“Universel, au contraire, est l'état de voisinage, dans lequel les hommes sont portés à se rendre des services mutuels, à se faciliter la vie par adaptation réciproque, pourvu que règne entre eux un climat de confiance. Simultanément ce voisinage engendre des frictions qui appellent des remèdes. La forme d'autorité dite *rex* apparaît donc universellement nécessaire pour assurer la confiance et surmonter les frictions: nous pensons qu'elle est la source primitive de la souveraineté”.

“Le *rex* pose les bornes, cautionne les engagements, arbitre les conflits...” (*De la Souveraineté*, pág. 51).

Nas monarquias, a funçāo régia cabe a um homem; nas poliarquias, a um conjunto de relaçōes, como nos Estados Unidos, ao pacto de Uniāo, tomado como realidade viva, nāo como um texto da lei, mas no mecanismo da supremacia do Judiciário, supremacia que, relativa, embora, supremacia em seu campo, como as dos demais podēres nos seus, é o instrumento ajustador dos conflitos. O Poder Moderador, nos Estados Unidos, nāo cabe prōpriamente à Suprema Cōrte, mas ao dinamismo de relaçōes de que é o centro e o eixo.

Sendo o mecanismo das poliarquias bem conhecidos, pois, mesmo funcionando por um modo que todos criticam, é a forma de govēno vigorante, no momento, no Brasil, cumpre estudar mais aprofundadamente a monarquia, menos conhecida, e, curiosamente, objeto de uma espēcie de tabu, que veda estudos objetivos e compreensġveis a respeito.

## A FUNÇÃO E A MISSÃO DA REALEZA

Cumpra, de início, definir o que seja a monarquia.

A definição que proponho, com base em meditadas leituras que tenho feito de autores antigos e modernos, com a análise minuciosa de realezas de todos os tipos, é a seguinte: Monarquia (ou realeza) é a forma de governo em que a chefia do Estado consiste numa delegação perpétua da soberania nacional incorporada numa família (naturalmente a do fundador da nacionalidade), e que exerce, em caráter permanente e exclusivo, a representação da comunidade nacional no que tem de universal e constante.

Um rei, esta é a verdade, é um “representante”, e tem a seu cargo a representação do que existe de comum e permanente nos valores nacionais. “Primeiro representante nacional”, dirá a Constituição do Império do Brasil a respeito do Imperador, a quem foi atribuído o Poder Moderador, cuja teoria os velhos tratadistas formularam em páginas, por vêzes, de grande profundidade.

As atribuições concretas do rei variam, naturalmente, de Constituição para Constituição, e devemos considerar os usos e costumes, assim como os precedentes.

Dizia o sábio ANTÔNIO DE SOUZA DE MACEDO: “Não tem o Rei apenas uma dignidade, mas também um ofício, que verdadeiramente o faz ministro e oficial da República”. É puro SUÁREZ — o Rei ministro da República. Há nesta profunda lição do mestre do pensamento político luso duas grandes verdades: o Rei tem uma dignidade; mas tem um ofício.

Há funções sociais que consistem numa dignidade, outras no exercício de um certo ofício. As primeiras dizem respeito a uma qualidade inerente à pessoa, referem-se ao que “é”; as segundas, no exercício de umas tantas atribuições, referem-se ao que a pessoa “faz”. Quando queremos dizer que alguém excede às demais em seu gênero (Pelé, para dar o mais conhecido e recente dos exemplos) nós dizemos que é um “rei”, nunca um presidente, por exemplo, já que presidir é um ofício, não uma dignidade. Por isto, a dignidade real é inerente à pessoa, não importando necessariamente o ofício. Um ex-deputado nada é, pois ser deputado é um ofício; um príncipe nunca deixa de sê-lo (a menos que pratique algum ato de tal modo

nefando que o faça perder a qualidade), pois o que faz alguém ser príncipe é o ser filho ou neto de reis. Não podemos negar um fato, seja a redondeza da terra, ou que nossos príncipes sejam descendentes dos Imperadores do Brasil, dos reis de Portugal, França e Espanha.

Que o Rei tenha uma dignidade inerente à sua pessoa parece evidente, e creio que uma exagerada interpretação da fórmula “o rei reina, não governa” conduziria a fazer da realeza apenas uma dignidade sem função. Trata-se, aliás, de um perigo que encerra a fórmula liberal — reduzir o rei a ter uma dignidade muito eminentemente, pôsto que sem função. É claro que o rei, por sua alta dignidade, não se importa geralmente de perder algumas atribuições, pois, se não tem ofício de governo, tem a honra da majestade.

Mas SOUZA DE MACEDO, muito sãbiamente, com a sua extraordinária acuidade (D. João IV foi servido por dois conselheiros verdadeiramente adiante sôbre o seu tempo, SOUZA DE MACEDO e VIEIRA), soube ver bem que a realeza não consiste apenas na dignidade, mas no ofício. O Rei, diz êle, repetindo SUÁREZ, é o ministro da República. Deixei para aqui o fim da frase do grande pensador: “Não tem o Rei apenas uma dignidade, mas também um ofício que verdadeiramente o faz ministro e oficial da República, com infinitos encargos; e em todos êstes deve reger para os seus, não para si; de onde ser antes servo, que dono da República”. Assim se pensava e assim se dizia em Portugal, sob o primeiro rei da sereníssima casa de Bragança.

Mas, noutra local, disse o mesmo SOUZA DE MACEDO: “A eleição de bons ministros não sômente é útil ao comum da República, mas também ao particular de Príncipe, assim em acreditar seu juízo, como adornar sua côrte. O governo consiste nos ministros: eleger maus é entregar espada a um furioso; eleger bons pode fazer feliz o Estado”. O governo, portanto, consiste nos ministros. Mas quem os elege é o príncipe. No regime parlamentar moderno, com partidos sólidos, o “príncipe” escolhe os ministros em conformidade com o chefe de partido mais poderoso. D. Pedro II, como enfrentava partidos de reduzida consistência, escolhia à vontade; hoje, daria o poder ao líder incontestável do partido majoritário. Dizem, aliás, os tratadistas britânicos, que, na Inglaterra, os liberais e trabalhistas escolhem seus próprios líderes — e que, em caso de eleição vi-



toriosa, serão feitos automaticamente primeiros-ministros; os conservadores, porém, consideram seus líderes quem recebe a escolha régia.

Podemos concluir daí o seguinte: o ofício do rei consiste em escolher os ministros, em zelar pelo bem comum. Aliás, êste ofício de escolher ministros vai muito mais longe do que se pensa, e não se reduz a nomear secretários de Estado: o trabalho de D. Pedro II, digo mais, a luta de D. Pedro II, para conseguir que somente juizes íntegros e cultos fizessem carreira, era uma verdadeira escolha de ministros, não quanto às pessoas, mas quanto aos critérios.

SANTO TOMÁS, sàbiamente, distingue várias espécies de prudência, uma própria do Rei, outra que denomina política, a doméstica e a militar. Quer dizer, há uma certa gradação na prudência ministerial e, portanto, o rei como ministro da República possui infinitos encargos, mas os ministros, como agentes do Rei, possuem outros encargos.

Há nisto uma distinção de natureza e uma de função, que precisamos considerar.

Do ponto de vista da natureza:

a) há um bem comum de caráter geral, que pode ser considerado em qualquer situação e que os políticos não encaram senão secundariamente, pois estão presos aos problemas concretos — o respeito à ordem jurídica vigente, a moralidade pública e particular, a defesa nacional, etc., são tarefas que interessam igualmente a todos os cidadãos e a todos os governantes, mas a ninguém de modo especial, de modo que cumpre haver uma autoridade para cuidar delas; — são as Razões Nacionais;

b) há um bem comum concreto atual, que os políticos em geral procuram, visando resolver seus assuntos imediatos — os Interesses Seccionais; importa pois que o Rei, ministro da República para o bem comum permanente, cuide de enquadrar as soluções particulares dos ministros no quadro geral.

Convém, ademais, considerar que os políticos não são homens diferentes dos demais e, assim, procuram ver os seus interesses particulares, de sua família e de seus eleitores, e costumam sacrificar o bem comum a êstes bens particulares; o Rei, como não tem

interêsse particular distinto do bem do Estado, evita que se faça a distorção inevitável nas repúblicas.

Compete, pois, ao Rei fazer com que os objetivos concretos dos políticos (que podem ser relativamente justos, mas considerando apenas uma região, ou uma classe, ou um partido) se coloquem a serviço dos objetivos supremos da nacionalidade. O rei é ministro da república; um político costuma ser ministro de seu partido, apenas. O Rei ajusta os Interesses Seccionais de classe, região e partido às Razões Nacionais.

Há, pois, uma dignidade régia, oriunda do prestígio das idades, da força da tradição, de fatores afetivos, da institucionalização do poder supremo numa família, que não existe por si, mas como símbolo nacional. Os “ácidos da modernidade”, como diz LIPPMANN, não conseguem destruir a reverência e o respeito às dinastias — recentemente, um famoso baile de *debutantes* em Paris, realizado na *Ópera* e considerado o acontecimento máximo do ano elegante (na mais elegante cidade do mundo), foi presidido por uma bisneta de D. Pedro II. E outro membro da mesma família foi o convidado de honra de outro famoso baile que se realizava em New York, e que tem uma “cabeça coroada” sempre no lugar de honra...

Mas, como diria SOUZA DE MACEDO, os reis possuem um ofício. Êste não será, obviamente, governar, no sentido que habitualmente damos à palavra. Pode ser algo mais importante — pode ser nomear o governante. Nomeá-lo e demiti-lo (Constituição do Império, art. 101, § 6.º).

ASSIS BRASIL, republicano e presidencialista, em obras de extraordinária lucidez, hoje pouco lidas, estabelece umas distinções fundamentais que mereciam desenvolvimento. Segundo êle, as funções de “governo” não se confundem com as de “representação”: um deputado basta que tenha a confiança do eleitorado, é apenas um representante e, afinal, como faz parte de um órgão coletivo, os erros de parte do eleitorado sofrem correção pelos acertos de outra parte. Devíamos, nós, os sinceros democratas, dizer bem claro que o eleitorado pode errar, que há mil razões pelas quais o eleitorado erra: há uma falsa moeda democrática, que postula a infalibilidade do corpo eleitoral, impedindo, então, que se ponha corretivo aos

erros de fato. A democracia não pressupõe a perfeição do povo — isto seria, apenas, ingenuidade. O princípio de que “*quod placuit populo legis habet vigorem*” é tão falso como o que atribui o mesmo ao Príncipe. Mas, volvendo a ASSIS BRASIL: os representantes devem ser “eleitos”; os governantes, “nomeados”. Mas quem os nomeia? ASSIS BRASIL, republicano e presidencialista, somente possui uma solução: o parlamento. O mais coerente teórico do presidencialismo no Brasil era contra a eleição popular do presidente. Ora, sempre seria uma eleição, mudando-se apenas o colégio eleitoral.

Volvendo, agora, a BERTRAND DE JOUVENEL — o *dux* seria o primeiro-ministro, todo poderoso, cuja nomeação, pelo rei, o integraria, assim, na ordem jurídica tradicional, isto sem discutir a questão puramente prática das vantagens do processo, isto é, se um chefe de governo escolhido por um monarca no partido majoritário na câmara dos deputados será, habitualmente, um bom governante. Parece que sim; mas, para a nossa discussão, o que importa é o sentido, vamos dizer, filosófico, da solução — a consagração, pelo representante da ordem tradicional, dos novos poderes sociais e políticos, conforme as alterações na ordem social. A dinâmica social reflete-se na organização política pelas modificações do sistema eleitoral e a alteração na composição dos parlamentos. Há um deslocamento social na composição da classe dirigente política. O fato é visível principalmente na Inglaterra, mercê da continuidade institucional ao longo do tempo. Ora, um primeiro-ministro que possui a *autoridade*, o direito de mandar, pelo fato de ser o “chefe do governo de Sua Majestade”, e que possui o *poder* de mandar pela força que lhe dá o eleitorado, constitui, afinal, um ponto de intersecção entre o antigo e o novo, entre a ordem jurídica tradicional e as novas estruturas sociais, entre as Razões Nacionais, os Interesses Seccionais e as Paixões da Hora.

Se colecionássemos todas as funções de um rei — defensor perpétuo, guardião da Constituição, poder moderador, etc. — todas elas se resumiriam numa única fórmula: o rei é o representante da tradição, daquilo que a sociedade política possui de antigo e venerável, do fato que lhe deu origem, e que, escolhendo quem vai governar (mesmo que a escolha seja uma simples ratificação dum eleição: a constituição inglesa funciona pelo fato de saber-se

que a Rainha ratificará esta escolha), sanciona o mutável pelo permanente, inserindo a mudança na persistência.

Nós, naturalmente, emprestamos caráter sagrado ao antigo e venerável, e principalmente ao que se liga à idéia dominante que deu origem à comunidade nacional. E esta é a razão do caráter sagrado do rei, além das outras, que estudaram FRAZER e BLOCH.

Ora, o panorama do mundo atual apresenta um aspecto singular: as nações que conservaram seus reis são as raras democracias estáveis no mundo e, também, as que conseguiram abolir a desigualdade social e econômica sem precisar de recorrer à tirania. E todos sentem que os enormes poderes que o Estado vai, cada vez mais, recolhendo em suas mãos, conduzirão fatalmente a tiranias sem precedentes na História, parecendo que o único meio de diminuir estes perigos está na neutralização do Estado pela hereditariedade da coroa. E resta um fato tremendo: a porta que se abre para a saída do rei é a mesma que fica aberta para a entrada de ditadores.

O representante de uma das mais antigas dinastias européias e um dos mais lúcidos conhecedores da situação política da Europa assim define a situação, num texto longo, mas definitivo:

“Un point plus important encore que les compétences professionnelles du souverain, c'est sa neutralité envers les partis. Le roi ne doit pas son autorité au scrutin ou aux influences. Il est parvenu au pouvoir sans se rendre dépendant. Le président, lui, est toujours redevable à quelqu'un. Les élections sont chères et difficiles. Elles sont souvent déterminées par la puissance de l'argent ou des organisations de masses, sans qui il est presque impossible de parvenir à la tête du gouvernement. Leur aide, cependant, n'est pas obtenue pour rien. Elle implique toujours une dépendance de l'élu. De là vient que le président n'est pas celui de toute la nation, mais de la constellation qui lui a aidé. Ainsi les partis politiques ou les cartels économiques possèdent le pouvoir, qui n'appartient plus à tous, mais devient pour un temps bref ou prolongé le fief de tel ou tel groupe de citoyens. De cette façon, il reste un danger pour que la république cesse d'être la protectrice des droits de tous. Ce serait — soulignent les monarchistes — une menace toute particulière à l'heure actuelle, car les droits de l'individu et des mino-

rités sont plus que jamais précaires. Les concentrations financières et les puissantes organisations mettent en péril les existences modestes. C'est justement dans une démocratie qu'il est le plus difficile à celles-ci de se faire entendre, puisqu'elles ne sont pas organisées et qu'elles n'ont, économiquement, que peu de poids. Car, selon la règle, l'attention des partis va aux plus forts et aux plus nombreux. Si on leur abandonne les postes de commande du gouvernement, il ne restera personne vers qui les faibles puissent se tourner. Le monarque, au contraire, ne dépend de rien, il est là pour toute le monde. Il sera donc plus libre envers les forts et plus secourable envers les petits. En un temps où il faut s'attendre à des changements économiques et sociaux profonds, un chef d'État sans couleur partisane est spécialement nécessaire".

"Il est un autre trait de notre structure économique qui réclame toute notre attention, à ce point de vue. Depuis la seconde guerre mondiale, beaucoup d'entreprises ont été nationalisées en Europe occidentale. À certains endroits elles fonctionnent, sinon bien, du moins convenablement; ailleurs elles sont devenues un fléau, qui menace entre autres les droits de la classe laborieuse. Fait intéressant, elles ont compté plus de succès dans les monarchies que dans les républiques. La raison semble être que la couronne étant au-dessus des partis, elle a empêché que ceux-ci ne transforment ces entreprises en fiefs profit. Les gouvernements monarchiques ont veillé à ce que l'économie étatisée fût administrée selon l'intérêt de la communauté. Et cette direction neutre et impartiale a sauvé la classe ouvrière du danger de voir les entreprises tomber aux mains d'un seul et même parti. Lorsque c'est arrivé, les syndicats risquent avec le temps de ne plus représenter les intérêts des ouvriers, et de devenir au contraire une organisation d'exploiteurs au service de l'entreprise nationalisée. En outre, une direction étrangère aux partis protège aussi les organisations politiques. En effet, un parti qui ne se voue plus à sa tâche véritable, à savoir l'éducation politique des masses, mais qui s'efforce d'occuper les positions fortes de l'économie, doit tôt ou tard se corrompre".

"Il subsiste pour l'avenir un autre danger: c'est qu'avec les nouvelles possibilités économiques la puissance ne se concentre encore davantage entre quelques mains. C'est un motif de plus de posséder à la tête du gouvernement un poste neutre qui veille à ce que

le produit du travail soit équitablement réparti. Enfin le souverain donne à la vie nationale la stabilité si nécessaire pour résoudre de grands problèmes. Il manque aux républiques un pôle fixe. On doit au plus vite réaliser des succès tangibles, sous peine de n'être pas réélu. On est donc condamné à une politique à court terme qui n'est certes pas le bon moyen d'affronter les secousses causées par les événements".

"Si nous nous demandons, tous ces motifs examinés, quelle forme de gouvernement rendrait les meilleurs services au cours de la future évolution sociale, nous tiendrons compte encore d'un autre point de vue".

"D'une façon tout à fait générale, les républiques démocratiques constituent le régime du pouvoir législatif. Les gouvernements autoritaires donnent la primauté à l'exécutif. Celle du pouvoir judiciaire est, comme nous l'avons dit, dès longtemps périmée. Jadis il trouvait son expression dans les monarchies chrétiennes. En effet, on oublie trop souvent que le souverain au sens propre du terme fut toujours et avant tout le défenseur du droit. Les plus anciennes monarchies, les royaumes bibliques, avaient pour rois des juges. Saint Louis, roi de France, voyait sa plus haute fonction dans l'acte de rendre la justice. Le nom de Pfalz, que portent tant de lieux du Saint-Empire, rend le même témoignage, puisque le Palatin (Pfalzgraf) était le défenseur du droit délégué par l'empereur et roi" (*L'Ordre sociale du demain*, Bruges, 1960, pag. 110 a 112).

A monarquia, realizando de modo efetivo, numa distinção real, aquela separação entre a fonte e o exercício da autoridade que SEYMOUR LIPSET considera condição fundamental para o êxito da democracia no mundo moderno, e que colabora com a boa situação da economia nacional e a legitimidade do poder (esta última uma idéia tradicionalmente presente no vocabulário monárquico), transforma em verdadeira magistratura a função suprema do Estado. Os tratadistas imperiais de colorido ortodoxo sempre criticaram a fórmula liberal — "o rei reina, não governa". Para eles tal maneira de pensar carecia de todo sentido lógico e de todo conteúdo ético. Que é "reinar" senão "governar como rei"? Mas, certamente, reconheciam o princípio da responsabilidade ministerial pelos atos do Poder Executivo. Na verdade, o curioso debate poderia ser decidido se lhe fôssem alterados os termos: se, ao menos, procuras-

sem o significado profundo, na vida e nas idéias, do termo “reinar”. Se, afinal, procurassem definir claramente o que era êste governô próprio dos reis que se chama “reinar”. Sente-se que todos tinham em mente algo, que não sabiam exprimir — mas o pêso das palavras sufocava-os. Se dissessem “o rei *julga*, não governa”, teriam, certamente, saído das tautologias para entrar na discussão clara das idéias.

E se considerássemos as funções efetivamente exercidas pelo Imperador do Brasil, ou mesmo por muitos soberanos de hoje, veríamos que, de fato, como lembra OTTO DE HABSBURGO, tôdas se resumem no exercício de uma suprema magistratura. As decisões acêrca das questões de gabinete, a aprovação prévia dos projetos a serem remetidos ao parlamento, o contrôle eficaz, pôsto que invisível, sôbre as nomeações e outros atos do governô, que significam senão uma suprema e constante judicatura, destinada a manter, por meio da ação moderadora de um poder neutro, soberano e transcendente — permanente e estável — a harmonia e a justiça?

### A QUESTÃO DO REGIME ECONÔMICO

Com relação ao regime econômico, a situação se apresenta muito interessante.

Històricamente temos o aparecimento do “solidarismo”, como a consequência do impacto do capitalismo em sua primeira forma e as primeiras manifestações socialistas nos quadros das grandes monarquias européias, que viram o início da “questão social”.

Disse “solidarismo” conscientemente, apesar de ser palavra moderna. Mas acontece que, em face da questão social, as monarquias começaram a reagir por um modo que, apelando para as tradições do cristianismo, do rei defensor dos pobres e viúvas, encaminhou o problema para a melhoria da situação concreta da população, como dever de solidariedade social. O texto que pode ser considerado como, històricamente, o documento clássico, é o da fala do trono de BISMARCK, em nome do Imperador Guilherme I, ao *Reichstag*, em 17 de novembro de 1881. Concretamente é o início da previdência social.

“Consideramos ser nosso dever imperial pedir de nôvo ao *Reichstag* que tome a peito a sorte dos operários, e poderíamos encarar com uma satisfação muito mais completa tôdas as obras que nosso Governô pôde até agora realizar com a ajuda visível de Deus se pudéssemos ter a certeza de legar à pátria uma garantia nova e durável, que assegurasse paz interna e desse aos que sofrem a assistência a que têm direito. Nos esforços que fazemos para êste fim, contamos seguramente com o assentimento de todos os governos confederados e com o inteiro apoio do Reichstag, sem distinção de partidos. É neste sentido que está sendo preparado um projeto de lei sôbre o seguro dos operários contra os acidentes do trabalho. Êsse projeto será completado por outro, cujo fim será organizar, de um modo uniforme, as Caixas de socorro para o caso da moléstia. Porém, também aquêles que a idade, a invalidez tornaram incapazes de proverem ao ganho quotidiano, têm direito a maior solicitude do que a que lhes tem, até aqui, dado a sociedade. Achar meios e modos de tornar efetiva essa solicitude é, certamente, tarefa difícil, mas, ao mesmo tempo, uma das mais elevadas em um Estado fundado sôbre as bases morais da vida cristã. É pela união íntima das forças vivas do povo e pela organização dessas forças sob a forma de associações cooperativas, colocadas sob a proteção, vigilância e solicitude do Estado, que será possível, nós o esperamos, resolver êste momentoso problema, que o Estado não poderá resolver por si só com a mesma eficácia”.

Por que motivo não seguiram as monarquias a tradição do “estanco”, do monopólio estatal, que seria, aliás, adotada na União Soviética, cujo regime é muito mais “colbertismo” que “marxismo”? Aí entra um curioso fator psicológico, que justifica as nossas considerações anteriores, algo extensas, sôbre a distinção entre a *fonte* e o *exercício* do poder nas monarquias.

Os ministros, numa monarquia constitucional, como são tôdas as que existem nos países de cultura ocidental, encaram o poder como função transitória, instrumental, ministerial, no sentido metafísico da palavra.

O Estado é coisa alheia. É o serviço do rei. Por certo que o rei assume por vêzes condição de símbolo. Mas acontece que nós pensamos por meio de símbolos, e o rei simboliza que o Estado é

diferente dos ministros, do govêrno, e que um primeiro ministro passa e o rei fica. Há um depoimento do atual conde ATTLEE acêrca do rei Jorge VI, definitivo: o falecido monarca não concordava com o programa trabalhista, mas compreendia-lhe as razões. Certamente que Sua Majestade aporia a sua rubrica a todos os projetos que o gabinete *labour* apresentasse — é da Constituição. Mas seria o cúmulo da indelicadeza obrigar um homem a assinar, diàriamente, projetos com os quais não concorda, sòmente porque 60% do eleitorado votou numa direção. Há mais — a política é volúvel, como dizia o nosso D. Pedro II. Teria graça nacionalizar-se um certo número de indústrias, para amanhã caírem nas mãos dos adversários. Daí o que tem acontecido: socializações parciais, sucedidas de períodos de descanso, transformações das emprêsas nacionais em corporações da Coroa, politicamente neutras, como a BBC, etc.

Aliás, é sabido que Jorge V nutria um verdadeiro entusiasmo pelos programas de habitação popular do govêrno trabalhista.

Esta solução, afinal solidarista por seus efeitos e seus modos de ação, não constitui um privilégio de realezas. Começado por elas, algumas poliarquias seguiram linhas semelhantes.

Já o socialismo pode encontrar caminho mais fácil em república poliárquica. Um presidente não se importa em adotar uma política de “estanco”, pois, enquanto estiver no poder, aquilo será realmente um poder sob suas ordens. E a fôrça obtida permitir-lhe-á prosseguir. Muitas vêzes ocorre um certo conservantismo em governos republicanos, por fôrça da desconfiança, não entre reis e ministros, mas entre congresso, presidente e suprema còrte. O judiciário foi um entrave a Roosevelt, enquanto desavenças puramente partidárias podem criar um clima de desconfiança entre govêrno e parlamento que tornem impossível qualquer política reformista. Na monarquia, como o govêrno é função do parlamento, haverá sempre identidade entre a maioria e o executivo; nas poliarquias, não. Tanto que, nos Estados Unidos, há o *dictum* segundo o qual há dois regimes políticos, o de Presidente com maioria e de Presidente sem maioria...

Êstes conflitos (ou outras razões quaisquer) podem conduzir a uma revolução: aí a poliarquia de nome se transforma em ditadura de fato, e temos o estado totalitário, o socialismo de forma absoluta, com o fim da propriedade e de tôdas as liberdades.

Mas, diante do perigo que existe de quebrar-se o pacto da União, pela supremacia do Executivo, como consequência de um refôrço do poder estatal para o fim de resolver a questão social, situação que gera a desconfiança acima descrita, as poliarquias reagem pelo neo-capitalismo. As questões ficam entregues ao livre jôgo dos sindicatos, o govêrno reconhecendo os direitos recíprocos de ambas as partes e garantindo o diálogo. As emprêsas enfrentam o problema pelos salários altos e divisão da propriedade pela disseminação dos títulos de propriedade. Há uma “socialização do capital”, portanto, no melhor sentido do têrmo. Vantagens de educação amplamente difundidas e outros serviços públicos destroem os privilégios reais. E temos a situação dos Estados Unidos e da Suíça, em que se ultrapassou (pelo menos durante algum tempo) a questão social, sem intervenção do Estado, direta, pelo menos, sem “estanco”, mas pela forma comteana da “incorporação do proletariado na sociedade moderna”.

Resumindo, podemos dizer que as monarquias se encaminham para o solidarismo e a poliarquia se sente mais à vontade num tipo qualquer de neo-capitalismo, na base da abolição do conflito, e se falhar neste campo, temos o estado totalitário, com o socialismo.

Mas o estado totalitário será um estado “constitucional”, para usarmos da exata maneira de falar dos homens do primeiro reinado? Não seria estado constitucional, ou Estado de Direito, senão aquêle que reconhece uma distinção real entre a esfera do Direito Público e a do Direito Privado, e admite uma ordem jurídica anterior ao Estado.

Um fato recente, o do debate acêrca da reforma constitucional, leva-nos a um tema raramente discutido e que deve ser colocado aqui:

Várias vêzes a atual Constituição já foi reformada; e nós já tivemos muitas constituições. Então, por que motivo se consideram de certo modo irreformáveis certos artigos? O texto, aliás, silencia a respeito: só se veda a restauração monárquica (por meio de reforma da Constituição) e a abolição da Federação. E quando de um debate a respeito, ouvi de um jovem professor a objeção de que uma questão mais importante, qual seja a da forma de govêrno (referia-se ao parlamentarismo), já fôra objeto de reforma;

porque não a de menor projeção, como o direito de propriedade? O curioso é que este jovem professor se situa na linha dos que advogam “reformas de base” e consideram as de “cúpula”, alienadas.

Tudo isto só revela, de modo confuso, uma questão muito importante: a distinção entre Direito Natural e Direito Positivo. Uma Constituição é um texto de lei, emanado dos poderes competentes; mas há princípios do que poderíamos denominar de Direito Público Natural, princípios de Direito Natural que se referem às coisas da política, à organização do Estado. Se aos juristas e estadistas cumpre fixar o direito positivo — o texto da Constituição —, aos filósofos cumpre verificar o que é de direito natural.

A Encíclica *Pacem in Terris*, por exemplo, estabeleceu uma base moderna para este Direito Público Natural — o Papa não ficou como deve ser a Constituição do Brasil ou a da Itália, nem entrou em detalhes acerca de Monarquia ou República, federalismo ou unitarismo, presidencialismo ou parlamentarismo, representação proporcional ou majoritária, etc. Mas estabeleceu princípios a que qualquer Constituição deve obedecer, princípios que estão, por exemplo, presentes nas Constituições dos Estados Unidos e da Inglaterra, apesar das diferenças.

Acredito que a Filosofia poderia nos dar a seguinte distribuição de matérias no quadro deste Direito Natural Público, ou Lei Natural aplicada ao Corpo Político — Lei Natural das Sociedades Políticas:

a) a questão dos fundamentos do Estado e da Autoridade — o velho e difícil tema da origem do Poder — uma questão de Direito Natural, não de Direito Positivo, uma questão de Filosofia, afinal, a da discussão de qual é o sujeito do poder — vamos dizer, o debate acerca da Teoria da Translação de SUÁREZ, a do Direito Divino dos Reis e a da Soberania Popular de ROUSSEAU.

a) a questão da legitimidade do poder — uma questão filosófica de suma complexidade, que somente agora vem despertando o interesse dos pensadores —: qual o princípio de legitimidade que deve prevalecer na organização do Estado?

c) a questão dos direitos naturais, dos direitos civis e dos direitos políticos dos cidadãos. Esta última questão foi colocada de maneira inexcedivelmente clara, lúcida e compreensiva pelo grande

jurista do Império, o conselheiro JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente. Tão ampla e inteligente é a sua doutrina que, ultimamente, tendo feito um estudo sobre a *Pacem in Terris*, não achei melhor comentário à Declaração Papal dos Direitos do Homem do que os textos do “jurista do Imperador”.

Para que se possa compreender a maneira profunda de PIMENTA BUENO, basta recordar o fato de considerar o voto como função social e, principalmente, matéria de direito positivo. A liberdade é de direito natural, mas o direito de votar é criatura de leis: todos os países, até hoje, regulamentam o direito de voto, e há exclusões (menores em toda a parte, analfabetos no Brasil, membros da nobreza na Inglaterra, para dar exemplo da variedade de situações). Ninguém é eleitor pela graça de Deus, mas por força da lei.

Por isto, em todas as Constituições há artigos que, embora incluídos no texto, são ontologicamente anteriores a eles — a declaração de direitos, que não muda muito (peço ao leitor que compare o art. 179 da Constituição do Império com o 141 da atual Constituição) — é praticamente o mesmo texto, refundido, “revisto e aumentado”. Não é matéria constitucional, mas supraconstitucional.

Monarquia e poliarquia são regimes “constitucionais”; o estado totalitário pertence a outro mundo de formas políticas, ao das soluções hegelianas da identificação entre a sociedade e o Estado. O Estado de Direito, o Estado constitucional é transcendente à sociedade; o Estado totalitário é imanente. E com isto, o estatuto da pessoa humana torna-se diferente: num caso, com direitos naturais anteriores ao Estado (confronte-se a *Pacem in Terris* com o *Direito Público*, de PIMENTA BUENO, na parte relativa aos direitos do homem e do cidadão); noutra caso, sem existência própria. Quando, pois, a mudança do regime econômico importa na destruição da velha opção monarquia-poliarquia, então é a liberdade que desaparece, não haverá mais a “república”, a coisa pública, mas outra solução completamente diferente.

As duas soluções democráticas, do solidarismo e do neo-capitalismo, pressupõem, ambas, o princípio básico da democracia, qual seja o da limitação do poder. A democracia funda-se em algo simples: o perigo da tirania inerente a qualquer regime, por força da ambição.

Nós, que já vivemos em época de tirania, aceitamos a beleza da liberdade como coisa que não precisa de demonstração e — o que é mais importante — não cuidamos dos riscos que o emprêgo da liberdade pode possibilitar. Parece-nos quase heresia e blasfêmia admitir que alguém faça mau uso da liberdade. Mais tarde, porém, surgem as decepções e sentimos que a questão do mau uso da liberdade existe e pode trazer conseqüências funestas. Certamente, é uma bela coisa o direito de voto: não impede, porém, que os homens, por paixão, por interesse pessoal, por amizade, por ignorância, venham a votar de maneira que contrarie frontalmente o interesse coletivo. Certamente, o bem comum é o que convém ao povo — mas em inúmeras vezes o eleitor ignora o bem comum e pensa no seu bem individual, ou nas paixões que a propaganda ativa no seio das multidões.

Um dos aspectos, porém, mais importantes da questão dos riscos que cercam a democracia, riscos que devemos considerar para evitar que acabem servindo de base para a destruição da liberdade, é o das ambições que provoca a escolha dos postos de governo ou representação por meio de eleições. Todos nós desejamos ocupar posições brilhantes e servir à coletividade. Diziam os antigos que a ambição da glória fazia parte das almas bem nascidas. Hoje, a ambição de dinheiro, o gosto de mandar (é a “vã cobiça”, para repetir CAMÕES), a simples vaidade de ter o nome nos jornais, tudo leva o homem a disputar cargos de relêvo. Isto sempre foi assim, variando, apenas, os métodos e os modos. Se numa côrte absolutista, como Versalhes, carecia o indivíduo de já ter ingresso nos salões dourados do rei para conseguir uma posição, num sistema eleitoral, qualquer um, que se torne conhecido no bairro ou no local de trabalho, será candidato a vereador.

O fato, pois, de sabermos que o poder está diante de nós — e o poder é a mais forte tentação que existe para o homem, à qual sacrifica tudo, sossêgo, família, dinheiro — isto nos estimula progressivamente à vaidade e a ambição, até conseguirmos o posto. E há momentos, em qualquer tipo de competição, em que um pequeno esforço, quiçá uma fraude, uma arrancada na qual empregamos tôdas as nossas energias, uma tensão mais violenta de nossa vontade e de nosso corpo, e a vitória estará sorrindo. Nesse momento, tudo faremos para conseguir o cargo, aumentando os nossos es-

forços na medida da importância do resultado. A ambição, por exemplo, de ser vereador, pode levar o homem muito longe; se êle se encontra em vias de ser presidente da República, podemos contar, então, que fará tudo, humanamente, tudo que lhe fôr possível, o próprio ardor da luta cegando-o, a paixão sendo suficiente para lhe esconder todos os princípios e razões. Se o homem que está a dois passos da presidência da República verificar que uma ligeira fraude, uma mentira, uma falsidade ou qualquer obstáculo desta ordem está no caminho, êle o dominará. E no auge da luta, nem sentirá o mal que fez.

Daí RUI BARBOSA escrever nos últimos anos de sua vida:

“O mal grandíssimo e irremediável das instituições republicanas consiste em deixar aberto à ilimitada concorrência das ambições menos dignas o primeiro lugar do Estado e, desta sorte, o condenar a ser ocupado, em regra, pela mediocridade”. Ou pela ambição. RUI, duas vezes derrotado em eleições presidenciais, sentia em si que os piores vencem. Podem vencer, costumam vencer.

Agora, mesmo na hipótese de vencer o melhor, há o problema da ambição despertada. Numa luta, temos companheiros e adversários, conseguimos ódios e despertamos lealdades. Ora, ambos, os ódios e as lealdades, carecem de satisfação. Seria ingratidão deixar os amigos, que lutaram por nós, que sofreram por nós, que se creditaram ao ódio do adversário, amigos que, por nossa causa, estariam sofrendo horrores às mãos de adversários.

Igualmente, há os adversários. Quando, numa luta política, acusamos alguém e procuramos mostrar ao povo os seus vícios e defeitos, naturalmente que o inimigo não fará penitência pública, como os reis bíblicos acusados de transgressores dos mandamentos da Torah; sentir-se-á ofendido, vítima de calúnias soezes, de criminosas aleivosias. Seja verdade, ou seja mentira, para a pessoa atingida, somos apenas insultadores gratuitos. Assim, ao atingirmos o poder, temos o ódio dos inimigos e a amizade dos amigos em tórno de nós. Temos, principalmente, o amor ao poder, o gosto de mandar, a atração quase física pela posse das alavancas do governo. A nossa vaidade expande-se por tôdas as direções e sentimo-nos fortes, únicos, sábios, essenciais.

Com o tempo aproxima-se o fim do mandato: começamos a sofrer antecipadamente a nossa queda no cotidiano, começamos a



sentir que vamos passar de soberanos a súditos, de pessoas que estavam acima da lei, a pobres indivíduos colocados debaixo da Lei. Pois, na verdade, no nosso regime presidencial, como nos demais, o chefe de Estado é *legibus solutus*, está acima da Lei. E nós “presididos”, como diria RUBEM BRAGA, estamos por debaixo da Lei...

E fim de govêrno é mais triste do que entêrro de mãe de família numerosa...

Devemos, pois, considerar a importância da ambição no mecanismo da luta pelo poder sempre que tivermos de organizar os regimes. Se esquecermos de colocar êste fato de parte, estaremos legislando no vácuo.

Ora, êste fato conduz a um estranho paradoxo: se abolirmos o princípio eletivo do Estado cairemos no mais negro despotismo, já que o govêrno será entregue a um grupo que dêle se utilizará em proveito próprio. Se o fim do Estado é o bem comum do povo — e nunca se pôs em dúvida a definição de SANTO TOMÁS DE AQUINO, pelo menos no mundo cristão —, o govêrno não poderá funcionar sem uma participação qualquer do povo no seu mecanismo.

Mas uma entrega indiscriminada da seleção de postos ao princípio eletivo poderá conduzir a resultados funestos. Há dois princípios que devemos considerar: não é evidente que o eleitorado escolha necessariamente o melhor; escolher representantes é tarefa essencialmente diversa da escolha de governantes. Esta última distinção, que uma sã sociologia da política nos revela e confirma, não contradiz nem os princípios republicanos, nem os do presidencialismo — o único teórico sistemático do presidencialismo entre nós, J. F. DE ASSIS BRASIL, demonstra esta distinção em termos enérgicos e defende a adoção de nomes diferentes para cada caso — “eleição” de representantes e “nomeação” de governantes. Como solução, propõe ASSIS BRASIL, como vimos, presidentes eleitos pelo Congresso — mas presidentes. Solução que, se resolve problemas, não destrói a influência da ambição e agrava, ainda mais, o facciosismo. A República de ASSIS BRASIL surge diante de nós com as côres do antigo reino da Polônia, com seus reis eleitos nas Dietas turbulentas, violentas, facciosas e quase nada honestas.

Um regime parlamentar, principalmente aquêle em que a Chefia do Estado exerce um poder moderador forte e independente,

principalmente aquêle em que o chefe de Estado é livre na sua decisão e pode conservar o ministério ou dissolver as câmaras, convocando novas eleições, assim como era no Império do Brasil, se não consegue abolir a ambição, a refreará e diminuirá a força do govêrno: um primeiro-ministro com o parlamento atrás e o chefe de Estado na frente, será convidado a um verdadeiro ascetismo do poder. Se gozar da confiança do parlamento e do chefe de Estado — confiança que não poderá comprar, pois um limita o outro —, terá meios de realizar grandes planos. Sob certos aspectos, fará governos eficientes; sempre, contudo, fará governos honestos.

Agora, nas monarquias, por força de uma tradição de fundo religioso, e pela presença do poder regulador e judicante do soberano, encaminha-se o regime econômico para a solução solidarista, em que o Estado exerce uma suprema inspeção, é um poder moderador, apenas; nas poliarquias, por força do princípio da preexistência da comunidade, prefere-se a solução neo-capitalista, que respeita a integridade da autonomia da ordem privada, ainda mais que repugna a um espírito verdadeiramente republicano reconhecer a existência de classes como categorias jurídicas. Aliás, não é significativo que PIMENTA BUENO, em 1857, escrevendo no quadro de uma verdadeira monarquia, aplaudisse a aurora do sindicalismo britânico, e JOAQUIM NABUCO, na sua campanha eleitoral, adotasse uma linha semelhante?

É mais conforme ao espírito da poliarquia permitir que os conflitos encontrem solução na harmonia nascida da convivência e do livre jôgo dos interesses — estabelecido o diálogo entre as partes, estas descobrirão por si o modo de coordenar espontaneamente a sua ação. Como o diálogo pressupõe igualdade de linguagem, a “comunicação do idioma”, somente poderá haver um efetivo diálogo entre emprêsas e trabalhadores numa ordem sindical livre. Ninguém dirá que há diálogo entre o empregado que joga no debate o seu emprêgo e o patrão; mas haverá entre o grupo de companhias e o poderoso sindicato que tem meios de paralisar o trabalho. As demais soluções neo-capitalistas, como os salários altos, a difusão dos títulos de propriedade, são formas de harmonia espontaneamente surgidas, e inspiradas no bom senso e na experiência — basta o caso dos salários: isto representa aumento da capacidade consumidora da população e, pois, ampliação do mercado interno,



com evidentes vantagens. É a solução tipicamente norte-americana e neo-capitalista — fazer do trabalhador um consumidor de primeira categoria, em benefício de todos...

A monarquia prefere a solução da harmonia brotada da justiça, reta e igual a todos, a harmonia nascida da convivência estabelecida pela ação régia, neutral e moderadora da autoridade...

Eis a diferença.

## TRÊS TEMAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

RUY BARBOSA NOGUEIRA

Professor de Direito Financeiro e Ciência das Finanças da Faculdade de Direito da P.U.C.S.P. e docente de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1. *O ensino do direito tributário*
2. *Relações entre a teoria e a prática*
3. *A teoria do "fato gerador" e a sua aplicação na prática (\*)*

1. Em 1960, discorrendo sobre *A problemática do Direito Tributário no Brasil* (*Revista dos Tribunais*, vol. 305, pág. 18), tivemos oportunidade de acentuar:

"O primeiro problema jurídico-tributário que se apresenta em nosso país é exatamente o da escassez do ensino e conseqüentemente da elaboração, quer doutrinária, quer jurisprudencial, do Direito Tributário.

Enquanto a realidade econômica e o fenômeno da tributação se agigantam em nosso país, até hoje as Faculdades de Direito não criaram, no currículo acadêmico, a cadeira de Direito Tributário".

Em conseqüência da promulgação da nova Lei de Diretrizes e Bases, acaba de ser fixado pela Comissão de Ensino Superior do

(\*) Preleção do dia 25 de novembro de 1963, no "Curso Prático de Direito Tributário" promovido pela Associação dos Advogados de S. Paulo, na sala do estudante da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Conselho Federal de Educação um currículo mínimo, a ser dado nas Faculdades de Direito, para a formação do profissional, e nesse currículo ela incluiu o Direito Financeiro, tendo nesse parecer justificado a necessidade do ensino, nestes termos:

“A autonomia da cadeira de Direito Financeiro resulta de um exame detido dos atuais desdobramentos da profissão de advogado, prestando assistência a empresas e orientando-as quanto a regulamentos financeiros e imposições fiscais” (Parecer n.º 215).

Na especificação do currículo mínimo, que nenhuma Faculdade de Direito do Brasil poderá deixar de ministrar a partir do ano letivo de 1964, sem o que o diploma de bacharel não será registrado, consta:

“12 — Direito Financeiro e Finanças”.

Portanto, temos agora, do ponto de vista legal e nacional do ensino, dado o primeiro passo para que em nosso país possamos sair do puro empirismo em que, nas letras jurídicas, se encontra o estudo do Direito Financeiro e do seu mais desenvolvido e mais importante capítulo, que é o Direito Tributário.

Como vemos, a Comissão incluiu no currículo o Direito Financeiro e não apenas o Direito Tributário, com o que deixou mais amplo o campo do estudo e harmonizou-o não só com o preceito constitucional e com o sistema de nossa legislação, mas também com o tradicional ensino de Ciência das Finanças.

Com efeito.

A Constituição Federal vigente já previu, como um ramo autônomo do Direito, o Direito Financeiro, quando no art. 5.º, inciso XV, letra *b*, veio dar competência à União para legislar sobre “normas gerais de direito financeiro”. Com base nessa disposição constitucional, temos em tramitação no Congresso Nacional o Projeto n.º 4.834, de 1954, que “Institui o Código Tributário Nacional” (1).

(1) O anteprojeto foi elaborado pelo ilustre Prof. RUBENS GOMES DE SOUSA. O Ministro da Fazenda, então OSWALDO ARANHA, nomeou uma comi-

Refere mesmo o art. 1.º desse projeto que “Este Código determina, com fundamento no art. 5.º, n.º XV, letra *b*, da Constituição, as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva, ou regulamentar”.

Incluindo, pois, o Direito Tributário, o estudo do Direito Financeiro deverá compreender toda a dogmática jurídica da atividade financeira do Estado, ou seja, o estudo puramente jurídico não só da receita (Direito Tributário), mas também da despesa, do orçamento e do crédito público.

Tendo o currículo mínimo mencionado “Direito Financeiro e Finanças”, certamente as faculdades irão desdobrar esse estudo em dois anos, pois, como já existe a cadeira de Ciência das Finanças, cuja importância é cada vez mais relevante, com as funções ampliadas das atuais finanças públicas (2), poderão inaugurar, no ano imediato ao de Ciência das Finanças, a Cadeira de Direito Financeiro, como acaba de fazer a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A nosso ver este é o melhor critério, eis que o estudo de Ciência das Finanças é pressuposto, é base, ou melhor, é a preparação fundamental para o estudo propriamente jurídico da atividade financeira do Estado, que é o objeto formal de estudo do Direito Financeiro.

Havendo, pois, a cadeira de Ciências das Finanças, qual a matéria a ser ensinada na cadeira de Direito Financeiro?

Como é sabido, várias ciências podem ter por objeto material de estudo o mesmo campo ou matéria. Assim, tanto a Ciência das Finanças como o Direito Financeiro estudam a atividade financeira do Estado. Entretanto, o que as distingue é o objeto formal, ou seja, o método, o sistema ou prisma pelo qual estudam esse mesmo ob-

são de juristas e técnicos que, tendo como relator o Prof. GOMES DE SOUSA, após estudos e sugestões elaborou o projeto apresentado em 1954 ao Congresso, onde até hoje continua, infelizmente quase paralisado. Em volume de 547 páginas, o Ministério da Fazenda editou em 1954 “Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional”. O projeto encontra-se ainda publicado no *Diário do Congresso Nacional* de 7-9-1954, e novamente, com anexos, foi publicado pelo mesmo *Diário* do dia 27-3-1963.

(2) Vide *Les finances publiques modernes*, à pág. 7 e segs. do livro *Finances Publiques* de MAURICE DUVERGER, Paris, coleção *Thémis*, 1963.

jeto, visando alcançar, cada uma, a finalidade de estudo que didática e cientificamente lhe é atribuída.

A Ciências das Finanças estuda a atividade financeira do Estado — que didaticamente também é dividida em receita, despesa, orçamento e crédito públicos — do ponto de vista especulativo, pesquisando os princípios diretores dessa mesma atividade. Conforme definição do Prof. THEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, “a Ciência das Finanças estuda os princípios que regem a atividade desenvolvida pelo Estado para obter e aplicar os meios materiais necessários à realização dos seus fins”.

O Direito Financeiro, como vimos, embora estudando o mesmo campo material estudado pela Ciência das Finanças, isto é, a receita, a despesa, o orçamento e o crédito públicos, tem, entretanto, como objeto formal de seu estudo, apenas a *disciplina jurídica* desses mesmos campos. O Direito Financeiro, além de princípios próprios, estuda e se encarrega de aplicar normativamente muitos princípios teoricamente elaborados pela Ciência das Finanças. Enquanto a Ciência das Finanças é uma ciência pura, especulativa, o Direito Financeiro é uma ciência jurídica, que, disciplinando normativamente toda a atividade financeira do Estado, visa sobretudo a uma aplicação ou prática. Do ponto de vista do ensino, enquanto a Ciência das Finanças procura formar o político instruído em Finanças, o Direito Financeiro visa formar o jurista especializado em Direito Financeiro.

O estudo ou disciplina jurídica da receita compreende hoje a parte mais desenvolvida do Direito Financeiro, chamada Direito Tributário, que abrange todas as relações jurídicas entre as Fazendas Públicas e os contribuintes e a que estão vinculados interesses essenciais do Estado e dos cidadãos. A despesa também está regulada por normas jurídicas que são objeto de estudo do Direito Financeiro. O estudo jurídico do orçamento compõe hoje o chamado Direito Orçamentário, e finalmente o capítulo do crédito é também estudado sob o estatuto legal do crédito público.

Na citada obra de MAURICE DUVERGER — *Finances Publiques* — editada recentemente em Paris, exatamente para adaptá-la à última reforma do curso jurídico, feita pelo Decreto de 10 de julho de 1962 em França, aquêlê notável mestre, depois de assinalar na introdu-

ção as diferenças entre as finanças clássicas e as finanças modernas (mostrando a ampliação do campo das finanças modernas), passa a tratar no Livro I do estudo da atividade financeira do ponto de vista da Ciência das Finanças e, como inovação no sistema do ensino jurídico daquele país, acrescentou o Livro II em que trata, após os estudos propriamente ditos de Ciência das Finanças, dos aspectos mais acentuados do ponto de vista jurídico ou do Direito Financeiro, que são precisamente os tributários.

Já o primeiro autor a escrever um livro com título de direito financeiro, o professor austriaco Barão VON MYRBACH-RHEINFELD, *Compêndio de Direito Financeiro*, no original *Grundriss des Finanzrechts*, aliás muito divulgado entre nós em sua tradução francesa *Précis de Droit Financier*, deixou bem extremada a diferença de estudo da Ciência das Finanças e do Direito Financeiro, ao expor nesse compêndio os aspectos puramente jurídicos da matéria financeira.

Em 1909, em nota de advertência com que abriu a tradução francesa feita por LECLERQ, o eminente Professor GASTON JÈZE começou exatamente por acentuar os traços fundamentais que contradistinguem o Direito Financeiro da Ciência das Finanças:

“Este é um livro de pura técnica jurídica financeira.

Ele inaugura um novo gênero de pesquisas.

Têm-se estudado muito os impostos do ponto de vista financeiro. Êtes têm sido descritos longamente do ponto de vista da regulamentação. Não têm sido consagrados os mesmos esforços à parte *estritamente jurídica*. Qual é a natureza jurídica do crédito de impôsto? Como nasce êle? Por meio de que mecanismo jurídico nasce a dívida tributária e precisamente em que momento? Qual é o regime jurídico desta dívida? Quais são as regras de direito concernentes à obrigação dos indivíduos em razão desta dívida? etc.

Eis as questões que equaciona e que procura resolver, para cada uma das fontes das receitas do Estado austriaco e em particular para cada impôsto, o professor

Barão VON MYRBACH-RHEINFELD, da Universidade de Innsbruck.

Estes problemas se apresentam nos mesmos termos em todos os países civilizados. E geralmente, em todos os lugares são abandonados aos tribunais o trabalho de resolvê-los ao acaso da ocorrência de cada espécie. Até agora a doutrina negligenciou esta parte da finança pública" (3).

Se é verdade que em muitos países, notadamente na Alemanha, Suíça, Itália, França, depois da primeira guerra mundial, o Direito Financeiro e especialmente o seu ramo Direito Tributário vêm-se enriquecendo em consequência de grande elaboração doutrinária, isto tem sido devido principalmente à criação de cátedras universitárias, de associações de estudiosos, de conferências internacionais, de codificações e mesmo da instituição de tribunais especializados.

Entre nós, até agora nem sequer nas Faculdades de Direito se haviam criado as cadeiras de Direito Financeiro ou de Direito Tributário. Por isso mesmo nossa produção doutrinária é escassa e os mais intrincados e difíceis problemas jurídicos financeiros ou tributários entre nós vêm sendo lançados aos tribunais que, além de não terem especialização, não podem contar com material sistematizado, quer legislativo, doutrinário ou jurisprudencial dêste campo, e assim fatalmente as questões sofrem o impacto das soluções contraditórias, decorrentes da falta de uniformidade e de certeza do próprio campo jurídico financeiro.

Temos assim vivido debaixo de soluções empíricas e ocasionais neste campo.

É dever da doutrina jurídico-financeira a elaboração unitária, sobretudo para possibilitar a feitura de melhor legislação, como fornecer conceitos mais seguros e uniformes para a correta interpretação e aplicação das leis que atuam no importante e extenso campo da atividade financeira do poder público.

(3) *Avertissement au lecteur français*, à pag. V do *Précis de Droit Financier*, ed. V. Giard & E. Brière, Paris, 1910.

A instituição, em nosso país, do ensino do Direito Financeiro é, pois, da maior relevância. Responde a um verdadeiro estado de necessidade e abre perspectivas para que se possam estudar e debater com amplitude problemas como o da elaboração do Código Tributário Nacional, da melhor estruturação da Justiça Fiscal, da reestruturação da Administração Fiscal e especialmente dos critérios ou normas para o preparo dos agentes de fiscalização na melhor orientação dos contribuintes, como também o do importante campo repressivo e de combate tanto às falhas da própria fiscalização como às dos contribuintes. Enfim, o ensino do Direito Financeiro nas Faculdades de todo o Brasil há de repercutir de um modo geral na melhoria de toda a legislação federal, estadual ou municipal, não só porque irá difundir o conhecimento dos textos, mas sobretudo porque, entrando no campo da interpretação, irá fazer o estudo reflexivo e crítico desses mesmos textos, provocando as correções ou melhor elaboração da legislação e dos institutos jurídicos tributários e financeiros em geral (4).

Como se sabe, o estudo do Direito Financeiro que deve ser feito nas Faculdades de Direito é mais amplo do que o simples estudo da legislação financeira. Enquanto o estudo da legislação, que é o título da cadeira nas escolas de contabilidade e de economia, compreende o contato ou conhecimento dos textos vigentes, nas escolas de "direito" o estudo não deve ser apenas da "legislação", mas do "Direito Financeiro". O estudo chamado "jurídico" ou de "direito" requer no mínimo três aspectos científicos:

(4) Em um estudo agudo e experiente dos problemas tributários dos Estados Unidos da América, que é a obra *Taxation in the United States*, de RANDOLPH E. PAUL, no último capítulo, sob o título *The Responsibilities of Tax Experts*, conclama esse autor:

"Eu gostaria de acrescentar algumas palavras sobre as responsabilidades daqueles que estão melhor qualificados em razão de estudo e experiência no processo crítico da educação do cidadão que é tão essencial nestes tempos difíceis. Nestas responsabilidades estão incluídos os economistas, muitos advogados, todos os especialistas de Direito Tributário, um amplo grupo de pessoas de pensamento, as quais estão equipadas, em um ou outro sentido, por um conhecimento peculiar, do que está errado na legislação tributária e na política tributária, do que deva ser feito para sanar as falhas existentes e do que pode ser feito para adaptar a legislação tributária e a política às exigências econômicas do futuro. Estas qualificações especiais implicam em responsabilidades que não podem ser desobrigadas omissivamente" (RANDOLPH E. PAUL, *Taxation in the United States*, ed. Little, Brown and Company, Boston, 1957, pag. 771).

a) Exame e contrôlo dos textos legais vigentes, e neste sentido temos o “direito” como *ciência do conhecimento sistematizado*;

b) Exegese dos textos conhecidos, inclusive por meio de comparações com textos anteriores ou de outros países, aplicando os métodos da hermenêutica jurídica, e neste sentido temos o estudo do direito como *ciência da interpretação e da aplicação*;

c) Mas a ciência do direito não compreende apenas o conhecimento e a interpretação. Ela é ainda a *ciência da elaboração da lei*. O jurista não tem apenas a missão de conhecer e aplicar a lei, mas ainda de fazer juízos de valor, criticar, sugerir ou aconselhar a elaboração ou correção da legislação. Exatamente neste campo é que surge a doutrina como a mais fértil fonte indireta do direito. Para elaborar os conceitos e mesmo as regras do direito, o jurista precisa, muitas vezes, de se apoiar em fundamentos filosóficos, sociológicos, éticos ou políticos, sem perder de vista os resultados da prática e as exigências da técnica.

Assim, o estudo que se vai empreender nas Faculdades de Direito, através do ensino por meio da disciplina autônoma do Direito Financeiro, haverá de contribuir não só para a melhoria da nossa legislação tributária e financeira em geral, como para a prática ou aplicação dessa legislação em todo o nosso país.

2. Em seguida devemos falar sôbre as relações entre a teoria e a prática.

Ora, cabendo-nos encerrar, com esta palestra, a últimas das aulas dêste curso que se intitulou “Curso prático de Direito Tributário”, como professor de Direito Tributário e advogado militante dessa especialidade, vamos apenas expor aqui, aos colegas, nossa função profissional de estudo e prática do Direito Tributário, como também nosso método de ensino.

É comum ouvir-se em nossa profissão, em tom de reprovação, o excessivamente prático dizer que “aquêle é um teórico”, ou êste, que “aquêle é apenas um prático”.

Na verdade o ideal está no equilíbrio.

O campo integral de atuação do jurista é sempre o das operações de conhecimento do fato e da norma; de interpretação e aplicação da norma ao fato; de elaboração da norma para regular o fato.

Traçando mesmo alguns critérios que não são todavia exaustivos, a legislação alemã refere que na *interpretação tributária* deverão ser tomados em consideração o entendimento comum, a finalidade e o sentido econômico das leis tributárias, como o desenvolvimento das relações, tanto na apreciação da *norma* como dos *elementos de fato* (itens 2 e 3 do § 1.º da *Steueranpassungsgesetz*).

Realmente não é possível a dissociação entre norma e fato, como não o é entre teoria e prática.

A teoria e a prática não se excluem, pelo contrário exigem colaboração recíproca na solução das questões jurídicas.

Como ressalta FERRARA, “a teoria, operando com conceitos abstratos, com a força lógica, é capaz de extrair os princípios gerais da lei e de lhes dar o máximo desenvolvimento de expansão. Este trabalho, porém, fá-lo para a prática, para que surja mais completa e perfeita a aplicação do direito. A jurisprudência deve, pois, olhar a doutrina, ter em conta os resultados dos seus estudos, e pô-lo à prova na aplicação.

Mas a teoria recebe quotidianamente da prática ensinamento e sugestões.

A prática, posta em face de hipóteses reais e das necessidades da vida, sente primeiro a solução jurídica, ao passo que a doutrina, trabalhando com hipóteses teóricas, não tem esta percepção pronta da realidade. É à jurisprudência, portanto, que a teoria deve ir colher a expressão das necessidades sociais que se fazem sentir e batem à porta dos Tribunais. Além disso a variedade inexaurível das questões práticas freqüentemente revela problemas novos, ou novos lados de problemas jurídicos e abre novos campos de estudo à dogmática. Às vezes um caso jurídico mostra experimentalmente que uma teoria é errada ou unilateral, e por isso desmorona ao contato dos fatos o edifício fadigosamente levantado pelas abstrações dos teóricos”.

Como em qualquer ramo do Direito, no Direito Tributário vamos encontrar uma elaboração científica que presidiu ao aparecimento e configuração de cada tributo, de tal maneira que cada imposto, taxa ou contribuição que é criado através de uma lei, é fruto de uma certa construção teórica; por isso não é possível estudar-se conclusivamente a menor questão que decorre da aplicação de uma

lei fiscal, sem o conhecimento, pelo menos, dos dados essenciais dessa mesma ciência, neste caso, do Direito Tributário.

Sendo o Direito Tributário a disciplina da relação entre fisco e contribuinte, concernente à imposição, fiscalização e arrecadação dos impostos, taxas e contribuições, para bem compreender a natureza e efeitos de cada instituto jurídico tributário não podemos deixar de partir do estudo teórico dentro dessa mesma disciplina. Cada ramo do direito surge pela necessidade de regular especificamente certos tipos de relações sociais e por isso forma um conjunto de princípios, de institutos e até uma sistemática própria, toda ela girando precisamente em torno dos aspectos *substanciais*, que distinguem certo tipo de relações, isto é, exatamente sobre aquelas relações que, por serem *realmente* diferentes, específicas, exigiram também uma elaboração especial ou diferenciada. Por isso, o indivíduo que deve estudar um problema tributário, não pode deixar de descer com êle aos pormenores dessa mesma especialidade dentro da qual deverá armar ou extrair a solução.

Entretanto, como a própria elaboração teórica do direito, o qual é uma ciência eminentemente teleológica ou finalística, também está a serviço da prática ou aplicação, é preciso contrastar as conclusões teóricas não só com as exigências da vida, mas também com a casuística dos tribunais administrativos e judiciários. A jurisprudência, por sua vez, ao mesmo tempo que consultada, deve também ser contrastada com as soluções teóricas apreendidas ou encontradas na doutrina, para podermos escolher os elementos mais adequados e os argumentos mais convincentes.

Neste ponto, realmente surge uma indagação. Mas qual será o elemento mais adequado ou o argumento mais convincente? Essa avaliação é sem dúvida subjetiva, porém não é somente o estudo ou a cultura, mas a prática ou vivência da casuística, que a nosso ver podem produzir, em maior ou menor intensidade, essa habilidade profissional.

Daí, passando ao aspecto do ensino, eis porque, sendo as Faculdades de Direito institutos que visam à formação cultural e sobretudo profissional, entendermos nós que, ao lado da teoria, é preciso o debate e discussão de casos práticos.

Como desenvolver êste método nas aulas?

Em primeiro lugar achamos conveniente que a programação da matéria seja composta de duas partes: a primeira deve ser a geral, consistente no estudo sistemático, de forma a expor num quadro completo o panorama do Direito Tributário, traçando seus princípios, institutos e sistema; e a segunda parte, especial, deverá tratar dos tributos em espécie.

Em primeiro lugar deve ser feito na parte geral o estudo sistemático, porque êle é o fundamental, o pressuposto para o estudo das espécies. Mas além de pressuposto, o estudo da parte geral como um exame de conjunto, expondo os aspectos teóricos, mas de forma a relacionar os princípios e portanto dando-lhes sistematização, ou melhor, mostrando que êles se aplicam a várias situações, facilita ao aluno a compreensão lógica e sintética. O que é compreendido pela mente também é com mais naturalidade por ela conservado, e os conhecimentos fundamentais serão como um facho de luz a clarear o estudo das espécies. Os tipos, na realidade das coisas, são de uma variedade tão grande que torna difícil à mente humana compreender e memorizar cada situação; entretanto a função prática ou humana da teoria é exatamente reunir, classificar ou sistematizar os aspectos comuns ou fundamentais, criando os princípios que são as "proposições diretoras, características, às quais todo o desenvolvimento seguinte deve estar subordinado". Por isso mesmo, falando no campo jurídico, já salientara o Prof. GERLAND que "a memória retém com dificuldade o que é acidental; por outro lado, o intelecto desenvolve dia a dia o logicamente necessário, como consequência evidente por si mesma, de um princípio superior. A *abstração sistemática é a lógica da ciência do Direito*. Ninguém pode tornar-se efetivo senhor de disposições particulares sem primeiro haver compreendido a milímoda variedade do assunto principal na singeleza de idéias e conceitos da maior amplitude; ou, por outras palavras, na simples unidade sistemática".

Estudada a teoria geral por essa forma sistemática, a segunda parte do programa deve compreender o estudo dos tributos em espécie. Já então o professor poderá, ao estudar a regulamentação vigente de cada tributo, ir mostrando a aplicação prática dos princípios.

Mas, além dessa divisão do programa, o mais importante do ponto de vista didático, a nosso ver, é a preparação da aula e o sistema de exposição do professor.

tributária principal, fixar o montante da alíquota do tributo e a base do seu cálculo e indicar o respectivo contribuinte; e assim prossegue todo o projeto sempre fiel à teoria do fato gerador.

Mas se realmente não se pode dizer que a teoria do fato gerador é suficiente para todo o direito substantivo tributário, entretanto é através dela que se podem com maior rigor científico fixar inúmeros conceitos e categorias básicas do Direito Tributário. Lembramos que não só os conceitos de incidência, não incidência, isenção e imunidade, como de contribuinte ou sujeito passivo da obrigação tributária principal, a distinção entre as figuras da chamada economia do impôsto e da evasão abusiva ou mesmo da sonegação, como ainda os problemas de classificação dos impostos em diretos e indiretos, o da escolha dos critérios de interpretação da lei tributária, as soluções dos intrincados problemas de direito intertemporal, e tantos outros, têm a sua solução lastreada na teoria do fato gerador.

Entretanto, hoje, desejamos apenas chamar a atenção, dentro desta teoria, para um caso fundamental da problemática de nossa discriminação constitucional de rendas. Trata-se da apuração de bitributação, que tem o seu ponto de partida no conceito de fato gerador, conceito êste que precisa ser escoimado de notória confusão.

Constantemente, entre nós, fala-se apenas de “fato gerador” e essa expressão sem maiores qualificativos é que, a nosso ver, tem dado azo a extensão que o conceito “legal” não comporta e, conseqüentemente, levado a êrro de aplicação na prática dos tribunais.

Que significação têm as palavras “fato gerador”, tal como citadas no Código Tributário da Alemanha, no projeto brasileiro ou nas leis tributárias de nosso país?

Antes de mais nada é preciso atentar-se para o fato de que a lei tributária menciona a categoria *jurídica*, isto é, a categoria da ciência do Direito Tributário e não de outra ciência.

Portanto êsse “fato gerador” é um fato gerador *jurídico-tributário*.

O “fato gerador” *jurídico-tributário* é a descrição da situação de fato que o legislador submete à tributação. É a tipificação jurídica do fato, e portanto só e exclusivamente nos têrmos dessa descrição é que se configura a obrigação tributária. É a descrição pre-

cisa da incidência feita pela lei, cujo campo não pode ser modificado a não ser por outra lei, campo êsse que não pode também ser invadido ou concomitantemente coberto por outra tributação.

É preciso não se confundir o “fato gerador” *jurídico-tributário* com o “fato gerador” *econômico-tributário*, como tem acontecido entre nós, acarretando erros de interpretação e chegando até o poder judiciário a, mais de uma vez, entender que não ocorreu determinada bitributação, porque a mesma “fonte econômica” pode às vêzes sofrer mais de uma incidência, sem compreender a diferença entre “fato gerador” *jurídico-tributário* e “fato gerador” *econômico-tributário*.

Já na Alemanha, em trabalho publicado com o título *Sôbre a teoria do fato gerador tributário* (6), WERNER APRATH chama atenção para essa confusão que ocorre na prática e que está acontecendo entre nós. Diz o citado autor:

“O conceito jurídico-tributário do fato gerador como conceito abstrato está suficiente e claramente redigido no § 1.º da AO. Mas como se encontra a sua aplicação, na prática da tributação?

Aqui aparece o problema num duplo sentido:

1 — O fato gerador descrito pela lei, ou mais exatamente o fato gerador especialmente descrito em *cada lei tributária para cada espécie de tributo*, devê ser aplicado a um número tão múltiplo e obscuro de situações de fato que, na absoluta maioria dos casos, a sua subsunção ao fato gerador jurídico-tributário descrito pela lei só é possível pelo caminho da interpretação.

2 — Na prática tem ocorrido uma confusão conceitual, pelo que, constantemente, se fala de “fato gerador” quando se quer dizer “situação de fato”, enquanto que o fato gerador-jurídico-tributário é denominado “lei, preceito legal, norma jurídica” e de forma semelhantemente equívoca”.

(6) *Zur Lehre vom steuerlichen Tatbestand, in Gegenwartsfragen des Steuerrechts, Festschrift für Armin Spitaler, Köln, 1958, pág. 127-134.*

Em outro trecho acrescenta :

“O fato gerador tributário, segundo o § 1.º da AO, como base da tributação, deve ser deduzido da lei tributária; êle é, portanto, um conceito jurídico, de cujo conteúdo depende se uma determinada situação de fato concreta provoca uma “obrigação de prestação”, o que é igual a obrigação tributária. A obrigação tributária portanto pressupõe que dada situação de fato corresponda nos seus detalhes ao fato gerador *jurídico delineado na lei tributária*”.

Passa o referido autor a mostrar que o jurista precisa de se ater ao conceito de fato gerador como êle é previsto na legislação, e portanto o conceito exato é “fato gerador *jurídico-tributário*”, correspondente a “norma legal tributária” no mesmo sentido da tipicidade do Direito Penal, enquanto o “fato gerador *econômico-tributário*” corresponde à “situação econômica de fato” sobre a qual a norma legal tributária deve ser aplicada.

Portanto, quando se trata, entre nós, de se apurar se está ou não ocorrendo uma bitributação, temos de cotejar dois “fatos geradores *jurídico-tributários*” entre si e não um “fato gerador *jurídico-tributário*” com um “fato gerador *econômico-tributário*”.

Veja-se, por exemplo, o caso do impôsto de indústrias e profissões da Prefeitura de S. Paulo, onde a Lei n.º 5.917, nos itens I e II do art. 2.º, combinado com o art. 3.º, estabelece para a indústria e para o comércio uma alíquota ou percentagem sobre o *quantum* das vendas de mercadorias, e a *legislação* estadual sobre as mesmas vendas (7). A nosso ver, nesse caso preciso, não há dúvida que existe um conflito, pois a lei municipal veio descrever como “fato gerador *jurídico tributário*” o mesmo “fato gerador *jurídico tributário*” já delimitado ou constitucional e privativamente já adotado pela legislação estadual. Nesse caso preciso não se trata de um mesmo e mais amplo fato *econômico* atingido por vários fatos

(7) Cf. Pareceres de FRANCISCO CAMPOS in *Rev. For.*, vol. 201, pág. 39, e RUY BARBOSA NOGUEIRA, *Rev. For.*, vol. 201, pág. 50, e *Rev. dos Trib.*, vol. 323, pág. 48.

geradores jurídicos, mas de sobreposição de “fatos geradores jurídicos tributários”.

É interessante mesmo observar-se que nessa questão foi muito citado o trecho de ALBERT HENSEL na tradução italiana de seu *Steuerrecht (Diritto Tributario)*, pág. 80, item V), onde aquêl autor refere que a sobreposição de incidências sobre uma *mesma relação da vida*, embora indesejável, muitas vezes ocorre e conscientemente.

Entretanto, os que citam êsse trecho não observaram dois aspectos importantes: em primeiro lugar, na própria tradução italiana está:

“un doppio carico (economico) imposto ad un solo rapporto della vita, attraverso più fattispecie di imposta, si deve considerare voluto coscientemente (93)”.

Aí o autor — no que foi fielmente seguido pelo tradutor — ressalva entre parênteses “econômico”, e com a nota 93 ilustra no rodapé com o caso dos impostos “afins”, isto é, impôsto de consumo, de troca, de renda, para mostrar que as mesmas relações *econômicas* acabam sofrendo sobreposições de incidências, o que entre nós chamamos de *bis in idem* ou bitributação *econômica*, e não se confunde com a bitributação jurídica tributária, que é inconstitucional.

Em segundo lugar, o tradutor italiano esclarece a págs. III e 49 que deixou de traduzir do original alemão os §§ 6-8 da discriminação de rendas entre a União, os Estados e Comunas, e por isso mesmo se vê que o tradutor italiano omitiu, no trecho tão citado nessas discussões entre nós, a remissão que o prof. ALBERT HENSEL fez nesse mesmo trecho à pág. 61 do original (*Steuerrecht*, 3.ª ed., Verlag Springer, Berlin, 1933) dizendo precisamente aí, para que não se confundisse o caso da bitributação econômica, que é possível, com a bitributação jurídica, que aliás pela Constituição Federal do Brasil é vedada: “vide acima § 6, V”, ou, no original, “S.O., § 6, V”. E, entre outras explicações, HENSEL esclarece que “depois de ter passado para a competência da União a *Finanzausgleichgesetz*, § 11, estabeleceu norma para excluir a repetição do



mesmo objeto tributário nos impostos sobre imóveis e indústrias e profissões” (pág. 32, nota 1, do original alemão).

Aqui está, pois, um exemplo da maior relevância no plano da discriminação dos impostos em nossa Constituição Federal, e que se soluciona pela teoria do “fato gerador”; isto é, se a distinção dos impostos em espécie se faz através do fato gerador, basta que o jurista coteje as disposições legislativas que descrevem o “fato gerador jurídico tributário”, pois não é possível em face da Constituição brasileira a exigência simultânea, por dois poderes, do mesmo imposto, entendido por mesmo imposto aquêle que tenha o mesmo “fato gerador jurídico tributário”.

## O ESTADO E A ÉTICA

MACHADO PAUPÉRIO

Professor da Faculdade Nacional de Direito  
da Universidade do Brasil

Se aprofundarmos o estudo do Estado, vamos chegar à conclusão de que êle não é um mero sistema de normas legais. É também, e sobretudo deve ser, um organismo moral.

Desde a derrubada do sistema tomista, a vida intelectual, compreendida em sua unidade, destinada à unidade, perdeu essa característica, para passar a apresentar um sentido unilateral. Passou-se a acentuar, desde então, o elemento “liberdade individual”, que passou a produzir um subjetivismo exagerado. Sabemos que, desde o Renascimento e sobretudo desde a Reforma Protestante, uma filosofia libertária passou a substituir a grande harmonia do sistema tomista, sistema admirável de realismo profundo. Não há autor mais realista do que S. TOMÁS DE AQUINO. Quanto mais lemos e estudamos suas várias obras, mais admiramos sua construção maravilhosamente realista. Conceção realista, que abarca a verdade integral, e não essas verdades unilaterais que passaram a encher os sistemas filosóficos desde a ruptura provocada pela Reforma. Daí em diante as rupturas com a verdade integral se vieram processando a passos largos. E dentro de todos os unilateralismos dessas verdades parciais, dessas doutrinas que passaram a polarizar a atenção dos homens, dentro desse clima, o homem desviou-se cada vez mais daquela concepção harmônica integral do cosmos, em que as necessidades materiais e espirituais da espécie humana se ajustavam admiravelmente.

Desde o Renascimento e desde a Reforma, portanto, uma filosofia libertária substituiu a grande harmonia do tomismo. Sabemos em que consistiu o livre exame protestante. O livre exame