

Coordenação dos Professores
Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri
e Paulo Celso Bergstrom Bonilha

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

20



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

Fundamentos Republicano-democráticos da Legalidade Tributária: Óbvios Ululantes e não Ululantes

José Roberto Vieira

Professor de Direito Tributário da Universidade Federal do Paraná e da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas Curitiba (Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado). Mestre e Doutor em Direito do Estado - Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Estudos Pós-graduados no Instituto de Estudos Fiscales (Madri). Ex-Membro Julgador do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (Brasília). Auditor da Receita Federal (Curitiba).

Resumo

Em face das numerosas discussões acadêmicas relativas à eficácia social dos direitos tributários fundamentais, este trabalho opta por se debruçar sobre a eficácia jurídica - pré-requisito da eficácia social - de um desses direitos, a Legalidade Tributária, investigando-lhe os fundamentos constitucionais da República e da Democracia. Como esses são temas versados com frequência pela doutrina, poder-se-ia eventualmente cogitar de classificá-los como temas teoricamente óbvios, como na metáfora “óbvios ululantes”. Não é assim, porém, sobretudo pela grande escassez na concretização prática das exigências decorrentes desses princípios constitucionais superiores. Analisa-se, preliminarmente, a legalidade propriamente dita, tanto genérica quanto tributária, além da sua condição de direito fundamental. Mas a essência deste trabalho está na investigação das noções de República - caracterizada fundamentalmente pela representatividade - e de Democracia - caracterizada pelo governo do povo, segundo o princípio da maioria, preservados os direitos das minorias.

Abstract

In the presence of so many academic discussions about the social efficacy of the fundamental tax rights, this work makes the choice to investigate the juridical efficacy - prerequisite of the social efficacy - of one of these rights, the Tax Legality, studying her constitutional supports of Republic and Democracy. Because these themes are frequently examined by the doctrine, we could eventually cogitate to classify them like theoretically obvious themes - “ululant obvious”, in the Brazilian metaphor. It is not so, however, mainly because the great need in the practical realization of the exigencies of these higher constitutional principles. Preliminarily, this work analyses legality, the general as much as the tax one, besides her condition of fundamental right. But the essential part of this work is in the investigation of the notions of Republic - characterized basically by the representativeness - and of Democracy - characterized by the government of people, according to the majority principle, but keeping hold the minorities rights.

“Voltemos os olhos para os primeiros princípios. O arquiteto, ao construir um prédio, mais se deve preocupar com a solidez dos alicerces que com as cores vistosas das paredes.”

(Oswaldo Aranha Bandeira de Mello)¹

1. Efetividade e Fundamentos

Têm sido incomodadamente freqüentes as discussões e debates acadêmicos, sejam escritos ou falados, acerca da efetividade dos direitos fundamentais tributários. Sugere-se, tenaz e insistentemente, que é hora de cassar a palavra aos discursos de investigação jurídica desses direitos, atentando-se, isso sim, para o grau da sua efetividade.

De que se cogita, aqui? *O que é efetividade?*

Dúvida inexistente de que o tema da efetividade pertence ao âmbito da eficácia das normas jurídicas. E “O problema da eficácia ... das normas ... começa com as incertezas terminológicas...”, adverte José Afonso da Silva, ilustrando-o, com apoio em Carlos Cossio, pela vasta diversidade vocabular daqueles que aludem à existência do direito: positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade ou efetividade²!

Há muito que certa doutrina, de forma um tanto implícita, passou a utilizar “efetividade” para referir a eficácia social da norma. É o que se vê em José Afonso da Silva³, que, mais tarde, o explicitou convictamente: “... *eficácia social*... É o que tecnicamente se chama *efetividade* da norma.”⁴ É também o que se encontra em José Souto Maior Borges⁵, embora o mestre pernambucano preferisse cogitar de “respeitabilidade”⁶, na mesma linha admirável de Pontes de Miranda e de Alfredo Augusto Becker⁷.

Doutrina posterior, no entanto, *identificou nitidamente “efetividade” com eficácia social*: “... efetividade, que é eficácia social da norma” (Luís Roberto Barroso⁸); “A eficácia social ou efetividade...” (Paulo de Barros Carvalho⁹); “... efetividade equivale à eficácia em sentido sociológico...” (Eurico Marcos Diniz de Santi¹⁰); além de Marcos Bernardes de Mello e de tantos outros¹¹.

Há quem encare efetividade como sinônimo completo de eficácia, abrangendo tanto a eficácia social quanto a jurídica, como o faz, por exemplo, Tercio Sam-

¹ *A Teoria das Constituições Rígidas*, 2ª ed., São Paulo, Bushatsky, 1980, p. 10.

² José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 63; Carlos Cossio, *Teoría de la Verdad Jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954, p. 180.

³ *Aplicabilidade...*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1982, p. 56.

⁴ *Op. cit.*, 3ª ed., pp. 65-66.

⁵ *Lei Complementar Tributária*, São Paulo, RT e Educ, 1975, pp. 42 e 44.

⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁷ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado - Parte Geral*, t. I, 2ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, pp. 10-11; Alfredo Augusto Becker, *Teoria Geral do Direito Tributário*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1972, p. 267, nota nº 6.

⁸ “Eficácia e Efetividade do Direito à Liberdade”, *Temas de Direito Constitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 83; *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1993, pp. 78-79.

⁹ *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 55.

¹⁰ *Lançamento Tributário*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 63.

¹¹ *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia - 1ª Parte*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 17, nota nº 29.

paio Ferraz Junior, o professor da USP¹². E há quem já tenha tentado estabelecer uma completa distinção entre efetividade e eficácia, atribuindo à primeira reflexos de caráter exclusivamente jurídico e à segunda de cunho apenas extrajurídico, como o fez Juan Ramón Capella, o filósofo da Universidade de Barcelona¹³. Mas *é predominante a conformidade de eficácia social à efetividade*.

E desde que realmente tomaremos aqui efetividade na acepção de eficácia social, cabe, antes de tudo o mais, principiar por dizer o que ela não é, ou seja, *distingui-la da eficácia jurídica*. A doutrina majoritária acerca da eficácia jurídica pode muito bem ser representada, aqui, de início, por manifestações como a de Geraldo Ataliba - "... aptidão para produzir ... efeitos jurídicos"¹⁴ -, como a de Marcelo Neves - "... possibilidade de sua aplicação jurídica..."¹⁵ -, como a de Luiz Fernando Coelho - "... possibilidade de a regra de direito atingir concretamente os objetivos..."¹⁶ - ou como a de José Afonso da Silva - "... qualidade de produzir ... efeitos jurídicos...", com a particularidade de que este constitucionalista acrescenta, na mesma direção de Neves e de Coelho: "... como possibilidade..."¹⁷. Um passo adiante, em termos explicitativos, Tercio Sampaio Ferraz Junior refere-se ao que ele designa por efetividade ou eficácia sintática ou técnica, como "... condições técnicas de atuar...", como "... aptidão para produzir efeitos jurídicos por parte da norma...", e também acrescenta: "... independentemente da sua efetiva produção"¹⁸. É que, como bem desenvolve Luís Roberto Barroso, na esfera da eficácia jurídica, deixa-se de lado, deliberadamente, "... a cogitação de saber se estes efeitos *efetivamente* se produzem"¹⁹. E, afinal, mais alguns passos adiante, em termos de elucidação e de aprofundamento, a concepção de Pontes de Miranda, de que "*Eficácia jurídica é o que se produz no mundo do direito como decorrência dos fatos jurídicos...*", esclarecendo, adiante, que "... a eficácia da regra jurídica é a sua incidência; a do fato jurídico, irradia-se, é juridicização das conseqüências d'ele..." (*sic*)²⁰; em outras palavras: "A eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico; portanto, depois da incidência da regra jurídica no suporte fáctico... Incidência é *prius*... A eficácia é, pois, logicamente, *posterius*..." (*sic*)²¹. Em sentido similar, Marcos Bernardes de Mello²² e José Souto Maior Borges²³. Também similar, mas com maior di-

¹² "Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático", in Sérgio Ferraz (coord.), *A Norma Jurídica*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, pp. 29-31; *Teoria da Norma Jurídica*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 117.

¹³ *El Derecho como Lenguaje: un Análisis Lógico*, Barcelona, Ariel, 1968, p. 105, nota nº 2. Mencionando essa tentativa de Ramón Capella como secundada por Antoine Jeammaud, Marcelo Neves coloca-se em posição contrária a ambas - *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 49, nota nº 29.

¹⁴ *O Decreto-lei na Constituição de 1967*, São Paulo, RT, 1967, p. 21.

¹⁵ *Teoria...*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁶ *Aulas de Introdução ao Direito*, Barueri, Manole, 2004, p. 169.

¹⁷ *Aplicabilidade...*, 3ª ed., *op. cit.*, p. 66.

¹⁸ *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 181; "Teoria da Norma...", *op. cit.*, p. 29; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 117. É similar a posição assumida por Maria Helena Diniz, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 359.

¹⁹ *O Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 78.

²⁰ *Tratado...*, t. I, *op. cit.*, pp. 4 e 16-17.

²¹ *Tratado...*, t. V, *op. cit.*, p. 3.

²² *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 61, 77-78 e 85.

²³ *Lei Complementar...*, *op. cit.*, p. 43; *Lançamento Tributário*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 237; *Curso de Direito Comunitário*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 21-49.

versidade, Paulo de Barros Carvalho, que, embora sublinhando, como Pontes, que a eficácia jurídica não é “... atributo da norma, mas sim do fato previsto pela norma”, acaba por reunir, sob o guarda-chuva da eficácia jurídica, os dois momentos ponteanos: “... é o mecanismo da incidência, o processo pelo qual, efetivando-se o fato relatado no antecedente, projetam-se os efeitos prescritos no conseqüente”²⁴.

Conscientes do que ela não é, falta-nos tão-só a resposta essencial e última: *o que é Eficácia Social?* Há duas afirmações clássicas de Hans Kelsen a respeito, sempre lembradas. A primeira delas é a de que eficácia da norma é o “... fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada...”²⁵, que encontra confirmação em vasta doutrina: “O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica)...” (Norberto Bobbio²⁶); “... norma efetiva é a cumprida e aplicada concretamente em certo grau” (Tercio Sampaio Ferraz Junior²⁷); “A *eficácia social*... refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada...” (José Afonso da Silva²⁸); “Consiste a eficácia no fato real da aplicação da norma...” (Maria Helena Diniz²⁹); “A *eficácia*... se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade...” (Miguel Reale³⁰). A segunda afirmativa de Hans Kelsen, quanto à eficácia social, é a de que eficácia da norma é a “... circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”³¹, que também é ratificada por extensa doutrina: “A *eficácia social* designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma” (José Afonso da Silva³²); “A eficácia social seria a efetiva correspondência ... dos comportamentos sociais ao seu conteúdo (da norma)” (explicamos nos parênteses - Maria Helena Diniz³³); “... eficácia social é a concretização do comando normativo ... no mundo dos fatos” (Luís Roberto Barroso³⁴); “... a eficácia, ou seja, a aceitação espontânea por uma comunidade de uma determinada regra jurídica” (Leon Duguit³⁵); “A *eficácia*... se refere ao ... ‘reconhecimento’... do Direito pela comunidade, *no plano social*...” (Miguel Reale³⁶) *Efetiva ou socialmente eficaz*, portanto, é a norma - unindo as duas assertivas kelsenianas (obediência e reconhecimento) - a que a comunidade realmente se submete, acatando-a, em tese, como a disciplina ideal da vida em sociedade. “Ela simboliza...” - diz Barroso - “... a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social”³⁷.

Se, de um lado, não alimentamos dúvidas sobre o que seja efetividade ou eficácia social, de outro, também não temos a mais mínima dúvida acerca da *inexis-*

²⁴ *Direito Tributário...*, *op. cit.*, pp. 54-55.

²⁵ *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987, p. 11.

²⁶ *Teoria da Norma Jurídica*, trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru, Edipro, 2001, p. 47; *Teoría General del Derecho*, trad. Eduardo Roza Acuña, Bogotá, Temis, 1987, p. 22.

²⁷ “Teoria da Norma...”, *op. cit.*, p. 29; *Teoria...*, *op. cit.*, p. 117.

²⁸ *Aplicabilidade...*, 3ª ed., *op. cit.*, p. 65.

²⁹ *Compêndio...*, *op. cit.*, p. 360.

³⁰ *Lições Preliminares de Direito*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 114.

³¹ *Teoria Pura...*, *op. cit.*, p. 11.

³² *Aplicabilidade...*, 3ª ed., *op. cit.*, p. 65.

³³ *Compêndio...*, *op. cit.*, p. 360.

³⁴ *O Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 78.

³⁵ *Apud* Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 449.

³⁶ *Lições...*, *op. cit.*, p. 114.

³⁷ “Eficácia e Efetividade...”, *op. cit.*, p. 83; *O Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 79.

tência de disposição, de nossa parte, de enveredar por essa seara do conhecimento. Isso porque tal empresa foge do recinto da Ciência do Direito em sentido estrito, situando-se no perímetro da Sociologia do Direito. Vozes clássicas já o disseram, como, de fora, a de Bobbio: “O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas ... dos comportamentos efetivos dos homens ... conflui para a sociologia jurídica” (*sic*)³⁸; e daqui, a de Pontes, tratando da respeitabilidade social da regra jurídica: “... então, estaríamos no plano fáctico ... da sociologia do direito...”³⁹ Ambos com largo e amplo suporte doutrinário: “... *efetividade da norma* ... é questão que se situa na dimensão sociológica do fenômeno jurídico” (Bernardes de Mello⁴⁰); “... saber se a norma produz *efetivamente* efeitos jurídicos ... já seria uma perspectiva sociológica” (Souto Maior Borges⁴¹); demandando inevitáveis “... investigaciones sociológicas...” (Carlos Santiago Nino⁴²); tudo porque “... a Sociologia Jurídica nos mostra *como os homens se comportam*, efetivamente, em confronto com as regras de direito...” (*sic* - Reale⁴³); e, afinal, “Que é que, no fundo, interessa de maneira prevalecente ao sociólogo do Direito...? Interessa-lhe a *eficácia* do Direito” (Reale⁴⁴).

Sabe-se, desde Kant, que do mundo do ser não se passa para o do dever ser. Também o inverso é verdadeiro: do mundo da Ciência do Direito (dever ser) não se passa impunemente para o da Sociologia do Direito (ser). Conquanto modestamente, nossa especialidade é científico-jurídica, não sociológico-jurídica; donde não nos cabe a palavra neste último setor do conhecimento. Aplicável aqui, à perfeição, a sentença final de Ludwig Wittgenstein, em seu *Tractatus Logico-Philosophicus*: “*Acerca daquilo de que se não pode falar, tem que se ficar em silêncio*” (*sic*)⁴⁵.

Temos consciência, porém, com Luís Roberto Barroso, de que “... a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica...”⁴⁶ *Pode-se, assim, num esforço estritamente jurídico, contribuir para a eficácia social dos direitos fundamentais tributários*; e tanto maior será essa contribuição quanto mais intensa for a fundamentalidade da investigação jurídica que a preceder. E se é verdade, como assegura André Lalande, que a idéia de fundamento constitui “*Metáfora extraída da arquitetura*...”⁴⁷; nada mais adequado do que recorrer à convocação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que utilizamos como epígrafe deste trabalho: “*Voltemos os olhos para os primeiros princípios. O arquiteto, ao construir um prédio, mais se deve preocupar com a solidez dos alicerces que com as cores vistosas das paredes*.”⁴⁸ Exatamente esse cuidado foi a motivação de Alfredo Augusto Becker, há mais de quatro décadas: “O Direito Tributário está em desgraça e a razão deve

³⁸ *Teoria da Norma...*, *op. cit.*, pp. 51-52; *Teoria General...*, *op. cit.*, p. 25.

³⁹ *Tratado...*, t. I, *op. cit.*, pp. 10-11.

⁴⁰ *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia...*, *op. cit.*, p. 17, nota n° 29.

⁴¹ *Lei Complementar...*, *op. cit.*, p. 42.

⁴² *Introducción al Análisis del Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 301.

⁴³ *Lições...*, *op. cit.*, p. 325.

⁴⁴ *Filosofia...*, *op. cit.*, p. 463.

⁴⁵ *Tratado Lógico-Filosófico*, trad. M. S. Lourenço, Lisboa, Gulbenkian, 1987, p. 142.

⁴⁶ *O Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁷ *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, 3ª ed., trad. Fátima Sá Correia *et al.*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 435.

⁴⁸ *A Teoria...*, *op. cit.*, p. 10.

buscar-se - não na superestrutura - mas precisamente naqueles seus fundamentos...⁴⁹ Cuidado que se justificava então e que se justifica ainda hoje e agora, para não incidirmos na implacável censura cartesiana, dirigida àquelas disciplinas que não repousam sobre fundações sólidas⁵⁰. E a razão é muito simples e aristotélica: “Nós acreditamos conhecer um objeto isolado de maneira absoluta - isto é, não acidentalmente ou de modo sofisticado - quando acreditamos conhecer a causa pela qual a coisa é...”⁵¹ Só se conhece algo se as suas causas são conhecidas, *só se conhece algo se se dominam os seus fundamentos*.

Inquieta-nos, pois, uma questão logicamente anterior ao estudo da efetividade de qualquer direito fundamental tributário, e que serve de pré-requisito para todos eles, indistintamente. Trata-se do preocupar-se com a necessária *fundamentação do direito objeto da investigação*. Pouca será a efetividade de qualquer Direito Tributário básico se parcial e insuficiente for a sua fundamentação. E nenhuma será a efetividade de qualquer Direito Tributário básico ao qual faltar essa fundamentação.

Eis que, ao selecionarmos, entre os direitos tributários fundamentais, o da *legalidade tributária*, para sobre ele nos debruçarmos, nossa atenção estará voltada, antes do que para a Legalidade Tributária propriamente dita, precipuamente para as bases que a escoram, para os suportes que lhe servem de espeque, para os amparos que constituem o seu esteio, para os sustentáculos que lhe dão arrimo. No âmbito de jurídico, os fundamentos de validade de qualquer direito, sempre estabelecido em norma jurídica, são fatalmente encontrados em outras normas jurídicas, e os fundamentos últimos em normas jurídicas que desempenham o papel de alicerces de todo o edifício jurídico, os chamados princípios. *E as normas jurídicas de maior envergadura constitucional que servem de apoio à legalidade tributária são os princípios constitucionais da República e da Democracia*.

A *República* e a *Democracia*, portanto - fundamentos constitucionais da legalidade tributária -, é que serão aqui objeto da nossa reflexão.

2. Óbvios Ululantes e não Ululantes

Os temas da República e da Democracia estão, indubitavelmente, entre alguns dos mais comuns, correntes, batidos, triviais, do nosso Direito Público; sempre e sempre visitados e revisitados, explorados e reexplorados por nossos publicistas. Corremos pois o risco de, ao sobre eles nos debruçarmos, talvez trafegar monotonamente pelo já sabido, quiçá navegar fastidiosamente pelo demasiado conhecido ou até mesmo enveredar enfadonhamente pelo insípido domínio das obviedades.

*Óbvio, do latim *obvius**⁵², significa aquilo que é claro, intuitivo, manifesto, patente, axiomático, evidente, incontestável; aquilo que é de fácil compreensão, que não se pode pôr em dúvida, que salta aos olhos, que rebenta à vista, como confir-

⁴⁹ *Teoria Geral...*, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁰ Hilton Japiassú e Danilo Marcondes de Souza Filho, *Dicionário Básico de Filosofia*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1991, p. 107.

⁵¹ Aristóteles *apud* Nicola Abbagnano, *Dicionário de Filosofia*, trad. Alfredo Bosi, São Paulo, Mestre Jou, 1962, p. 452.

⁵² Antônio Geraldo da Cunha, *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1996, p. 556.

mam os bons léxicos⁵³. Nesse sentido, tão freqüente é o exame da República e da Democracia pelos nossos juristas, que se pudesse talvez classificá-los como conceitos “óbvios”. Quem sabe até estejamos diante de noções tão evidentemente evidentes, tão obviamente óbvias, que caberia ainda maior ênfase. Para esses casos exatamente, a originalidade literária de Nelson Rodrigues, o admirável teatrólogo e jornalista, cunhou a metáfora do “*óbvio ululante*”⁵⁴.

Ululante, do latim *ululans*, adjetivo derivado do verbo ulular - do latim *ululare*, que quer dizer ganir, uivar, berrar, clamar, bradar, vociferar - significa aquele que berra como animal, que ulula ou uiva como cão ou lobo. Assim, o óbvio ululante é aquele que é claríssimo, gritante, clamoroso, insofismável⁵⁵.

Nítida aqui a criatividade do verbo privilegiado do cronista, particularmente no adjetivar, tão decantado pelos seus apreciadores: “Nelson adjetiva a vida e os homens com uma audácia exemplar” (Armando Nogueira⁵⁶); “Insuperável no adjetivo” (José Lino Grünwald⁵⁷). Criatividade irrecusavelmente presente também na obra do romancista lusitano José Maria Eça de Queirós, em quem encontramos um notável ponto de contato com Nelson Rodrigues, pois, no seu *O Primo Basílio*, de 1878, legou-nos a personagem inesquecível do *Conselheiro Acácio*, *supremo modelo daqueles que cultivam diligentemente o óbvio ululante*⁵⁸.

Dessa forma, ao retomarmos tão sovados temas, não estaríamos nós fadados a lavrar tão-somente afirmações acacianas? Não estaríamos nós irremediavelmente condenados ao óbvio ululante? E disso *não nos deveríamos vexar*? Afinal, em certo momento, o próprio Nelson Rodrigues declarou: “... envergonha-me estar aqui proclamando o óbvio”⁵⁹.

Definitivamente não. Primeiro, porque o ser acaciano é inerente à condição humana; e disse-o também Nelson Rodrigues: “Não há ninguém, vivo ou morto, que não faça suas concessões ao Conselheiro Acácio. Impossível nascer, envelhe-

⁵³ Cândido de Figueiredo, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 12ª ed., v. II, Lisboa-Rio de Janeiro, Bertrand-Jackson, 1949, p. 502; Laudelino Freire, *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, v. IV, 2ª ed., Rio de Janeiro, José Olympio, 1954, p. 3.655; Caldas Aulete, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, v. IV, 5ª ed., Rio de Janeiro, Delta, 1964, p. 2.828; Antenor Nascentes, *Dicionário da Língua Portuguesa da Academia Brasileira de Letras*, Rio de Janeiro, Bloch, 1988, p. 445; Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 2.046.

⁵⁴ Este foi o título dado pelo escritor a uma seleção de crônicas, originalmente publicadas como *Confissões*, nas páginas do jornal *O Globo*, entre novembro de 1967 e agosto de 1968, como esclarece Ruy Castro, na introdução a uma reedição dessa obra - Nelson Rodrigues, *O Óbvio Ululante: Primeiras Confissões (Crônicas)*, org. Ruy Castro, São Paulo, Companhia das Letras, 1993 (Obras de Nelson Rodrigues, 3), p. 11.

⁵⁵ Antônio Geraldo da Cunha, *Dicionário...*, *op. cit.*, p. 802; Laudelino Freire, *Grande...*, *op. cit.*, v. V, p. 5.089; Caldas Aulete, *Dicionário...*, *op. cit.*, v. V, p. 4.122; Antenor Nascentes, *Dicionário...*, *op. cit.*, p. 643; Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, *Dicionário...*, *op. cit.*, p. 2.801; Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Aurélio Século XXI: o Dicionário da Língua Portuguesa*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1999, p. 2.026; Francisco Fernandes, *Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa*, 38ª ed., rev. Celso Pedro Luft, São Paulo, Globo, 1999, p. 842; e Instituto Antônio Houaiss, *Dicionário Houaiss de Sinônimos e Antônimos*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2003, pp. 678 e 679.

⁵⁶ In Nelson Rodrigues, *A Sombra das Chuteiras Imortais: Crônicas de Futebol*, org. Ruy Castro, São Paulo, Companhia das Letras, 1993 (Obras de Nelson Rodrigues, 4), primeira orelha.

⁵⁷ In Nelson Rodrigues, *O Óbvio...*, *op. cit.*, primeira orelha.

⁵⁸ Eça de Queirós, *O Primo Basílio*, São Paulo, Abril Cultural, 1979.

⁵⁹ *Flor de Obsessão*, org. Ruy Castro, São Paulo, Companhia das Letras, 1997 (Obras de Nelson Rodrigues, 12), p. 19.

cer ou morrer sem ser acaciano muitas e muitas vezes.”⁶⁰ Segundo, porque pomos em dúvida que a reflexão acerca da República e da Democracia necessariamente nos arraste para o óbvio; pois embora assuntos reiterados entre os publicistas, eles são prenhes de minúcias e complexidades que aí estão a justificar a sua renovada consideração. Terceiro, porque, mesmo admitindo, *ad argumentandum tantum*, que estaríamos percorrendo trilhas da obviedade, ainda assim se justificaria a empreitada, pois é incontestável que “... a insistência no óbvio é muitas vezes mais necessária do que a investigação do obscuro” (Oliver Wendel Holmes), especialmente quando se trata de um óbvio contumaz e acintosamente deslembado⁶¹. Quarto e último, uma vez mais admitindo, para argumentar, a incidência na esfera do óbvio, temos plena convicção de que não será, de modo algum, uma obviedade ululante, mesmo lembrando a igualmente rodriguiana asserção, cujo repensar estamos a propor, de que “Todo óbvio é ululante”⁶², uma vez que, mesmo teoricamente já investigados à saciedade absoluta - no que não cremos - sempre restará a distância, muitas vezes significativa e mesmo abismal, entre esses princípios e a sua prática no quotidiano de um Estado qualquer, inclusive e principalmente do nosso. E aqui sim, numa curiosa inversão de sentido, *em virtude da falta flagrante de efetivação desses conceitos* tão insistentemente analisados, *estamos inegavelmente diante de um óbvio, e de um óbvio inapelavelmente ululante*, que clama e reclama por urgente denúncia.

Não se trata aqui de fazer eco à precedente reivindicação de Fernando Savater, o filósofo da Universidade Complutense de Madri: “Hay que cambiar las metáforas anticuadas.”⁶³ Longe de antiquadas, *essas metáforas nunca foram tão adequadas a um tempo quanto a esse que atravessamos*, mercê da pobreza filosófica que o invade, da carência de expressão que o assola e da minguia de imaginação que o devasta. Trata-se apenas de sopesar, ponderar e matizar, no plano filosófico, a figura de linguagem rodriguiana, que habita o plano literário - é o óbvio ululante!

3. Legalidade Tributária

Antes, porém, de mergulhar no estudo dos fundamentos constitucionais da legalidade tributária - a República e a Democracia - desde que o fazemos para alicerçar o aprofundamento da própria legalidade tributária, cumpre dedicar breve trecho a um sintético traçado de contornos desse Direito Tributário fundamental, primeiro exatamente para caracterizá-lo como um direito fundamental, ao depois, para enunciar-lhe alguns dos seus aspectos básicos e essenciais, tanto como Legalidade Genérica quanto como Legalidade Tributária propriamente dita.

3.1. Direito fundamental

A expressão, preferida da doutrina germânica (*Grundrechte*), veio à luz na França, em 1770, como fruto do movimento político e cultural que deflagrou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (Antonio-Enrique Pérez

⁶⁰ *O Óbvio...*, *op. cit.*, p. 148.

⁶¹ *Apud* Roque Antonio Carrazza, *O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, RT, 1981, p. 75.

⁶² *Flor...*, *op. cit.*, p. 120.

⁶³ Juan Arias, *Fernando Savater: el Arte de vivir*, México, Planeta, 1998, pp. 151-158.

Luño)⁶⁴; correspondendo razoavelmente a outras expressões - direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos civis ou liberdades públicas - que Ricardo Lobo Torres aponta como sinônimas⁶⁵.

Numa primeira dimensão, jusnaturalista, aqui plenamente identificados com os direitos humanos, os direitos fundamentais correspondem àqueles válidos para todos os homens, de todos os povos, em todos os tempos. Já numa segunda dimensão, juspositivista, "... os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições..." (José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁶). Em outras palavras, "Una vez que los derechos humanos, o mejor dicho, determinados derechos humanos, se positivizan, adquiriendo categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente, pasan a ser 'derechos fundamentales' en un determinado ordenamiento jurídico", explica analiticamente Gregorio Robles, para depois proceder à síntese adequada: "Los *derechos fundamentales* vienen determinados positivamente. *Son derechos humanos positivizados...*" (grifamos)⁶⁷. No mesmo sentido, a doutrina nacional - Fábio Konder Comparato e Ana Maria d'Ávila Lopes, entre outros⁶⁸ - e internacional - Robert Alexy, por exemplo⁶⁹.

Daí a *historicidade* dos direitos fundamentais, sublinhada por Norberto Bobbio: "... sempre defendi ... que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas"⁷⁰. Historicidade igualmente enfatizada, entre nós, por José Afonso da Silva, que a elege como primeira das características dos direitos fundamentais, repelindo, assim, a visão jusnaturalista bem como o absolutismo, a universalidade e a imutabilidade que esses direitos exibem desse ponto de vista⁷¹.

E historicidade que em nenhum momento desmerece ou macula a sua *fundamentalidade*, pois, como leciona Carlos Santiago Nino, o filósofo portenho, "... ellos versan sobre bienes de fundamental importancia ... bienes que son normalmente de importancia primordial"⁷². Percepção há muito assumida pelos nossos constitucionalistas, desde José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, esse grande jurista do Império - "Os direitos individuais, que se podem tam-

⁶⁴ *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 1995, pp. 30-31. No mesmo sentido, entre nós: Ana Maria d'Ávila Lopes, *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de legislar*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 35; e Alberto Nogueira, *A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 33.

⁶⁵ *Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1999 (Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário, III), pp. 9-11.

⁶⁶ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, pp. 375-376 e 391.

⁶⁷ *Los Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual*, Madrid, Civitas, 1992 (Cuadernos Civitas), p. 20.

⁶⁸ *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 56 e 59; Ana Maria d'Ávila Lopes, *Os Direitos...*, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁹ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 21.

⁷⁰ *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 5.

⁷¹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6ª ed., São Paulo, RT, 1990, p. 162. Na mesma direção, Ana Maria d'Ávila Lopes, *Os Direitos...*, *op. cit.*, p. 37.

⁷² *Ética y Derechos Humanos: un Ensayo de Fundamentación*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 40-41.

bém denominar ... primitivos ... primordiais...”⁷³ - e desde Rui Barbosa, nosso publicista dos começos republicanos - “... direitos individuais ... os direitos primários ... aqueles de onde provêm os outros...”⁷⁴. Primariedade essa que encontrou expressão privilegiada na palavra de Paulo Ferreira da Cunha, o professor lusitano da Universidade do Porto:

“Os Direitos Fundamentais, pela sua própria designação, já inculcam a idéia de essencialidade, magna importância, ou carácter estruturante, e evocam as imagens de esteio, estrutura, alicerce, fundação, ou ... fundamento. A *fundamentalidade* parece, assim, uma característica evidente e imanente dos direitos *fundamentais*. Ou seja: tudo indica que, de entre os vários direitos, esses a que designamos como ‘fundamentais’ serão, relativamente aos demais, um *prius* valorativo, lógico e ontológico; e, nessa perspectiva, estão antes deles e são a base em que os demais repousam; legitimam-nos; explicam-nos na sua radicação e até na sua gênese.” (*sic*)⁷⁵

Salta à vista que *tais direitos, protetores dos cidadãos, também resguardam o contribuinte*, como reconhece Roque Antonio Carrazza⁷⁶. E não calharia ser diferente, uma vez que os princípios constitucionais tributários e as imunidades são “... projeções de *direitos fundamentais*...”, traduzindo suas “... reafirmações, expansões e garantias...” (Sacha Calmon Navarro Coêlho⁷⁷); “... são meras especializações ou explicações dos direitos e garantias individuais...”, “... são meros desdobramentos dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, explicitamente repetidos para o cidadão-contribuinte” (Misabel Abreu Machado Derzi⁷⁸).

Esses direitos fundamentais do contribuinte integram o conjunto que Louis Trotabas chamou de *Estatuto do Contribuinte*⁷⁹ e que, entre nós, foi assim demarcado por Paulo de Barros Carvalho:

“Define-se o *estatuto do contribuinte*, ao pé de nossa realidade jurídico-positiva, como a somatória, harmônica e organizada, dos mandamentos constitucionais sobre matéria tributária, que positiva ou negativamente estipulam os direitos, obrigações e deveres do sujeito passivo, diante das pretensões impositivas do Estado...”⁸⁰

A esse complexo de direitos e deveres do contribuinte indubitavelmente pertence o *Princípio da Legalidade Tributária*, como afirmam em concerto Paulo de Barros Carvalho, Ricardo Lobo Torres, Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon

⁷³ *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Brasília, Senado Federal e UnB, 1978 (col. Bernardo Pereira de Vasconcelos, Estudos Jurídicos, 5), p. 382. A edição original é de 1857.

⁷⁴ Vicente Barretto (org.), *O Liberalismo e a Constituição de 1988: Textos Selecionados de Rui Barbosa*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira e Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991, p. 90.

⁷⁵ “Dos Fundamentos dos Direitos Fundamentais”, *Res Publica - Ensaios Constitucionais*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 27.

⁷⁶ *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 373.

⁷⁷ *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 180-181.

⁷⁸ “Notas de Atualização”, in Aliomar Baleeiro, *Limitações Constitucionais ao Poder de tributar*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp. 14 e 66.

⁷⁹ No original francês: “... le statut du contribuable...” - *Finances Publiques*, Paris, Dalloz, 1969, p. 498.

⁸⁰ “Estatuto do Contribuinte, Direitos, Garantias Individuais em Matéria Tributária e Limitações Constitucionais nas Relações entre Fisco e Contribuinte”, *Revista de Direito Tributário* nºs 7-8, São Paulo, RT, jan./jun. 1979, p. 138.

Navarro Coêlho⁸¹. E pertence ao estatuto do contribuinte a legalidade tributária para desempenhar *uma função de garantia*, como defendem Lobo Torres, Sacha Calmon e José Afonso⁸².

É impossível esclarecer o *sentido de garantias*, distinguindo-as dos direitos, sem recorrer à pena de Rui Barbosa, cuja lição depõe José Afonso, “... é o que de melhor se produziu no constitucionalismo brasileiro sobre o tema”⁸³. São palavras de Rui: “... uma coisa são *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*... Os *direitos* são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva... As *garantias* constitucionais *stricto sensu* são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.” (*sic*)⁸⁴ E novamente Rui, lançando luz sobre o caráter instrumental das garantias constitucionais:

“... a acepção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratorias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratorias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquellas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*...” (*sic*)⁸⁵

Conquanto bem posta a distinção, é possível e mesmo necessário questioná-la, pois, como argumenta com apuro Gomes Canotilho, “Rigorosamente, *as clássicas garantias são também direitos*...” (grifamos)⁸⁶; apesar de “... *direitos-instrumentais* ... destinados a tutelar um *direito principal*” (José Afonso⁸⁷). Linha na qual se coloca também Misabel Derzi, para registrar: “Sob certo ângulo, portanto, os traços distintivos entre os direitos fundamentais e suas garantias acabam por tornar-se obscuros e imprecisos, uma vez que as garantias são meios que se convertem, por sua vez, em direitos concedidos...”⁸⁸

De nossa parte, satisfaz-nos a reflexão de Fernando Pérez Royo, o professor de Sevilha, que, à função de garantia da legalidade tributária, aduz *uma segunda função, de cunho político*, “... incluso de manera prevalente o principal: ... de assegurar la democracia en el procedimiento de imposición...”⁸⁹; “... mediante la participación de los ciudadanos...”, acrescenta concorde Álvaro Rodríguez Bereijo, o catedrático da Universidade Autônoma de Madri e presidente do Tribunal Constitucional Espanhol⁹⁰; concepção que também recebe o apoio de Juan José Bayona de Perogordo e María Teresa Soler Roch, que recordam a raiz histórica da le-

⁸¹ Paulo Barros Carvalho, “Estatuto...”, *op. cit.*, p. 140; Ricardo Lobo Torres, *Os Direitos...*, *op. cit.*, p. 34; Misabel Abreu Machado Derzi, “Notas...”, *op. cit.*, pp. 14 e 66; Sacha Calmon Navarro Coêlho, *Curso...*, *op. cit.*, p. 179.

⁸² Ricardo Lobo Torres, *Os Direitos...*, *op. cit.*, p. 34; Sacha Calmon Navarro Coêlho, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 179-180. É também a óptica de José Afonso da Silva, embora considerando a legalidade genérica: *Curso...*, *op. cit.*, p. 360.

⁸³ *Ibidem*, p. 355.

⁸⁴ “Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo”, *Trabalhos Jurídicos*, Rio de Janeiro, Casa de Rui Barbosa, 1962 (Obras Seletas de Rui Barbosa, XI), p. 130.

⁸⁵ *Commentarios à Constituição Federal Brasileira Colligidos e Ordenados por Homero Pires*, v. V, São Paulo, Saraiva, 1934, p. 181.

⁸⁶ *Direito...*, *op. cit.*, p. 394.

⁸⁷ *Curso...*, *op. cit.*, p. 360.

⁸⁸ “Notas”..., *op. cit.*, p. 67.

⁸⁹ *Derecho Financiero y Tributario - Parte General*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1993, p. 41.

⁹⁰ *Jurisprudencia Constitucional y Principios de la Imposición*, in Paul Kirchhof et al., *Garantías Constitucionales del Contribuyente*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 134.

galidade, localizada “... en el principio de *autoimposición* o *consentimiento del impuesto*, segundo el cual sólo es legítimo el tributo autorizado por los propios ciudadanos a través de sus órganos de representación política...”⁹¹. Essa *função democrática da legalidade tributária* constitui “Quizá la reflexión que más alto ha llegado en la senda de ‘modernizar’ el fundamento de la reserva de ley tributaria...”, consigna Luis Manuel Alonso González, professor da Universidade de Barcelona, que também assume a conclusão de Pérez Royo⁹².

De um ângulo mais largo, a *legalidade tributária*, como um corolário da legalidade genérica, *encontra-se irrecusavelmente entre os direitos e garantias fundamentais* (Constituição, artigo 5º, II). Já de um prisma mais estreito, ela tem um *lugar privilegiado assegurado entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão-contribuinte* (Constituição, artigo 150, I).

3.2. Legalidade genérica

A melhor reflexão, talvez, relativa à controvérsia que se instaurou na doutrina sobre a *natureza do Princípio da Legalidade*, coube a André Gonçalves Pereira⁹³, eminente publicista lusitano, da qual encontramos boa síntese em Weida Zancaner⁹⁴, subsídios dos quais já nos valem no passado⁹⁵.

Expõe o jurista luso uma *concepção restritiva* do Princípio da Legalidade (não infringir a lei), já ultrapassada; bem como uma *concepção ampliativa* (agir nos termos da lei), a que dá sua adesão, fazendo-a remontar a Guido Zanobini. Vale-se Gonçalves Pereira da adequada teorização de Charles Eisenmann, ex-professor da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Paris, para identificar a concepção restritiva do princípio com *uma relação de não-contrariedade ou de compatibilidade* (agir de modo não contrário ou compatível com a lei, que só fixa limites - o que não é proibido é permitido), numa noção mínima de legalidade; e para identificar a concepção ampliativa com *uma relação de conformidade* (agir conforme a lei, que fixa limites e permissões expressas - o que não é permitido é proibido), numa noção máxima de legalidade⁹⁶.

A visão restritiva do Princípio da Legalidade (relação de compatibilidade) consubstancia, na doutrina alemã, o que se denomina *Princípio da Preeminência da Lei*, enquanto a visão ampliativa (relação de conformidade) identifica-se com o *Princípio da Reserva da Lei*, como noticia Alberto Xavier⁹⁷. Por seu turno, Renato Alessi, o respeitado publicista italiano, refere-se ao ângulo restritivo (relação de

⁹¹ *Materiales de Derecho Financiero*, 3ª ed., Alicante, Compas, 1999, p. 26.

⁹² *Jurisprudencia Constitucional Tributaria*, Madrid, Marcial Pons e Instituto de Estudios Fiscales, 1993, p. 83.

⁹³ *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, Ática, 1962, pp. 20-29 e 38-40.

⁹⁴ *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, São Paulo, RT, 1990, pp. 17-18.

⁹⁵ J. R. Vieira, “Princípios Constitucionais e Estado de Direito”, *Revista de Direito Tributário* nº 54, São Paulo, RT, out./dez. 1990, pp. 96-97; “O Princípio da Legalidade da Administração”, *Revista de Direito Público* nº 97, São Paulo, RT, jan./mar. 1991, pp. 143-149; “Legalidade Tributária ou Lei da Selva: Sonho ou Pesadelo”, *Revista de Direito Tributário* nº 84, São Paulo, Malheiros, [2002?], pp. 96-108; “Legalidade Tributária e Medida Provisória: Mel e Veneno”, in Octavio Campos Fischer (coord.), *Tributos e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Dialética, 2004, pp. 182-184.

⁹⁶ “O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade”, *Revista de Direito Administrativo* nº 56, Rio de Janeiro, FGV, abr./jun. 1959, pp. 54-57.

⁹⁷ *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*, São Paulo, RT, 1978, pp. 13-16.

compatibilidade) como o *sentido negativo do Princípio da Legalidade*, e como *sentido positivo do princípio* ao ângulo ampliativo (relação de conformidade)⁹⁸.

Em face da realidade jurídica nacional, não hesitamos em proclamar o *Princípio da Legalidade como uma relação de conformidade com a lei em sentido formal*, ato oriundo do órgão que detém a competência constitucional para legislar e revestido da forma estabelecida para as leis, e não só em sentido material, como regra de comportamento genérica e coativa.

Prescreve o Estatuto Constitucional brasileiro, em seu *artigo 5º, II*, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. E mais, no *artigo 84, IV*, que “compete privativamente ao Presidente da República: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”; ou seja, até aos mais eminentes atos administrativos, decretos e regulamentos presidenciais, não é dado ir além da humilde execução da lei.

Definitivamente afastados, pois, os regulamentos autônomos, que não desfrutam do mínimo espaço jurídico em face do nosso direito positivo⁹⁹. “O elenco de autores que sustentam a possibilidade jurídica dos regulamentos autônomos no Brasil...”, como bem registra Marcelo Costenaro Cavali, “... é suplantado, entretanto, pelo daqueles que os vêem como não acolhidos (Michel Temer), não autorizados (Clèmerson Merlin Clève), inaceitáveis (Roque Antonio Carrazza), impossíveis (Geraldo Ataliba), sequer cogitáveis em nosso Direito (Celso Antônio Bandeira de Mello)”¹⁰⁰. Conquanto alguns bons juristas nacionais venham a admiti-los no contexto de reflexões marcadas pela seriedade, como é o caso de Hely Lopes Meirelles, de Diógenes Gasparini, de Eros Roberto Grau e de Leila Cuéllar¹⁰¹; freqüentemente, a fácil e precipitada aceitação desses instrumentos normativos no Brasil constitui fruto de transposição acrítica de doutrina forasteira, que não se harmoniza em absoluto com nosso ordenamento.

É que o alcance da lei e dos atos normativos em geral varia de um para outro ordenamento na exata proporção do desenho que lhe traçou o respectivo legislador. Registrou-o Manuel Afonso Vaz: “... o princípio da legalidade e os proble-

⁹⁸ *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1960, p. 9.

⁹⁹ Já assumimos iterativa e reiteradamente tal posição no passado: “Princípios Constitucionais...”, *op. cit.*, p. 96 (1990); “O Princípio da Legalidade...”, *op. cit.*, p. 147 (1991); “Legalidade Tributária...”, *op. cit.*, p. 105 (2002). E voltamos a fazê-lo recentemente, em uma primeira publicação resultante de um grupo de estudos da Academia Brasileira de Direito Constitucional, que coordenamos e orientamos: J. R. Vieira, F. A. F. Lessnau, C. B. Oliveira, M. C. Cavali, R. B. Isfer e R. C. Barreto, “Perfil Constitucional do Regulamento e Alguns Reflexos Tributários”, *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional* n° 4, Curitiba, ABDConst., 2003, pp. 181, 192 e 210-212; e em uma segunda publicação, esta individual: “Legalidade Tributária e Medida Provisória...”, *op. cit.*, pp. 183-184 (2004).

¹⁰⁰ “Perfil Constitucional...”, *op. cit.*, pp. 210-211. Esclarecemos nos parênteses, informando o nome dos autores que, no texto original, se encontram em notas de rodapé.

¹⁰¹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 14ª ed., São Paulo, RT, 1989, p. 155; D. Gasparini, *Poder Regulamentar*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1982, especialmente pp. 123-156. Este autor veio, a partir de 1989, a recuar de seu posicionamento original, passando a defender a impropriedade da afirmação de tais regulamentos no Brasil - *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 112-114; Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 187-189; Leila Cuéllar, *As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo*, São Paulo, Dialética, 2001, pp. 118-128.

mas com ele conexos dependem da estrutura de cada ordenamento constitucional...”¹⁰².

Em nossa ordem jurídica, o Princípio da Legalidade alcança o vigor, o prestígio e a veemência que bem exprimiu Pontes de Miranda, ao rebatizá-lo de “*Legalitariedade*”¹⁰³!

3.3. Legalidade tributária

Legalitariedade que se projeta no capítulo tributário, configurando o *Princípio da Estrita Legalidade da Tributação*: “... é vedado à união, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: ... exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça” (artigo 150, I). Trata-se, na concepção de Alberto Xavier, da “... mais importante de todas as limitações constitucionais ao poder de tributar...”, reclamando *lex scripta* (que afasta o direito consuetudinário) e *lex stricta* (que arreda os atos de degrau inferior ao da lei, como os regulamentos)¹⁰⁴. Trata-se, na visão de Diva Prestes Marcondes Malerbi, do princípio “... que melhor edificou o arcabouço do sistema tributário brasileiro”¹⁰⁵.

Não se satisfaz o legislador constitucional com a disposição genérica do artigo 5º, II, indo além no detalhismo característico dos temas constitucionais tributários, e formulando, na especificidade do artigo 150, I, a exigência de lei para a instituição ou majoração de exações tributárias. Ora, *que significa instituir tributo?* Antes de tudo o mais, lembremos, com Paulo de Barros Carvalho e com Cristiane Mendonça, que a aptidão constitucionalmente deferida para fazê-lo, vale dizer, *a competência tributária, é uma competência legislativa*. É legislando que se institui um tributo¹⁰⁶. E sigamos adiante com Roque Antonio Carrazza para completar: *é editar, com suas minúcias todas, a norma jurídica tributária de incidência*¹⁰⁷.

O estudo da norma jurídica tributária, e especificamente da norma tributária de incidência, tem, entre nós, débitos vultosos irrecusáveis com juristas como Alfredo Augusto Becker e Geraldo Ataliba¹⁰⁸. Mas *foi em Paulo de Barros Carvalho que a estrutura da norma tributária encontrou sua mais precisa e sofisticada elaboração*. Sua proposta teórica foi mais extensamente formulada na *Teoria da Norma Tributária*, de 1974, por diversas vezes retomada nas sucessivas reedições do seu *Curso de Direito Tributário* (capítulos IX a XI), encontrando sua última versão na obra *Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*, de 1996¹⁰⁹.

¹⁰² *Lei e Reserva da Lei: a Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1992, p. 398.

¹⁰³ *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, t. V, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 1.

¹⁰⁴ *Os Princípios...*, *op. cit.*, pp. 4, 19-20 e 37-38.

¹⁰⁵ *Elisão Tributária*, São Paulo, RT, 1984, p. 77.

¹⁰⁶ Paulo Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 218; C. Mendonça, *Competência Tributária*, São Paulo, Quartier Latin, 2004, *passim*. Nós mesmos também já o afirmamos - “E, afinal, a Constituição cria Tributos!”, in Heleno Taveira Tôres (coord.), *Teoria Geral da Obrigação Tributária: Estudos em Homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*, São Paulo, Malheiros, 2005, pp. 621-622.

¹⁰⁷ *Curso...*, *op. cit.*, pp. 214-215.

¹⁰⁸ Alfredo Augusto Becker, *Teoria...*, *op. cit.*; Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.

¹⁰⁹ *Teoria da Norma Tributária*, 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1998; *Curso...*, *op. cit.*, pp. 245-356; *Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*, São Paulo, 1996, Tese (Titular de Direito Tributário) - Universidade de São Paulo; esta última editada como *Direito Tributário: Fundamentos...*, *op. cit.*

Assumimos, como Paulo de Barros, a visão kelseniana quanto à enunciação do Direito a partir da norma complexa, composta pela norma primária (a conduta desejada) e pela norma secundária (a sanção), nos termos da *Teoria Geral das Normas*, último posicionamento desse teórico do Direito que marcou indelevelmente o século passado¹¹⁰. Ambas as normas portadoras da mesma estrutura sintática de um juízo hipotético, cujos segmentos desempenham diversas funções semânticas: a hipótese como descritora de um fato e a consequência como prescritora de uma relação jurídica. Fixando o olhar especificamente na norma jurídica de incidência, ou, na terminologia de Paulo de Barros, na *regra-matriz de incidência tributária*, teremos, na hipótese de incidência tributária, um comportamento de pessoas (critério material), subordinado a uma condição de lugar (critério espacial) e a uma condição de tempo (critério temporal); e, na consequência tributária, os sujeitos ativo e passivo (critério pessoal), a base de cálculo e a alíquota (critério quantitativo).

Visceralmente ligado aos Princípios da República e da Democracia, pela ponte da representatividade popular, também a legalidade, inclusive a tributária, como irrecusável direito-garantia fundamental do cidadão-contribuinte que constitui, nos termos expressos do artigo 150, *caput*, encontra-se seguramente protegida *entre as cláusulas de pedra da Lei Maior* (artigo 60, parágrafo 4º, IV).

Apenas pelo caminho da lei é que o Direito brota espontâneo da sociedade, como quer Ortega y Gasset¹¹¹. Exclusivamente por essa via é que se realiza à quase perfeição a proclamada soberania popular (artigo 1º, parágrafo único). Somente por essa estrada é que o Direito ganha a dimensão da reflexividade e o *homo juridicus* salta das planícies da *imposição* para as altitudes da *auto-imposição*. Bem acentua o mestre Geraldo Ataliba: “O apanágio do cidadão, no regime republicano, está exatamente na circunstância de só obedecer-se a si mesmo, pelos preceitos que seus representantes, em seu nome, hajam consagrado formalmente em lei.”¹¹² Em matéria de tributos, o Princípio da Legalidade possibilita e realiza a idéia de *autotributação*.

4. República e Democracia

Uma palavra inicial quanto à importância desses temas, essenciais à Política e ao Direito Público, irônica e saborosamente ilustrada por Fernando Savater, quan-

¹¹⁰ *Teoria Geral das Normas*, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 181. Tal revisão kelseniana do seu próprio pensamento não encontra acolhida inteiramente pacífica: Fábio Ulhoa Coelho afirma que “... Kelsen não revela qualquer disposição para inverter as designações escolhidas...” - *Para entender Kelsen*, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 38; Marcos Bernardes de Mello, apontando contradições internas da obra no tema, e lembrando sua publicação póstuma, organizada pelo Instituto Hans Kelsen, de Viena, põe em dúvida o grau de convicção do autor, recomendando reservas na sua aceitação - *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 29-31, nota nº 35-A; argumento este último retomado por Marçal Justen Filho, conforme relato de Octavio Campos Fischer, *A Contribuição ao PIS*, São Paulo, Dialética, 1999, p. 27, n. 78.

¹¹¹ *A Rebelião das Massas*, trad. Herrera Filho, Rio de Janeiro, Ibero-Americano, 1959, p. 23: “... o direito ... é, se me permitem a expressão barroca, secreção espontânea da sociedade e não pode ser outra coisa”.

¹¹² *República e Constituição*, São Paulo, RT, 1985 (Temas Fundamentais de Direito Público, 7), p. 99; na edição mais recente: 2ª ed., atualiz. Rosolea Miranda Folgosi, São Paulo, RT, 1998, p. 125.

do nos lembra que os antigos gregos chamavam aos desinteressados na Política de *idiotés*, significando pessoa isolada, que nada tinha a oferecer aos demais. E completa: “Desse ‘idiotés’ grego deriva nosso *idiota* atual, que não preciso explicar o que significa.” Parafraçando Savater, e de forma até “... um pouco agressiva e irreverente...”, como ele a define, mas perfeitamente lógica e etimológica, diríamos que *só não se interessam por esses temas aqueles que se aproximam da idiotice*¹¹³!

Embora falando da república, Régis Debray, o professor e filósofo da França, enuncia idéia plenamente aplicável também à democracia: “... nunca se realiza. Segurança é irrealizável. *Todas las repúblicas que existen son esbozos* relativos, inferiores a sus principios.” (grifamos)¹¹⁴ Trata-se de certeza antiga. Já em meados do século XVIII, afirmava Jean-Jacques Rousseau, aqui se referindo à democracia, mas novamente numa idéia comum a ambas: “... no rigor da aceção, jamais existiu, jamais existirá uma democracia verdadeira”, cuja força o filósofo bem exprime pela hipérbole de reservá-la a uma eventual sociedade divina: “Se existisse um povo de deuses, governar-se-ia democraticamente.”¹¹⁵ Por isso Juan Ramón Capella, o catedrático de Barcelona, entre outros, observa que “... os processos de democratização são ainda embrionários nas sociedades contemporâneas...”¹¹⁶ Aqui, aliás, presente já a noção de *democracia (república também, diríamos) como processo*, sublinhada por José Afonso da Silva, que revela certa impaciência com a “... tese pessimista, se não de fundo elitista, segundo a qual a democracia nunca fora realizada em sua pureza em lugar algum”, assentando: “Os que assim pensam não concebem que a democracia seja um processo... Como tal a democracia nunca se realizará inteiramente...”¹¹⁷

Com efeito, república e democracia são noções que indubitavelmente funcionam como “*ideais-limites*”, na expressão confiável de Norberto Bobbio¹¹⁸. E ideais-limites nitidamente perseguidos pelo movimento jurídico e político dos homens e seus estados, mas num compasso assim descrito, em 1886, por Friedrich Nietzsche, cujo verbo filosoficamente profundo e estilisticamente belo era certamente livre, solto e ousado como o de poucos: “... o seu ritmo é demasiado vagaroso e sonolento para os mais impacientes ... atestam os uivos cada vez mais raivosos, o

¹¹³ *Política para meu Filho*, trad. Eduardo Brandão, São Paulo, Martins Fontes, 1996, pp. 16-17. Nesta interessante obra, o autor escreve a seu filho, Amador, então adolescente, explicando-lhe o que é política - no original espanhol: *Política para Amador*, Barcelona, Ariel, 1992; e que vem, aliás, na esteira de outro trabalho de Savater, este ainda mais admirável, fazendo o mesmo com a noção de ética: *Ética para meu Filho*, trad. Monica Stahel, São Paulo, Martins Fontes, 1993 - no original espanhol: *Ética para Amador*, Barcelona, Ariel, 1991; do qual há reedição recente, acrescida de um apêndice - *Ética para Amador*, 3ª ed. argentina, Buenos Aires, Ariel, 2001.

¹¹⁴ *La República Explicada a mi Hija*, trad. Sandra Garzonio, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 81. No que tange ao título, preferimos a versão argentina à espanhola - *El Civismo Explicado a mi Hija*, trad. Manuel Serrat Crespo, Barcelona, Muchnik, 2000 - por uma questão de precisão, que principia pelo título original - *La République Expliquée à ma Fille*, Paris, Seuil, 1998 - e encontra definitiva razão de ser no seu conteúdo, que, embora igualmente “cívico”, é caracteristicamente “republicano”. Trata-se de obra curiosamente semelhante, em sua concepção, às de Savater, por último citadas, em que o autor explica à sua filha, também adolescente, o que é uma república.

¹¹⁵ “Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político”, *Rousseau*, trad. Lourdes Santos Machado, São Paulo, Abril Cultural, 1973 (Os Pensadores, XXIV), pp. 90 e 92.

¹¹⁶ *Os Cidadãos Servos*, trad. Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 69.

¹¹⁷ *Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição)*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 45.

¹¹⁸ *Igualdade e Liberdade*, 3ª ed., trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Ediouro, 1997, p. 8.

ranger de dentes cada vez mais ostensivo dos cães anarquistas...”¹¹⁹ Aliás, já em 1878, referindo-se a um sistema político em que o governo fosse um órgão do povo, Nietzsche afirmava tratar-se, num vaticínio que o tempo demonstraria demasiado otimista, de um novíssimo conceito que se apoderaria de todas as cabeças, acrescentando, porém: “... para o que, no entanto, talvez necessite de mais um século”¹²⁰.

Em termos republicanos e democráticos encontramos-nos também nós, brasileiros, em tenra idade, pois, na palavra inspirada de Carmen Lúcia Antunes Rocha, nossa república (e democracia, agregáramos) foi “... proclamada, conquanto não efetiva, nem definitivamente ... realizada...”; pior, trata-se de “... uma República ainda muito mal praticada...”; e pior ainda, confessemos possuir uma “... parca República vivida pelo Brasil”¹²¹. Daí sermos arrebatados pela desconfiança de que, entre nós, esses conceitos quicá não sejam óbvios; e sobretudo, pela certeza de que eles terminantemente não são ululantes. Por outro lado, é precisamente essa pálida e esmaecida vivência republicano-democrática, em face de noções tão obstinadamente pensadas e repensadas, que nos dá certeza de, paradoxalmente, estarmos perante uma obviedade que por certo ulula.

5. República

Perante nossa infância republicano-democrática, nada mais adequado do que olhar para a primeira dessas noções com intuits minimamente conceptuais. *República*, do latim *res publica*, significa “coisa pública”, “coisa comum”, como esclarece o etimologista (Antônio Geraldo da Cunha)¹²² e confirma o filósofo (Régis Debray), adicionando este: “Es el término genérico que empleaban los antiguos filósofos ... para designar a cualquier ‘Estado regido por leyes’.”¹²³ Tal confirmação já é secular, como se vê em Rousseau: “Chamo pois de *república* todo o Estado regido por leis ...”; que aditava elucidativamente “... pois só nesse caso *governa o interesse público e a coisa pública...*” (grifamos)¹²⁴ Tamanha a importância da idéia que não admira que Emmanuel Kant, o velho filósofo de Königsberg, a tenha anunciado como primeiro artigo de um eventual acordo pela paz perpétua: “... a constituição de cada estado deve ser republicana”¹²⁵; e não admira que Fernando Savater, o filósofo contemporâneo de Madri, tenha registrado que “... o mínimo que um país no século XX merece é um regime republicano”¹²⁶.

Voltemo-nos para a realidade nacional. Nosso Estatuto Magnó não só afirma, logo no primeiro momento do texto, o Princípio da República (artigo 1º), mas também erige seu núcleo essencial em *cláusula imutável* (artigo 60, parágrafo 4º, II),

¹¹⁹ *Além do Bem e do Mal: Prelúdio a uma Filosofia do Futuro*, 2ª ed., trad. Paulo César de Souza, São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p. 102.

¹²⁰ *Humano, Demasiado Humano: um Livro para Espíritos Livres*, trad. Paulo César de Souza, São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p. 243.

¹²¹ *República e Federação no Brasil: Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, pp. 17, 73 e 85.

¹²² *Dicionário...*, *op. cit.*, p. 677.

¹²³ *La República*, *op. cit.*, p. 19.

¹²⁴ “Do Contrato Social...”, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁵ *Apud* Norberto Bobbio, *O Futuro da Democracia: uma Defesa das Regras do Jogo*, 3ª ed., trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986, p. 38.

¹²⁶ *Política...*, *op. cit.*, p. 199.

apenando sua inobservância com a severidade da *intervenção federal nos Estados* (artigo 34, VII, a).

Conquanto a doutrina constitucional brasileira, após o advento do texto de 1988, numa lamentável tendência literal, incline-se no sentido de que a República não mais constitui *cláusula intocável*, é evidente que, vencida, em 21 de abril de 1993, a possibilidade de revisão constitucional a respeito (artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), a sua idéia nuclear de representação (voto direto, secreto e universal - artigo 60, parágrafo 4º, II) segue presente, assim como a de temporariedade (voto periódico - artigo 60, parágrafo 4º, II), e até mesmo a de igualdade, para aqueles que a entendem integrante da noção republicana (entre os direitos individuais - artigo 60, parágrafo 4º, IV). Donde cremos que, se a razão não se encontra com Geraldo Ataliba - “O Autor entende que o princípio republicano, muito embora não expresso diretamente... foi mantido na Constituição de 1988 como ‘cláusula pétrea’ [dependente apenas do resultado do plebiscito], eis que está ele consagrado nos demais princípios estabelecidos no § 4º do art. 60...”¹²⁷ - certamente se encontrará com Pinto Ferreira - “A essência da república está no voto direto, secreto, universal e periódico...”¹²⁸ Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, cuja posição se nos afigura sensata, entre a promulgação constitucional e o plebiscito de 1993, a república não foi cláusula pétrea, pela possibilidade de sua modificação pela via revisional, após o que recobrou sua condição de imodificável, como limite material implícito¹²⁹. Roque Antonio Carrazza prefere ver, no dispositivo constitucional, a petrificação dos reflexos republicanos¹³⁰.

É este “... o princípio mais importante e decisivo do nosso direito público”, “... a síntese de todas as nossas instituições”, na apreciação de Geraldo Ataliba, insuperável na acuidade com que mergulhou em todos os meandros e escaninhos da complexa noção¹³¹.

Define-o a pena do mestre como “... o regime político em que os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente”. Não obstante pôr friso na idéia de igualdade, não é discrepante a visão de Roque Antonio Carrazza, para quem “República é o tipo de governo, fundado na igualdade formal das pessoas, em que os detentores do poder político exercem-no em caráter eletivo, representativo (de regra), transitório e com responsabilidade.”¹³²

Dessarte, pode-se inferir que *caracterizam a República: a representatividade*, decorrente da eletividade, *a transitoriedade* e *a responsabilidade*. Traços entre os quais cumpre conceder relevo ao primeiro deles, pois a República é, antes e acima de tudo, aquele regime de governo em que as autoridades são meros administradores da coisa pública - *res publica* - a título de mandatários do povo, que detém a sua propriedade.

¹²⁷ *República...*, *op. cit.*, 2ª ed., p. 39, nota de atualização nº 1.

¹²⁸ *Comentários à Constituição Brasileira*, v. 3, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 212.

¹²⁹ *República e Federação...*, *op. cit.*, pp. 70, 86 e 88-89.

¹³⁰ *Curso...*, *op. cit.*, pp. 68-70.

¹³¹ *República...*, *op. cit.*, pp. XI e XIV; na 2ª ed., *op. cit.*, pp. 15 e 18.

¹³² Geraldo Ataliba, *ibidem*, p. IX; na edição atualizada, *ibidem*, p. 13; Roque Antonio Carrazza, *Curso...*, *op. cit.*, p. 48.

Daí assistir integral razão a Geraldo Ataliba quando coloca a *idéia de mandato* como “Pedra de toque do sistema ... ponto de referência dos demais institutos informadores da República...”, localizando-o “... no centro de toda construção jurídica da República”¹³³.

Os poderes atribuídos aos mandatários do povo só descobrem sentido na *idéia de função*, na *idéia de meios* para a realização do interesse público. A ênfase em tais poderes, marco de uma época que já deixamos para trás, deve ceder espaço ao acento posto nos seus *deveres* em relação às *finalidades* consagradas na lei. Somente para cumpri-los e para atingi-las é que se lhes outorgam *poderes*. Daí a inclinação de muitos autores modernos, recorda Marcelo Caetano, denominando-os *poderes-deveres*, nomenclatura que ganhou divulgação a partir de Santi Romano, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁴. Nenhum, porém, meditando à luz da noção funcional, logrou projetar tão longe suas conseqüências, como o fez Celso Antônio, chegando a propor *uma inversão do binômio: deveres-poderes mais do que poderes-deveres*¹³⁵. Não obstante a questionabilidade dessas expressões híbridas perante a lógica jurídica¹³⁶, é forçoso reconhecer a irrecusável coerência da proposta desse eminente publicista, uma vez que os *poderes* não passam de simples instrumentos conferidos ao administrador público, de sorte a equipá-lo na incessante procura do atender às finalidades legais. Aí seus *deveres* inafastáveis.

Este é o momento e o local para aduzirmos ao tema a *teoria da Relação de Administração*, que, a despeito de formulada no âmbito do Direito Administrativo, exprime com precisão a representatividade republicana, opondo o dono da coisa pública (o povo) ao seu administrador (governante, representante, mandatário)¹³⁷. Essa teorização foi virtuosamente urdida e composta por aquele que os mestres apresentam como seu mestre. Não é prudente mais do que transcrever com respeito as asserções geniais que faz, ao opor as idéias de propriedade e de administração, esta típica do Direito Público, aquela característica do Direito Privado, o grande Ruy Cirne Lima, jurista dos pampas e do Brasil, para o nosso justo orgulho:

“A palavra *administração* ... designa geralmente a *atividade do que não é proprietário - do que não é senhor absoluto*... Administração, segundo o nosso modo de ver, é a atividade ... do que não tem a disposição da coisa ou do

¹³³ República..., *op. cit.*, pp. 64-65; na edição atualizada, *op. cit.*, pp. 90-91.

¹³⁴ Marcelo Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 141; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1990, p. 53; e, *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 69.

¹³⁵ “Controle Judicial dos Atos Administrativos”, *Revista de Direito Público* n° 65, São Paulo, RT, jan./mar. 1983, p. 31; “Princípios Fundamentais de Direito Administrativo”, in Celso Antônio Bandeira de Mello (coord.), *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 1986, p. 22; “Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo”, *Revista de Direito Público* n° 90, São Paulo, RT, abr./jun. 1989, p. 60; *Elementos...*, *op. cit.*, pp. 23 e 52-55; e *Curso...*, *op. cit.*, pp. 32 e 68-70.

¹³⁶ São questionáveis, perante a Lógica Jurídica, essas expressões - *poderes-deveres* ou *deveres-poderes* - uma vez que, nas normas jurídicas, ocorre a tripartição do universo da conduta nos chamados modais deonticos, *obrigatório*, *permitido* e *proibido*, na lição de Lourival Vilanova, *Lógica Jurídica*, São Paulo, Bushatsky, 1976, pp. 124-126; *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo, RT e Educ, 1977, pp. 37-38. Em verdade, cremos que, na versão tradicional (*poderes-deveres*), se concede destaque ao primeiro membro do binômio, e estamos em presença do modal *permitido*; enquanto na versão mais recente (*deveres-poderes*), o friso posto nos *deveres* revela o modal *obrigatório*.

¹³⁷ Geraldo Ataliba, *República...*, *op. cit.*, pp. 64 e 68; na edição atualizada, *op. cit.*, pp. 90 e 94.

negócio administrado... *Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade... O fim - e não a vontade - domina tôdas as formas de administração...* Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria... *À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração...* (sic) (grifamos)¹³⁸

Em lugar de nossa avaliação pessoal, de pouco significado, lançamos mão das palavras daquele publicista que, com tanto brilho, versou o tema da República, e cujo depoimento acerca da Relação de Administração, tal como vista por Cirne Lima, é dos mais expressivos: “Na verdade, a *idéia de representação e o instituto do mandato, como fulcros da concepção republicano-democrática* - do ponto de vista jurídico - *explicam-se pela relação de administração, que entre nós encontrou seu expositor máximo em Ruy Cirne Lima...*” (grifamos) (Geraldo Ataliba)¹³⁹

6. Democracia

Apertemos agora o olhar para a idéia de representação, ainda navegando em águas republicanas, e no centro delas, mas já lhes reconhecendo aqui o influxo da correnteza democrática.

A aproximação entre as noções de República e de Democracia data dos antigos, como se pode ver em Cícero (Nicolla Matteucci e Cármen Lúcia Antunes Rocha)¹⁴⁰. Considere-se, por exemplo, do século XVIII, a referência de James Madison, nos célebres comentários à constituição norte-americana - *O Federalista*: “... la confusión de los conceptos de república y democracia...”¹⁴¹. E considere-se também, dos nossos dias, a conclusão de Cármen Lúcia Antunes Rocha, voltada para o nosso caso:

“Os princípios republicano e democrático modelam-se e condicionam-se reciprocamente... Os dois princípios estão fundidos e condenados a serem tomados como uma expressão única e indissociável enquanto vigorar o atual sistema: República Democrática.”¹⁴²

Antes de nos debruçarmos sobre a segunda dessas noções, registremos que, a exemplo do que ocorreu com a filosofia, como já tivemos oportunidade de consignar, *também a democracia constitui uma invenção dos gregos*¹⁴³. Fernando Savater recorre a um episódio da Guerra de Tróia, quando Aquiles, o grande guerreiro grego, afasta-se dos combates, por zangar-se com Agamenon, que chefiava o famoso cerco, como rei e cunhado da bela Helena, a quem os gregos buscavam recuperar dos troianos. Estabelecida a discussão entre os chefes aqueus, com a participação de Ulisses, para acolher a decisão da maioria; assinala Savater que, nessa passagem da *Ilíada*, “... o que no fundo Homero está contando são os albores da de-

¹³⁸ *Princípios de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo, RT, 1987, pp. 20, 22, 52, 22 e 51.

¹³⁹ *República...*, *op. cit.*, p. 64; na edição atualizada, *op. cit.*, p. 90.

¹⁴⁰ Nicola Matteucci, “República”, in Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário de Política* v. 2, 3ª ed., trad. Carmen C. Varrialle *et al.*, Brasília, UnB e Linha Gráfica, 1991, pp. 1.107 e 1.108; Cármen Lúcia Antunes Rocha, *República...*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴¹ *El Federalista - XIV*, in Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 53.

¹⁴² *República...*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁴³ Quanto à precedência grega na filosofia, invocamos, para defendê-la, as reflexões insuspeitas de Friedrich Nietzsche, de Guillermo Fraile e de Marilena Chauí, “A Noção de Sistema no Direito”, *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* nº 33, Porto Alegre, Síntese, 2000, p. 55.

mocracia...”¹⁴⁴ Nada mais do que uma experiência incipiente e muito restrita, a dos gregos, pois, entre eles, ficavam de fora das decisões as mulheres, os escravos e os estrangeiros residentes, anota o autor em outra obra; “Lo cual en nada disminuye la importancia radical, incomparable, del primer paso”¹⁴⁵; que exigiu nada menos que uma “... certa loucura...” - “Felizmente, os gregos eram meio loucos e de sua genial loucura ainda agora nos alimentamos.”¹⁴⁶

Curioso que, seja qual for o posicionamento ou matiz ideológico, dentro do mais largo espectro imaginável, todos, sem exceção, tendem hoje a proclamar-se democráticos. E não raro, diante do seu estranho fascínio (Ignacio da Silva Telles¹⁴⁷), “... se entredeveram pela democracia”, como depõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁴⁸. Tão elevado é o grau de polissemia do termo, como confirmam Lourival Vilanova e Misabel Abreu Machado Derzi¹⁴⁹; a ponto de Luís Alberto Warat dizê-lo contaminado por uma “anemia significativa”¹⁵⁰ ou “anemia semântica”¹⁵¹.

Mais do que nunca, pois, abre-se espaço para o “processo de elucidação” que pregava Rudolf Carnap, integrante do Círculo de Viena e ex-professor da Universidade de Chicago¹⁵². Processo em que, numa primeira etapa, surpreendemos, na origem grega de democracia, o significado etimológico de *governo ou poder do povo*¹⁵³; confirmado pela investigação filosófico-política do século XX, desde Hans Kelsen¹⁵⁴ até Régis Debray e Juan Ramón Capella¹⁵⁵. Um passo adiante, Norberto Bobbio aponta-a como a forma de governo em que “... o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte ... da maioria...”¹⁵⁶.

No que diz respeito à *evolução histórica desse conceito*, fiquemos com este mesmo eminente teórico geral do direito e filósofo político italiano, que distingue a democracia dos antigos (direta) da democracia dos modernos (representativa)¹⁵⁷; no que é seguido por vasta doutrina, da qual citamos, exemplificativamente, Francisco Rubio Llorente, o constitucionalista da Universidade Complutense de Ma-

¹⁴⁴ *Política...*, *op. cit.*, pp. 71-73.

¹⁴⁵ *Diccionario Filosófico*, México, Planeta, 1999, pp. 80-81.

¹⁴⁶ *Política...*, *op. cit.*, pp. 74-84.

¹⁴⁷ *A Experiência da Democracia Liberal*, São Paulo, RT, 1977, p. 75.

¹⁴⁸ *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 84.

¹⁴⁹ Lourival Vilanova, “Novo Poder Executivo para o Brasil”, in Aurélio Wander Bastos *et al*, *Uma Nova Organização Político-constitucional para o Brasil de hoje*, Fortaleza, UFC, 1982, p. 115; Misabel Abreu Machado Derzi, “Nota de Atualização n. 2 ao art. 96”, in Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 610.

¹⁵⁰ *Apud* Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 97.

¹⁵¹ *Apud* Eurico Marcos Diniz de Santi, *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 71.

¹⁵² *Apud* Luis Alberto Warat, *O Direito e sua Linguagem*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 57.

¹⁵³ Antônio Geraldo da Cunha, *Dicionário...*, *op. cit.*, pp. 246 e 224-225.

¹⁵⁴ *A Democracia*, trad. Ivone Castilho Benedetti *et al.*, São Paulo, Martins Fontes, 1993, p. 140; *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, trad. Juan Ruiz Manero *et al.*, Madrid, Debate, 1988, p. 208.

¹⁵⁵ Régis Debray, *La República...*, *op. cit.*, p. 19. Juan Ramón Capella, *Os Cidadãos...*, *op. cit.*, p. 68; que cogita de “... autogoverno das populações pelas populações mesmas...”.

¹⁵⁶ *Liberalismo e Democracia*, trad. Marco Aurélio Nogueira, 3ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1990, pp. 7 e 31.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 31-36.

dri¹⁵⁸. Pouco diversa é a visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que aponta três fases diversas: Democracia Antiga (direta), Democracia Moderna (representativa) e Democracia Contemporânea (participativa), fase esta última para a qual o constitucionalista do Largo São Francisco prefere a denominação de Poliarquia, no sentido de “o governo de muitos”, acatando sugestão de Robert Dahl¹⁵⁹.

Em face, contudo, dos limites estreitos do presente trabalho, contentemo-nos com a identificação do *mínimo semântico da voz Democracia*. E o fazemos, uma vez mais, em honrosa companhia: “... forma pela qual o poder (cuja suprema manifestação está em fazer leis) é exercido pelo povo ou por seus representantes eleitos” (Misabel Derzi); “... democracia existirá ... ali onde a vontade estatal ... contenha mediata ou imediatamente a participação do povo” (Lourival Vilanova)¹⁶⁰.

Ora, é no procedimento legislativo, nos atos da produção legislativa que, indiscutivelmente, se surpreende a realização por excelência dessa dimensão participativa popular. Eis que, nessa porção mínima da noção conceptual de Democracia, identifica-se uma indefectível *conexão com o Princípio da Legalidade*; e evidente que, se não o bastante para o desabrochar democrático em sua plenitude, mais do que o suficiente para reconhecer-lhe u’a manifestação efetivamente substancial.

Afinal, entre as decisões democráticas cuja tomada cabe originariamente ao povo, via representação política, ergue-se magnífica e soberana a *decisão primordial da elaboração legislativa*, nas palavras de Savater, “... antes privilegio inamovible de los dioses o capricho indiscutible de los tiranos”; consubstanciadora da autonomia política pela qual se recusam inapelavelmente todas as leis cuja promulgação não advenha dos representantes legitimamente habilitados¹⁶¹. Com efeito, como proclamou Victor Hugo, o literato de *Os Miseráveis*, “Quem vota reina”¹⁶²!

E complete-se a referência a essa noção mínima de Democracia invocando, de conformidade com as lições kelsenianas, o *princípio da maioria* na determinação da ordem social. Trata-se, no dizer de Bobbio, de “... regra fundamental da democracia...”¹⁶³. Entretanto, regra majoritária que convive com o *direito da minoria*: “A maioria pressupõe ... a existência de uma minoria... Se a minoria não for eliminada do procedimento no qual é criada a ordem social, sempre existe uma possibilidade de que a minoria influencie a vontade da maioria.” (Hans Kelsen¹⁶⁴) Direito da minoria este que deve seguir inatacável e intocável, sob pena de inconsistência democrática, porque *a regra majoritária sozinha não faz democracia*: “Las decisiones

¹⁵⁸ “Estado e Democracia na Construção da Europa”, trad. Fernando Aurelio Zilveti e Ana Marta C. de Barros Zilveti, in Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurelio Zilveti (coord.), *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo, Dialética, 1999, p. 127.

¹⁵⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *A Democracia no Limiar do Século XXI*, São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 1-36; Robert A. Dahl, *Sobre a Democracia*, trad. Beatriz Sidou, Brasília, UnB, 2001, *passim*, especialmente pp. 104-105. Interessante, aqui, consultar também a introdução e os dois primeiros capítulos de: Paulo Bonavides, *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 7-65.

¹⁶⁰ Misabel Derzi, “Nota de Atualização n. 2 ao art. 96”, *Direito...*, *op. cit.*, p. 611; Lourival Vilanova, “Novo Poder...”, *op. cit.*, pp. 113-114.

¹⁶¹ *Diccionario...*, *op. cit.*, pp. 80 e 89.

¹⁶² No original francês: “Qui vote règne” - *apud* Juan Ramón Capella, *Os Cidadãos...*, *op. cit.*, p. 135, nota nº 184.

¹⁶³ *O Futuro...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁴ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo e Brasília, Martins Fontes e UnB, 1990, pp. 280-281.

democráticas son mayoritarias, pero no toda decisión mayoritaria es democrática. Ninguna mayoría tiene derecho democrático a votar a favor de la sumisión sin derechos de las minorías...” (Fernando Savater¹⁶⁵); “La democracia no es el reino de la mayoría. Hay democracia cuando la minoría conserva sus derechos de expresión y de organización.” (Régis Debray¹⁶⁶)

Sem enveredar pelo aprofundamento do conceito democrático, tarefa que extravasaria as nossas, no particular, pouco ambiciosas fronteiras, limitemo-nos ao registro da convicção que partilhamos com Misabel Derzi, no sentido de que a democracia, que o legislador da Carta de 1988 nela consagrou, vai além desse miolo significativo mínimo, ultrapassando a legalidade formal, e firmando *compromisso de ordem material com a liberdade e a igualdade*¹⁶⁷. Cogita-se aqui da realização mais radical desses valores - fundamentos irrecusáveis da democracia (Norberto Bobbio¹⁶⁸) - de forma a transcender a mera liberdade assegurada pela igual participação na gestão pública, mediante, principalmente, o exercício da liberdade da igual participação nas decisões legislativas; para galgar patamar substancialmente superior, em que a todos seja assegurada a possibilidade de realização de suas capacidades, através de uma efetiva igualdade de oportunidades, de modo que a ninguém seja recusado o exercício de sua cidadania por força das amarras econômicas que o mantenham refém de suas necessidades vitais básicas¹⁶⁹.

Ponhamos friso, ainda, em uma idéia que já sobressai nesse mínimo essencial da democracia, valendo-nos da voz privilegiada de Octavio Paz, o soberbo escritor mexicano, Prêmio Nobel de Literatura de 1990, para quem “... *la democracia ... es un método de convivencia civilizada ...* pide que cada uno sea capaz de convivir con su vecino, que la minoría acepte la voluntad de la mayoría, que la mayoría respete a la minoría y que todos preserven y defiendan los derechos de los individuos” (grifamos)¹⁷⁰. De fato, democrático é, sem dúvida, o convívio pacífico das discordâncias e a convivência serena das divergências. Não por outra razão, Marilena Chauí apresenta a democracia como “... a única sociedade e o único regime político que *considera o conflito legítimo*”¹⁷¹; e diverso não calharia ser, porque o conflito é intimamente próprio do humano.

Ao fim do segmento, a sábia eloquência do filósofo espanhol do vitalismo, que encontra *um índice seguro de vida civilizada já nessa noção menor de democracia*, tão admirável que lhe parece beirar a incompreensão. Com a palavra Ortega y Gasset:

“Civilização é, antes de tudo, vontade de convivência. É-se incivil e bárbaro na medida em que não se conte com os demais. A barbárie é tendência à dissociação...”

A forma que na política representou a mais alta vontade de convivência é a democracia liberal ... o Poder Público, não obstante ser onipotente, limita-se a si mesmo e procura, ainda a sua custa, deixar espaço no Estado que

¹⁶⁵ *Diccionario...*, *op. cit.*, p. 95; e *Política...*, *op. cit.*, p. 183.

¹⁶⁶ *La República...*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁶⁷ “Nota de Atualização n° 2 ao art. 96”, *Direito...*, *op. cit.*, p. 611.

¹⁶⁸ *Igualdade e Liberdade*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁹ Fernando Savater, *Diccionario...*, *op. cit.*, pp. 86-91; Régis Debray, *La República...*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁷⁰ *Apud* Fernando Savater, *Diccionario...*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁷¹ *Convite à Filosofia*, 4ª ed., São Paulo, Ática, 1995, p. 433.

êle impera para que possam viver os que nem pensam nem sentem como êle, quer dizer, como os mais fortes, como a maioria ... é a suprema generosidade: é o direito que a maioria outorga à minoria e é, portanto, o mais nobre grito que soou no planêta. Proclama a decisão de conviver com o inimigo; mais ainda, com o inimigo débil. Era inverossímil que a espécie humana houvesse chegado a uma coisa tão bonita, tão paradoxal, tão elegante, tão acrobática...

Conviver com o inimigo! Governar com a oposição! Não começa a ser já incompreensível semelhante ternura?" (*sic*)¹⁷²

7. Metáforas, Prosopopéias e a Invisibilidade do Óbvio

Ninguém põe em dúvida a enorme relevância da linguagem para o homem e para o mundo, inclusive para o Direito. Quando São João inicia seu evangelho, registra, numa clara alusão ao Gênesis: "No princípio era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus" (Jo. 1, 1). O evangelista ilustra aí vigorosamente o poder da palavra, não só realçando a "força" e a "onipresença da linguagem", como assinala Gabriel Chalita¹⁷³, mas além, destacando que "... el Verbo pone en orden el caos...", que "... la regulación de las cosas sólo se realiza en y con la palabra", como adverte Raúl Carrancá y Rivas, jurista e filósofo do Direito mexicano¹⁷⁴.

Ao preparar-nos para empreender nossas considerações acerca da República e da Democracia, começamos por invocar metáforas confluentes como a do Conselheiro Acácio e seus truísmos (de Eça de Queirós) e principalmente a do óbvio ululante (de Nelson Rodrigues). No que diz respeito ao recurso a essas figuras de linguagem, façamos dois esclarecimentos. Primeiro, que cogitamos de metáfora no sentido amplo de "... uma comparação abreviada...", sem distinguir entre os diversos grupos de figuras de linguagem (Hélio de Seixas Guimarães e Ana Cecília Lessa¹⁷⁵). Segundo, que, descendo às especificidades, estaríamos, por exemplo, no caso do óbvio ululante, diante de uma figura de pensamento do tipo *Prosopopéia*, "... que consiste no emprestar vida aos seres inanimados, fictícios, ausentes ou mortos" (Sebastião Cherubim¹⁷⁶) ou "... em pensar seres inanimados ou irracionais como se eles fossem humanos (ou animais), atribuindo-lhes linguagem, sentimentos e ações típicos dos seres humanos (ou dos animais)" (adicionamos, entre parênteses) (Hélio de Seixas Guimarães e Ana Cecília Lessa¹⁷⁷). O "óbvio" é o ser inanimado ao qual se atribui vida, linguagem, ações, na prosopopéia em tela, mais especificamente, se atribui a capacidade de ulular ou uivar.

Sabemos que na linguagem estritamente científica, como a da Ciência do Direito, impera a *lógica clássica* (alética ou apofântica), enquanto na linguagem metafórica reina aquela que os especialistas em linguagem denominam de "*lógica da sensibilidade*" (Hélio de Seixas Guimarães e Ana Cecília Lessa¹⁷⁸). Lógica esta para

¹⁷² *A Rebelião...*, *op. cit.*, pp. 120-121.

¹⁷³ *A Sedução do Discurso: o Poder da Linguagem nos Tribunais do Juri*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 68.

¹⁷⁴ *El Derecho y la Palabra (Ius Semper Loquitur)*, México, Porrúa, 1998, p. 1.

¹⁷⁵ *Figuras de Linguagem: Teoria e Prática*, São Paulo, Atual, 1988, p. 9.

¹⁷⁶ *Dicionário de Figuras de Linguagem*, São Paulo, Pioneira, 1989, p. 55.

¹⁷⁷ *Figuras...*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 15.

a qual apelamos, ao invocar metáforas e prosopopéias, na tentativa de responder convenientemente ao que Fernando Savater chama de “La exigencia de avivar la imaginación adormecida...”¹⁷⁹, necessidade tão maior no âmbito jurídico quanto mais hermético e profundo é o sono que enclausura e mantém cativos os operadores do Direito, reconhecidamente dados e afeitos aos formalismos e academicismos, com frequência ociosos e vazios, precisamente do tipo dos do Conselheiro Acácio de Eça. Afinal, o dilema que nos apresenta Savater é radical e inquietante: “Imaginación o barbárie.”¹⁸⁰

Se no momento primeiro deste texto, considerando que *República e Democracia* são conceitos tão assiduamente versados pela doutrina publicista, cogitamos de talvez encará-los como óbvios, embora pondo em dúvida tal condição, não nos incomoda ao fim admitir, só para argumentar, essa obviedade; desde que não se lhe adjective de “ululante”, compondo a imagem rodriguiana completa. E isso porque, se no patamar exclusivamente da teoria pode-se tolerar a eventual conotação de evidência dessas noções, tal não se dá, com clareza resplandecente e fulgurante, no nível da prática, pois o modo pelo qual elas se concretizam na experiência dos Estados contemporâneos, especialmente na nossa particular, fica a incomensuráveis distâncias da elevada altitude de suas especulações abstratas. Afastamento teórico-prático que, num giro inverso, constitui, este sim, inevitável óbvio, a reclamar urgente acusação. Em outras palavras, mesmo que não sejam óbvios os conceitos, e muito menos ululantes, de *inegável obviedade, até mesmo ululante, é o desleixo na sua concretização*, a negligência na sua materialização, a escassez da sua execução, a ausência de sua realização.

Voltemos uma vez mais a Nelson Rodrigues, para atentar para o sonho curioso que ele descreve:

“Sonhei que Deus chegava perto de mim e perguntava: - ‘O que é que você fez na vida?’ Tratei de vasculhar todas as províncias do meu passado... E a verdade, a lamentável verdade, é que eu não encontrava, em toda a minha biografia, nada que surpreendesse o Altíssimo e merecesse o Seu espanto. Eis senão quando, de repente, baixa em mim uma luz genial. Alço a fronte e digo: - ‘*Eu promovi, eu consagrei o óbvio!*’ *Aí está o grande feito de toda a minha vida ... arranquei-o da obscuridade, da insignificância. Hoje, o óbvio tem trânsito em todas as áreas...*” (grifamos)¹⁸¹

Com efeito, *o apontar imaginativamente o óbvio pode verdadeiramente constituir a realização e a tarefa de toda uma vida*, como a do inspirado escritor, enchendo-a e preenchendo-a, recheando-a e saturando-a à mais completa integralidade, à mais acabada inteireza, à mais absoluta plenitude!

Por isso se trata de *missão superior*, assim explicitada pelo mesmo sublime cronista:

“Muitas vezes esbarramos, tropeçamos no óbvio. Pedimos desculpas e passamos adiante, sem desconfiar de que o óbvio é o óbvio. Só o profeta, com sua espantosa vidência, olha o óbvio e diz: - ‘Ali está o óbvio’... Toda a história humana ensina que *só os profetas enxergam o óbvio.*” (grifamos)¹⁸²

¹⁷⁹ *Despierta y lee*, 4ª ed., Madrid, Alfaguara, 1998, p. 78.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 75.

¹⁸¹ *Flor...*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁸² *Ibidem*, p. 120.

O *profeta*, a quem cabe descortinar e revelar imaginosa e o óbvio, é aquele que, numa evolução gradual do semanticamente pobre e indigente para o rico e opulento, significa: primeiro, “indivíduo que prediz o futuro” (Antônio Geraldo da Cunha¹⁸³); segundo, “... aquele que fala em nome de...” Deus ou da verdade (Hugo Schlesinger e Humberto Porto, e Carlos Mesters¹⁸⁴); terceiro e último, profetas são aqueles que “... criticam comportamentos e estruturas...” (Carlos Mesters¹⁸⁵), aqueles que exercem por inteiro “... o falar com soberania e coragem, dizer a verdade sem compromissos, anunciar e denunciar mesmo correndo riscos de ordem pessoal” (Leonardo Boff¹⁸⁶).

Profeta é aquele que, identificando e diagnosticando com imaginação os óbvios, tais como os conceitos mínimos essenciais de República e Democracia, e tais como o escandaloso intervalo que os afasta e aparta de sua prática no cotidiano da vida pública, aqui além de óbvio também ululante, assume consciente e conseqüente a *missão da denúncia*; no verbo magnífico de Friedrich Nietzsche, o comportamento do homem do amanhã, “... em contradição com o seu hoje...”, autêntico ponto de interrogação, titular de tarefa “... dura, indesejada, inescapável...”, mas sobretudo grande, na medida em que lhe cabe agir como “consciência do seu tempo”¹⁸⁷. No que tange à República e à Democracia, é a tarefa que Rui Barbosa e Geraldo Ataliba, ontem, e tantos outros, hoje, com superna estatura intelectual e dignidade jurídica de excelência, levaram e levam a cabo em seu tempo, lugar e circunstância.

E todo o desmedido impedimento que perturba e obsta o sucesso da missão profética de denúncia imaginativa do óbvio, todo o desmesurado óbice, todo o imenso embaraço, todo o colossal estorvo, reside simplesmente naquilo que o mesmo Nelson Rodrigues, noutra rasgo de genialidade filosófico-literária, precisamente classificou como *‘A Invisibilidade do Óbvio’*¹⁸⁸!

Curitiba, 29 de agosto de 2006.

Dia do martírio de São João Batista (século I), tido como o maior de todos os profetas, cuja palavra de fogo denunciou corajosamente os desmandos do Rei Herodes Antipas, *mesmo sob o espectro da morte, tramada por Herodíades e Salomé, em Maqueronte*¹⁸⁹.

¹⁸³ *Dicionário Etimológico...*, *op. cit.*, p. 637.

¹⁸⁴ Hugo Schlesinger e Humberto Porto, *As Religiões Ontem e Hoje*, São Paulo, Paulinas, 1982, p. 217; Carlos Mesters, *Deus, onde estás?*, 5ª ed., Belo Horizonte, Veja, 1976, p. 48.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 58.

¹⁸⁶ *E a Igreja se fez Povo - Eclesiogenese: a Igreja que nasce da Fé do Povo*, São Paulo, Círculo do Livro, 1986, p. 216.

¹⁸⁷ *Além do Bem...*, *op. cit.*, pp. 118-119.

¹⁸⁸ *À Sombra...*, *op. cit.*, pp. 135-136.

¹⁸⁹ Mario Sgarbossa, *Os Santos e os Beatos da Igreja do Ocidente e do Oriente*, trad. Armando Braio Ara, São Paulo, Paulinas, 2003, p. 489; Mario Sgarbossa e Luigi Giovannini, *Um Santo para cada Dia*, 11ª ed., trad. Onofre Ribeiro, São Paulo, Paulus, 1983, pp. 257-258; David Hugh Farmer, *Dictionary of Saints*, 5ª ed., New York, Oxford University, 2004, pp. 277-278; Jacopo de Varazze, *Legenda Aurea: Vidas de Santos*, trad. Hilário Franco Júnior, São Paulo, Companhia das Letras, 2003, pp. 725-733; Vera Schaubert e Hanns Michael Schindler, *Diccionario Ilustrado de los Santos*, trad. Luis Miralles de Imperial, Barcelona, Grijalbo Mondadori, 2001, pp. 357-360.