SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO — EXPLORAÇÃO, COMÉRCIO E TRANSPORTE DO MINÉRIO DE FERRO — COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO — PODER REGULAMENTAR — IGUALDADE PERANTE A LEI

— O fato de o Estado participar do capital e da administração das sociedades mistas não altera a sua estrutura jurídica, nem as transpõe do plano da economia e do direito privados para o plano da economia pública e do direito público.

— A intervenção do Estado no domínio econômico, autorizada no art. 146 *da Constituição, há de ser, necessàriamente, não só excepcional como limitada, o que exclui a generalidade, a indiscriminação e a ausência de condições à intervenção.*

— A regulamentação do comércio, como a de tôda atividade, pressupõe o poder de intervir na esfera da liberdade e dos direitos individuais.

— Na competência exclusiva ou privativa do Poder Legislativo Federal não se inclui apenas o poder de regular o comércio em geral, mas também o comércio interior de cada Estado.

— O comércio não é mais do que um dos modos de usar ou de dispor da propriedade; sòmente ao poder competente para regular o exercício dos direitos de liberdade e de propriedade cabe regular o comércio.

— O poder regulamentar da Administração só se exercerá, seja qual fôr a matéria, no pressuposto de uma lei existente, sôbre a base desta lei e tão-sòmente para lhe dar execução.

— Na ausência de uma lei que o haja regulado, o Poder Executivo não poderá regulamentar qualquer comércio.

— O postulado da igualdade perante a lei não se destina a reger apenas os denominados direitos da personalidade, mas todos os direitos, o das pessoas, o das coisas e o das obrigações.

— Interpretação dos arts. 87, 141, §§ 1.º *e* 2.º, *e* 146 *da Constituição.*

PARECER

I

O Sr. Ministro das Minas e Energia apresentou ao Conselho de Ministros um projeto de decreto executivo com o propósito de regular a exploração e o comércio do minério de ferro.

O art. 5º do projeto dispõe: "No transporte de minérios de ferro, será obede-

cida em tôdas as ferrovias do país a seguinte ordem de prioridade:

I — O minério da Companhia Vale do Rio Doce ou de emprêsa ou produtor que a ela se associe na exportação;

II — O minério destinado ao consumo das usinas já instaladas ou que se instalem no país;

III — O minério de ferro das usinas siderúrgicas nacionais, dando-se preferência às sediadas no interior do país, cuja exportação se destine a obter divisas para a compra de carvão mineral, de material para ampliações etc.;

IV — O minério de ferro dos produtores que se hajam comprometido, válida e efetivamente, a investir parte substancial de seus lucros em empreendimentos industriais no país, preferentemente relacionados com a siderurgia e a metalurgia;

V — O minério de ferro pertencente a pequenos produtores associados em cooperativa ou em sociedade de economia mista;

VI — O transporte de minério de ferro dos demais exploradores."

O parágrafo único do art. 1º do projeto prescreve que "A Companhia Vale do Rio Doce pode ter concessões para lavra de minério de ferro sem limitação de quantidade".

A exposição de motivos que procura justificar o projeto de decreto executivo confessa de modo expresso, que, por êle, a União "discriminará a produção e a exportação de minério de ferro, dando-se a preeminência a um órgão estatal, veículo natural da vontade do Estado na execução de sua política ferrífera — — a Companhia Vale do Rio Doce."

Assim, o próprio autor do projeto manifesta que a finalidade é a de operar uma discriminação entre os produtores e exportadores de minério de ferro, mediante o privilégio, a preferência ou a prioridade, quanto ao transporte, estabelecendo uma flagrante desigualdade entre a Companhia Vale do Rio Doce e os demais exportadores daquele minério.

É verdade que, com o intuito de justificar o privilégio em questão, o autor da exposição de motivos qualifica de "órgão estatal" a Companhia Vale do Rio Doce.

Ora, esta companhia é uma sociedade de economia mista, considerada em tôdas as legislações, inclusive a brasileira, como entidade de direito privado, cujas operações se desenvolvem no quadro jurídico que abrange a instituição e o funcionamento das demais sociedades de capital constituídas por pessoas de direito privado. O fato de o Estado participar do capital e da administração das sociedades mistas não altera a sua estrutura jurídica, nem as transpõe do plano da economia e do direito privados para o plano da economia pública e do direito público.

O Estado, associando-se a particulares para a exploração de uma indústria, abdica, por sua própria conveniência, das regalias e privilégios que lhe são inerentes, igualando-se às pessoas privadas no que toca ao regime jurídico a que estará sujeita a sua atividade no domínio industrial e comercial. O comércio e a indústria, com efeito, não foram adjudicados ao Estado como prerrogativa que lhe seja própria, exclusiva ou privilegiada. No domínio do comércio e da indústria o Estado não exerce, a não ser que monopolize certos dos seus ramos ou especialidades, quando a Constituição o permite, prerrogativas de poder público. O comércio e a indústria pertencem ao domínio comum ou geral, indiscriminadamente aberto a tôdas as pessoas, e, como não existe proibição ao Estado de operar nesse domínio, as pessoas de direito público poderão, uma vez autorizadas em lei, participar, em igualdade de condições com as demais pessoas, de qualquer atividade industrial ou comercial.

Uma vez, porém, que o Estado se resolve a ser industrial ou comerciante,

êle, por isto mesmo, se coloca em pé de igualdade com os particulares, não lhe valendo invocar a sua qualidade ou os podêres que constituem o seu apanágio exclusivo em outro domínio, para se criar no domínio econômico uma situação singular, prioritária ou privilegiada.

Ao resolver-se a participar da atividade industrial ou comercial, o Estado abandona o regime que lhe é peculiar quando opera na sua qualidade de poder público, para ingressar, como comerciante ou industrial, no quadro jurídico geral ou comum da igualdade de direitos e obrigações com os particulares, que já encontra exercendo a mesma atividade. O quadro jurídico dentro no qual se exerce o comércio ou a indústria é o da concorrência, que pressupõe, necessàriamente, a igualdade de tratamento a ser dispensada a todos os que militam em iniciativas gerais ou comuns a todos, ou que não se compreendem na reserva estabelecida em benefício do Estado e na qual se incluem tão-sòmente as faculdades inerentes ao poder público, os privilégios ou as regalias, que lhe asseguram a dominação da sua vontade sôbre as vontades individuais, e isto tão-sòmente nos limites em que a Constituição permite regular, restringir ou condicionar o gôzo ou o exercício dos direitos individuais.

Ora, foi o próprio Estado que, ao decidir o seu ingresso no domínio da indústria e do comércio, manifestou, de modo claro e inequívoco, que não o fazia revestido das insígnias ou parafernálias inerentes ao poder público, mas colocando-se no mesmo plano dos particulares, mediante um instrumento jurídico cujo uso está franqueado indistintamente a todos — a sociedade anônima, que por ser dotada de personalidade própria não se confunde com a personificação do poder público, que é a forma jurídica, revestida pelo Estado quando adstrito ao domínio que lhe é próprio, reservado ou exclusivo — o domínio da *autoritas*, da legislação, da administração e da jurisdição, que pelo fato de só a êle serem adjudicadas não poderão ser transpostas para a esfera em que a sua intromissão implicaria, necessàriamente, em ilegítimas restrições ao regime de liberdade e de igualdade que caracteriza a órbita que não sendo a êle adjudicada se acha, por isto mesmo, aberta ou franqueada a todos, dentro do quadro, por êle próprio policiado, do regime de concorrência ou de competição.

Havendo, assim, o próprio Estado, usando da faculdade, que lhe não é vedada, de ingressar na concorrência industrial ou comercial, êle o fêz de modo indireto, ou mediante um instrumento jurídico, de uso comum ou geral, manifestando, dêste modo, que não reclamava para si o gôzo no domínio econômico dos privilégios que lhe foram atribuídos na sua capacidade de soberano ou com o fim de se lhe assegurar na órbita que lhe é específica, ou insusceptível de ser compartilhada, a preeminência indispensável à imposição da sua vontade, desde que circunscrita às limitações constitucionais, à vontade das demais pessoas sujeitas à sua jurisdição.

Para isto, o Estado, com o fim de tornar fora de dúvida que o fazia despindo-se dos seus privilégios específicos e exclusivos, êle próprio tomou a iniciativa de associar-se a pessoas de direito privado para com elas, e no mesmo plano em que juridicamente se acham colocadas, participar dos benefícios resultantes dos empreendimentos privados, cujas notórias vantagens sôbre os empreendimentos públicos não deixariam de haver pesado na sua deliberação de optar pelo regime comum, ao invés de adotar o regime exorbitante do monopólio estatal.

Assim foram criadas as sociedades mistas, cujo regime não exorbita do direito comum.

Ora, o próprio Estado, seja pela sua legislação, seja pela sua jurisprudência, considera as sociedades mistas como de direito privado. Não o podem ser, porém, de modo parcial, ou apenas no que toca às vantagens que proporciona

a modalidade jurídica que revestem as emprêsas de caráter privado. Se tais sociedades pertencem ao quadro do direito privado, hão de aceitar tôdas as conseqüências que decorrem dêsse enquadramento. Parece, porém, que os homens de govêrno pretendem distinguir entre os ônus e as vantagens, aceitando estas e repudiando aquêles. Pela aplicação de um critério seletivo de caráter absolutamente arbitrário, as sociedades mistas passariam a ser de direito público quando isto lhes criasse condições preferenciais, prioritárias ou privilegiadas, e de direito privado, quando do seu caráter público resultassem efeitos onerosos, como p. ex., a atribuição aos seus empregados dos benefícios e regalias assegurados aos funcionários do Estado.

Pretendendo, pelo fato de nela se acharem envolvidos capitais do Estado, ao gôzo de um estatuto singular, que as subtraia às condições da concorrência igualitária, e ao mesmo tempo, por nelas não figurar o Estado por fôrça de qualquer dos atributos a êle reservados de modo exclusivo, as sociedades mistas passariam a ser bifrontes, ora exibindo, para avantajar-se sôbre as demais, a máscara do Estado na sua condição de soberno, ora encolhendo-se na modesta concha do direito privado para fugir às responsabilidades e aos ônus que sôbre elas pesariam se vindicassem em todos os domínios a figura estatal, de que um dos sócios se despiu para descer à arena, destituída de privilégios e regalias, por ser a órbita franqueada indiscriminadamente, e, portanto, em condições de igualdade, a todos quantos se deixam seduzir pelos benefícios da liberdade e da competição.

Se o Estado pretende, efetivamente, dominar um determinado setor econômico, como p. ex., a exploração e o comércio dos minérios de ferro, não será pela via ou por intermédio das sociedades mistas que poderá fazê-lo. O único caminho que a Constituição lhe abre à política monopolística, esboçada na exposição de motivos e no projeto de regulamento de autoria do Sr. Ministro das Minas e Energia, é o indicado no art. 146:

"A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interêsse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição."

Êste dispositivo constitucional reclama uma glosa em que fique esclarecido o seu conteúdo, a que se tem, injustificadamente, atribuído uma compreensão de tal latitude que, se aceita, resultaria em anular todo o sistema da Constituição.

Se, com efeito, se admite que o art. 146 autoriza uma intervenção geral e indiscriminada no domínio econômico mediante o exercício do arbítrio legislativo, então o que se seguiria é que a Constituição, ao invés de sobrepor à lei, teria submetido todo o campo da liberdade e dos direitos individuais à tolerância ou à complacência do Poder Legislativo, armado como estaria êste dos podêres necessários a total conversão da economia, até então regida pelo princípio da concorrência, em um domínio reservado, de modo exclusivo, à iniciativa e à administração do Estado.

De maneira que a própria Constituição, em um dos seus artigos, teria admitido a possibilidade de que o legislador anulasse tôdas as disposições constitucionais em que se asseguram aos indivíduos as garantias relativas à propriedade e à liberdade.

O artigo em questão não pode comportar uma inteligência que, pela sua ilimitada latitude, implica em subordinar a Constituição à lei, quando esta é que se acha subordinada a ela, e só se pode mover dentro das coordenadas do sistema constitucional.

A interpretação do texto constitucional é, tem de ser e deve ser, uma interpretação sistemática, ou em função da estrutura lógica e ideológica da Constituição.

Condenada, portanto, há de ser qualquer inteligência de um dos artigos da Constituição, se de tal inteligência resulta, necessàriamente, a relação de contrariedade entre o artigo interpretado e a estrutura do sistema constitucional.

Se se entende, com efeito, o art. 146 como autorização geral e indiscriminada para a intervenção do Estado no domínio econômico, todo o título V, em que se regula a ordem econômica e social, assim como o capítulo em que a Constituição assegura garantias aos direitos individuais, perderiam a razão de haverem sido contemplados no texto constitucional. Os dispositivos dêles constantes só continuariam a vigorar enquanto o Poder Legislativo o permitisse. Se êste tem, com efeito, o poder ilimitado de intervir no domínio econômico, fora dos casos em que é expressamente admitido a intervir, como quando se torna necessário tornar efetivos "os princípios de justiça social" ou a "conciliação entre a liberdade de iniciativa individual com a valorização do trabalho humano" (art. 145), estaria devassado à mais plena discrição do poder legislativo todo o imenso domínio da atividade econômica e social, assim a liberdade de iniciativa no campo econômico, como os demais direitos individuais, entre êles o de associação para fins interessados ou lucrativos, ou para fins de beneficência ou de cultura. A Constituição teria dissimulado no art. 146 um alçapão que o Poder Legislativo poderia escancarar, quando lhe parecesse oportuno ou conveniente, para tragar no parêntese aberto no próprio texto da Constituição o que esta aparentasse de autênticamente constitucional.

A intervenção que o art. 146 autoriza há de ser, necessàriamente, não só excepcional como limitada, o que exclui a generalidade, a indiscriminação e a ausência de condições à intervenção.

Por isto mesmo é que o art. 146 só admite intervenção por lei especial e, portanto, específica ou limitada quanto ao seu objeto. Além de exigir o mencionado artigo que a intervenção se faça por lei especial, exige, ainda, que a intervenção tenha por limite os direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Quando, portanto, o art. 146 se refere à intervenção por lei especial, não poderia ter em mente conferir ao legislador a faculdade geral ou indeterminada de intervir no domínio econômico. E o que esclarece, de modo inequívoco, o último período do dispositivo constitucional: *"A intervenção terá por base o interêsse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição"*. Ora, como conciliar uma faculdade plenária, indiscriminada ou geral de intervenção no domínio econômico com a ressalva que se faz, logo em seguida, do respeito aos direitos fundamentais, ou, precisamente dos direitos em cujo quadro se localiza a ordem econômica, que o art. 145 declara ser o da livre iniciativa individual, respeitados os princípios da justiça social e reconhecido o valor de trabalho humano na criação e na distribuição das riquezas? O Estado que se reserva o direito de intervir indiscriminadamente ou de modo geral no domínio econômico e social, não pode simultâneamente assegurar aos indivíduos as liberdades ou os direitos fundamentais que a nossa Constituição lhes assegura. Como, portanto, intervir e ao mesmo tempo assegurar contra os inevitáveis efeitos da intervenção?

A única inteligência do art. 146, compatível com o sistema da Constituição, é de que o seu intuito, como, aliás, resulta do seu contexto, e, de modo expresso, do modificativo *"mediante lei especial"*, foi o de contemplar apenas o caso singular ou a situação específica de se investir o Estado do monopólio da atividade econômica até então compreendida na esfera da iniciativa individual. O artigo quis dizer singelamente que "a União poderá, se assim o exigir o interêsse público, monopolizar determinada indústria ou atividade. Ora, não há nisto nenhuma novidade. Não

é coisa diferente da faculdade que a própria Constituição assegura ao Estado de expropriar coisa ou valor para fins de utilidade pública ou de interêsse social. Sempre se admitiu que a indústria, a atividade ou a propriedade sôbre a qual vem a incidir o interêsse público, deixa de ser indústria, atividade ou propriedade reservada ao exercício, ao uso ou à disposição do indivíduo. Há certas atividades, indústrias ou propriedades sôbre as quais até certo momento não incidia o interêsse público. Pode acontecer, porém, que por fôrça das circunstâncias, particularmente em uma fase dinâmica e progressiva da economia, o que era até então de interêsse predominantemente privado venha a tornar-se de interêsse público. Neste caso, o Estado expropria a propriedade ou monopoliza a indústria a fim de que uma ou outra seja usada ou explorada no interêsse da comunidade e mediante os processos usuais de que o Estado se utiliza para a administração e a proteção do patrimônio público. Ou, como o grande Juiz Oliver Holmes, em Block *v.* Hirsch, exprimiu em um período de concisão compacta e epigramática: *"circunstances may so change in time or so differ in space as to clothe with such an interest (public) what at other times or in other places would be a matter of purely private concern"* (*American Law Report*, vol. 16, pág. 169).

A conjunção *e* que liga os dois membros da primeira frase do art. 146 — "a União poderá intervir e monopolizar etc." — está exercendo as funções da preposição *para*, como na frase — *"pode entrar e chamá-lo"* — o que não é mais nem menos do que — *entrar para chamá-lo*. A expressão "poderá intervir no domínio econômico" exerce apenas a função de arredondar a frase e conferir a uma idéia de conteúdo limitado e específico a aparência de generalidade, incondicionalidade e ilimitação que não condiz com o caráter restrito com que o próprio artigo especifica e circunscreve o seu campo de aplicação ou de incidência.

Acresce, ainda, que só no caso de intervir para monopolizar uma indústria que já venha sendo exercida ou explorada por obra da iniciativa individual é que a intervenção poderia fazer-se com a ressalva de direito fundamental, como seria, à semelhança da hipótese de desapropriação, a indenização ao indivíduo privado dos bens, instrumentos ou rendas de sua indústria.

II

O projeto de decreto submetido pelo Sr. Ministro de Minas e Energia à consideração do Conselho de Ministros, consubstancia várias medidas destinadas a gravar a exploração e o comércio de minério de ferro, até então sujeitos, por fôrça de dispositivo constitucional, apenas à autorização de pesquisa e lavra, a várias restrições, mediante a outorga de prioridades sucessivas, tendentes, como resulta dos têrmos do projeto e da respectiva exposição de motivos, a consolidar na Companhia Vale do Rio Doce o monopólio da exploração do minério de ferro e do seu comércio interno e internacional.

O projeto não institui claramente o monopólio da exploração de jazidas de ferro e o comércio do respectivo minério em benefício da "Vale do Rio Doce"; mas, com o lhe dar prioridade, sôbre os demais mineradores, para o transporte do seu minério, o projeto estabelece tais condições para o comércio do minério por parte dos demais mineradores que, finalmente, ficará nas mãos da beneficiária da prioridade privilegiada a faculdade de absorver tôda a capacidade de transporte para o minério de sua produção, tanto mais que o projeto, no parágrafo único do art. 1º dispõe que "A Companhia Vale do Rio Doce pode ter concessões para lavra de minério de ferro sem limitação de quantidade."

No fundo, do sistema de prioridades para o transporte e, portanto, para o comércio do minério de ferro, resultará — dada a notória limitação da nossa capacidade de transporte — em favor da Companhia Vale do Rio Doce a monopolização dos meios ou instrumentos indispensáveis ao comércio do minério

de ferro por outras pessoas que já tenham obtido a respectiva autorização para a lavra de jazidas de ferro.

Em todo o caso, a prioridade para o transporte envolve uma evidente restrição à liberdade de comércio, pois o transporte é uma instrumentalidade indispensável ao comércio, que é tráfico ou intercurso, pressupondo, assim, a mobilização ou a transferência de mercadorias de um lugar para outro, de Estado para Estado, no comércio interestadual, e de um país para outro, no comércio internacional. Ou nas expressões de Willoughby: *"Transportation is issential to commerce, or rather is commerce itself* (*On Constitution,* vol. II, pág. 631).

Ora, o regime constitucional do comércio, assim do comércio interno, como do comércio internacional é o regime de liberdade, ressalvadas tão-sòmente as condições que a lei venha a estabelecer. As mesmas condições legais que venham a ser instituídas ao comércio interno ou ao comércio internacional estão sob a regência do princípio constitucional da igualdade perante a lei. Esta, ao regular o comércio não poderá discriminar entre as pessoas. Se as condições são necessárias ou impostas pelo interêsse público, não podem ser discriminatórias, ou a lei não poderá privilegiar determinadas pessoas envolvidas no comércio mediante prioridades, vantagens, regalias ou favores, em detrimento das demais pessoas a que a Constituição assegura o direito à igualdade de tratamento quanto ao exercício da mesma profissão ou atividade.

Ora, o que a lei não pode fazer, isto é, criar restrições ao comércio mediante prioridades ou preferências que favoreçam determinadas pessoas, criandolhes no comércio uma situação privilegiada, e, portanto, *à la longue,* excluindo do mesmo comércio as demais pessoas, o Sr. Ministro das Minas e Energia pretende fazê-lo mediante um simples decreto executivo.

Poderá o Govêrno, por via de decreto executivo, estabelecer para o comércio do minério de ferro as condições constantes do projeto que o Sr. Ministro das Minas e Energia submeteu à consideração do Conselho de Ministros?

III

A contestação a essa pergunta só poderá ser negativa. E assim é por vários fundamentos.

I — O art. 5º, XV, da Constituição federal dispõe que à União cabe *legislar* sôbre:

c) produção e consumo;

i) regime dos portos e navegação de cabotagem;

k) comércio exterior e interestadual.

Assim, é fora de dúvida a competência exclusiva do Poder Legislativo para regular o comércio interestadual e exterior. Nenhum poder o poderá fazer em seu lugar. No poder de regular é inerente o poder de restringir, condicionar, limitar ou circunscrever. A regulamentação do comércio, como a de tôda atividade, pressupõe o poder de intervir na esfera da liberdade e dos direitos individuais. O postulado subjacente à declaração dos direitos individuais e das suas garantias é o de que tôda a atividade é em princípio livre sob a única reserva das condições postas por lei ao seu exercício.

Ora, como se reconhece na própria exposição de motivos e resulta dos têrmos do projeto de decreto, o Sr. Ministro das Minas e Energia propõe ao Conselho de Ministros que êste, ou o Sr. Presidente da República, por ato executivo, regulamente o transporte, o comércio interior e o comércio internacional ou a exportação do minério de ferro.

É evidente, porque expresso na Constituição, que só privativamente ao Poder Legislativo caberá regular o comércio interestadual e o comércio externo.

Aliás, era escusada a disposição quanto ao comércio interestadual e ao de exportação. A cláusula constitucional

relativa a êste ponto vem sendo repetida em tôdas as nossas Constituições por fôrça da influência que exerceu na estruturação do nosso sistema constitucional a Constituição dos Estados Unidos. Neste país, porém, era indeclinável que a Constituição dispusesse expressamente sôbre a competência da União para regular o comércio interestadual e externo, pois ali a Federação havia resultado da união de Estados que antes eram apenas confederados, cada um, portanto, dispondo do poder de regular o seu comércio com os demais Estados da Confederação ou com os demais países do mundo. Além disto, ficou reservado aos Estados que compõem a federação norte-americana a competência de legislar sôbre o seu próprio comércio interno, para o que dispõem dos podêres necessários, pois, aos Estados cabe legislar, com poucas exceções, sôbre o direito civil, comercial e penal.

Entre nós, porém, outras são as circunstâncias. Os Estados da Federação brasileira não dispõem de nenhum dos podêres necessários à regulamentação não só do comércio interestadual e externo, como de todo e qualquer comércio, mesmo o confinado no espaço territorial reservado à jurisdição de cada um.

Ao Poder Legislativo da União caberia, portanto, ainda que a Constituição silenciasse sôbre êste ponto, a competência para regular o comércio interestadual e externo, pois o comércio externo é, por definição, comércio entre nações, e o comércio interestadual é, igualmente, por definição, comércio nacional. O que é nacional, por definição, caráter e natureza, está, por isto mesmo, ou de modo implícito, subtraído ao poder dos Estados. A autoridade dêstes é de ordem puramente local e se circunscreve apenas ao govêrno ou à administração dos seus interêsses peculiares.

Ora, tanto o comércio exterior quanto o interestadual transbordam dos lindes territoriais dos Estados: ambos constituem um *continuum* que, começando no território de um Estado, flui sôbre as suas fronteiras, incluindo no seu processo pessoas, atos e instrumentos que, por estarem envolvidos em corrente comercial, insusceptível de ser fragmentada ou segmentada em fases distintas, se encontram sujeitos a um só regime jurídico, cuja unidade resulta da unidade econômica do comércio interestadual ou do comércio externo.

Como, evidentemente, os Estados não podem exercer autoridade uns sôbre os outros, ou governar o que lhes não é peculiar, mas comum a todos, segue-se que, ainda não expressamente outorgado à União, nesta haveria, inevitàvelmente, de incidir o poder de regular o comércio interestadual e externo.

Não o poderá, porém, regular a não ser por ato autêntica ou formalmente legislativo.

Na competência exclusiva ou privativa do Poder Legislativo federal não se inclui apenas o poder de regular o comércio interestadual, mas o comércio em geral, todo e qualquer comércio e, portanto, ainda o comércio interior a cada Estado.

A autoridade para regular o comércio pressupõe, necessàriamente, o poder de regular as relações jurídicas que se originam do comércio, o de definir ou determinar a capacidade das pessoas, assim como as condições de exercício dessa capacidade. Demais, o poder de regular implica, como elemento necessário da sua definição, o poder de restringir. A idéia de restrição é congênita à de regulamentação. Quem regula, restringe, ainda que a restrição consista tão-sòmente na operação de definir ou circunscrever a matéria que se pretende regular. O poder de regular incide, pois, de maneira precisa e inevitável, sôbre o domínio da liberdade individual. O poder de regular tem por objeto direto e necessário a liberdade individual, e do seu exercício resulta, necessàriamente, a limitação do campo reservado à iniciativa ou à liberdade do

indivíduo. A que autoridade, então, há de tocar a competência para intervir na esfera das liberdades, para condicionar ou restringir o seu exercício? A autoridade em questão só poderá ser o Poder Legislativo da União.

Isto resulta, claramente, da Constituição que, quando admite o condicionamento do exercício de uma das liberdades nela asseguradas, declara expressamente que o seu exercício ficará condicionado aos têrmos da lei, ou se fará na forma prescrita em lei.

Assim dispõem, com efeito, o art. 142 e o art. 141, §§ 10, 14, 15, 19, 20 e 32, da Constituição federal.

II — Por sua vez, a Constituição dispõe, art. 5º, XV, letra *a*, que é da natureza legislativa a competência para editar normas de direito civil e comercial. Ora, sem o poder de editar normas de direito civil e comercial e o de restringir, de maneira mais ou menos profunda, a esfera da iniciativa ou da liberdade individual, a nenhum ramo do govêrno, a não ser o legislativo que tem, como se verá mais adiante, o monopólio da legislação, seria dado regular o comércio, não só o interestadual e o externo, como o comércio interior a cada Estado.

Acresce, ainda, que a Constituição assegura ou garante o direito de propriedade. E entra pelos olhos adentro que ao Poder Executivo não pode competir regular o exercício do direito de propriedade que, todo êle, se acha incluído na competência do Poder Legislativo da União. Ora, não há faculdades mais visceralmente ligadas ao comércio do que as relativas à liberdade e à propriedade. O comércio não é mais do que um dos modos de usar ou de dispor da propriedade.

Nada mais óbvio, portanto, de que sòmente ao poder competente para regular o exercício dos direitos de liberdade e de propriedade cabe regular o comércio.

III — A Constituição prescreve, ainda (art. 5º, XV, *c*, *i*, *j*), que é de competência *legislativa* da União regular:

c) a produção e o consumo;

i) regime de portos;

j) tráfego interestadual.

Desde que ao poder legislativo cabe regular o comércio interestadual e externo, há de lhe caber, necessàriamente, o poder de regular o transporte por meio do qual se exerce êsse comércio. Não só, porém, o transporte, considerado na sua fase dinâmica, mas, por igual, as estações em que se origina e desemboca a corrente do comércio interestadual e externo. Se ao poder legislativo não coubesse a faculdade de regular os postos iniciais e finais daquele comércio, não o poderia, òbviamente, regular. O comércio pressupõe o transporte e se ao Poder Executivo coubesse a competência de regular o transporte, nêle incidiria, de modo pleno e latitudinário, a competência para regular o comércio. O transporte não só é um instrumento sem o qual não poderá haver comércio, como é, em si mesmo, comércio.

Quem se proponha regular o transporte, estará, *ipso facto*, ou pelo fato mesmo de regular o transporte, regulando o comércio. É, aliás, o que reconhece o autor do projeto de ato executivo destinado a regular o transporte de minério de ferro, quando confessa, de modo declarado, na exposição de motivos que, ao regular o transporte, o que objetiva é, precisamente, regular o comércio, e de modo particular, o comércio de exportação de minério de ferro. O projeto se identifica, pois, de modo aberto e declarado, como uma tentativa de usurpação por parte do Poder Executivo de um poder ou de uma investidura imputada, expressamente, à competência do Poder Legislativo.

A letra *c* do art. 5º, XV, da Constituição estabelece, de modo formal, que ao Poder Legislativo cabe regular a

produção e o consumo. Ora, a produção e o consumo são estações obrigatórias do comércio, ou êste, pressupõe, como têrmos necessários, a produção e o consumo, assim como a fase intermediária entre aquela e êste, ou seja o transporte das mercadorias. Não se pode regular a produção e o consumo sem que se regule o elo intermediário, ou o instrumento de ligação entre as duas fases em que se decompõe o processo integral, ou uno e indivisível, da economia mercantil.

Já está, portanto, a esta altura, isenta de qualquer dúvida a asserção de que ao Poder Executivo não cabe, por iniciativa própria, inicial ou autônoma, regular o comércio dos minérios de ferro, ainda que o regule tão-sòmente quanto ao transporte, pois, como se viu, o transporte já é em si mesmo comércio, e ainda que o não fôsse, constitui uma instrumentalidade essencial ao comércio, ou sem a qual não é possível o comércio e, assim, ainda que só a êle regule, o que o Poder Executivo estaria regulando, como resulta da própria exposição de motivos, seria o comércio, todo o comércio, o comércio na sua expressão usual e necessária, a corrente comercial na sua origem, no seu curso e na sua fase terminal.

O que o projeto tem por finalidade é, portanto, e por interpretação autêntica, propondo-se regular o transporte dos minérios de ferro, regular, de maneira embora indireta, obliqua ou reflexa, o comércio dêsses minérios, não só o comércio interior a cada Estado, mas o seu comércio interestadual e, de modo particular, o seu comércio externo.

O fato, porém, já sobejamente evidenciado, e cuja manifesta obviedade ainda resultará exposta à luz de outras considerações de ordem constitucional, é que falece ao Poder Executivo a necessária competência para tomar a iniciativa de regulamentar qualquer matéria, a não ser que esta já tenha sido regulada, em ato de natureza autêntica ou formalmente legislativa, pelo único poder a que a Constituição imputou a capacidade para editar normas, preceitos ou disposições jurídicas, limitada, como o é, de modo expresso, a função do Poder Executivo à execução das leis, só podendo editar os regulamentos necessários à sua execução. O poder regulamentar só se exerce sôbre a base da lei e para a sua execução, ou só poderá exercer-se *intra legem* e *secundum legem*. O Poder Executivo não tem a competência inicial ou autônoma de editar ou expedir regulamentos. O que provoca o exercício do poder regulamentar é a lei e tão-sòmente a lei. Se determinada matéria não é regulada em lei, o Poder Executivo não a poderá regular. O poder regulamentar não é uma forma de regular a matéria, mas simplesmente uma forma de regular a execução da lei ou das leis que hajam sido editadas sôbre a matéria.

É o que veremos em seguida.

IV

I — No nosso regime constitucional domina, quanto à Administração, o princípio da legalidade, assim como, quanto à Legislação, o princípio da constitucionalidade. O que, de modo mais aparente, situa a Administração no quadro da ordem jurídica, relativamente ao pôsto que nêle ocupa a legislação, é a distância em que uma e outra se encontram com referência à Constituição: os atos legislativos são imputados diretamente à Constituição, ao passo que os atos administrativos devem sem imputados à lei.

O pressuposto imediato da lei é a Constituição; o do ato administrativo, seja de caráter geral ou individual, é a lei. Em relação à atividade administrativa a lei é condicionante. Condicionada à lei, a Administração só poderá exercer-se sôbre a base da lei *intra legem* ou *secundum legem*. A atividade da Administração não é de caráter perceptivo, isto é, não está na sua competência editar regras de direito, nem criando um direito que não se encontre forma-

lizado na lei, nem modificando a ordem jurídica geral, seja atribuindo ao indivíduo faculdades ou obrigações que lhe não sejam imputados em lei, nem alterando, condicionando ou restringindo as faculdades em cujo gôzo os indivíduos se encontrem por fôrça da declaração constitucional dos direitos individuais.

A Administração não pode, a não ser para a execução da lei, regular o exercício das liberdades, que serão exercidas nos têrmos ou na forma de lei e não na forma ou nos têrmos que a Administração lhes queira ditar. A Administração não pode dirigir ordens, injunções ou mandados, a não ser os constantes da lei que lhe incumbe executar.

Aliás, quanto a êste ponto, a nossa Constituição é expressa. O § 2º do art. 141, em que vêm declarados os direitos individuais, prescreve, de modo enfático, que "Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

A declaração é incisiva e categórica. Não admitindo à Administração a faculdade de expedir ordens e injunções, a não ser as autorizadas em lei, a Constituição submete, assim, em tôda a sua latitude, a atividade administrativa ao domínio da lei, ou à condição da lei.

Ora, a atividade administrativa só poderá exercer-se mediante ordens e injunções, consistam estas em obrigação de fazer ou de não fazer. Não lhe reconhecendo a faculdade de editar ou de intimar ordens ou injunções, que ela reserva exclusivamente à lei, a Constituição, por isto mesmo, situa tôda a Administração no quadro da lei, ou condiciona a atividade administrativa à preexistência de uma ou de várias leis, cujas ordens e injunções lhe cumpre executar. A Administração só poderá agir, portanto, na base da lei, sob reserva da lei e mediante as condições estabelecidas em lei.

Ela não dispõe da faculdade inicial, originária ou autônoma, ou que, para se exercer, dependa tão-só ou de modo exclusivo da sua decisão.

Assim como não pode editar norma jurídica, mesmo as *interna corporis* ou que se destinam a produzir efeitos apenas na órbita da sua própria organização, não poderá, igualmente, modificar as normas existentes, ainda que, neste terreno, se limite a regular o exercício de faculdades jurídicas, que, se a lei as atribui de modo incondicional, não poderão ser, de modo particular ou geral, condicionadas por ato administrativo de natureza genérica ou individual. A reserva ou a condição da lei não se refere, portanto, apenas às leis editadas.

O fato de não haver sido editada qualquer lei sôbre determinada matéria não autoriza a Administração a exercer em relação a ela o denominado poder regulamentar. A ela não cabe exercer função supletiva da legislação. De que a lei não dispõe, condicionando ou restringindo o exercício de qualquer faculdade ou direito individual, o que se segue não é que a Administração adquire a liberdade de prescrever condições ao seu exercício, mas que a faculdade ou o direito se exercerá em tôda a sua plenitude ou de modo incondicional.

Êste, o quadro da Administração, quando, como entre nós, ela se rege ou deve reger-se pelo princípio da legalidade. A Administração não poderá agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas tão-sòmente *intra* ou *secundum legem*.

II — Uma vez que, como resulta do nosso sistema de govêrno, como, aliás, de todo sistema de govêrno constitucional, em que a Constituição reserva um espaço, privilegiado por garantias constitucionais, à iniciativa, à liberdade e aos demais direitos individuais, o conceito de Administração não pode deixar de ser o de uma atividade vinculada à lei, ou que se desenvolve sôbre a base e nos limites da lei, cumpria, necessàriamente, caracterizar o que se deve considerar como lei ou estabelecer as condições mediante as quais se considera como lei um ato do govêrno.

Duas concepções da lei se defrontam no direito constitucional: a lei em sentido material e a lei em sentido formal.

Comentando a Constituição Imperial da Alemanha, de 1871, a maioria dos constitucionalistas alemães se inclinou, na conformidade da opinião de Laband, manifestada no seu *Direito Público do Império Alemão,* a tomar como critério definidor da lei o seu conteúdo ou a sua matéria. É lei, segundo Laband, todo ato do govêrno que dita uma regra ou um preceito de direito e se intima às pessoas que reúnem as condições previstas na lei, a obrigação de se conformarem à sua parte preceptiva ou regulativa. (Laband, *Droit Public de l'Empire Allemand,* vol. II, § 54, págs. 260 e segs.)

A concepção de Laband aderiu grande número de juristas alemães (Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, págs. 226 a 261; Anschütz, *Die Gegenwärtige Theorien über den Begriff der getzgehenden Gewalt;* Seligman, *Bagriff des Gesetzes*).

O conceito de lei, no sentido material, como sendo a proposição que contém uma regra de direito, não é, evidentemente, completo, pois a referida proposição só poderá converter-se em lei se emitida, de acôrdo com a forma constitucional prescrita às deliberações do Poder Legislativo na sua função específica de legislador. A lei em sentido material, portanto, sòmente obriga quando reveste a forma de lei, isto é, quando observado o processo constitucional de produção dos atos autênticamente legislativos (Laband, Op. cit., págs. 382 e segs.; Jellinek, op. cit., págs. 254 e segs.; Anschütz, op. cit. 2a. ed. págs. 15 e segs.).

O conceito de que é lei apenas a proposição que tem por conteúdo uma regra de direito, tinha por fim estabelecer uma linha divisória entre a legislação e a Administração. A função específica do Poder Legislativo seria a de emitir regras de direito revestidas de caráter obrigatório. À Administração competiria, pelo exercício do poder regulamentar, emitir regras de outra natureza ou que não consistissem em alterar, modificar ou inovar a ordem jurídica vigente. Assim, tudo o que se relaciona com a ordem da liberdade, da propriedade e dos direitos individuais estaria, *ipso facto,* excluído da iniciativa do Poder Executivo, reservado exclusivamente à lei, no sentido formal, o poder de atribuir aos indivíduos obrigações e faculdades jurídicas, assim como o de restringir ou ampliar as mesmas obrigações e faculdades. (Otto Mayer, *Droit Administratif Allemand,* vol. I, pág. 92 e segs.; Anschütz, op. e loc. cits.; Jellinek, op. cit., págs. 241 e segs.).

Assim, depois de estabelecer o conceito de lei em sentido material e de imputar o poder de editá-la tão-sòmente ao órgão Legislativo do Govêrno, Laband, assim como os autores que aderiram à sua doutrina, recusa ao Poder Executivo a competência de expedir regulamentos jurídicos ou que contenham regras de direito. Estas regras, como reconhece Laband, são as que regulam as relações dos indivíduos entre si ou dêstes com o Estado. Êste domínio é privativo do Poder Legislativo.

O que é residual pertence, de direito, à Administração. O poder regulamentar se circunscreve, portanto, a limites breves e precisos; o seu domínio abrange tão-sòmente as disposições necessárias à execução das leis e à regulamentação dos serviços administrativos, desde que as prescrições não excedam da órbita interna da Administração ou não envolvam as relações entre esta e os administrados (Laband, op, cit., pág. 537; Jellinek, *Gesetz und Verordnung,* cap. VI da 2ª parte).

Em última análise, portanto, não cabe à Administração um poder regulamentar de ordem geral, ou de modo indiscriminado. Os únicos regulamentos que poderá expedir serão os que se destinem à execução das leis e os chamados regulamentos de administração, isto é, os que tenham por objeto ordenar ou

organizar os serviços públicos, desde que os seus efeitos sejam limitados ao interior da ordem administrativa ou não pretendam reger as relações entre a Administração e os Administrados.

II — Cumpre-nos, porém, por mais atraente que seja a doutrina alemã relativa à lei e ao regulamento, examinar o caso à luz da Constituição de 1946.

Para demarcar os domínios atribuídos, respectivamente, à Administração e à Legislação, os juristas alemães, fugindo, a nosso ver, aos têrmos da Constituição Imperial de 1871, a qual imputava ao Imperador o dever de velar pela execução das leis, e, portanto, o poder de expedir tão-sòmente os regulamentos necessários a essa execução, restringiram o conceito de lei, considerando como tal apenas os atos cujo conteúdo fôsse uma regra ou um preceito jurídico. Desta maneira, alargaram o poder regulamentar do Imperador, o qual poderia exercer-se de modo autônomo, ou independente de qualquer pressuposto ou base legal, desde que não incidisse, alterando-a ou inovando-a, na ordem da liberdade ou dos direitos individuais, ou no campo das relações dos indivíduos entre si ou dêstes para com o Estado.

Ora, nos têrmos da nossa Constituição, o processo para extremar a Legislação da Administração terá de ser o inverso: teremos que partir da definição do poder regulamentar para demarcar a área reservada à Legislação.

Que poder regulamentar a Constituição de 46 atribui ao Poder Executivo?

O art. 87 da Constituição prescreve que "Compete privativamente ao Presidente da República:

I — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução."

Êste, o único poder regulamentar atribuído pela Constituição ao Departamento Executivo do Govêrno. De outro não dispõe. Não poderá, portanto, editar regulamentos a não ser sôbre a base de lei anterior, nela fundado e para o fim de a fazer executar. Restrito, portanto, o poder regulamentar do Govêrno a tomar, por via geral, ou de modo concreto e particular, as medidas necessárias, à execução da lei, não poderá regulamentar matéria que já não esteja regulada em lei, seja qual fôr a sua natureza, ainda que relativa à organização dos serviços públicos, ou o que Laband denomina regulamentos administrativos, por incidirem os seus efeitos tão-sòmente no interior da órbita administrativa.

Aliás, o regulamento que tem por objeto matérias relativas, de modo exclusivo, ao aspecto interno da organização administrativa, o próprio Laband acaba de restringir de tal modo o seu campo de incidência que dêle exclui tudo o que se refere à criação de autoridades e órgãos administrativos, assim como as regras relativas ao recrutamento do seu pessoal e aos deveres resultantes da sua função. Tôdas as disposições que versam sôbre tais matérias são consideradas por Laband como regras de direito, e dado o seu caráter de preceitos legais em sentido material, só poderão ser editadas pelo Poder Legislativo (Laband, op. e vol. cits., págs. 523 e segs.). De maneira que o objeto do regulamento administrativo se reduz, na confissão do próprio Laband (op. cit., pág. 524) a regular o funcionamento de secretariados e *bureaux* técnicos.

No nosso direito constitucional não se estabelece, porém, a questão de se o Poder Executivo pode editar, independentemente da existência de qualquer lei sôbre a matéria, os denominados regulamentos administrativos. E isto porque ao Poder Executivo a Constituição delega tão-sòmente o poder de editar regulamentos destinados a promover a execução das leis. Segue-se necessàriamente, que o Poder Excutivo não dispõe de um poder regulamentar autônomo, ou não pode regulamentar senão as matérias reguladas em lei, não poden-

do, assim, na ausência de lei, regular qualquer atividade, ainda a de natureza meramente administrativa. No exercício do poder regulamentar só poderá dispor dentro da lei ou nos limites da lei (*intra legem*) e na conformidade dos mandamentos legais (*secundum legem*), cujos têrmos não pode alterar, modificar ou inovar. O poder regulamentar da Administração só se exercerá, seja qual fôr a matéria, no pressuposto de uma lei existente, sôbre a base desta lei e tão-sòmente para lhe dar execução. Excluída a Administração de qualquer iniciativa autônoma de caráter regulamentar, ou só podendo exercer esta iniciativa sôbre a base de uma lei existente, resultará dêste princípio a demarcação do domínio próprio à Administração e, em conseqüência, ficará reservado ao Poder Legislativo dentro das limitações constitucionais, um ilimitado campo ao exercício das funções que lhe são especificamente adjudicadas pela Constituição. Como nesta não são enumeradas, de modo taxativo, as matérias sôbre as quais se exercerá a atividade legislativa do Congresso, o que se segue é que êste poderá regular, sob a forma de lei, tôdas as matérias, cabendo-lhe, inclusive, a competência de regular na própria lei o processo, os meios, as medidas, as condições e as circunstâncias, de caráter real ou pessoal, a serem observadas na sua execução.

Esta é, igualmente, a inteligência que dão os maiores juristas franceses às Constituições de 1875 e 1946, ao considerar que estas Constituições, ao atribuir à Administração apenas o poder de regulamentar a execução das leis, abre ao Poder Legislativo uma competência ilimitada quanto às matérias sôbre as quais poderá dispor mediante atos de caráter formalmente legislativo (Carré de Malberg, *Théorie Générale de l'Etat*, vol. II, págs. 285 e segs.; Marcel Prélot, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, pág. 669).

Embora em França alguns autores reconheçam à Administração o poder inicial, espontâneo, autônomo ou originário de editar, independentemente de lei preexistente, regulamentos de polícia administrativa e de funcionamento interno dos serviços públicos, admitem, entretanto, que tal prerrogativa não se funda no texto da Constituição, mas exclusivamente no costume (Laubadère, *Droit Administratif*, págs. 198 e 199), o que não é compatível com o nosso sistema constitucional, em que os podêres são delegados distributivamente a cada um dos ramos do govêrno no próprio intrumento formal em que se manifesta a vontade do poder constituinte. Nenhum dos Podêres de que se compõe o govêrno poderá derivar a sua competência de outra fonte que não seja a Constituição, no seu sentido canônico ou formal.

III — Assim, é fora de dúvida que, na ausência de uma lei que o haja regulado, o Poder Executivo não poderá regulamentar qualquer comércio e, portanto, o comércio de minério de ferro.

E isto, por dois motivos fundamentais, da mais indiscutível evidência constitucional.

a) O projeto, pelo fato de querer regular, mediante decreto do Poder Executivo, faculdades, liberdades e direitos individuais, operando modificações no regime jurídico do comércio de minério de ferro, pretende suprir a omissão do legislador, ao tomar a iniciativa, que cabe privativamente ao Poder Legislativo, de regular as relações mútuas dos indivíduos e dêstes com o Estado. O decreto em questão seria, conseqüentemente, uma lei em sentido material, isto é, uma regra de direito e mesmo os que admitem que a competência privativa do Congresso se circunscreve a editar regras de direito, isto é, regras que alterem, modifiquem ou inovem a ordem jurídica compreendida no quadro da legislação vigente, reconhecem que tais alterações, modificações ou inovações só poderão ser obrigatórias se editadas pelo Poder Legislativo sob a forma de lei. Não haverá, portanto, lei em sentido material que o não seja

igualmente, em sentido formal (Laband, *Droit Public de l'Empire Allemand*, vol. II, págs. 264 e 353).

É a forma legislativa revestida pela regra de direito que lhe confere a fôrça material de lei.

Otto Mayer, a êste propósito, critica vivamente a esdrúxula e exorbitante opinião de que a fôrça material, que é própria da lei, decorreria simplesmente do fato ou da qualidade perceptiva do seu conteúdo, sendo indiferente a sua formalização em ato do Poder Legislativo: a fôrça material da lei, escreve êle, *"n'est pas seulement l'effet du contenu; elle est aussi l'effet de la forme de la loi, qui seule donne a ce la force d'agir ainsi, c'est-à-dire d'être une règle de droit"* (Otto Mayer, *Droit Administratif*, vol. I, págs. 89-90, e nota 7).

b) Na conformidade da Constituição de 1946, o Poder Executivo não dispõe de um poder geral de regulamentação, nem tampouco pode tomar, de modo espontâneo, a iniciativa de editar regulamentos. O art. 87 da Constituição, ao dispor sôbre a competência do Presidente da República, atribui-lhe, tão-só e exclusivamente, o poder de expedir regulamentos para a execução de leis. Não poderá, portanto, o Poder Executivo expedir regulamento sôbre matéria não prèviamente regulada em lei e para outro fim que não seja o de prover à sua execução. O simples fato de entender o Poder Executivo que determinada matéria, ao invés de estar sujeita à ordem jurídica geral, reclama um estatuto jurídico singular, ou exorbitante do direito comum, não o autoriza a regular aquela matéria na conformidade dos seus pontos de vista ou das concepções pessoais dos membros do Govêrno. Para êste fim, dispõe o Poder Executivo da faculdade de propor, mediante mensagem, ressalvados os casos em que, pela Constituição, caiba a uma das Câmaras a competência exclusiva, projetos de lei que lhe pareçam necessários, seja no sentido de ab-rogar certas regras do direito vigente, seja no de regular de modo diverso, ou de maneira específica, determinadas matérias até então sujeitas ao regime de direito comum (Constituição, art. 67).

O Regulamento pressupõe a lei; manter-se-á nos limites da lei que se destina a executar; e só poderá dispor na conformidade dos têrmos da lei, não podendo criar, modificar ou restringir faculdades jurídicas, nem impor qualquer nova obrigação ou dirigir injunções ou mandados que não resultem, de modo inequívoco, da lei a ser executada.

"Legis virtus hace est: imperare, vetare, permittere, punire" (L. 7, Dig., de Legibus I, 3).

Estas virtudes só as possuem as leis em sentido formal, isto é, os atos editados nos limites da Constituição e sob a forma do ato legislativo autêntico, ou votado pelo Congresso, sancionado e promulgado pelo Presidente da República.

É o sentido da garantia constante do § 2º do art. 141 da Constituição, quando dispõe:

"Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."

Não podendo o Poder Executivo editar Regulamento com o conteúdo constante do projeto de decreto submetido pelo Sr. Ministro das Minas e Energia à consideração do Conselho de Ministros, poderá, entretanto, o Congresso Nacional formalizar em lei o referido conteúdo? Não o poderá, como passaremos a demonstrar no capítulo seguinte dêste parecer.

V

Recordemos, para começar, que o projeto de decreto em que o Sr. Ministro das Minas e Energia propõe regulamentar a exploração e o comércio do minério de ferro não se funda sôbre qualquer lei em vigor, cuja execução pretendesse fazer ou ordenar que se fizesse. Seria uma iniciativa autônoma e

espontânea que o Govêrno é aconselhado a tomar, não para executar uma lei, mas para suprir, no sentido que lhe parece conveniente ao interêsse nacional, a ausência de lei específica, ou a omissão por parte do legislador de haver considerado e regulado a exploração e o comércio do minério de ferro na conformidade da política preconizada pelo Sr. Ministro na exposição de motivos em que procura justificar o seu projeto.

É de se considerar, ainda, que a exploração e o comércio de minério de ferro estão regulados em lei; a exploração tem o seu estatuto próprio, e o comércio, desde que não existe sôbre êle legislação específica, se rege pelo direito comum. O que pretende o projeto de decreto é, precisamente, subtrair aquêle comércio ao quadro legal em que se acha hoje situado, para lhe dar um regime jurídico especial, ou exorbitante do direito comum. Assim, o projeto de decreto se propõe, de modo preciso, a interferir na órbita de faculdades individuais, reconhecidas e autorizadas em lei para o efeito de as restringir de modo profundo e radical, de sorte que, no curso de algum tempo, de tendencial, como se poderia presumir dos têrmos da exposição de motivos, se consolidasse na Companhia Vale do Rio Doce o monopólio do comércio de ferro, sem que, por êste motivo, pudessem as emprêsas prejudicadas invocar a ressalva constante do art. 146 da Constituição, em o qual se dispõe que a faculdade que tem a União de monopolizar determinada indústria ou atividade tem por limite os direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados.

Os concorrentes da emprêsa que se pretende privilegiar seriam eliminados gradativamente por fôrça de um processo artificial de seleção, constante de prioridades arbitràriamente conferidas a uma emprêsa de direito privado, embora participando a União no seu capital e na sua administração, traço que, entretanto, não a eleva do plano ou do quadro do direito comum para o plano estatal ou para o quadro do direito público.

A Constituição não contém nenhum dispositivo que atribua ao Estado, quando se resolva a exercer atividades industriais e comerciais, com ressalva da indústria e do comércio que exerce na sua condição natural de produtor, distribuidor e administrador dos serviços de utilidade pública, os quais entram, pela sua natureza, na órbita reservada ao exercício do seu poder de *régal*, nenhum privilégio, qualquer exclusividade ou situação preferencial ou prioritária. O Estado industrial ou comerciante não é de criação constitucional, a não ser no único caso em que, nos têrmos do art. 146 da Constituição venha a monopolizar indústria ou atividade, e isto mesmo sob reserva ou ressalva dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Fora dêste caso, o Estado industrial ou comerciante é simples criação legal, fundada em que na Constituição a êle não se veda, em têrmos expressos, exercer atividades para as quais não se exige o emprêgo das prerrogativas de poder público que lhe são ingênitas quando no exercício das suas funções constitucionais.

Para tornar bem explícito que assim é, as leis que autorizam o Estado a participar de atividades industriais e comerciais o fazem mediante a interposição de uma pessoa jurídica de direito privado, de cujo capital participa em igualdade de condições com os demais associados que queiram concorrer com recursos oriundos da economia privada para uma emprêsa que não se destina a exercer qualquer função de caráter público ou estatal, ou que se ache compreendida dentre as monopolizadas pelo Estado, seja desde logo por fôrça de imputações constitucionais de caráter obrigatório, seja por imputação constitucional optativa, como é o caso previsto no art. 146 da Constituição.

Excluídas tais hipóteses, o Estado industrial ou comerciante está sujeito ao regime jurídico ordinário ou comum, por utilizar de figuras, instrumentos e

instituições de direito privado, interpondo entre êle e a atividade privada de que pretende participar, para deixar bem claro que não pretende em outro domínio, estranho ao da sua autoridade, do seu privilégio ou do seu império, exercer os eminentes podêres que lhe foram conferidos para outros fins e por outras razões.

Ora, o projeto de decreto, de autoria do Sr. Ministro das Minas e Energia, pretende privilegiar, mediante exceções prioritárias, uma emprêsa privada que se dedica ao comércio de minério de ferro em determinada zona do País, na qual goza do privilégio natural de dispor de jazidas próprias e de estrada de ferro por ela construída para a exportação do seu próprio minério, não só lhe assegurando, de modo ilimitado, a concessão para a lavra em outras regiões, como a prioridade no uso de todos os meios de transporte ferroviário, que até agora estão franqueados indiscriminadamente a todos os exportadores daquele minério.

Que a prioridade ou o privilégio em questão não pode ser outorgado mediante decreto executivo, é o que já deixamos exaustivamente demonstrado.

Que o não poderá ser também mediante ato legislativo, é o que resulta às claras de um dos mais importantes princípios constitucionais, que exerce, em relação às demais garantias constitucionais, a função de parâmetro, por êle se medindo, em relação à órbita da lei, o espaço orbital de imunidade dos direitos individuais à interferência do Estado, não só sob a forma de ato administrativo ou de execução, como, e particularmente, sob a forma de ato autêntica ou canônicamente legislativo.

A Constituição dispõe, com efeito (art. 141, § 1º): "Todos são iguais perante a lei."

Poderá, diante disto, o Poder Legislativo privilegiar, com prioridades, que levarão, inevitàvelmente, embora de modo indireto ou oblíquo, ao monopólio do comércio de minério de ferro, uma emprêsa dentre as numerosas que, fora da região em que uma já exerce, pelo fato de ser proprietária de jazida o de dispor de transporte próprio, um privilégio natural ou de fato, já se dedicam ao comércio externo e interestadual do minério de ferro?

É claro que não. Em primeiro lugar, porque o monopólio de indústria ou atividade só poderá ser investido na União e, assim mesmo, mediante lei especial, e, por conseguinte, não se poderá instituí-lo, ainda que em favor da União, por processos indiretos ou oblíquos, ou de modo tendencial, por meio de medidas que, a curto ou a longo prazo, acabarão por criar em benefício da pessoa privada monopólio de fato, necessàriamente isento da limitação constitucional de que o monopólio não importará em prejuízo dos direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Desde que a União não haja monopolizado, nos estritos têrmos do art. 146 da Constituição, indústria ou atividade, uma ou outra permanecerá no domínio geral ou comum da concorrência, e, assim aberta ou franqueada a todos com igualdade, a nenhuma emprêsa, ainda que de economia mista, podendo ser atribuído privilégio, preferência ou prioridade de transporte em relação às demais emprêsas que operam no mesmo ramo ou especialidade do comércio.

É o que resulta, se o que a Constituição dispõe deve ter sentido acessível ao entendimento comum, do art. 141, § 1º, em que ela assegura a todos, isto é, de modo indistinto ou indeterminado, a igualdade perante a lei.

As teses implícitas no postulado da igualdade de todos perante a lei poderão ser formuldas em têrmos claros e sucintos.

I — A garantia da igualdade perante a lei não ocupa o primeiro lugar na enumeração das garantias constitucionais em razão de escolha arbitrária, por mera casualidade ou por motivo

de uma obscura preferência literária. Coube-lhe o primeiro lugar, ou a primazia na enumeração das garantias constitucionais para significar, de modo preciso, que as demais garantias se encontram sob a regência do postulado constitucional da igualdade perante a lei, ou que a Constituição assegura as demais garantias mediante a condição de que estas se estendam, com igualdade, a todos os indivíduos que se encontram na mesma situação que a lei haja tomado como critério para a formulação do preceito jurídico que lhe serve de conteúdo. Não poderá, assim, a lei, por motivo de um fato, de uma situação, de uma atividade que é comum a vários indivíduos, estabelecer em relação a alguns preferências, privilégios ou prioridades, ainda que se refiram ao uso de utilidades ou de serviços públicos, discriminando onde, por ser geral a razão legislativa, ou o objeto que a lei regula, há de ser idêntico, para todos que se encontrem na mesma condição, a regra, o preceito ou o dispositivo jurídico.

O princípio constitucional da igualdade perante a lei é o parâmetro das demais garantias constitucionais, ou por êle se mede o contôrno orbital da faculdade legal de regular o exercício das liberdades ou dos direitos individuais. Cada um é livre de exercer, nas mesmas condições dos demais, atividade ou iniciativa que não haja sido subtraída ao domínio comum para se constituir, nos têrmos e nas condições constitucionalmente estipulados, esfera reservada ao monopólio da União (art. 146)

II — A igualdade perante a lei é das garantias constitucionais a única que a Constituição assegura de modo plenário, incondicional ou exclusivo de quaisquer limitações. Não haverá exceções à igualdade perante a lei: o direito de propriedade, a liberdade de comércio, a faculdade de ir e vir são assegurados nas mesmas condições a todos os indivíduos. Não haverá em relação a êstes distinções ou discriminações, a não ser as que resultam de não serem idênticos ou comuns a todos os pressupostos fáticos tomados pela lei como critério regulativo das suas disposições preceptivas. Assim, não pode a lei assegurar a algum ou a alguns comerciantes preferência ou prioridade no uso dos meios de transporte que, como instrumentalidade essencial ao tráfico de mercadorias, estão franqueados a todos nas mesmas condições, por ser comum a todos e igual em todos a faculdade de exercer o comércio.

Da mesma maneira que não haverá, nem poderá haver prioridades em relação ao transporte de mercadorias, sob o fundamento de ser o Estado acionista de determinada emprêsa, não se admitirá prioridade no transporte de pessoas, sob o fundamento de serem partidárias do govêrno, ou de participarem da mesma ideologia que os homens do govêrno, por falsa identificação, transferem da sua pessoa para o Estado, de que são apenas órgãos transitórios.

A igualdade perante a lei não pode ser preterida sob nenhum pretexto, a qualquer título e seja qual fôr a circunstância, desde que incida sôbre os indivíduos excluídos da aplicação do princípio a mesma condição por fôrça da qual a lei privilegia ou favorece a alguns. Assim, o comércio do minério de ferro, enquanto a União não o monopolizar nos têrmos do art. 146 da Constituição, a lei não poderá dêle excluir, a não ser por motivo de incapacidade ou inidoneidade, prevista em lei e apurado em processo contraditório, ou privilegiar nenhuma emprêsa que esteja no exercício daquele comércio.

III — Do postulado da igualdade perante a lei decorre, como corolário inevitável, que nêle se traduz mandamento dirigido, de modo direto, imediato e principal, ao legislador e não só, como pretendem alguns, no executor da lei.

Se, com efeito, a lei não observa o princípio de igualdade, como restaurar a autoridade dêste princípio na fase da execução da lei, se ao executor cumpre

guardar fidelidade aos têrmos da disposição legal? Ou, portanto, o mandamento é dirigido, de modo direto e imediato ao legislador, ou na execução da lei não poderá o executor tratar com igualdade o que a lei manifesta a vontade de tratar de modo desigual ou discriminatório.

IV — O postulado da igualdade perante a lei não tem por objeto, como pode parecer à primeira vista, apenas os direitos de personalidade, ou não visa tão-sòmente as discriminações fundadas em diferenças raciais, de situação social, estirpe ou de fortuna. Não há, em face daquele postulado, como não há para os princípios gerais de direito, castas de relações jurídicas, dotadas de privilégios ou de títulos de nobreza, e relações jurídicas relegadas a uma posição inferior, subalterna ou secundária. A classificação dos direitos em direitos de personalidade e direitos de outra natureza tem apenas um valor relativo. Não se funda em caracteres essenciais; não tem por fim estabelecer relações hierárquicas; não se destina a distinguir no direito o que é essencial do que é acidental. Tal operação seria, antes, objeto de especulação ou metafísica jurídica, ao que, òbviamente, não se presta um modesto conceito de dogmática jurídica, de alcance limitado à sua função pragmática de servir, em igualdade com os demais conceitos de natureza construtiva, utilizados como instrumentos de estruturação ou de classificação jurídica, para o fim de configurar em sistema a variedade muitas vêzes difusa e incongruente do material legislativo ou jurisprudencial, que é função da dogmática jurídica ordenar, organizar e estruturar em categorias que, por serem de valor meramente empírico, não podem ser extrapolados do domínio prático, da comodidade ou da utilidade, para o domínio das idéias ou das essências platônicas. O direito tem por centro final de imputação a pessoa humana. Mesmo quando regula as coisas, o direito não as regula em si e por si mesmas, ou pela relação material em que possam estar entre si, mas em razão do interêsse que os homens tenham sôbre elas, ou das relações em que estejam para com elas, ou, melhor, das relações em que venham a se encontrar entre si com referência às coisas que constituem objeto do seu interêsse mútuo ou comum ou de que um manifeste a pretensão de excluir os outros.

Não passa, portanto, de uma idéia peregrina a de que o princípio de igualdade tem por exclusivo conteúdo os direitos de personalidade, quando esta pode ser afetada pelo direito não só de modo direto, como de modo indireto, seja quando regula a condição da pessoa como categoria moral, seja quando regula o seu acesso ao uso dos demais direitos, ou dos direitos patrimoniais, criando em relação a êstes preferências, prioridades, privilégios ou posições de superioridade entre pessoas.

O postulado da igualdade perante a lei não se destina, pois, a reger apenas os denominados direitos de personalidade, mas todos os direitos, o das pessoas, o das coisas e o das obrigações, pois todos os direitos são igualmente imputados à pessoa, assim o direito ao nome, como o direito à honra, assim o direito de liberdade na opção relativa às crenças religiosas ou às convicções ideológicas, como os direitos de ordem econômica ou patrimonial.

Discriminando entre os homens quanto à atribuição de direitos de qualquer natureza, a lei os estaria, efetivamente, discriminando quanto à personalidade, ou estabelecendo em relação a uns, conforme o grau em que lhes conferisse certos direitos, situação de superioridade sôbre os demais a que não reconhecesse ou atribuísse no mesmo grau idênticos direitos.

Passemos a comentar, embora de maneira breve e sumária, as teses que consideramos implícitas no postulado constitucional da igualdade perante a lei.

I — A cláusula relativa à igualdade de todos perante a lei ocupa o primeiro

lugar no rol dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Conferindo-lhe a primazia na enumeração, o legislador constituinte quis significar, de modo expressivo, embora tácito, não só que o princípio rege todos os direitos em seguida a êle enumerados, como é uma condição fundamental de tôda lei e obrigará ao legislador na faculdade que lhe compete de adjudicar direitos e lhes regular o exercício, como de dirigir injunções ou mandados e instituir obrigações.

No grande tratado em três volumes, publicado em 1929, e agora reeditado, no qual colaboraram os maiores juristas da Alemanha, todo êle dedicado ao comentário da segunda parte da Constituição de Weimar, ou a relativa aos direitos fundamentais, Stier-Somlo, professor de Direito Público na Universidade de Colônia, a quem coube comentar o art. 109, em que se enuncia, precedendo ao enunciado das demais garantias, o princípio da igualdade perante a lei, assim se manifesta sôbre a significação que resulta da primazia do enunciado dêsse princípio no rol ou na enumeração constitucional daqueles direitos:

"Com isto (isto é, com a sua colocação em primeiro lugar) se quis acentuar a significação suprema que lhe cabe no quadro dessa parte principal (da Constituição) e a êle conferir, com especial relêvo, o papel de compassar os direitos fundamentais subseqüentemente enumerados. Êle rege os direitos fundamentais subseqüentes, pelo menos os individuais, no sentido de que o conceito fundamental nele contido lhes serve de regra ou de medida, não podendo por parte dêles sofrer qualquer vulneração" (Stier-Somlo, *"Gleicheit vor dem Gesetz"*, em *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, vol. I, pág. 158).

II — Em tôdas as Constituições em que se declaram garantias individuais, em relação a várias, depois de as declarar, no seu próprio enunciado é admitida à lei a faculdade de as regular ou condicionar a determinadas circunstâncias.

Sòmente em relação ao postulado da igualdade perante a lei nenhuma Constituição admite restrições, condições ou limitações. O direito à igualdade perante a lei é enunciado nos mais amplos têrmos, ou é adjudicado de modo plenário e incondicional. Nem se poderia conceber que assim não fôsse, pois o princípio constitui uma limitação evidente à liberdade legislativa e há de constituir, portanto, uma condição fundamental a tôda lei. Da Constituição não resulta, com efeito, que todos estão sujeitos à lei, mas que todos estão, com igualdade, sujeitos à lei. O que significa que a lei só pode ser obrigatória quando a todos submete com igualdade aos seus preceitos ou mandados. Assim, portanto, como não admite exceções, o princípio de igualdade não admite restrições, ou a lei não pode graduar entre indivíduos da mesma classe a uns adjudicando menos do que adjudica aos outros. A reserva de que a iguais tratará com igualdade é condição indeclinável de tôda lei, assim como de qualquer ato administrativo ou jurisdicional. A autoridade, seja qual fôr a forma de que se revista, obriga a todos, sob a inviolável condição de que a todos trate com igualdade. Se o princípio de igualdade não se impusesse ao Estado de modo incondicional, a Constituição estaria submetendo os cidadãos não à autoridade neutra e imparcial da lei, mas ao arbítrio ou à discreção do legislador. Assim, é de manifesta obviedade que lei alguma, nenhum poder, nem qualquer autoridade poderá, direta ou indiretamente, de modo manifesto ou sub-reptício, mediante ação ou omissão, derrogar no princípio constitucional da igualdade perante a lei. É um axioma da legislação, da jurisdição e da administração, no qual nenhuma das leis poderá derrogar, variar ou tergiversar.

III — O princípio constitucional de igualdade perante a lei tem por desti-

natário, imediato e principal, o legislador. É um princípio regulativo, de caráter obrigatório, que estabelece à legislação um limite, além do qual, ou se o viola, a legislação constitui o exercício de uma atividade arbitrária.

Se, com efeito, o princípio de igualdade não se impusesse, sôbre tudo, antes de tudo e de modo principal, ao legislador, a êste ficaria devassada a imensidade de um arbítrio sem fronteiras, podendo alterar, à sua discrição, por via de medidas concretas ou individuais, as condições da concorrência, de maneira a favorecer ou privilegiar a um grupo de concorrentes em detrimento dos demais. O que garante, efetivamente, a concorrência não é tão-só o princípio de legalidade entendido como a exigência de que os atos da justiça e da administração possam ser referidos ou imputados à lei. Desde que ficasse assegurada ao legislador a faculdade de intervir na concorrência, não apenas para lhe criar um quadro jurídico isento de discriminações, mas, também, para adjudicar a determinados concorrentes, preferências, prioridades ou vantagens especiais, o princípio de legalidade seria apenas a expressão, embora dissimulada, da onipotência do legislador, a cujo arbítrio todos estariam sujeitos de modo incondicional ou absoluto.

Não tem nenhum sentido, portanto, a afirmação de que o princípio da igualdade perante a lei se destina tão-sòmente a reger a aplicação ou a execução da lei (Stier-Somlo, *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, vol. I, pág. 181; Triepel, *"Die Gleicheit vor dem Gesetz in Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung"*, em *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, pág. 48; Erich Kaufmann, idem).

Não se tem entendido de outra maneira nos Estados Unidos, onde a 15ª emenda à Constituição declara que *"No person shall be deprived of life, liberty or property without due process of law."*

Assim tem entendido, de modo uniforme, a Côrte Suprema que quando a lei discrimina pessoas, fatos, negócios ou atos entre os quais há identidade de condições por pertencerem à mesma classe, ordem ou categoria, a lei estará discriminando contra a proibição constitucional constante da 15ª emenda em que se formula, como limitação à atividade legislativa, o *due process of law.*

"This has been repeatedly declared that enactement of a legislature directed against particular individuals or corporations, without any reasonable ground for selecting them out of general mass of individuals or corporations, amonts to a denial of due process of law so far as their life, liberty or property is affected. One of the requirements of due process of law, as stated by the Supreme Court, is that "the law operates on all alike", and do no subject the individual to an arbitrary exercise of the powers of government" (Willoughby, *On Constitution*, vol. II, pág. 874; Willis, *Constit. Law*, páginas 653-654).

Na opinião de Cooley, *"... a statute would not be constitutional which should prescribe a class or a party for opinions sake, or which should select particular individuals from a class or locality, and subject them to peculiar rules, or impose upon them special obligations or burdens from which others in the same locality or classe are exempt"* (Cooley, *Constitutional Limitations*, 7ª ed., pág. 507).

Na Suíça, em cuja Constituição (art. 4º) se prescreve o princípio da igualdade perante a lei, o Tribunal Federal decidiu que o referido artigo contém "uma norma fundamental (*grundsätzliche Norm*) dirigida não sòmente à Administração e à Justiça, mas também ao órgão legislativo. É, assim, uma exigência não só quanto à aplicação da lei, como quanto à legislação, que todos os cidadãos têm o direito a serem tratados com igualdade" (*Entscheidungen des Scheweiz. Bundesgerichts*, vol. 6, pág. 172).

Na Alemanha, sob a Constituição de Weimar, em cujo art. 109 se consagrava o princípio de igualdade perante a lei, Anschütz, que conservava a tradição do regime imperial, de acôrdo com cuja Constituição (de 1871) era Lei a proposição votada pelo Reichstag e o Bundsrat e promulgada pelo Imperador, ficava solitário entre os grandes mestres do direito público alemão, na sua extravagante assertiva (*Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14ª ed., comentário ao art. 109 da Constituição de Weimar) de que o princípio de igualdade não constituía uma limitação ao legislador, mas uma norma de exclusiva obrigatoriedade para os órgãos incumbidos de aplicar a lei. Na hipótese de Anschütz, o princípio de igualdade perante a lei não teria sentido, pois só se aplicaria quando se tornasse desnecessária a sua aplicação por haver a própria lei disposto de modo igual para os casos iguais. Desde que o legislador, porém, houvesse tratado de modo desigual ou mediante discriminação arbitrária pessoas, estados de fato ou negócios iguais, estaria exercendo uma faculdade constitucional, e às autoridades incumbidas de aplicar a lei faleceria a necessária competência para modificá-la para o fim de a conciliar com o princípio de igualdade.

Além disto, cumpre notar que o ponto de vista de Anschütz é incompatível com os regimes autênticamente constitucionais. É mera reminiscência do poder arbitrário ou soberano do príncipe e do conceito de lei como ato discricionário da sua vontade. Onde, porém, impera, efetivamente, o regime constitucional, um ato do Parlamento não é lei pela simples razão de nêle se manifestar a sua vontade.

A tese de Anschütz não encontrou ressonância na ciência alemã do direito. Contra ela se manifestaram os mais eminentes professôres de direito constitucional, não apenas de modo dogmático ou pelo simples pêso da sua autoridade, mas compridamente, analíticamente e pelas mais poderosas razões de ordem jurídica. (Erich Kaufmann, no caderno 3º das *Veröffentlichungen der Vereinung der Deutschen Rechtsstaatslehrer*, págs. 5-6; Triepel, caderno cit., pág. 50; Walter Jellinek, *Verwaltungsrecht*, pág. 155; Stier-Somlo, *"Gleicheit vor dem Gesetz"*, em *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, vol. I. pág. 178; Carl Schmitt, *Unabhängigkeit der Richter, Gleicheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, págs. 22-23).

O argumento final de Anschütz para justificar a sua opinião dissonante da dos demais mestres do direito constitucional constitui um simples jôgo de palavras. O argumento, que êle considera muito importante (ser *gewichtiger*) é que a Constituição assegura "a igualdade perante a lei" e não a "igualdade da lei". A partícula, na sua opinião, modifica de modo substancial o sentido e a extensão do princípio. "Igualdade perante a lei" seria a medida recomendada às autoridades para se orientarem na aplicação das disposições legais; "igualdade da lei" seria a medida ou o critério que a Constituição prescrevesse ao legislador para na sua conformidade formular os mandamentos da lei.

A distinção é, como se vê, puramente bizantina. No fundo as duas frases traduzem a mesma idéia. "A lei é igual para todos", "todos são iguais perante a lei", "todos têm direito à igualdade da lei" são, òbviamente, variantes verbais do mesmo pensamento. Se todos são iguais perante a lei, é necessário que a lei a todos trate com igualdade, pois de outra maneira não caberia ao executor da lei tratar, na conformidade da lei, de cuja fiel execução é incumbido, os iguais como desiguais ou com a desigualdade estabelecida por *fiat* legislativo. Assim, para que haja igualdade perante a lei é necessário que haja "igualdade da lei" e só no caso de haver igualdade perante a lei é que poderá haver "igualdade da lei" e, vice-versa, sòmente na hipótese de "igual-

dade da lei" é que poderá haver igualdade perante a lei. Em um e outro caso, tanto na primeira como na segunda expressão, o que se enuncia é o pensamento de que a lei deve ser igual para todos ou que o legislador não poderá aplicar às mesmas coisas ou às mesmas pessoas diferentes sistemas de pêso ou de medida.

IV — Impõe-se, finalmente, para que seja completo o exame do conteúdo do princípio constitucional da igualdade perante a lei, resolver uma última questão. O princípio de igualdade só se refere às pessoas ou aos denominados direitos de personalidade, ou deve também reger a regulamentação legislativa dos negócios, das coisas e dos fatos? Ainda neste ponto a tão conhecida *grundlichkeit* de alguns especialistas alemães não poderia deixar de se fazer sentir com o extremado radicalismo que caracteriza os critérios de ordem puramente formal, sob cuja incidência as coisas mais unidas e mais simples se decompõem num espectro de distinções e de subdivisões que impedem a percepção da unidade fundamental da sua natureza. Assim, Nawiasky (op. e loc. cits.) e Anschütz (op. e loc. cits.) distinguem na igualdade perante a lei entre as pessoas, as coisas e os fatos, entre os direitos de personalidade e os demais direitos, para opinarem no sentido de que o princípio de igualdade é tão-sòmente a norma constitucional que proíbe discriminações entre pessoas com fundamento no fato de não serem do mesmo sangue, não se filiarem à mesma estirpe, não pertencerem ao mesmo credo religioso ou político, ou não ocuparem equivalente posição social ou de fortuna.

Pondo de lado as dificuldades insolúveis que adviriam em cada caso concreto para a distinção entre direitos de personalidade e outros direitos, e o arbítrio que de tal critério resultaria conferido à Legislação, à Administração e à Justiça quanto à ponderação dos direitos do ponto de vista da sua incidência direta ou indireta sôbre a substância da personalidade humana, ou sôbre os seus atributos essenciais, a distinção que Nawiasky e Anschütz procuram projetar do nimbo da sua própria metafísica para o plano do direito constitucional positivo, não encontra fundamento assim na Constituição, como na ciência de direito. Efetivamente, regulando as coisas e os negócios, o que o direito, em última análise, se propõe regular são as relações entre pessoas. A personalidade ou a pessoa é o ponto final de imputação de tôda a ordem jurídica, ou êle regula fatos, coisas ou situações em razão da incidência que sôbre êles possa ter o interêsse ou a vontade do homem. A perspectiva jurídica, embora abranja coisas e fatos, ou relações de coisas entre si e relações recíprocas entre fatos, é, em última análise, centrada sôbre a pessoa ou a personalidade humana.

O direito, em outras palavras, através das coisas, das atividades, dos atos, dos fatos e das situações, regula a pessoa, demarcando no meio social a órbita reservada à sua projeção. Não existe, portanto, como querem Anschütz e Nawiasky, a não ser como simples conceito de valor meramente classificatório, cuja aplicação é limitada à metodologia da dogmática jurídica *"persönliche gleicheit"* (igualdade pessoal) e *"sachliche gleicheit"* (igualdade quanto às coisas ou aos estados de fato regulados pelo direito). A lei pode, com efeito, estabelecer desigualdade entre pessoas, não só de modo pessoal ou subjetivo, como de modo objetivo, ou indiretamente, ou mediante tratamento desigual em que as pessoas estejam para com os fatos, coisas ou situações aparentemente estranhas à esfera da personalidade, considerada como ponto ideal de imputação.

Qualquer desigualdade, porém, que a lei venha a estabelecer entre a posição das pessoas em relação a coisas, fatos, negócios ou situações terá, necessàriamente como foco de incidência a pessoa ou a personalidade humana. Finalmente, em última análise, a lei regula as coisas,

os negócios, as situações pela razão de que e até o ponto em que interessam as pessoas, e, mais ainda, o que se chama regulamentação objetiva, ou das coisas e dos fatos, é, no fundo e tão-sòmente, regulamentação subjetiva ou das pessoas.

Se, portanto, a lei regula de modo desigual coisas ou situações idênticas, o que, efetivamente estabelece, é a desigualdade entre as pessoas interessadas naquelas coisas ou naquelas situações, que só constituem objeto de regulamentação legal porque se configuram como objeto da vontade ou da ação do homem.

Foi o que Triepel, na reunião de professôres alemães de Direito Público, realizada em Münster, objetou, de maneira irrespondível à divagação metafísica de Nawiasky e Anschütz:

"Em relação ao conteúdo da cláusula 1ª do art. 109, duvido que se possa fazer uma clara distinção entre igualdade quanto às pessoas e igualdade quanto às coisas. Não se pode, em caso algum, estabelecer-se tal distinção. O direito é uma ordem que se prescreve à convivência humana. Cada situação de fato é relativa a uma pessoa, cada relação entre coisas tem um aspecto que é relativo à pessoa.

O pessoal e o real não são susceptíveis de serem separados.

Pode-se, naturalmente, dizer que a lei se refere ora a um, ora a outro aspecto da relação" (Triepel, op. e loc. cits.).

Em suma, a maioria dos professôres alemães, reunidos em Münster, convergiu para a opinião de que

"Der Satz — alle Deutschen sind vor dem Gesetz gleich — bedeutet, dase in Gesetzgebung. Verwaltung und Reichsprechung gleiche Tatbestände gleich behandelt werden müssen" (Aldag, *Gleichheit vor dem Gesetz,* pág. 51). Ou, em português: O princípio de que todos os alemães são iguais perante a lei, significa que iguais situações ou estados de fato devem ter tratamento igual não só por parte da Legislação, como da Administração e da Justiça."

Na Suíça o Tribunal Federal considera, igualmente, que o princípio constitucional de isonomia rege não sòmente o que se convencionou denominar direitos de personalidade, como todos os direitos, fatos, estados de fato, situações ou relações jurídicas de qualquer natureza (Stier-Somlo, op. e loc. cits.).

Nos Estados Unidos, a cláusula constitucional relativa à "equal protection of the law" tem por objeto tôdas as modalidades da atividade humana, assim o gôzo dos direitos pessoais como dos "direitos civis" (*"enjoyment of personal and civil rights"*). Justice Field definiu, de modo magistral e com a maior amplitude, todo o campo de incidência do princípio de igualdade, ao pronunciar a decisão da Côrte Suprema no caso Barbier V. Connely: *"not only that there should be no arbitrary deprivation of life or liberty or arbitrary spoliation of property, but that equal protection and security should be given to all under like circumstances in the enjoyment of their personal and civil rights; that all persons should be equally entitled to pursue their hapiness and acquire and enjoy property; that they should have like acess to the courts of the country for the protection of their persons and property, the prevention and redress of wrongs, and the enforcement of contracts; that no impediment should be interposed to the pursuit of anyone except as applied to the same pursuits by others under like circumstances; that no greater burdens should be laid upon one than are laid upon another in the same calling and condition"* (113 U. S. 27, 31, 32).

Em resumo, o § 1º do art. 141 da Constituição de 1946 significa simplesmente, mas de modo incondicional, que o legislador, assim como as instâncias administrativas e judiciais, devem tratar com igualdade aquilo que (pessoa, fato, contrato, coisa ou estado de coisas, relação jurídica de qualquer espé-

cie ou natureza) seria arbitrário tratar com desigualdade.

Desde que, ao regular um ato, um fato, uma atividade ou ao criar direito ou obrigação, ou ao intimar mandados ou injunções, a lei que não prescreve o mesmo regime jurídico para todos os que se filiam na mesma classe, estará discriminando onde não poderia discriminar, e violando, assim, o princípio constitucional da igualdade perante a lei, estará vulnerando a Constituição, o que a torna inválida e ineficaz.

VI

Em conclusão.

A política, de caráter tendencialmente monopolística do comércio de minério de ferro, que se pretende instituir mediante discriminações, prioridades ou preferências, não pode ser objeto de Regulamento decretado pelo Poder Executivo, assim como nem por via legislativa se poderá instituí-la.

Se o Govêrno pretende, efetivamente, subtrair o comércio de minério de ferro ao regime competitivo, ou de liberdade, só o poderá fazer nos têrmos do art. 146 da Constituição, ou mediante lei especial que invista na União o monopólio daquele comércio. Se o pudesse fazer de outro modo, ou por vias oblíquas ou indiretas, como de criar, por meio de regime de restrições, prioridades ou privilégios em favor de emprêsa de economia mista em cujo capital predomina a participação da União, um dissimulado monopólio do comércio de minério de ferro, não haveria razão justificada para que a Constituição regulasse os casos e as condições em que a União pode monopolizar indústria ou atividade e, portanto, a produção e o tráfico de determinadas mercadorias.

É o meu parecer, s. m. j.

Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 1962. — *Francisco Campos,* professor na Faculdade Nacional de Direito.