PARECERES

SEPARAÇÃO DE PODERES – DELEGAÇÃO LEGISLATIVA – EXERCÍCIO DE FUNÇÕES JURISDICIONAIS POR ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO – UNIDADE DE JURISDIÇÃO – PODER REGULAMENTAR – VALIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA COMISSÃO EXECUTIVA DO INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL – ESTATUTO DA LAVOURA CANAVIEIRA – FUNCIONÁRIOS DE FATO – COISA JULGADA

– Não é nula a decisão proferida pela Comissão Executiva do I. A. A. pela só razão de ter o legislador estabelecido que nenhuma das partes poderá recorrer à justiça ordinária, sem esgotar, preliminarmente, os recursos administrativos instituídos no Estatuto da Lavoura Canavieira.

– Os atos decisórios da Comissão Executiva do I. A. A. e respectivas turmas, funcionando como órgãos de julgamento, não estão sujeitos à aprovação do presidente da República.

– O reconhecimento pelo I. A. A. da qualidade de fornecedor não cria direitos sôbre a propriedade alheia.

– Interpretação dos decs-leis ns. 3.855, *de* 21 *de novembro de* 1941; 4.733, *de* 23 *de setmebro de* 1942, *e* 6.969, *de* 19 *de outubro de* 1944.

CONSULTA

Em 1942, oito lavradores da Usina Monte Alegre (Refinadora Paulista S. A.), sediada em Piracicaba, São Paulo, propuseram, no Juízo de Piracicaba, ação declaratória para o efeito de serem reconhecidos fornecedores de cana daquela fábrica, sob o fundamento de que a êles se aplicariam dispositivos do Estatuto da Lavoura Canavieira (dec.-lei n.º 3.855, de 21 de novembro de 1941 – doc. n.º 1).

Contestando a ação, a Refinadora Paulista S.A. sustentou que os autores eram meros colonos, prepostos seus e não lavradores dotados de autonomia e capazes de reunir os requisitos próprios à caracterização da figura do fornecedor de cana, nos têrmos do Estatuto.

O Dr. juiz da comarca, em sentença de 26 de fevereiro de 1943, julgou improcedente a ação, condenando os autores nas custas (doc. n.º 1).

Inconformados, os lavradores apelaram da sentença para o egrégio Tribunal de Apelação, havendo a colenda 3.ª Câmara Cível negado provimento ao recurso, em acórdão de 26 de janeiro de 1944, proferido nos autos da apelação n.º 19.070, confirmando, assim, a sentença apelada (doc. n.º 2).

Sucede, porém, que, em 19 de maio de 1943, aquêle mesmo magistrado reconheceu-se incompetente para conhecer de segunda ação declaratória proposta por outros colonos da Usina Monte Alegre, aceitando, aliás, a exceção declinatória da competência daquele Juízo suscitada pela própria Refinadora Paulista S.A. (Usina Monte Alegre), com fundamento no dec.-lei n.º 4.733, de 23 de setembro de 1942, e arts. 108 e 109 do Estatuto da Lavoura Canavieira (doc. n.º 3). Tal sentença transitou em julgado.

Em 24 de março de 1943, 57 lavradores da citada Usina Monte Alegre reclamaram junto ao Instituto contra o ato da Usina, em virtude de a mesma não haver incluído seus nomes no mapa de fornecedores, daquela fábrica, publicado no "Diário Oficial" da União de 2 de março de 1943, conforme determinavam o art. 14 do Estatuto da Lavoura Canavieira e o art. 20 da resolução n.º 46-42, de 14 de outubro de 1942, e as instruções aprovadas pela Comissão Executiva do I.A.A. em 20 de fevereiro de 1942, pelo que requeriam, tendo em vista tais dispositivos e o disposto no art. 2.º do dec.-lei número 4.733, de 22 de setembro de 1942, e demais normas da legislação açucareira, lhes fôsse reconhecida sua qualidade de fornecedores da Usina Monte Alegre (docs. ns. 4 e 5).

A impugnação deu entrada no prazo legal, seguindo o andamento previsto nas resoluções, em vigor. Instruído o processo com a audiência das partes, o Dr. procurador-regional em São Paulo emitiu parecer, sendo o processo encaminhado a esta capital, sede do Instituto, recebendo parecer do Dr. procurador-geral do Instituto.

Indo o processo à 1.ª Turma de Julgamento, julgou a mesma procedente a reclamação para o efeito de reconhecer aos 57 lavradores reclamantes a qualidade de fornecedores da fábrica de açúcar Usina Monte Alegre. Entre os 57 reclamantes se achavam incluídos os oito (8) lavradores que foram partes na primeira ação declaratória proposta no fôro de Piracicaba, e cuja decisão lhes negara aquela qualidade.

Não se conformando com o acórdão da 1.ª Turma, a Refinadora Paulista S.A. (Usina Monte Alegre) interpôs recurso para a Comissão Executiva, que, conhecendo do mesmo, deu-lhe provimento, em parte, para o efeito de mandar excluir do acórdão os nomes dos oito (8) colonos partes na 1.ª ação declaratória, reconhecendo, assim, em relação aos mesmos, o princípio da coisa julgada, enquanto a sentença não fôsse anulada, pelos meios próprios (documento n.º 6).

Ante tal decisão da Comissão Executiva, a Refinadora Paulista S.A. (Usina Monte Alegre), no firme propósito de permanecer com o absurdo regime agrícola da exploração da terra, antes, talvez, exploração do homem, requereu no Juízo dos Feitos da Fazenda Nacional, em São Paulo, mandado de segurança, com a suspensão liminar da execução do acórdão n.º 89, de 28 de março

de 1946, da Comissão Executiva, proferido no processo n.º P.C. 143-145, sob os seguintes fundamentos (doc. n.º 7):

"1. O ato resulta de uma decisão visceralmente nula porque proferida por uma Comissão de natureza administrativa (a Comissão Executiva do I.A.A.), cujas deliberações não podem ter fôrça de *coisa julgada*, produzindo desde logo seus efeitos, ainda que proposta ação de nulidade no juízo competente (art. 140 do dec.-lei 3.855, de 21 de novembro de 1941), como se se tratasse de um órgão dotado de poderes jurisdicionais, quando êstes só podem derivar sua competência de preceitos expressos da Constituição.

2. A Comissão Executiva do I.A.A., bem como o Instituto do Açúcar e do Álcool, na época em que se procedeu ao julgamento do processo administrativo, tinham tido os seus serviços reorganizados por fôrça de resoluções da mencionada Comissão Executiva, *mas sem autorização do Govêrno Federal*, com violação do dec.-lei 4.264, de 17 de abril de 1942, cujo artigo único estabelece que as reformas autorizadas pelo dec.-lei n.º 4.188, de 17 de março do mesmo ano, "para ter execução dependem da aprovação do presidente da República".

3. A Comissão Executiva do I.A.A., que julgou o processo instaurado contra a requerente, fê-lo sujeitando a suplicante a normas processuais constantes de uma resolução de sua autoria, a de n.º 104-45, de 20 de março de 1945, conforme "Diário" da União anexo, que aprovou "o regimento interno da mesma Comissão Executiva, como *órgão de julgamento (sic)*" regulamentando, assim, os arts. 160 e segs. do dec.-lei n.º 3.855, de 21 de novembro de 1941 (Estatuto da Lavoura Canavieira), quando é sabido, como diz o professor Mário Mazagão, em seu brilhante parecer, que acompanha êste requerimento, que, nos têrmos da Constituição de 10 de novembro, ainda em vigor, "a faculdade de regulamentar as leis é peculiar ao chefe do Poder Executivo, e *indelegável*".

4. Além de estar exercendo funções contrárias à Constituição, seguindo e impondo normas processuais por ela mesma estabelecidas, exercendo uma delegação legislativa de caráter também inconstitucional, a Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Álcool, quando proferiu a decisão referida (acórdão n.º 89, publicado no "Diário" da União de 23 de abril de 1946), considerando *fornecedores* os lavradores ou *colonos* que trabalham em terras da requerente, estava ilegalmente constituída, tendo sido todos os atos determinados por quem não era mais *presidente* da Comissão Executiva ou do Instituto, por ter-se extinto o seu mandato, sem que se tivesse procedido a nova eleição, em época oportuna.

5. O ato impugnado, como já dissemos, e é acentuado pelo ilustre professor Mário Mazagão, em seu parecer (cf. resposta à 5.ª questão formulada), implicando em uma transmutação dos "colonos" da requerente em "fornecedores", "viria indubitàvelmente estabelecer, em favor dêles, direitos sôbre a propriedade alheia, notadamente sôbre a terra pertencente àquelas Usinas, e utilizadas no plantio", além de transferir para os colonos "as cotas de fornecimento, que aderem ao fundo agrícola em que se encontra a lavoura que lhe deu origem".

Ora, conclui o ilustre mestre da Faculdade de Direito, "semelhante transformação súbita, a criar direitos sôbre a propriedade alheia contra a vontade do dono desta, *atentaria contra* princípios fundamentais da Carta de 10 de novembro de 1937, e, principalmente, contra o seu art. 122, n.º 14".

6. Como se todos êsses fatos não bastassem para demonstrar a manifesta ilegalidade do ato, acresce a circunstância de que a matéria já foi objeto de pronunciamento do egrégio Tribunal Paulista, o qual negou a qualidade de fornecedores pretendida por um grupo de colonos da requerente (cf. acórdão proferido na apelação cível n.º 19.070, de Piracicaba). A Comissão Executiva do I.A.A., sob pretexto de que o processo administrativo havia sido requerido também por vários colonos, que não haviam sido parte na ação, decidiu que contra êstes não havia coisa julgada, e, mais "sábios" que os juízes togados, seus membros transformaram os colonos em fornecedores..."

Isto pôsto :

PERGUNTA-SE :

1.º Pode ser considerada visceralmente nula a decisão proferida pela Comissão Executiva do Instituto (acórdão n.º 89), usando esta das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 124 do Estatuto da Lavoura Canavieira (dec.-lei n.º 3.855, de 21 de novembro de 1941), pela simples circunstância do legislador ter estabelecido a precedência de manifestação de órgãos especializados de jurisdição administrativa, conforme a regra dos arts. 108 e 109 do dec.-lei n.º 3.855, que estabelece como condição da ação anulatória a obrigatoriedade de ser esgotada a instância administrativa para o ingresso na justiça comum ?

2.º *a*) Julga V.S. que a exigência da aprovação, pelo presidente da República, da *reorganização dos serviços do Instituto*, se aplica também aos atos decisórios da sua Comissão Executiva e respectivas Turmas, funcionando como órgãos de julgamento, nos têrmos dos arts. 120 e 124 do Estatuto da Lavoura Canavieira (dec.-lei n.º 3.855, de 21 de novembro de 1941), *ex vi* do art. 2.º do dec.-lei n.º 4.733, de 22 de novembro de 1942, principalmente quando a reorganização prevista no dec.-lei n.º 4.188 nunca se efetivou desde que nenhum ato de reorganização foi baixado, permanecendo seus serviços dentro dos limites da estruturação anterior à promulgação do dec.-lei n.º 4.264, de 17 de abril de 1942 ?

b) Entende V.S. que o dec.-lei n.º 4.264 estabeleceu a obrigação de serem aprovadas pelo presidente da República as resoluções expedidas por fôrça do art. 167 do Estatuto da Lavoura Canavieira e do art. 34 do dec.-lei n.º 6.969, ou tal exigência diz respeito apenas à reorganização dos serviços administrativos, *v.g.*, a reestruturação do pessoal e demais normas de ordem administrativa, na vida interna da entidade ?

c) As teses decorrentes de interpretações dos decs.-leis ns. 4.188 e 4.264 traduzem-se para a Refinadora Paulista S.A. em direito certo e incontestável, capaz de justificar o apêlo do mandato de segurança contra decisão emanada da Comissão Executiva do I.A.A.?

3.º *a*) Considera V.S. inconstitucionais os arts. 125 e 167 do dec.-lei n.º 3.855 (Estatuto da Lavoura Canavieira) e o art. 34 do dec.-lei número 6.969?

b) Como entende V.S. as prerrogativas outorgadas ao Instituto do Açúcar e do Álcool pelo presidente da República, para regulamentar, mediante resoluções de sua Comissão Executiva, os decretos-leis acima referidos à vista do disposto no art. 11 da Constituição de 10 de novembro de 1937?

4.º Exorbitou a Comissão Executiva do I.A.A. de suas atribuições, ao baixar as resoluções ns. 56-43 (dispõe sôbre a organização e funcionamento das Procuradorias Regionais), 95-44 (regimento interno das Turmas de Julgamento) e 104-45 (regimento interno da Comissão Executiva) do art. 136 e do inciso V do art. 124 do dec.-lei n.º 3.855, combinado com o art. 167 do citado decreto-lei?

5.º À vista da certidão junta (doc.), pela qual se faz prova de que a Comissão Executiva, em sessão de 7 de janeiro de 1946, procedeu à eleição do seu presidente (art. 15 do regulamento que baixou com o dec. n.º 22.981, de 25 de julho de 1933, pode ser admitida a argumentação de que a eleição fôra ilegal por não ter sido procedida em época oportuna?

6.º Julga V.S. que o reconhecimento, pelo I.A.A., da qualidade de fornecedor a determinado lavrador (colono), nos têrmos do Estatuto da Lavoura Canavieira, irá criar, para êsses lavradores, direitos sôbre a propriedade alheia, com violação de preceito constitucional? (Ver os arts. 68, 95, 97, 99, 100 e principalmente o parágrafo único do art. 101 do dec.-lei n.º 3.855 e art. 122, n.º 14, da Constituição de 1937).

7.º Constitui o mandado de segurança meio idôneo para a reparação de eventual injustiça na decisão da Comissão Executiva do Instituto do Açúcar e do Álcool?

8.º O acórdão n.º 89 da Comissão Executiva do I.A.A. se reveste da natureza de ato manifestamente ilegal ou inconstitucional?

9.º Julga V.S. inconstitucionais os decs.-leis ns. 3.855, de 21 de novembro de 1941, e 6.969, de 19 de outubro de 1944?

10. A coisa julgada que decorre da sentença do Dr. juiz de direito de Piracicaba, São Paulo, referida linhas acima, que negou o reconhecimento da qualidade de fornecedor a oito lavradores da Usina Monte Alegre, pode aplicar-se *erga omnes*, contra quem não foi parte nela, como sejam 51 colonos reclamantes que figuram no processo objeto da decisão impugnada pela Refinadora Paulista S.A.?

11. Entende V.S., à vista dos arts. 107 *usque* 112 e 137 *usque* 140, que o Estatuto da Lavoura Canavieira criou alguma Justiça Especial, ferindo, assim, preceito constitucional?

Rio, 18 de junho de 1946. — *F. da Rosa Oiticica*, Procurador Geral.

PARECER

1. O problema da outorga de funções jurisdicionais e legislativas a órgãos centralizados ou descentralizados da administração constitui, hodiernamente, nos países que adotam a concepção americana da separação dos poderes, um dos temas fundamentais do direito administrativo.

2. A separação dos poderes é, essencialmente, um princípio político.

Mas a sua incorporação ao direito público dá-lhe valorização e conteúdo jurídicos.

Erigida, dêsse modo, em princípio constitucional, a ela remontam, direta ou indiretamente, quase todos os grandes problemas suscitados pela atividade do Estado.

Com acêrto observou um juiz americano que, assim como todos os caminhos conduzem a Roma, tôdas as questões do direito público conduzem, cedo ou tarde, à separação dos poderes (*If all roads lead to Rome, all questions of American government lead, sooner or later, to the separation of powers* — Cf. People *v.* Tremaine, 252 N.Y, 27, 168 N.E. 817-1929).

As principais teses sôbre que versa a consulta são da natureza daquelas que, direta e imediatamente, se relacionam com a separação dos poderes, razão por que resolvemos fixar, de início, a posição dêsse princípio no nosso direito constitucional.

A separação dos poderes tem sido interpretada de diversas maneiras. Tôdas as concepções que, ao influxo de circunstâncias históricas, lhe têm sido formuladas admitem que a separação dos poderes comporta a especialização de cada poder na função que lhe é atribuída.

A divergência fundamental das duas principais correntes interpretativas está em que, enquanto uma sustenta que deve ser interdito a cada poder agir sôbre os demais, visto que a independência de cada um deve ser rigorosamente assegurada, a outra, ao contrário, declara que deve existir uma ação recíproca dos poderes de modo que se obtenha sua mútua limitação.

Essa ação recíproca, asseveram, longe de ser contrária ao princípio, reflete melhor o espírito da separação dos poderes, uma vez que cada poder exerce tal ação exclusivamente através do exercício da sua função própria e peculiar.

De acôrdo com essa inteligência, o Poder Judiciário poderá agir sôbre os outros poderes, exercendo, em face dêles, sua função jurisdicional.

Desta divergência de pontos de vista quanto à admissão, ou não, da ação recíproca dos poderes decorrem diferentes soluções no tocante à organização das comptências para o exercício da função jurisdicional, relativamente ao contencioso administrativo.

Para a corrente americana, que sustenta que a separação dos poderes comporta a ação recíproca dos poderes, a questão da organiação da jurisdição administrativa recebe uma solução simples. O Poder Judiciário será admitido como juiz do contencioso administrativo, seja porque detém o monopólio da função jurisdicional, seja porque pode exercer sua ação sôbre a administração.

Para os que consideram que a separação dos poderes importa a exclusão de tôda ação recíproca dos poderes, uns sôbre os outros, os tribunais judiciários devem ser excluídos, senão totalmente, pelo menos em grande parte, do conhecimento do contencioso administrativo.

A interpretação francesa da separação dos poderes implica a interdição, em princípio, para os tribunais judiciários, de julgar em matéria contenciosa administrativa (ROGER BONNARD, *"Précis de Droit Administratif"*, 1935, página 104).

3. A nossa história política e constitucional apresenta, em cada um dos seus períodos mais característicos, uma peculiar organização dos poderes, como resultante dos fatôres históricos em presença.

Na Colônia, a nossa organização político-administrativa não obedecia a sistema preestabelecido que visasse à atribuição das três funções essenciais do Estado a órgãos diferentes.

Como nota CAIO PRADO, a fase colonial desconheceu a separação dos poderes ("Formação do Brasil Contemporâneo", Liv. Martins, 1942, pág. 296).

4. É, entretanto, curioso observar como em certos institutos da época colonial vamos encontrar, em forma embrionária, mas perfeitamente caracterizada, a complexa estrutura das modernas autarquias administrativas.

E até mesmo o tormentoso problema do exercício, por órgãos autônomos da administração, de funções jurisdicionais, — que constitui, hoje, na moderna literatura jurídica anglo-americana de direito público, tema a que nenhum outro se iguala, em importância e projeção, — tem, na administração colonial, os seus símiles remotos.

A Real Junta de Mineração e Moedagem "era, principalmente, um conselho técnico, exercendo, também, funções judiciais" (CÉSAR TRIPOLI, "História do Direito Brasileiro", 1936, vol. I, pág. 182) e a Guarda-Moria das Minas era "outro instituto excepcional", "sobremaneira importante em seu tempo", pois que, sendo órgão administrativo, exercia funções jurisdicionais (DIOGO DE VASCONCELOS, "Linhas Gerais da Administração Colonial", *in* "Revista do Instituto Histórico e Geográfico", 1916, tomo esp., Parte III, pág. 295; OLIVEIRA SANTOS, "Direito Administrativo e Ciência da Administração", 1919, página 231).

5. No Império, prevaleceu, em matéria de separação dos poderes, a concepção francesa, que não admitia a ação recíproca dos poderes, e com apoio nela as nossas maiores autoridades em direito administrativo impugnavam a outorga, ao Poder Judiciário, de competência para conhecer das questões contenciosas da administração, como violadora do "grande princípio da divisão dos poderes".

O VISCONDE DO URUGUAI, no seu "Ensaio sôbre o Direito Administrativo", escrevia:

Não tem faltado quem queira entregar a solução das questões contenciosas administrativas ao Poder Judicial. Mas êsse modo de proceder traria as seguintes conseqüências:

1. Violaria o grande princípio da divisão dos Poderes.

2. Faria intervir o Poder Judicial na administração.

3. Embaraçaria a cada passo a administração.

4. Mataria a sua responsabilidade, envolvendo a mesma administração com o Poder Judicial" (VISCONDE DO URUGUAI, "Ensaio sôbre o Direito Administrativo", tomo 1, pág. 120).

O Conselheiro ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS não divergia de URUGUAI quando, no seu "Direito Administrativo Brasileiro", doutrinava:

"Entendem alguns que esta atribuição não pode caber, em vista da nossa lei fundamental, senão ao Poder Judicial, e que só êste oferece as necessárias seguranças de imparcialidade e de acêrto. Mas nenhum artigo encontramos na Constituição donde se possa deduzir semelhante doutrina.

Pelo contrário, no art. 151 ela determina que o Poder Judicial será composto de juízes e jurados, que terão lugar no civil como no crime; a competência dêste Poder acha-se pois, limitada ao civil e crime, e dela excluído o administrativo.

Demais, quando tão explícita não fôsse a Constituição, assaz seria a distinção fundamental que a ciência faz entre a esfera de ação do Poder Judicial e a da administração; e sempre devera ela ser interpretada de acôrdo com os princípios da ciência.

Nem essa doutrina é conciliável com o princípio da independência dos poderes, consagrado pelo art. 98 da Constituição: porquanto o Executivo seria colocado em posição de dependência e subalternidade em relação ao Judicial, desde que os seus atos estivessem sujeitos à revisão e à confirmação dêste poder, sempre que aprouvesse às partes interpor recurso dêles a pretexto de lesão em seus direitos" (ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS, "Direito Administrativo Brasileiro", 1866, págs. 162 e 163).

O conselheiro VEIGA CABRAL, mais incisivamente ainda, afirmava:

"O princípio sôbre que repousa a nossa organização política desde 1824 é a separação dos poderes políticos do Estado; a Constituição reconhece no art. 9.º que a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias individuais; conseguintemente a separação profunda dos Poderes Judiciário e Administrativo é uma de suas bases, e desta separação naturalmente resulta a instituição da justiça administrativa. "...que a separação dos Poderes Judiciário e Administrativo é o princípio fundamental, sôbre que repousa a nossa política desde que foi proclamada a Constituição; desta separação profunda dos Poderes Judiciário e Administrativo naturalmente se deriva a instituição da justiça administrativa; porque administrar é assegurar a execução das leis no interêsse geral, e local, ou tomar precauções úteis aos interêsses coletivos da agricultura, comércio e indústria; mas, para assegurar a execução das leis é preciso dar ao Poder Executivo o direito de remover os obstáculos, ou decidir sôbre as reclamações, porque de outro modo a administração se tornaria impossível ou dependente; tornar-se-ia impossível se não tivesse o direito de remover os obstáculos, que perturbassem a sua marcha; tornar-se-ia dependente se houvesse outro poder, que decidisse entre ela e os cidadãos (P.G.T. VEIGA CABRAL, "Direito Administrativo Brasileiro", 1859, págs. 52, 71, 72).

JOSÉ RUBINO DE OLIVEIRA, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, no seu "Epítome de Direito Administrativo Brasileiro", também se opunha a que o Poder Judiciário conhecesse do contencioso administrativo.

"A administração, como em outro lugar já fizemos observar, deve ser pronta e enérgica; e, portanto, não pode ser obstada em sua carreira. Assim,

nenhum juiz ou tribunal judiciário pode ter ação sôbre ela, porque, atuando como autoridade, deve ser livre e independente. Ora a liberdade e a independência e, com elas, a prontidão administrativa, teriam de desaparecr, se, porventura, um poder estranho, atendendo a reclamações desta ordem, ou dando provimento a recursos, pudesse, de qualquer modo, suspendê-la em seu desenvolvimento, nulificando ou alterando os atos por ela praticados. Conseguintemente, é a própria administração, e não o Poder Judiciário, que deve conhecer das reclamações e dos recursos, que as leis concedem aos administrados contra os atos, que dela emanam. Porquanto, como diz LAFERRIÈRE: "administrar não é sòmente fazer executar as leis, decretos e regulamentos; mas, também, decidir as dificuldades de execução e julgar as reclamações por ela provocadas. Assim, pois, o poder que administra importa lògicamente consigo a atribuição de julgar administrativamente".

Por conseguinte, as autoridades competentes, para conhecerem das reclamações e dos recursos administrativos, são as que representam êste poder e não os juzes e tribunais judiciários: porque a isso se opõem a prontidão, a liberdade e a independência da administração" (JOSÉ RUBINO DE OLIVEIRA, "Epítome de Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo, 1884, págs. 214 e 215).

O Império, porém, não teve efetivamente o seu tribunal para o contencioso administrativo, uma vez que o Conselho de Estado, ao qual se atribuíram algumas funções jurisdicionais, não chegou a exercer, realmente, atribuições de caráter contencioso.

A inexistência de órgãos que exercessem a jurisdição administrativa, sôbre ser uma deformação do esquema francês, que os pressupunha necessàriamente, deixava ao desamparo os direitos dos administrados em face da administração.

6. Com o advento da República e a promulgação da Constituição de 1891, inspirada na Constituição dos Estados Unidos, foi incorporada ao nosso direito constitucional, como pressuposto básico, a interpretação americana do princípio da separação dos poderes, o que importou o repúdio à concepção francesa até então dominante.

Atribuindo à justiça federal (art. 60, letras *b* e *c*) a competência para o julgamento das causas propostas contra a União, a Constituição admitiu a ação do Judiciário sôbre a administração e, implìcitamente, aboliu o contencioso administrativo.

"Sob o regime imperial", escreveu PEDRO LESSA, "havia um certo número de questões, em que era interessada a fazenda pública, para cujo processo e julgamento se outorgava competência à própria administração. Tínhamos o contencioso administrativo, mais ou menos organizado de acôrdo com os princípios respectivos do direito francês. Pelas citadas disposições da Constituição Federal (art. 60, letras *b* e *c*), foi claramente revelado o pensamento do legislador constituinte de abolir o contencioso administrativo, confiando-se aos tribunais judiciários a atribuição de processar e julgar os feitos, que antes eram da competência dos tribunais administrativos" (PEDRO LESSA, "Do Poder Judiciário", 1915, págs. 143 e 144).

7. A Constituição de 1934, apesar de acolher a concepção americana da separação dos poderes, fêz concessões ao sistema francês ao criar, no art. 79

e seus parágrafos, um tribunal para conhecer dos recursos, dos atos e decisões relativos ao funcionamento dos serviços públicos ou que se regessem, no todo ou em parte, pelo direito administrativo.

8. A Carta de 37, afinal, pelo uso imoderado da delegação legislativa, pela atribuição da iniciativa das leis, em princípio, ao Poder Executivo e pela faculdade de cassação das decisões judiciárias que decretassem a inconstitucionalidade de lei (sòmente suprimida pela lei constitucional n.º 18, de 11 de dezembro de 1945), repeliu, de maneira completa e global, o princípio da separação dos poderes (PONTES DE MIRANDA, "A Constituição de 1937", *in* "Revista de Direito Aplicado", Rio, 1938, vol. IV, pág. 8; FRANCISCO CAMPOS, "Diretrizes Constitucionais do novo Estado Brasileiro", *in* "Revista Forense", vol. 73, pág. 241), não se tendo filiado a nenhuma das duas principais correntes interpretativas.

Como se vê, a nossa história constitucional não apresenta, nesta matéria, uma tendência unívoca.

9. Em face da Carta de novembro, nenhum alcance teria a discussão de um princípio por ela intencionalmente repudiado, não fôsse a insistência com que se argumenta e se debate, partindo do pressuposto de que ela o adotou.

A recente publicação do projeto de Constituição que, no art. 6 e seus parágrafos, reincorpora ao nosso direito constitucional a separação dos poderes, em têrmos de uma rigidez maior que a da Constituição de 91, concorre para justificar um debate mais amplo e profundo da matéria.

A crítica que se faz hodiernamente ao princípio da separação dos poderes é a de que essa fórmula política asseguradora dos direitos individuais e da liberdade modelada para o quadro político, social e econômico de dois séculos passados não teve flexibilidade para acompanhar a rápida transformação operada no Estado, nos últimos 30 anos.

Os desvios mais reiterados, insistentes e inevitáveis do princípio passaram a ser a delegação legislativa e a outorga de funções jurisdicionais a agências administrativas.

Essas delegações e outorgas, objetivando dar a certos órgãos do Estado atribuições materialmente diferentes das que lhes são peculiares, apesar de constituírem flagrantes violações do princípio da separação dos poderes, eis que estabelecem, ao contrário da separação, a confusão de poderes ou funções, continuam sendo feitas, em grau cada vez maior, em todos os países.

Deixando para um segundo plano o problema da delegação legislativa, vamos deter-nos sôbre êste outro aspecto da crise do princípio de Montesquieu, que é a outorga de funções jurisdicionais a órgãos departamentais ou autônomos da administração pública.

10. No plano jurisdicional, a mais importante decorrência da interpretação americana da separação dos poderes é o princípio da *unidade de jurisdição* que significa a detenção, pelo Poder Judiciário, do monopólio da função jurisdicional do Estado.

Dentre os países que consagraram êsse princípio e o elevaram à sua mais alta expressão, cumpre destacar os Estados Unidos e a Inglaterra, que, através dêle, instituíram a efetiva "supremacia do Judiciário".

A literatura constitucional brasileira foi, nesse particular, profundamente influenciada pelos jurisconsultos norte-americanos e inglêses.

Por isso mesmo, quando se anuncia que o princípio da *unidade de jurisdição*, que se subsume no da *separação dos poderes*, está em crise, nenhuma pesquisa será mais preciosa para nós que a que se fizer ao longo da evolução que êle vem sofrendo nos países donde o recebemos há meio século, modelado nos conceitos lapidares dos seus grandes juízes, dos seus juristas e dos seus políticos.

A Inglaterra e os Estados Unidos, com efeito, tendo sofrido com intensidade sem igual o impacto da industrialização e da concentração econômica, tiveram que atender às profundas e variadas repercussões dessas causas primárias no plano do govêrno.

Dentre essas repercussões cumpre assinalar a intervenção do Estado na ordem econômica e no domínio social, que passou a constituir um dos mais indeclináveis e imperativos deveres do Estado.

A nova política intervencionista foi um rude teste a que se submeteu a eficiência do govêrno.

A estrutura orgânica e funcional do Estado, modelada no pressuposto do quadro econômico e social do *laissez-faire*, teria, necessàriamente, que se manifestar inadequada para atender aos novos tipos de atuação que dêle se reclamava.

As funções do Estado, além de se terem ampliado sensìvelmente, assumiram aspectos novos.

A legislação cresceu em volume e em complexidade, pois teve que descer até os detalhes das mais diferentes técnicas.

A atividade jurisdicional relacionada com os modernos problemas sociais e econômicos, para não redundar em denegação de justiça, teve que se flexibilizar pela supressão do formalismo forense, tornando-se mais econômica, mais rápida e mais bem aparelhada para a formulação de *standards* jurídicos.

11. Para a realização dêsses objetivos, duas práticas se impuseram — a delegação legislativa e a outorga de funções jurisdicionais a órgãos da administração — passando a constituir técnicas insubstituíveis, obrigatórias e necessárias, embora representassem tendência absolutamente contrária aos mais sólidos princípios do direito constitucional.

Relativamente à Inglaterra, PORT informa-nos que as circunstâncias compeliram o Legislativo a autorizar os órgãos da administração a transpor as suas fronteiras formais, para invadir não sòmente o campo do Legislativo, senão também, e sob novas formas, o do *Judiciário*.

"Circumstances have compelled the legislature to authorise the administrative function to trespass beyond its formal boundaries and to invade not only the legislative, but also the judicial field in a novel manner" (FREDERICK JOHN PORT, "Administrative Law", pág. 193).

A transferência de funções jurisdicionais à administração (*recent statutory growth of judicial power in the hands of administrative officers*) foi recebida como um processo relativamente inesperado e em direção oposta à índole do direito inglês (*a comparatively sudden development in a contrary direction*),

Enormes invasões têm sido feitas pelos departamentos administrativos, confirma ROBSON, em uma província que há um século era zelosamente reservada ao Judiciário (*enormous inroads have been made by administrative departments on a province which a century ago was regarded as the jealous preserve of the judiciary*) (WILLIAM A. ROBSON, "Justice and Administrative", pág. 34).

12. Não faltaram mesmo os que, como J.H. MORGAN, denunciaram o fenômeno como a mais indefensável das usurpações: *"recent usurpations of judicial functions by the Executive, of wich more in a moment, all the more unwarrantable"* (J.H. MOGAN, "Remedies against the Crown", pág. XLV, Introdução, *in* "Public Authorities and Legal Liability" de GLEESON E. ROBINSON).

LORD HEWARD também lançou, em "New Despotism", o seu conhecido libelo contra o progressivo aumento das funções jurisdicionais da administração.

Compreende-se que tais vozes de protesto se tenham levantado, pois até há bem pouco tempo seria heresia admitir que qualquer órgão não judicial exercesse atividade jurisdicional (*until very recently it was heresy to suggest that any agency except the judicial courts could adjudicate*).

A palavra oracular de um juiz inglês — Lord Campbell — entretanto, já nos antecipara o advento das modernas agências administrativas com funções jurisdicionais, quando proclamou, perante a House of Lords, por ocasião da discussão do *Railway and Canal Traffic Act*, que aquêle projeto continha um Código que os juízes não poderiam interpretar e que, afinal, procurava transformá-los em diretores de estradas de ferro (*to turn the judges into railway directors*).

Demonstrando que o *bill* não estabelecia os preceitos legais a aplicar, mas antes ensejava a criação de *standards* de serviços para cujo estabelecimento eram necessários conhecimentos de engenharia e administração de estradas de ferro, ponderava que para habilitá-los ao exercício da função *"they must go as apprentices to civil engineers, and travel upon the railways, in order to acquire some knowledge of engineering, and of the manner in which these railways were conducted"* ("Parliamentary Debates", Third Series, volume CXXXIII, 1854, May to June, col. 596).

"Os juízes, entre os quais se incluía", continuava LORD CAMPBELL, "sentiam-se incompetentes para decidir a respeito de tais assuntos" (*felt themselves incompetent to decide on these matters*).

Êle havia devotado grande parte de sua vida ao estudo do direito, mas confessava-se inteiramente desfamiliarizado com a administração ferroviária.

Não sabia como determinar qual seria a tarifa razoável, o atraso injustificado ou o tempo dentro do qual os vagões e as barcas deveriam retornar.

Dever-se-ia ter, para a decisão de questões da natureza das contempladas no projeto não um tribunal de juízes, mas um tribunal leigo (*"They should have a lay tribunal for the decision of questions of the nature contemplated by the Bill, and not one composed of the judges"*) (*Op. cit., cols.* 1136-1137).

13. FREDERICK F. BLACHLY e M.E. OATMAN, na sua obra "Administrative Legislation and Adjudication", elaborada sob os auspícios do Institute for Government Research e que representa o resultado de 10 anos de estudos

(*this volume is the fruit of ten years of study in Administration in America and abroad*) revelam-nos as razões do simultâneo e importante desenvolvimento das funções regulamentares e jurisdicionais da administração.

Sob a compulsão das condições criadas pelo desenvolvimento mecânico e tecnológico, o Estado moderno dessemelhou-se ràpidamente da velha organização política, cujas principais funções eram a defesa, a administração da justiça e um limitado poder de polícia.

Hoje, o Estado atua também como médico, enfermeiro, professor, organizador de seguros, construtor de casas, engenheiro sanitário, químico, controlador de estradas de ferro, fornecedor de gás, água e eletricidade, planejador de cidades, distribuidor de pensões, provedor de transportes, organizador de hospitais, construtor de estradas, e em numerosos outros setores. Por outro lado, a regulamentação do Estado vai-se alargando cada vez mais para abranger os bancos, as companhias de seguros, as de crédito imobiliário, as de investimentos, as linhas de ônibus, as emprêsas de eletricidade, de telefones, as operações de radiocomunicação, e muitas outras emprêsas e empreendimentos.

Essas e outras expansões da atividade do Estado, que BLACHLY e OATMAN enumeram, refletiram-se profundamente sôbre a administração, que teve que assumir novas e complexas funções para cujo desempenho se tornaram necessárias a delegação legislativa e a outorga de funções jurisdicionais a agências administrativas.

Eis as palavras textuais de BLACHLY e OATMAN:

"The twentieth century has witnessed a remarkable development in administrative legislation and administrative adjudication. More and more frequently, the authorities charged with the administration of the law are permitted or even required to issue general rules and regulations. Such action is administrative legislation, since the regulations thus established become, for all practical purposes, a component part of the law itself. More and more frequently, also, administrative authorities must decide questions affecting definite rights. When the action of the administration upon such a question gives rise to a controversy wich is decided by an administrative authority acting in a judicial capacity, such a decision is really judicial in nature. Even though a rigid separation of powers is established in theory, the force of necessity has been too strong for it. The most orthodox doctrinaries have been driven to the recognition of what they càll "quasi-legislative" and "quasi-judicial" functions, performed as a part of the administrative process. In the United States today, the regulations issued and the decisions made by administrative authorities are so numerous, so weighty, and so far-reaching that the daily life of every individual citizen is affected by them. Administrative legislation and administrative adjudication have become significant features in the work of government.

The reasons for this important development in public administration are both quantitative and qualitative. During the last generation the state has assumed many new functions, thus necessitating the marking, of countless rules and regulations and the rendering of numerous decisions. These functions, moreover, are so different from the traditional tasks of government that new methods of procedure have become imperative.

Under the compulsion of the changed conditions brought about largely by mechanical and technological development, the modern state has rapidly ceased to resemble the old political organization, whose chief functions were defense, the administration of justice, and the exercise of a rather narrow police power. "Today, the state acts also as doctor, nurse, teacher, insurance organizer, house builder, sanitary engineer, chemist, railway controller, supplier of gas, water and electricity, town planner, pensions distributor, provider of transport, hospital organizer, road-maker, and in a large number of other capacities". More and more intimately the state regulates the day-by-day affairs of the community. It regulates banks, insurance companies, building and loan associations, investment companies, omnibus lines, electric light and power companies, telephone and telegraph companies, radio and wireless operations, water-power production, and many other enterprises and undertakings.

Under the stress of the crisis which has recently involved the economic system of the world, many states, including our own federal government, have been forced to assume a considerable degree of control over foreign competition, agricultural production and distribution, the production and distribution of raw materials such as coal and oil, the management and development of forests, and other fundamentally important economic enterprises. To prevent the evils resulting from ruinous domestic competition, over-production, and under-consumption, Congress and the national administration have been compelled to control manufacturing by establishing (and as far as possible enforcing) maximum working hours, minimum rates of pay, exclusion of unfair practices, and so on. A similar type of control has been exercised over the distribution of goods and services.

The supplying of money and credit has become an important government enterprise. In addition to acting as the authority to control the currency, the government has been forced to act as a great credit agency, lending money, either directly or through subsidies, to banks, railroads, insurance companies, private business undertakings, and owners of homes and farms. Because of the extensive unemployment which has prevailed for several years, various units of government have been compelled to provide for temporary employment and poor relief on an unprecedented scale; also to construct public works and to undertake numerous enterprises directly offering employment to those who cannot secure it elsewhere.

*This increase in government business has had profound effects upon administration. In the first place, it has resulted in placing upon the administrative branch of the government a great variety of functions hardly dreamed of only a few years ago. This added burden has necessitated the establishment of new authorities the re-allocation of work, the changing of relationships among different authorities, the establishment of a large and variously equipped personnel, the development of new methods for its control, and the devising of new methods, rules, and procedures by which work is carried on. *** But this is not all. The vast increase of government business, particularly that of are regulatory or controlling type, compels the administration to make many decisions which are very like judicial decisions in nature. So great is their number, so technical is the knowledge required for making them, so intermingled may they be with the administrative process, so important is it that they*

be made rapidly, that the regular judicial courts are obviously not the proper authorities to make them. The work of rendering these decisions must be done by some sort of administrative authorities: either the active administration itself, or administrative tribunals (FREDERICK F. BLACHLY e MIRIAM E. OATMAN, *"Administrative Legislation and Adjudication"*, 1934, págs. 1 a 4).

14. WILLIAM A. ROBSON, num trabalho monográfico extenso e profundo, fixa também documentadamente a maneira pela qual a ampliação das funções do govêrno repercutiu de modo imperativo e indesviável no plano jurisdicional.

"With the extension, during the nineteenth and twentieth centuries, of the functions of government to one new field after another, with the progressive limitation of the rights of the individual in the interests of he health, safety and general welfare of the community as a whole, with the development of collective control over the conditions of employment, the manner of living, and the elementary necessities of the people, there has arisen a need for a technique of adjudication better fited to respond to the social requirements of the time than the elaborate and costly system of enforcement provided by litigation in the courts of law. A demand has arisen for a new type of justice which shall be less like what Dean ROSCOE POUND *calls "a system of hands off while individuals assert themselves freely" and more like "a social institution existing for social ends"* ("The Spirit of the Common Law", pág. 197).*** *But regardless of whether their existence is desirable, there is no doubt that the revival of administrative law in England is very largely due to the creation of new types of offences against the community, the growth of a new conception of social rights, an enhanced solicitude for the common good, and a lessening of that belief in the divinity of extreme individualistic rights which was evinced in the early nineteenth century. Whatever may be the reason for its creation, however, it is impossible to say that our regime of administrative justice is not part of the law"* (ROBSON, ob. cit., págs. 32 e 33).

O sistema judiciário tradicional, afirma ROBSON, no qual indivíduos diriamm questões de direito privado, foi substituído por um tipo inteiramente novo de "judicial process", no que concerne a controvérsias surgidas em conexão com os novos e extensos serviços sociais empreendidos pelo Estado.

"Executive justice, far from being a temporary and accidental intrusion into the mellowed sanctity of the British Constitution, is inherently connected with modern social evolution and is a feature of the governmental order likely to grow extensively during the present century. Administrative Tribunals will, I venture to predict, become of increasing importance as adjudicating bodies in disputes concerning a large number of economic and social affairs. *I therefore suggest that it behoves us to pay careful attention to a novement which has already assumet considerable proportions"* (ROBSON, ob. cit., págs. XV e XVI, Introdução).

15. FREDERICK JOHN PORT, jurista inglês que dedicou ao tema, ora versado, um trabalho que se tornou clássico, também insiste na demonstração de que no desenvolvimento da atividade governamental reside a causa compelidora da outorga de funções jurisdicionais à administração.

Fazendo um estudo paralelo da evolução do problema na Inglaterra e nos Estados Unidos, assinala que *"the silent and almost unnoticed growth of extraordinary powers in the hands of administrative authorities, such as has recently taken place in England"*, seria impossível na América, onde cada lei de outorga de funções jurisdicionais à administração sofreu estrênua oposição nos tribunais, onde sua inconstitucionalidade era argüida.

Passo a passo, porém, foi sendo consagrado pelos tribunais o princípio da delegação de funções legislativas e jurisdicionais, graças a uma interpretação construtiva da Constituição, que lhe tem dado uma sábia e ponderada flexibilidade, em face dos novos problemas econômicos e sociais.

"The development of governmental activity which in England has prompted — if it has not compelled — the delegation of both legislative and judicial powers to the administrative functions, has been equally great in America. But there the operation of the doctrine has served to check, in some measure, the free delegation of such powers. Each step has been contested, and although the doctrine has proved weaker than the compelling demands of regulative legilation, there has not been that free movement towards the new state of affairs as was the case in England. Each statutory provision which gave to administrative bodies such powers as might prima facie *be regarded as legislative or judicial, was at first strenuously opposed in the Courts on the grounds of constitutionality. Such delegations have however become so well established that the subject can best be dealt with on the same lines as that of English law. In addition to the enormous increase of activity which is a administrative pure and simple,* there are in America both legislative and judicial powers in the hands of administrative bodies, and the doctrine of the separation of powers must be regarded as "badly frayed and mutilated by the exigencies of social and political progress... *The aspects of administrative law which need careful examination, however, are those relating to (a) delegated legislation, and (b) judicial power in relation to administration. That delegations of legislative and judicial power have taken place, shows that the inhibitions of the United States constituiton are far from absolute in fact, that its "rigidity" is very much a matter of degree, and (in the light of the history of the Constitution during the last fifty years) that its flexibility has steadily increased. No better example can be found to illustrate the point that a consitution is no uchanging body of defini rules, however rigidly its framers attempt to make it so, but an adaptable instrument which will inevitably change to meet the new demands wich development makes upon it"* (PORT, ob. cit., págs. 257 e 258).

16. Entre nós um grande juiz do Supremo Tribunal Federal, o ministro Castro Nunes, tem concorrido, com seus votos e seus trabalhos, para divulgar êsses aspectos novos do exercício da função jurisdicional por órgãos administrativos, emprestando-lhe o seu verdadeiro sentido, que é o da crescente jurisdicionalização da atividade do Estado.

"A hipertrofia das funções do Estado e a complexidade dos problemas da administração pública", escreve o ministro CASTRO NUNES, "exigindo conhecimentos especializados e, não raro, de técnica complicada, para a qual não estão aparelhados os juízes de carreira, explicam o desenvolvimento, que vem

de longe, e se vai acentuando dia a dia, de instâncias administrativas colegiadas para o exame e solução de tais questões.

"Vários fatôres concorrem para êsse desenvolvimento. Em primeiro lugar o uso cada vez mais freqüente da *legislação delegada,* comportando maiores ensanchas ao *poder regulamentar* do Executivo, êsse mesmo já consentido em maior escala do que na doutrina clássica da separação dos poderes. É uma tendência a que não escapa nem mesmo a Inglaterra, berço do parlamentarismo, onde vão abrindo caminho, não obstante as resistências do espírito tradicional, consideráveis reservas em favor da administração na aplicação em concreto de certas leis. O poder regulamentar desenvolvido leva ao desenvolvimento correlato da função jurisdicional.

Conseqüência da mesma expansão administrativa e da necessidade de desconcentrar a atividade estatal, fazendo intervir na execução de certos serviços a colaboração dos particulares ou das classes interessadas, é a instituição dos corpos *paraestatais,* aos quais a lei confere, em extensão variável, poder *normativo* ou *regulamentar* que se desenvolve nas aplicações em espécie em via jurisdicional interna.

O desenvolvimento crescente nos Estados Unidos, Estado de tipo judiciarista, de comissões ou *boards* prepostos à execução de certas leis, com a atribuição de decidirem sôbre as contestações nascidas da aplicação dessas leis em casos concretos, documenta a mesma expansão. Daí, do poder jurisdicional consentido a êsses corpos administrativos, a locução corrente com a qual se define o poder exercido por êles, *quasi-judicial functions of administratives bodies,* usado o advérbio latino para significar a assemelhação existente entre tais instâncias e as côrtes de justiça. Estão neste caso os *tribunais do trabalho,* criados como aparelhos administrativos, tendo no vértice o National Labor Relations Board. A proliferação dessas instâncias desconhecidas do classicismo judiciário tende para a burocracia, em que terá de desfechar a exageração da tendência, no sentir dos seus opositores. HERRING dá notícia das críticas levantadas contra êsse "govêrno de repartições e conselhos administrativos" (*We can hardly say that we today live under a government of bureaus and commissions*).

"Mas a tendência caminha. Desenvolveu-a o *New Deal.* A extensão do poder conferido a essas instâncias é considerável. Elas exercem uma jurisdição que, semiplena na teoria do direito, porque reservado sempre o direito de apelação para as côrtes judiciárias (côrtes de apelação de circuito), é pràticamente conclusiva, em extensão maior ou menor, conforme as leis de sua respectiva criação. É que os tribunais, êles mesmos se limitam, na apreciação dos fatos apurados, no entendimento de certos têrmos ou locuções que envolvam conhecimentos especializados e nas questões de caráter técnico.

Mas existe um outro fator que está também influindo na expansão jurisdicional do Estado. Se as necessidades práticas da administração estatal hipertrofiada estão operando uma descentralização da função, repartindo-se entre o Judiciário e outros órgãos estatais ou paraestatais, acentua-se cada dia e em tôda parte a tendência para reduzir o arbítrio na aplicação da lei. É o *esprit de legalité,* de que fala ROGER BONNARD, dominando a execução dos serviços públicos sob formas assemelhadas às judiciárias.

É uma evolução ainda nas formas imprecisas desta fase de transição. O que ela exprime é, sem dúvida, o fato *jurisdicional* dominando a atividade do Estado. Não é nem a hipertrofia nem a decadência do Judiciário, que é, por definição, a jurisdição específica do Estado. Mas formas novas de realização do direito pela adequação de outros órgãos prepostos a uma função estatal que cresceu em extensão e complexidade e já não encontra nos moldes clássicos os meios necessários à sua expansão" (CASTRO NUNES, "Teoria e Práica do Poder Judiciário", ed. "Revista Forense", págs. 8, 9 e 10).

17. As mais relevantes questões propostas na consulta versam sôbre os problemas que vimos de focalizar.

Não seria necessária tão longa exposição quando sabemos que o Supremo Tribunal Federal tem invariàvelmente reconhecido a constitucionalidade das agências administrativas que exercem funções jurisdicionais e, coincidentemente com a jurisprudência americana, vem prestigiando as decisões proferidas por tais agências sôbre questões de fato.

Acontece, porém, que o projeto constitucional, ora em discussão, vedando a delegação de poderes e proibindo que o cidadão investido na função de um dos poderes exerça a de outro, procura lastrear a nossa estrutura constitucional numa concepção obsoleta da separação dos poderes, incompossível com o normal funcionamento do Govêrno, o que torna oportuno o debate da matéria.

Sem nenhum propósito de sobreestimar a relevância do assunto, desejamos acentuar que as palavras de BLACHLY e OATMAN, que vamos transcrever, valem por uma advertência aos legisladores constituintes, que não devem retrogradar de meio século o direito constitucional brasileiro:

"A legislação administrativa e a jurisdição administrativa são importantes não sòmente pelo vasto elenco de direitos individuais e de relações jurídicas, que são por elas atingidos e controlados, senão também por várias outras razões. Êsses dois processos estão causando uma profunda transformação no nosso sistema constitucional, no nosso direito público, na organização dos diferentes órgãos governamentais, nas relações entre êles, nos métodos de manipular os negócios governamentais, nos processos e nos remédios contra a ação ilegal do Govêrno.

Essa transformação, pela sua amplitude, envolve um sério conflito entre princípios e métodos vetustos e longamente estabelecidos e métodos e princípios novos e ligeiramente experimentados. A mudança já estremeceu cidadelas aparentemente inexpugnáveis como o princípio da separação dos poderes, a doutrina das limitações constitucionais, a doutrina do *due process of law*, a velha teoria das relações entre o indivíduo e o direito, comumente chamada *supremacy of the law*, e o princípio da supremacia do Judiciário (*and the principle of the supremacy of the judiciary*) como agência preeminente para o contrôle da administração" (FREDERICK F. BLACHLY e MIRIAM E. OATMAN, ob. cit., págs. 11 e 12).

O projeto constitucional pretende ignorar o problema, limitando-se a transplantar de Constituições estaduais americanas uma formulação já caduca da separação dos poderes, quando a mais ponderável opinião técnica americana já reputa o sistema continental (francês) mais satisfatório (*the weight of ex-*

pert opinion considers the continental system more satisfactory) ("Administrative Courts", *in* "Encyclopaedia of the Social Sciences", vol. 4, pág. 533).

Não nos devemos esquecer, entretanto, de que a outorga de funções jurisdicionais à administração é a única resposta de nossa geração à inadequação dos processos judiciários (*is our generation's answer to the inadequacy of the judicial process*).

Dando por terminadas estas considerações, passamos a responder aos quesitos formulados.

Ao 1.º quesito.

Não é nula a decisão proferida pela Comissão Executiva do I.A.A., pela só razão de ter o legislador estabelecido que "nenhuma das partes poderá recorrer à justiça ordinária, sem esgotar, preliminarmente os recursos administrativos instituídos no Estatuto da Lavoura Canavieira".

Como vimos na introdução dêste parecer, em face da concepção francesa da separação dos poderes, que não admite a ação do Judiciário sôbre a administração, não haveria lugar para a questão formulada, por isso que o legislador não abriria ensejo ao recurso ao Poder Judiciário.

Pressupõe a pergunta, por isso mesmo, a eficácia, no direito constitucional brasileiro, da concepção americana da separação dos poderes, na sua rigidez originária, da qual decorreria a competência exclusiva e monopolizadora da justiça ordinária para tôda a atividade jurisdicional do Estado.

A Carta de 37, sob cujo império deve ser examinada a questão, tendo rompido com o princípio da separação dos poderes, deixou ao legislador ordinário inteira liberdade na distribuição das competências para o exercício da jurisdição administrativa.

Em face dela, seria irrelevante a discussão da tese.

Essa Carta Constitucional, porém, tem sido às vêzes aplicada pelos nossos tribunais inferiores, no assunto em estudo, com o material lógico e dialético que acumulamos durante a vigência da Constituição de 91.

O que se deduz daí é que certos juízes e advogados consideram que o nosso direito constitucional se mantém fiel à concepção americana da separação dos poderes.

Acontece, porém, que essa concepção, como demonstramos exaustivamente na parte inicial dêste parecer, já não apresenta a sua rigidez primitiva, tendo-se flexibilizado sob a irresistível pressão da industrialização, da concentração econômica e da política assistencial do Estado.

Um dos aspectos mais relevantes da maleabilidade adquirida pelo princípio consistiu, precisamente, na outorga de funções jurisdicionais a órgãos centralizados ou descentralizados da administração pública.

O advento das jurisdições administrativas, reconhecido pela Côrte Suprema dos Estados Unidos como constitucional, representando limitação à competência originária do Judiciário, suscitou o problema de saber se o legislador poderia vedar o ingresso no Poder Judiciário, antes de esgotadas as instâncias administrativas.

Os princípios de economia e de eficiência, que são essenciais à organização do Estado moderno, seriam visìvelmente sacrificados se se fôsse admitir a

duplicidade do processo jurisdicional, ou a simultânea e paralela ação jurisdicional da Administração e do Judiciário.

Além disso, o serviço público jurisdicional tem caráter unitário, qualquer que seja a natureza dos órgãos que o exerçam, e, por isso, quando o legislador estabelece que a fase inicial do processo será perante certos órgãos administrativos e a subseqüente e final será perante os tribunais ordinários, essa sucessividade tem que ser observada rigorosamente.

Essas razões, acrescidas da de que os poderes do Estado devem manter-se harmônicos e respeitosos, um em face do outro (*comity toward another branch of government*), levaram os juízes americanos a construir a teoria da exaustão dos recursos administrativos (*the exhaustion of administrative remedies doctrine*) antes mesmo que o legislador a tivesse estabelecido nos *statutes* (*the exhaustion doctrine is the product of case law*).

No magnífico estudo de RAOUL BERGER, intitulado "Exhaustion of Administrative Remedies" (48 — "Yale Law Review", 981 — 1939), e numa nota da "Columbia Law Review", 27 pág. 450 (1927), podemos surpreender o desenvolvimento dessa doutrina.

O prof. JAMES HART, da Universidade de Virgínia, assim sintetiza o princípio:

"The exhaustion doctrine. *The doctrine, rule, or requirement of the exhaustion of administrative remedies is simply that judicial relief against administrative decisions is not granted until the party seeking such relief has exhausted all available means of retress at the hands of the administrative authorities themselves*" (JAMES HART, "An Introduction to Administrative Law", 1940, pág. 417).

Quando o legislador dispõe expressamente sôbre a *exclusividade de competência originária da jurisdição administrativa* (*exclusive primary administrative jurisdiction*), como no caso do *National Labor Relations Board*, o problema proposto ao Judiciário será o da constitucionalidade da lei.

Reconhecida a sua constitucionalidade, o Judiciário não poderá agir antes que o processo administrativo chegue ao seu têrmo.

Foi o que decidiu a Côrte Suprema dos Estados Unidos no caso Myers v. Bethlehem Shipbuilding Corp. (303 U.S. 41 — 1938), em que coube ao Justice BRANDIES emitir a opinião do Tribunal.

"In such case", resume o prof. JAMES HART, *"the only question before the court in whether the statute is valid; and in the Myers Case it was held so to be. The statute being valid, moreover the administrative process must be completed before the courts have* jurisdiction *to hear the case. Until then, the courts are powerless to act, not as a matter of self-limitation, but as a matter of congressional regulation of their jurisdiction"* (JAMES HART, "An Introduction to Administrative Law", pág. 419).

Também no caso Eaton v. City of Newark vem a *exhaustion doctrine* clara e sintèticamente formulada:

"In this matter no further statement of facts is necessary other than that application was made by relator to the superintendent of buildings of the city of Newark for a permit to erect 32 garages to house one automobile each, and such permit was refused, for the reason that such structures upon the premises

of relator would be in violation of the Zoning Ordinance of the city. A board of adjustment exists in the city of Newark in pursuance to the terms of chapter 146, P.L. 1924, and relator has not appealed to that board from the ruling or refusal of the superintendent of buildings. We conclude that relator must exhaust the remedies through such agencies as the Legislature has set up for that purpose before applying for the allowance of the discretionary writ of this court. *Florenzie v.* "East Orange", 88 N.J. Law, 438, 97 A. 260. (Eaton *v.* City of Newark in 3 New Jersey Miscellaneous, 363 and 128 Atlantic Reporter, 377 — 1925).

Ao 2.º quesito.

Quanto à letra *a*, responderemos negativamente.

Os atos decisórios da Comissão Executiva do I.A.A. e respectivas turmas, funcionando como órgãos de julgamento, nos têrmos dos arts. 120 e 124 do Estatuto da Lavoura Canavieira (dec.-lei n.º 3.855, de 21 de novembro de 1941), *ex vi* do art. 2.º do dec.-lei n.º 4.733, não estão sujeitos à aprovação do presidente da República.

A lei, curialmente, não estabeleceu essa exigência, que seria, aliás, de todo inconciliável com a natureza jurídico-administrativa dêsse órgão autárquico.

Quanto à letra *b*, também respondemos negativamente, pelas razões que passamos a expor.

A análise do artigo único do dec.-lei n.º 4.188, de 17 de março de 1942, do artigo único do dec.-lei n.º 4.264, de 17 de abril de 1942, do art. 167 do dec.-lei n.º 3.855, de 21 de novembro de 1941, e do art. 34 do dec.-lei número 6.969, de 19 de outubro de 1944, revela que ao Instituto do Açúcar e do Álcool foram feitas delegações de dois tipos:

a) legislativa;

b) regulamentar.

Pela delegação *legislativa* foram-lhe outorgados poderes expressos para alterar a estrutura administrativa do I.A.A., assunto que, pela sua natureza, constitui matéria reservada à lei.

Transferindo ao I.A.A. função que pertence originàriamente ao Legislativo, o dec.-lei n.º 4.264 condicionou, com muita propriedade, a execução das medidas baixadas, em virtude dessa delegação, à aprovação do presidente da República, que, nos têrmos do art. 180 da Carta de 37, enfeixa em suas mãos o "poder de expedir decretos-leis".

Pela delegação *regulamentar* ficou o I.A.A. autorizado, mediante resoluções da sua Comissão Executiva, a estabelecer normas complementares para a integral execução dos decs.-leis ns. 3.855 e 6.969.

Esta última delegação, diferentemente da anterior, versa sôbre matéria específica e própria do *regulamento*, que compete normalmente à Administração, razão pela qual o legislador não condicionou a sua execução à aprovação do presidente da República.

Em resumo: pela primeira das delegações, ficou o I.A.A. autorizado a *legislar*, isto é, a exercer uma função que por sua natureza é formalmente legis-

lativa; pela segunda ficou autorizado a *regulamentar*, que é uma função formalmente administrativa.

Dada a diferente natureza dessas delegações, não há como pretender aplicar às regulamentações do art. 167 do Estatuto da Lavoura Canavieira e do art. 34 do dec.-lei n.º 6.969, a exigência do artigo único do dec-lei n.º 4.264.

Quanto à letra *c*, a nossa resposta é também negativa.

Da interpretação dada aos decs.-leis ns. 4.188 e 4.264 não resulta, em favor da Refinadora Paulista S.A., direito certo e incontestável capaz de justificar o pedido de mandado de segurança contra a decisão da Comissão Executiva do I.A.A.

Ao 3.º quesito:

Quanto à letra *a*, respondemos negativamente.

A presente questão, versando justamente sôbre dispositivos legais que dão ao I.A.A. atribuições normativas, reconduz-nos, ainda uma vez, ao problema fundamental da separação dos poderes.

Na introdução dêste trabalho, tivemos ensejo de fixar que a outorga de funções legislativas a órgãos centralizados ou descentralizados da Administração constitui uma das notas mais dominadoras e características do moderno direito constitucional anglo-americano, que tem sido para nós, há meio século, o mais importante repositório de doutrinas de direito público.

As causas determinantes da outorga de funções jurisdicionais à Administração foram as mesmas que fizeram com que o Poder Legislativo transferisse uma considerável parte de sua tarefa a vários setores da Administração.

O que mais impressiona nessa irreprimível tendência é que ela caminha constantemente, a despeito do ortodoxismo teórico, dos textos categóricos das constituições, dos julgados antagônicos.

"The lawyer as well as the layman" — escreve HART — *"is often puzzled by the phrase "ordinnance making" as applied to powers of the President. He understands by the term, and rightly enough, powers of a legislative nature exercised by executive officials. Yet does not the Constitution expressly vest "all legislative Powers herein granted" in Congress? Is it not a fundamental principle that* delegata potestas non potest delegari? *Has it not been taught in the books that the Chief Executive of the nation has no legislative powers? Where in contemporaneous evidente is the claim or admission by any of the fathers that the President is given such powers by the supreme law or may be given them by Congress? Do not the pages of the Supreme Court Reports contain denials of any such proposition.*

This is all true. Yet, despite the orthodox theory, we find a constitutional practice which is comparable in character if not in degree with that known on the continent of Europe as executive ordinance making. What the Supreme Court has denied, moreover, is not the authority of the Chief Magistrate in respect to this practice, but merely the fact that the powers so exercised are legislative. It has preferred to call them administrative. In thus refusing to call a spade the Court has sought to allow needed flexibility in governmental arrangements without admitting that Congress can devolve its constitutional powers upon the Executive" (JAMES HART, "The Ordinance Making Powers of the President of the United States", 1925, págs. 17 e 18).

JOHN PRESTON COMER, na sua monografia "Legislative Functions of National Administrative Authorities", aponta como causas diretas do desenvolvimento da delegação legislativa a extensão da democracia e a modificação das condições econômicas que fizeram cair sob o contrôle governamental a regulamentação industrial e social de numerosas matérias, envolvendo volumosa legislação.

"With the extension of democracy and changing economic conditions, numerous subjects of social and industrial regulation, involving a great mass of legislation, fell under governmental control. The resulting strain of the added burdens constitutes an exacting test of the honesty and capacity of legislators as a group. Law-making bodies of state and city fell into almost utter disrepute; their powers were legally limited; and in many cases the electorate set itself up as the actual lawmaker or as the direct checking agency. In the meantime as a result of its failure to accomplish the will of the voters, Congress was struggling under a stigma. Under the leadership of strong mayors, governors and presidents, the floundering process of "mudding through" — by means of decadent legislative methods gave way to the modern process of definitive executive leadership in both legislation and administration. In other words there was a beginning of the redistribution of powers, with the executive branch in the ascendancy and well supported by public opinion.

The national legislature, in practice, has succumbed to this idea, whether because it felt that executive activity in law-making would lighten the pressure; because it realized its inadequacy for the task; because it wished to shift political responsability; or because it realized that this was the only way to increase the productive law-making units for grinding out a legislative grist commensurate with the demands of the nation without formally changing the fundamental law. The earnestness with which Congress has set about delegating legislative power can be seen by reviewing the functions of the President, of the ten great departments, and of the ever-growing list of independent executive establishments such as the Interstate Commerce Commission, the Federal Reserve Board, the Shipping Board, the Federal Power Commission ad the Veteran's Bureau" (JOHN PRESTON COMER, "Legislative Functions of National Administrative Authorities", 1927, páginas 13 e 14).

JOHN A. FAIRLIE, no seu bem elaborado estudo intitulado "Administrative Legislation", sintetiza a importância que vão assumindo, nos Estados Unidos, as regulamentações emanadas da Administração.

"Few people are ware of the great extent to which public administration in the United States national government is controlled by means of administrative regulations or orders, in the nature of legislation.

"Important as such executive regulations have been even in time of peace, they are of much greater importance in time of war; and during the recent emergency, regulations of this kind have been brought to the attention of many outside the circle of government officials.

There are indeed, besides presidential proclamations and executive orders, many elaborate systems of executive regulations governing the transaction of business in each of the executive departments, and in the various services both within and without these departments. These include organized codes of re-

gulation for the army, the navy, the postal service, the consular service, the customs service, the internal revenue service, the coast guard, the patent office, the pension office, the land office, the Indian service, the steamboat inspection service, the immigration and the naturalization bureaus, and the civil service rules. In addition to long established types of regulations, there have been many new series of regulations issued in recent years both before the war, and more recently by the new war agencies, such as the Food and Fuel Administration, the War Industries Board, and the War Trade Board.

In addition, to the systematized and codified regulations there is perhaps an even more extensive body of more specialized rules, orders, and instructions issued by the various departments, bureaus, commissions, and local agents knowledge of which is often limited to the persons who have to apply them and to those whom they affect" (JOHN A. FAIRLIE, "Administrative Legislation", *in* "Michigan Law Review", *January*, 1920, pág. 393).

O problema central da direção administrativa do Govêrno Federal dos Estados Unidos — registra um inquérito oficial — é o do *poder regulamentar*, em primeiro lugar, porque nada menos que 115 agências federais estão emitindo regulamentos e normas que afetam o público, e, em segundo lugar, porque êsse poder é uma das principais técnicas de direção geral do presidente.

"At the center of the problem of administrative management in the Federal Government stands the rule-making power, and this for two reasons: First, there are no fewer than 115 Federal agencies that, under 964 statutory provisions and 71 Executive orders and proclamations issue rules and regulations that affect the public. This means that rule-making constitutes no inconsiderable part of the total function of administrative for the supervision of which the President is responsible to the people. Second, rule-making in the form of Executive orders is one of the principal techniques available to the President for the over-all management not only of departamental rule-making but also of the service operations of the Executive Branch.

The rule-making powers of these 115 Federal agencies find their source in statutory delegations. Such delegations are no recent novelty in the Federal Government. The practice is sanctioned by a history that dates from the administration of President Washington, but reached its highest peaks in four periods of national emergency. Quite aside, however, from any emergency, there has for several decades been a general trend in the direction of increased use of this technique.

This trend is not to be deplored. Long experience teaches the unmistakable lesson that, in a complex and rapidly changing modern economy, delegated rule-making is an indispensable feature of governmental regulation" (JAMES HART, "The Exercise of Rule-Making Power", *in* "Administrative Management" N.Y., 1937, pág. 3).

No Brasil, se bem que em grau menor, o mesmo fenômeno se observa.

Dezenas de órgãos, como as autarquias, as sociedades de economia mista, as fundações de direito público, estão exercendo funções regulamentares por delegação do Estado, de acôrdo, aliás, com a letra e o espírito da Carta de Novembro, resumidos nestas frases de FRANCISCO CAMPOS:

"A Constituição de 34 vedava, em têrmos absolutos, a delegação de poderes.*** A Constituição de 10 de novembro permite expressamente a delegação de poderes.*** A delegação de poderes não só foi permitida, como se tornou a regra, pois a Constituição prescreve que os projetos de iniciativa do Parlamento devem cingir-se a regular a matéria de modo geral ou nos seus princípios, deixando ao Govêrno a tarefa de desenvolver os princípios e de regular os pormenores" (FRANCISCO CAMPOS, "Direito Constitucional", ed. "Revista Forense", 1942, págs. 304 e 307).

A constitucionalidade dos artigos mencionados neste *item* da consulta parece-nos insuscetível de dúvida ou hesitação.

Quanto à letra *b*, respondemos que, de acôrdo com a Carta de 37, a função regulamentar, normalmente administrativa, foi sensìvelmente ampliada por se ter limitado a função do legislador.

O Poder Legislativo, que, na concepção tradicional do direito brasileiro-americano, deveria ter o monopólio da função de legislar, não sòmente o perdeu (arts. 12, 13 e 14) mas ainda sofreu limitações, mesmo na parte residual que lhe ficou (art. 11).

As atribuições regulamentares dadas ao I.A.A. pelos decretos-leis citados no item *a* repousam não apenas no art. 11 da Carta de 37 senão também nos princípios fundamentais dêsse estatuto político, com os quais se harmoniza.

Ao 4.° quesito.

Não nos parece que a Comissão Executiva tenha exorbitado de suas atribuições legais, ao baixar as resoluções 56-43, 95-44 e 104-45.

O atento exame dos têrmos dessas resoluções, que foram regularmente publicadas no "Diário Oficial", não nos revelou qualquer invasão em terreno da competência do legislador.

A dúvida que se poderia suscitar a respeito da resolução 56-43 seria a de que o dec.-lei n.° 3.855 criou *advogados regionais* (art. 136) e, na regulamentação, êles receberam a denominação, aliás mais apropriada, de *procuradores regionais*.

Essa circunstância, entretanto, parece-nos irrelevante, pois, se o "direito da lei quebra o direito regulamentário", do conflito entre as disposições da lei e as do regulamento, resultaria apenas uma impropriedade de designação que em nada afetaria a resolução do I.A.A. na sua parte substancial, isto é, naquela em que regula o funcionamento das Procuradorias Regionais e disciplina os seus respectivos serviços.

Quanto às duas outras resoluções, não vemos como se possa questionar sôbre o seu rigoroso apoio legal.

Ao 5.° quesito.

Êste tópico da consulta propõe-nos a seguinte hipótese:

O presidente da Comissão Executiva do I.A.A., eleito por certo período, continuou no exercício do cargo após a sua expiração.

Foi, posteriormente, reeleito, com a expressa declaração de que o novo mandato teria início, retroativamente, na data imediata à da terminação do período anterior.

Na mesma ocasião, foram ratificados todos os atos praticados no interregno compreendido entre a extinção *de jure* do mandato e a reeleição.

Pergunta, em face dela, o consulente, se a última eleição é ou não legal, em vista de não ter sido realizada na época oportuna.

Temos que a eleição foi legalmente realizada.

A dúvida que poderia ser levantada seria quanto ao caráter retroativo da investidura.

Essa dúvida, porém, desaparecerá se aplicarmos à hipótese em causa os princípios relativos ao exercício *de facto* de funções administrativas.

Com efeito, se o presidente da Comissão Executiva continuou no exercício de seu cargo, depois de terminado o período para que fora eleito, de funcionário *de jure* que era transformou-se em funcionário *de facto*, no momento mesmo em que cessou o seu mandato.

Essa é, precisamente, uma das hipóteses indicadas por ALBERT CONSTANTINEAU na sua monografia "Public Officers and the De Facto Doctrine" (Rochester — 1914), isto é, a do funcionário eleito por determinado período que continua atuando depois do seu término.

A doutrina a respeito dos funcionários *de facto*, originada no direito anglo-americano, estendeu-se inicialmente à França e à Itália para constituir, hoje, um dos institutos mais universalizados do direito administrativo.

Esta doutrina sustenta, baseada em princípios de interesse geral, que os atos praticados pelos funcionários *de facto* têm a mesma eficácia jurídica que os praticados por funcionários *de jure*.

As razões que pesaram nessa construção doutrinária foram as de que no serviço público deve haver segurança a fim de que o seu funcionamento normal não seja embaraçado e de que os particulares, nas suas relações com o Estado, não sofram prejuízos.

Com efeito, a operação dos serviços públicos ficaria comprometida, se se fôsse impor a cada pessoa que entra em contato com os mesmos o ônus de verificar a situação funcional de serventuários, de tabeliães, de juízes, de promotores e de funcionários administrativos em geral.

O particular, por outro lado, que entrou em contato com o serviço público, representado por um funcionário *de facto*, tal como a doutrina o caracteriza, não pode também ficar prejudicado.

Êsses os motivos que concorreram, essencialmente para que o instituto se impusesse, sem variações maiores, em todos os países civilizados (FRANK J. GOODNOW, "Les Principes du Droit Administratif des Etats-Unis", Paris, 1907; JULIÁN M. RUIZ Y GÓMEZ, "Princípios Generales de Derecho Administrativo", Habana, 1935; LOUIS ROLLAND, "Précis de Droit Administratif", Paris, 1938; GASTON JÈZE, "Les Principes Généraux du Droit Administratif", vol. II, página 285; ROGER BONNARD, "Précis de Droit Administratif", Paris 1905; TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCÂNTI, "Tratado de Direito Administrativo", 1942, vol. III, pág. 88; FRANCISCO CAMPOS, "Direito Administrativo", 1943, página 29).

JAMES HART, na sua obra "An Introduction to Administrative Law", extrai do *leading case* "State *v.* Carrol" o trecho que passamos a transcrever e em que se condensa a justificação da doutrina.

"The de facto *doctrine was introduced into the law as a matter of policy and necessity, to protect the interests of the public and individuals, where those interests were involved in the official acts of persons exercising the duties of an office without being lawful officers. It was seen, as was said in Knowles v. Luce, that the public could not reasonably be compelled to inquire into the title of an officer, nor be compelled to show a title, and these became settled principles in the law. But to protect those who dealt with such officers when apparent incumbers of officiers under such apparent circumstances of reputation or color as would lead men to suppose they were legal officers, the law validated their acts as to the public and third persons, on the ground that, as to them, although not officers* de jure *they were officers in fact, whose acts public policy required should be considered valid. It was not because of any quality or character* conferred upon the officer, *or attached to him by reason of any defective election or appointment, but a name or character given to his acts by the law for the purpose of validating them"* (JAMES HART, ob. cit., cap. II, pág. 40).

Na hipótese da consulta, a posterior eleição com efeito retroativo e a revalidação dos atos praticados pelo presidente vieram apenas trazer um apoio à legalidade de seus atos, juridicamente desnecessário em relação a terceiros, por isso que os atos praticados como funcionário *de facto* seriam válidos mesmo sem a reeleição retrocessiva ou a ratificação.

Ao 6.º quesito.

O reconhecimento pelo I.A.A. da qualidade de fornecedor não cria direitos sôbre a propriedade alheia.

A decisão da Comissão Executiva do I.A.A. é simplesmente declaratória.

À vista das provas colhidas no processo, ela apenas declara se o lavrador é ou não fornecedor.

A situação jurídica de fornecedor preexiste à declaração e esta apenas lhe dá as características de certeza e de incontestabilidade.

O julgamento da Comissão Executiva não dá ao lavrador qualquer direito novo.

É verdade, entretanto, que o dec.-lei n.º 3.855, de 21 de novembro de 1941, nos capítulos referentes a *cotas* e ao *fundo agrícola,* estabelece algumas limitações ao direito de propriedade.

Tais limitações, porém, desde que foram estabelecidas por lei, são constitucionais, pois, nos têrmos do n.º 14 do art. 122 da Carta de 37, *o conteúdo e os limites do direito de propriedade são os definidos* nas leis que lhe regulem o exercício.

Se a Carta de 37 não fixou limite ao legislador ordinário nessa matéria, não há como suscitar a inconstitucionalidade de uma lei porque estabelece algumas limitações ao conceito individualístico da propriedade.

Ao 7.º e 8.º quesitos.

Não. O mandado de segurança não constitui normalmente meio idôneo para a reparação de eventual injustiça da decisão da Comissão Executiva.

A ação anulatória (arts. 109 a 111 do dec.-lei n.º 3.855) é que constitui o processo específico para se submeter ao Judiciário o reexame das questões decididas pela Comissão Executiva.

Nas espécies como a em causa, em que a decisão da Comissão Executiva, órgão técnico do contrôle da economia açucareira, simplesmente constata o fato de ser ou não o reclamante fornecedor, o descabimento do mandado de segurança é de primeira evidência.

O Supremo Tribunal Federal tem julgado, em várias oportunidades, que os tribunais atacam em princípio, como verdadeiras, as decisões proferidas sôbre fatos nas instâncias administrativas de caráter técnico, como se pode ver dos votos dos ministros CASTRO NUNES e OROZIMBO NONATO nos casos Jaime Lino da Cunha Soto Maior *v.* União Federal e Sociedade Paulista de Navegação Matarazzo Ltda. *v.* Cap. Christian Klemensen Jorgensen, que passamos a transcrever :

"O que sucede, no caso em exame, é que a controvérsia, arredado o aspecto constitucional, se reduz a uma questão *de fato,* e tal consiste em saber se é monumento histórico o edifício onde existe o Arco do Teles, se as razões em que se funda o ato administrativo podem ser aceitas pelo Judiciário ou se, ao revés disso, são tão infundadas que devam ser repelidas.

Via de regra, os tribunais aceitam como verdadeiras as soluções proferidas nas instâncias administrativas *sôbre fatos e sobretudo* quando envolvendo apreciação técnica ou especializada" (ap. n.º 7.377, de 19 de agôsto de 1943, Jaime Lino da Cunha Soto Maior *v.* União Federal *in* "Revista Forense", volume 98, pág. 586).

"...êle (o Tribunal Marítimo Administrativo) é tribunal quase-judiciário, fenômeno muito comum nos Estados Unidos, e que, no Brasil, também tem tido certo desenvolvimento. A função dêsses Tribunais quase-judiciários é a dos tribunais técnicos : *em favor dêles milita o princípio da confiança. Assim, o exame de fato, a que êles procedem, não deve ser, com leveza, repelidos pelos tribunais judiciários*" (ag. de instr. n.º 11.094, de 28 de maio de 1943, Sociedade Paulista de Navegação Matarazzo Ltda. *v.* Lars Christian Klemensen Jorgensen, *in* "Rev. do Serviço Público" ano VII, vol. II, n.º 3, junho de 1944, página 120).

Versando a hipótese ora examinada sôbre uma decisão em matéria de fato, longamente motivada, proferida por tribunal administrativo de natureza técnica, num processo em que as provas se acumulam em onze alentados volumes, deve o Judiciário acatá-las, em princípio.

Sòmente na ação própria, que é a de anulação, poderá, por isso mesmo, ser impugnado o acórdão da Comissão Executiva, que não apresenta, como se vem demonstrando, vícios manifestos de ilegalidade ou de inconstitucionalidade.

Ao 9.º quesito.

Respondemos negativamente pelos fundamentos constantes da introdução e das respostas dadas às demais questões com esta relacionadas.

Ao 10.º quesito.

Não. Entre os processos técnicos de apurar a ocorrência da ofensa à coisa julgada, dois receberam a consagração da doutrina e da jurisprudência e são : *a*) o que estabelece a averiguação da contradição, da incompatibilidade ou do conflito entre duas decisões e *b*) o que requer a verificação da tríplice identidade de objeto, de causa e de pessoas.

A aplicação do primeiro dos testes à hipótese da consulta revelará a improcedência da argüição de ofensa à coisa julgada, pois que não há nenhuma contradição, ou incompatibilidade ou conflito entre o acórdão da Comissão Executiva do I.A.A. e o acórdão do Tribunal de Apelação de São Paulo que confirmou a sentença do juiz de direito de Piracicaba.

Com efeito, o que ficou decidido pelo acórdão do Tribunal de Apelação de São Paulo é que Ângelo Altafiu, Valdevino Soares, Henrique Baldassiu, Vergílio Tonini, Caetano Pacovau, Paulo Vitti, Paulo Benatti e Antônio Leoni não eram *fornecedores* da Usina Monte Alegre.

O acórdão da Comissão Executiva do I.A.A. reconheceu a qualidade de *fornecedores* a quarenta e nove outros lavradores de cana da Usina Monte Alegre, entre os quais não figura qualquer dos oito lavradores que foram partes na ação declaratória.

Em resumo: o acórdão do Tribunal de Apelação de São Paulo julgou improcedente uma ação declaratória proposta por oito agricultores de cana da Usina Monte Alegre porque, em face da prova, os autores não podiam ser considerados fornecedores; o acórdão da Comissão Executiva do I.A.A. *reconheceu a qualidade de fornecedores* a quarenta e nove OUTROS agricultores da mesma Usina, ou seja com *exclusão de todos os que foram partes na ação declaratória*.

Há contradição ou conflito entre as duas decisões?

Evidentemente não.

Afirmou o acórdão da Comissão Executiva do I.A.A. algum direito negado ou negou algum direito afirmado pela decisão anterior?

De modo nenhum.

Desde que ambas as decisões podem coexistir, desde que elas não se atritam em qualquer ponto, podemos concluir que não cabe, na espécie, a invocação da autoridade da *coisa julgada*.

Submetamos agora a argüição de ofensa à coisa julgada à prova da tríplice identidade para, ainda uma vez, demonstrar a sua improcedência.

Por identidade de objeto entende a doutrina a *identidade de relação jurídica*.

Tendo-se em vista a natureza individual da situação jurídica de cada colono, de cada fornecedor e de cada trabalhador agrícola em face da Usina, qualquer que seja a conceituação que se dê aos vários tipos de contrato agrário, temos que concluir que a decisão declaratória (do I.A.A. ou do Poder Judiciário), concedendo ou negando a certos e determinados lavradores a qualidade de *fornecedor*, não afetará a terceiros que não tenham sido partes no processo, dada a natureza individual da situação jurídica de cada um dos agricultores em relação à Usina.

Na ação declaratória, o que ficou estabelecido é que certos trabalhadores agrícolas, devidamente identificados, não eram fornecedores.

No acórdão da Comissão Executiva, ora impugnado, foi decidido que quarenta e nove trabalhadores agrícolas diferentes — por isso que expressamente excluídos os oito que foram partes na ação declaratória — reúnem os requisitos que integram a figura do fornecedor.

A relação jurídica que constituiu objeto da ação declaratória foi a caracterização da natureza *da situação jurídica individual* dos trabalhadores agrícolas A. B. C. D. E. F. G. e H, em face da Usina.

A relação jurídica que constituiu objeto do acórdão da Comissão Executiva foi a declaração da situação jurídica individual de outros trabalhadores agrícolas I. J. K. L. M. etc., em face da Usina.

A natureza individual da situação jurídica de cada trabalhador em relação à Usina, aliada à circunstância de que nenhum dos que foram partes na ação declaratória foi incluído no acórdão da Comissão Executiva do I.A.A., evidencia a inexistência da primeira das identidades requeridas para a admissão da *exceptio rei judicata*.

A contraprova de que não há identidade, total ou mesmo parcial, das relações de direito resolvidas nas duas decisões é que elas não são contraditórias, mas perfeitamente compatíveis.

LACOSTE, de acôrdo com a doutrina de MARCADÉ, estabelece êsse mesmo critério racional para que se possa determinar a existência ou inexistência de identidade de coisa, nos seguintes têrmos: *"En un mot, l'idée qui doit servir de guide pour savoir s'il y a ou non identité d'objet est la suivant: en statuant sur l'objet d'une demande, le juge est-il exposé à contredire une décision antérieure en affirmant un droit nié, ou niant un droit affirmé par cette précédente décision? S'il ne peut statuer qu'en s'exposant à cette contradiction, il y a identité d'objet et chose jugée"* (MANUEL AURELIANO DE GUSMÃO, "Coisa julgada", n.º 43).

A pesquisa do segundo elemento, identidade de causa, nos casos difíceis e complexos como os das ações concorrentes, pode constituir o ponto central e decisivo da verificação da divergência ou não da *causa petendi*.

Na hipótese da consulta, que não apresenta nenhuma sutileza a demandar exame mais detido dêste elemento, podemos considerar com MATTIROLO que "os dois primeiros requisitos da *coisa julgada* — *identidade de objeto* e *identidade de causa* — se confundem afinal em uma só identidade, isto é, "a identitidade da questão deduzida e decidida" (M.A. GUSMÃO, "Coisa Julgada", pág. 55).

Com efeito, tendo-se demonstrado que a relação jurídica que vincula cada trabalhador à Usina é individual e autônoma, a *causa petendi* será, para cada um dos litisconsortes, a sua situação jurídica pessoal em face da Usina.

Nos têrmos da legislação sôbre a lavoura canavieira, por dois modos é possível a aquisição da qualidade do fornecedor, a saber: *a*) em virtude de contrato; *b*) em virtude de lei.

A primeira modalidade não interessa à hipótese da consulta, visto que tanto a *ação declaratória* como o acórdão da Comissão Executiva versaram sôbre a caracterização do fornecedor, mediante a integração dos elementos definidos na lei e que são:

a) pessoa habilitada a adquirir a qualidade de fornecedor (lavrador que, cultivando terras próprias ou alheias...); *b*) fornecimento de canas (...haja fornecido canas, diretamente ou por interposta pessoa, durante três ou mais safras consecutivas à mesma Usina); *c*) pessoa destinatária do fornecimento; *d*) decisão declaratória do Instituto.

A situação jurídica de um fornecedor, como se depreende dos elementos que a compõem e integram, é tìpicamente uma situação jurídica individual, autônoma, que não se vincula com outras situações jurídicas, também individuais, de outros fornecedores ou colonos em relação à Usina.

É essa individualidade e autonomia da situação jurídica de cada litisconsorte em face da Usina que nos revela que a *causa petendi*, repousando embora no texto legal, é também autônoma e individual.

Cada litisconsorte tem o seu direito de ação e em favor de cada um existe uma *causa petendi*, em nada afetada pelo fato da cumulação subjetiva de ações.

E tanto assim é que a sentença do juiz de Piracicaba, tal fôsse a prova produzida no processo, poderia ter reconhecido a situação jurídica de fornecedor a alguns dos autores, negando-a a outros.

Êsse desfecho da ação declaratória, jurìdicamente possível, só estêve condicionado à verificação, com relação a cada autor, da prova dos elementos que integram a qualidade de fornecedor.

Se, mesmo dentro de uma única ação, as situações jurídicas individuais dos litisconsortes mantêm sua autonomia, por isso que a conexão entre as referidas situações é cindível, com maior razão se há-de reconhecer a cada agricultor estranho à ação proposta, e que julgue reunir os requisitos legais de fornecedor, o direito de ação que irrecusàvelmente lhe cabe para pleitear o reconhecimento da sua situação jurídica individual.

Sendo, assim, individual e autônoma a *causa petendi*, claro é que não ocorre na espécie a segunda identidade requerida para justificar a argüição de ofensa à coisa julgada.

Também o terceiro e último elemento, identidade de pessoas, não existe, no caso em exame.

Tome-se êste elemento como se referindo à identidade física das pessoas, ou à sua *identidade jurídica*, devemos, de qualquer modo concluir que os autores da ação declaratória julgada pela justiça paulista não são, nem física nem jurìdicamente, os mesmos que obtiveram da C.E. do I.A.A. o reconhecimento de sua qualidade de fornecedores.

Fìsicamente, não existe identidade entre as pessoas porque nenhum dos litisconsortes da ação declaratória foi contemplado no acórdão da C.E. do I.A.A.

Jurìdicamente, identidade de pessoas não existe porque, como já demonstramos à saciedade, as situações jurídicas dos vários interessados são individuais e autônomas, o que quer dizer que as pessoas que fizeram a cumulação subjetiva de suas ações perante o Poder Judiciário são jurìdicamente independentes entre si e, com redobrada razão, em face das outras pessoas que recorreram à via administrativa.

Ao 11.º quesito.

Não. O Estatuto da Lavoura Canavieira, nos seus arts. 107 *usque* 112 e 137 *usque* 140, não criou uma justiça especial.

De acôrdo com a técnica constitucional brasileira, são consideradas justiças especiais apenas as seguintes: a justiça militar e a justiça do trabalho, por isso que pela lei constitucional n.º 14, de 17 de novembro de 1945, foi extinto

o Tribunal de Segurança Nacional (CASTRO NUNES, "Teoria e Prática do Poder Judiciário", ed "Revista Forense", 1943, pág. 395).

No nosso direito constitucional, o conceito de justiças especiais coincide com o de tribunais de competência especializada e restrita, criados pela Constituição.

São, por isso mesmo, profundamente dessemelhantes dos órgãos administrativos que exercem função jurisdicional. Embora ambos realizem função jurisdicional, têm natureza diferente.

A justiça especial é órgão jurisdicional enquanto os outros são órgãos administrativos.

Ás justiças especiais exercem exclusivamente funções jurisdicionais, ao passo que os órgãos administrativos exercem cumulativamente funções administrativas e jurisdicionais.

A justiça especial é criada pela Constituição e os tribunais administrativos são criados por lei ordinária.

Na petição do mandado de segurança sustenta-se, porém, que sòmente a Constituição pode criar órgãos jurisdicionais e que, precisamente por essa razão, seria inconstitucional a outorga de atribuições jurisdicionais à C.E. do I. A. A.

Não procede o argumento.

No nosso sistema constitucional, da mesma maneira que no americano, podem ser estabelecidos, ao lado dos tribunais criados pela Constituição, tribunais criados por lei (ROBERT E. CUSHMAN, "The Problem of the Independent Regulatory Commissions", 1937, pág. 10; JAMES M. LANDIS, "The Administrative Process", 1939, págs. 19 e 20).

No caso *Ex parte Bakelite Corporation*, a Suprema Côrte dos Estados Unidos ainda uma vez confirmou a pacífica jurisprudência de que o Congresso pode criar outros tribunais, além dos previstos na cláusula judiciária (art. III) da Constituição.

"While Article III of the Constitution declares, in section 1, that the judicial power of the United States shall be vested in one Supreme Court and in "such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish", and prescribes, in section 2, that this power shall extend to cases and controversies of certain enumerated classes, it long has been settled that Article III does not express the full authority of Congress to create courts, and that other Articles invest Congress with powers in the exertion of which it may create inferior courts and clothe them with functions deemed essential or helpful in carrying those powers into execution. But there is a difference between the two classes of courts. Those established under the specific power given in section 2 of Article III are called constitucional courts. They share in the exercise of the judicial power defined in that section, can be invested with no other jurisdiction, and have judges who hold office during good behavior, with no power in Congress to provide otherwise. On the other hand, those created by Congress in the exertion of other powers are called legislative courts. Their functions always are directed to the execution of one or more of such powers and are prescribed by Congress independently of section 2 of Article III; and their judges hold for such term as Congress prescribes, whether it be a fixed period of years or during good behavior" (279 U.S. 438 (1929).

Com fundamento nessa jurisprudência é que têm sido criados os tribunais administrativos americanos, como sejam a *United States Court of Claims, a United States Court of Customs and Patent Appeals,* e a *United States Customs Court* ("United States Government Manual", 1944, pág. 47).

No Brasil não tem sido outra a interpretação da Carta de 37.

O Tribunal do Júri e o Júri de Imprensa são exemplos de tribunais legislativos, por isso que não figuram na Carta constitucional.

Na exposição de motivos do dec.-lei n.º 167, de 5 de janeiro de 1938, replicou o ministro FRANCISCO CAMPOS às dúvidas suscitadas sôbre o alcance que teria a omissão do Júri na Carta constitucional.

"É motivo de controvérsia a sobrevivência do Júri após o advento da Constituição de 10 de novembro. Argumenta-se que a nova Carta constitucional tàcitamente aboliu o tribunal popular, de vez que não faz menção dêle, deixando de incluí-lo entre os "órgãos do Poder Judiciário", enumerados no seu art. 90. A improcedência do argumento é, porém, manifesta. Funda-se êle no velho e desacreditado princípio *inclusio unius exclusio alterius,* já substituído na doutrina e na jurisprudência, salvo casos especialíssimos, pelo aforismo contrário : *positio unius non est exclusio alterius*".

O Tribunal Marítimo Administrativo e a Câmara de Reajustamento Econômico são também tribunais legislativos sôbre cuja constitucionalidade não se discute.

É o nosso parecer.

S. M. J.

Rio, 22 de julho de 1946. — *Bilac Pinto,* professor catedrático em a Faculdade Nacional de Direito.