

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.04.01.020852-3/RS

RELATOR : Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
AGRAVANTE : ADAO MANOEL RODRIGUES e outros
ADVOGADO : Odilon Rebes Abreu e outros
AGRAVADO : FUNDACAO CULTURAL PALMARES

EMENTA

CONSTITUCIONAL. DIREITO DE PROPRIEDADE. QUILOMBO. DECRETO Nº 4.887/03. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XXII, DA CF/88.

1. É cristalina a violação do Decreto nº 4.887/03, bem como do art. 2º da Portaria nº 19, do art. 5º, XXII, da CF/88, face às limitações ali instituídas ao direito de propriedade dos agravantes.

Constata-se, pois, nesses dispositivos legais uma severa limitação ao direito constitucional de propriedade (Constituição Federal -- CF -- art. 5, XXII).

Sabendo-se que o direito fundamental de propriedade não é absoluto (STF: RE 14263, ADIMC 2213/DF, MS 23452/RJ), estando, portanto, o seu conteúdo sujeito à limitações impostas pelo legislador (RE 246243/MG; RE 308399/MG), dado que o art. 5, XXII da CF não encerra um conceito constitucional de propriedade (RE 246243/MG; RE 308399/MG), há que se analisar a constitucionalidade da medida legislativa adotada para tal restrição.

Ou seja, se a limitação imposta pelo legislador ao direito fundamental de propriedade está amparada em um valor também consagrado constitucionalmente (ou no mínimo juridicamente relevante) que justifique a medida adotada. E isto se deve fundamentalmente ao fato de que o legislador não possui uma liberdade absoluta na sua atividade legiferante (RE 266994/SP; RE 415015/RS), porquanto esta é limitada por parâmetros existentes no próprio texto constitucional (MS 23452/RJ; RE 374981/RS).

A respeito, leciona Bernard Schwartz, in *Commentary on the Constitution of the United States – The Rights of Property*, the Macmillan Company, New York, 1965, pp. 2/3, *verbis*:

"The Constitution has been construed as a living instrument intended to vest in the nation whatever authority may be appropriate to meet the exigencies of almost two centuries of existence.

To regard the Constitution solely as a grant of governmental authority is, nevertheless, to obtain but a partial and distorted view. Just as important is its function as a limitation upon such authority. As already emphasized in section 1, the American conception of a constitution is one which is not confined to viewing such instrument as a charter from which government derives the powers which enable it to function effectively. Instead, with us, the organic document is one under which governmental powers are both conferred and circumscribed.

The Constitution is thus more than a framework of government; it establishes and guarantees rights which it places beyond political abridgment. In this country, written constitutions were deemed essential to protect the rights and liberties of the people against the encroachments of governmental power."

Da mesma forma, impõe-se recordar a velha mas sempre nova lição de John Randolph Tucker, em seu clássico comentário à Constituição norte-americana, *verbis*:

"All acts of every department of government, within the constitutional bounds of powers, are valid; all beyond bounds are "irritum et insane" – null and void. Government, therefore, has no inherent authority, but only such as is delegated to it by its sovereign principal. Government may transcend the limits of this authority, but its act is none the less void. It cannot, by usurpation, jurally enlarge its powers, nor by construction stretch them beyond the prescribed limits."

(In The Constitution of the United States, Callaghan & Co., Chicago, 1899, pp. 66/7, § 54)

Outro não é o ensinamento de Daniel Webster, *verbis*:

"The Constitution, again, is founded on compromise, and the most perfect and absolute good faith, in regard to every stipulation of this kind contained in it is indispensable to its preservation. Every attempt to grasp that which is regarded as an immediate good, in violation of these stipulations, is full of danger to the whole Constitution."

(In The Works of Daniel Webster, Little, Brown and Company, Boston, 1853, v. I, p. 331)

2. A propósito do poder regulamentar, é sempre atual o magistério de Pimenta Bueno, o mais autorizado intérprete da Carta Imperial de 1824, que o considera abusivo nos seguintes casos, *verbis*:

"1º) em criar direitos, ou obrigações novas, não estabelecidas pela lei, porquanto seria uma inovação exorbitante de suas atribuições, uma usurpação do poder legislativo, que só poderá ser tolerada por câmaras desmoralizadas. Se assim não fora poderia o governo criar impostos, penas, ou deveres, que a lei não estabeleceu, teríamos dois legisladores, e o sistema constitucional seria uma verdadeira ilusão;

2º) em ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações, porquanto a faculdade lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei, e não para introduzir mudança ou alteração alguma nela, para manter os direitos e obrigações como foram estabelecidos, e não para acrescentá-los ou diminuí-los, para obedecer ao legislador, e não para sobrepor-se a ele;

3º) em ordenar, ou proibir o que ela não ordena, ou não proíbe, porquanto dar-se-ia abuso igual ao que já notamos no antecedente número primeiro. E demais, o governo não tem autoridade alguma para suprir, por meio regulamentar, as lacunas da lei, e mormente do direito privado, pois que estas entidades não são simples detalhes, ou meios de execução. Se a matéria como princípio é objeto de lei, deve ser reservada ao legislador; se não é, então não há lacuna na lei, sim objeto de detalhe de execução;

4º) em facultar, ou proibir, diversamente do que a lei estabelece, porquanto deixaria esta de ser qual fora decretada, passaria a ser diferente, quando a obrigação do governo é de ser em tudo e por tudo fiel e submisso à lei;

5º) finalmente, em extinguir ou anular direitos ou obrigações, pois que um tal ato equivaleria à revogação da lei que os estabeleceu ou reconheceu; seria um ato verdadeiramente atentatório."

(In Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Rio de Janeiro, 1857, p. 237, nº 326)

E mais adiante, conclui o ilustre Mestre, *verbis*:

"O governo não deve por título algum falsear a divisão dos poderes políticos, exceder suas próprias atribuições, ou usurpar o poder legislativo.

Toda e qualquer irrupção fora destes limites é fatal, tanto às liberdades públicas, como ao próprio poder."

(In Op. Cit., p. 237)

Realmente, o ordenamento jurídico brasileiro atribui ao regulamento unicamente o papel de regulamentar a lei, esclarecendo o seu comando normativo, porém, sempre, observando-a, estritamente, não podendo inovar, ampliar ou restringir direitos, sob pena de ilegalidade.

Nesse sentido, orienta-se a melhor doutrina, *verbis*:

Inteiro Teor (987667)

"748. – Le règlement de police, parce qu'il est un règlement, est hiérarchiquement inférieur à la loi. Il ne peut aller, dans ses dispositions, à l'encontre des prescriptions législatives, s'il en existe sur tel ou tel point particulier.

(PAUL DUEZ et GUY DEBEYRE, in *Traité de Droit Administratif*, Librairie Dalloz, Paris, 1952, p. 514)

LES LIMITES DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

Elles sont toutes l'expression de la subordination de l'autorité réglementaire au législateur. On peut les classer ainsi:

1° Obligation de respecter les lois dans leur lettre et dans leur esprit;

2° Impossibilité d'interpréter la loi: ce pouvoir n'appartient qu'au législateur et aux tribunaux: CE (Sect.), 10 juin 1949, Baudouin.

3° Impossibilité pour l'autorité administrative de prendre l'initiative de diminuer par un règlement la liberté des citoyens si le législateur n'a pas posé au moins le principe d'une telle limitation;

(...)."

(MARCEL WALINE, in *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6^e ed., Libr. Du Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 41)

Essa é, igualmente, a jurisprudência da Suprema Corte, *verbis*:

"Resolução n.º 194/1970 do CONFEA – Exercício da Profissão de Engenharia, Agronomia e Arquitetura – Exigências ilegais.

Dada a inferioridade constitucional do regulamento em confronto com a lei, é evidente que aquele não pode alterar, seja ampliando, quer restringindo, os direitos e obrigações prescritos nesta.

(...)."

(RE n.º 81.532–BA, rel. Min. CUNHA PEIXOTO, in RTJ 81/494).

3. Provimento do agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 07 de dezembro de 2005.

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2005.04.01.020852–3/RS

RELATOR : Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ

AGRAVANTE : ADAO MANOEL RODRIGUES e outros

ADVOGADO : Odilon Rebes Abreu e outros

AGRAVADO : FUNDACAO CULTURAL PALMARES

RELATÓRIO

O parecer do MPF, à fl. 177, expõe com precisão a controvérsia, *verbis*:

"Trata-se de agravo de instrumento (2/21) contra decisão indeferitória (fl. 20) de medida liminar em mandado de segurança (fls. 43/58) visando a suspender os efeitos da Portaria nº 19/04 da Fundação Cultural Palmares (publicada no DOU de 04/06/2004), que declarou e incluiu imóveis dos agravantes como áreas remanescentes de quilombos,

Inteiro Teor (987667)

afetando o pleno exercício do direito de propriedade. Nesta instância indeferido o efeito suspensivo (fl. 61), decorreu in albis o prazo para contra-razões (fl. 67). Com parecer ministerial pelo desprovemento (fl. 70), foi provido o recurso (fls. 72/75) indiretamente incursionando o órgão julgador no mérito da ação principal sem a devida atenção aos elementos fáticos-sociológicos da vexata quaestio, a ensejar estes embargos declaratórios em que se pede, respeitosamente, efeito infringente para reforma do decisum."

É o relatório.

Peço dia.

VOTO

Ora, sendo os atos executórios praticados por autoridade neste Estado, recaindo sobre bens aqui situados, a competência para o julgamento do writ é da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul.

Ao julgar o AI nº 2004.04.01.057365-8/RS, idêntico ao dos autos, proferi o seguinte voto, *verbis*:

"Com efeito, com a devida vênia, impõe-se a reforma do decisum impugnado.

O periculum in mora restou demonstrado na peça vestibular, a fls. 07/8, verbis:

"Sobre as áreas de propriedade dos agravantes não há e não houve, em qualquer tempo, ocupação por parte de comunidade, ou mesmo de indivíduos, remanescentes de quilombos.

De um tempo até esta parte começou a haver agitação no sentido de criar a condição de uma eventual existência de quilombo na região, em época imprecisa e sem a menor indicação de sua localização no espaço das terras de Maquiné.

Com isso, órgãos públicos, como a Fundação Cultural Palmares, instalaram um conflito étnico onde todos viviam em harmonia, sem qualquer incidente ou litígio decorrente desta ou daquela ascendência racial.

Com a resolução contida no ato atacado pelo mandamus instalou-se a incerteza, a desconfiança, a hostilidade e a intranquilidade para todos os moradores de Maquiné. Os agravantes já sofrem o prejuízo de ver suas terras incluídas, de forma indistinta e indeterminada, como áreas sucessíveis de perda da propriedade, por suposta existência de quilombos.

Este ato já afetou o valor dos imóveis dos agravantes, que já sofrem restrição até no seu direito de alienação dos mesmos, pois não há negócios que se aventurem a adquirir propriedades assim gravadas, que possam vir a ser desconstituídas por atos semelhantes ao contido na Portaria ora atacada.

Ferido já está o direito de propriedade dos agravantes, garantido no Art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, e a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, prevista no art. 1.228 e seguintes do Código Civil, pela turbacão imposta com a restrição decorrente da resolução constante da Portaria atacada pelo writ; ameaça iminente sobre ele recai pela possibilidade de que os atos subseqüentes venham a suprimi-la, sem que para isto tenha sido instaurado o devido processo legal, com a oportunidade

Inteiro Teor (987667)

do exercício amplo do direito à defesa aos atingidos."

No que concerne ao fumus boni juris, é este evidente, pois o Decreto 4.887/03, em princípio, viola a garantia do art. 5º, XXII, da CF.

Por esses motivos, dou provimento ao recurso.

É o meu voto."

A propósito do poder regulamentar, é sempre atual o magistério de Pimenta Bueno, o mais autorizado intérprete da Carta Imperial de 1824, que o considera abusivo nos seguintes casos, *verbis*:

"1º) em criar direitos, ou obrigações novas, não estabelecidas pela lei, porquanto seria uma inovação exorbitante de suas atribuições, uma usurpação do poder legislativo, que só poderá ser tolerada por câmaras desmoralizadas. Se assim não fora poderia o governo criar impostos, penas, ou deveres, que a lei não estabeleceu, teríamos dois legisladores, e o sistema constitucional seria uma verdadeira ilusão;

2º) em ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações, porquanto a faculdade lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei, e não para introduzir mudança ou alteração alguma nela, para manter os direitos e obrigações como foram estabelecidos, e não para acrescentá-los ou diminuí-los, para obedecer ao legislador, e não para sobrepor-se a ele;

3º) em ordenar, ou proibir o que ela não ordena, ou não proíbe, porquanto dar-se-ia abuso igual ao que já notamos no antecedente número primeiro. E demais, o governo não tem autoridade alguma para suprir, por meio regulamentar, as lacunas da lei, e mormente do direito privado, pois que estas entidades não são simples detalhes, ou meios de execução. Se a matéria como princípio é objeto de lei, deve ser reservada ao legislador; se não é, então não há lacuna na lei, sim objeto de detalhe de execução;

4º) em facultar, ou proibir, diversamente do que a lei estabelece, porquanto deixaria esta de ser qual fora decretada, passaria a ser diferente, quando a obrigação do governo é de ser em tudo e por tudo fiel e submisso à lei;

5º) finalmente, em extinguir ou anular direitos ou obrigações, pois que um tal ato equivaleria à revogação da lei que os estabeleceu ou reconheceu; seria um ato verdadeiramente atentatório."

(In Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Rio de Janeiro, 1857, p. 237, nº 326)

E mais adiante, conclui o ilustre Mestre, *verbis*:

"O governo não deve por título algum falsear a divisão dos poderes políticos, exceder suas próprias atribuições, ou usurpar o poder legislativo.

Toda e qualquer irrupção fora destes limites é fatal, tanto às liberdades públicas, como ao próprio poder."

*(In
Op .
Cit.,
p .
237)*

Realmente, o ordenamento jurídico brasileiro atribui ao regulamento unicamente o papel de regulamentar a lei, esclarecendo o seu comando normativo, porém, sempre, observando-a, estritamente, não podendo inovar, ampliar ou restringir direitos, sob pena de ilegalidade.

Nesse sentido, orienta-se a melhor doutrina, *verbis*:

"748. – Le règlement de police, parce qu'il est un règlement, est hiérarchiquement inférieur à la loi. Il ne peut aller, dans ses dispositions, à l'encontre des prescriptions législatives, s'il en existe sur tel ou tel point particulier.

(PAUL DUEZ et GUY DEBEYRE, in Traité de Droit Administratif, Librairie Dalloz, Paris, 1952, p. 514)

**LES LIMITES DU POUVOIR
RÉGLEMENTAIRE**

Elles sont toutes l'expression de la subordination de l'autorité réglementaire au législateur. On peut les classer ainsi:

1° Obligation de respecter les lois dans leur lettre et dans leur esprit;

2° Impossibilité d'interpréter la loi: ce pouvoir n'appartient qu'au législateur et aux tribunaux: CE (Sect.), 10 juin 1949, Baudouin.

3° Impossibilité pour l'autorité administrative de prendre l'initiative de diminuer par un règlement la liberté des citoyens si le législateur n'a pas posé au mains le principe d'une telle limitation;

(...)."

(MARCEL WALINE, in Traité Élémentaire de Droit Administratif, 6^a ed., Libr. Du Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 41)

Essa é, igualmente, a jurisprudência da Suprema Corte, *verbis*:

"Resolução n.º 194/1970 do CONFEA – Exercício da Profissão de Engenharia, Agronomia e Arquitetura – Exigências ilegais.

Dada a inferioridade constitucional do regulamento em confronto com a lei, é evidente que aquele não pode alterar, seja ampliando, quer restringindo, os direitos e obrigações prescritos nesta.

(...)."

(RE n.º 81.532–BA, rel. Min. CUNHA PEIXOTO, in RTJ 81/494).

É cristalina a violação do Decreto nº 4.887/03, bem como do art. 2º da Portaria nº 19, do art. 5º, XXII, da CF/88, face às limitações ali instituídas ao direito de propriedade dos agravantes.

Constata-se, pois, nesses dispositivos legais uma severa limitação ao direito constitucional de propriedade (Constituição Federal -- CF -- art. 5, XXII).

Sabendo-se que o direito fundamental de propriedade não é absoluto (STF: RE 14263, ADIMC 2213/DF, MS 23452/RJ), estando, portanto, o seu conteúdo sujeito à limitações impostas pelo legislador (RE 246243/MG; RE 308399/MG), dado que o art. 5, XXII da CF não encerra um conceito constitucional de propriedade (RE 246243/MG; RE 308399/MG), há que se analisar a constitucionalidade da medida legislativa adotada para tal

restrição.

Ou seja, se a limitação imposta pelo legislador ao direito fundamental de propriedade está amparada em um valor também consagrado constitucionalmente (ou no mínimo juridicamente relevante) que justifique a medida adotada. E isto se deve fundamentalmente ao fato de que o legislador não possui uma liberdade absoluta na sua atividade legiferante (RE 266994/SP; RE 415015/RS), porquanto esta é limitada por parâmetros existentes no próprio texto constitucional (MS 23452/RJ; RE 374981/RS).

A respeito, leciona Bernard Schwartz, in *Commentary on the Constitution of the United States – The Rights of Property*, the Macmillan Company, New York, 1965, pp. 2/3, *verbis*:

"The Constitution has been construed as a living instrument intended to vest in the nation whatever authority may be appropriate to meet the exigencies of almost two centuries of existence.

To regard the Constitution solely as a grant of governmental authority is, nevertheless, to obtain but a partial and distorted view. Just as important is its function as a limitation upon such authority. As already emphasized in section 1, the American conception of a constitution is one which is not confined to viewing such instrument as a charter from which government derives the powers which enable it to function effectively. Instead, with us, the organic document is one under which governmental powers are both conferred and circumscribed.

The Constitution is thus more than a framework of government; it establishes and guarantees rights which it places beyond political abridgment. In this country, written constitutions were deemed essential to protect the rights and liberties of the people against the encroachments of governmental power."

Da mesma forma, impõe-se recordar a velha mas sempre nova lição de John Randolph Tucker, em seu clássico comentário à Constituição norte-americana, *verbis*:

"All acts of every department of government, within the constitutional bounds of powers, are valid; all beyond bounds are "irritum et insane" – null and void. Government, therefore, has no inherent authority, but only such as is delegated to it by its sovereign principal. Government may transcend the limits of this authority, but its act is none the less void. It cannot, by usurpation, jurally enlarge its powers, nor by construction stretch them beyond the prescribed limits."

(In The Constitution of the United States, Callaghan & Co., Chicago, 1899, pp. 66/7, § 54)

Outro não é o ensinamento de Daniel Webster, *verbis*:

"The Constitution, again, is founded on compromise, and the most perfect and absolute good faith, in regard to every stipulation of this kind contained in it is indispensable to its preservation. Every attempt to grasp that which is regarded as an immediate good, in violation of these stipulations, is full of danger to the whole Constitution."

(In The Works of Daniel Webster, Little, Brown and Company, Boston, 1853, v. I, p. 331)

Por esses motivos, dou provimento ao recurso.

É o meu voto.

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator