

Constituinte - não!

Reflexões e objurgatórias atinentes à instalação da Assembléia Nacional Constituinte

EDUARDO MARCIAL FERREIRA JARDIM

O Brasil, ao que tudo indica, caminha a passos largos para a instalação de uma Assembléia Nacional Constituinte.

A premissa sintetiza a tendência permeada em pronunciamentos iterativos de políticos pertencentes às mais variadas correntes partidárias, sobre exprimir o pensar dominante de entidades corporativas, a teor da ordem dos advogados, dentre outras, além de congregar o apoio de múltiplos segmentos da sociedade, a exemplo de jornalistas, economistas, professores, sociólogos, estudantes etc.

Diante do comportamento exacerbado "pró constituinte já" pode-se até admitir que existe uma certa aura de unanimidade em prol da reformulação institucional para o País.

Em realidade, é compreensível a presença do espírito constitucionalista, máxime porque o País está emergindo para o patamar da democracia após 20 anos de autoritarismo.

Por outro lado, contudo, o tema assume tal magnitude que, por isso mesmo, rende margem a reflexões mais alentadas do que aquelas até então predicadas pela corrente favorável à instalação da Assembléia Nacional Constituinte a breve trecho, posto que o clamor constitucionalista, idóneo embora, vem conotado de um certo adonamento que poderia comprometer a edição temporária de uma Carta Magna que teria o condão de consolidar as reformas com caráter mais denso, mais comedido e mais perdurável.

Força é observar que uma nova Constituição não teria a possibilidade de realizar alquimias, assim como, por termo à dívida externa, extinguir o endividamento interno resolver o problema da seca do Nordeste, dar emprego a dezenas de milhões de desempregados, atribuir um mínimo de segurança à população, suprir os danos cometidos contra os cofres públicos em face de Sunamam, Inamps e outros desmandos bastante conhecidos, além de uma série de ingentes prioridades reclamadas pela sociedade brasileira.

Verdade seja, ninguém teria a suprema ingenuidade de esperar conquistas prodigiosas em face de um novo texto Constitucional.

Qual seria a justificativa para a realização de uma Constituinte a curto prazo?

Muitas razões ponderosas existem, a começar pela legitimidade do novo Texto Prêmo, que traduziria a deliberação da sociedade brasileira, a qual se organizaria por intermédio de seus representantes que teriam assento na Assembléia Nacional.

Entanto, talvez fosse mais prudente dar prosseguimento ao debate acerca do assunto, sem o estabelecimento de uma data tão próxima para sua realização, mas com a ordenação de um objetivo maior, qual seja, exaustar a discussão do tema para instalar a Assembléia após a determinação dos anseios de nossa sociedade para que a nova Carta Magna venha para ficar, diferentemente do que ocorreu com as Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, e as reformas de 1969 que não a vigor.

A par com a ponderação assinalada outro argumento desponta em favor da proposta pugna neste ensaio, vale dizer, nada adiantaria a concepção de um irreversível texto Constitucional se os depositários do poder deixassem de cumpri-lo, na mesma forma como descumprem a Carta Magna em vigor.

Este, aliás, é o ponto nodular do problema tematizado, pois seria absolutamente lúcida e imprestável uma nova ordem jurídica se a ela não houvesse estreita e rigorosa obediência.

Nesse passo, cabe ponderar, seria mais coerente, mais prudente, mais ético e mais recomendável, por todos os títulos, que o poder público adotasse, de logo, a postura de sujeição à lei, pois assim estaria cunhando verdadeiramente os primados da democracia.

Cumpra lembrar, bem é de ver, que a Carta Constitucional vigente consagra em nível sacramental os direitos e garantias individuais relativos à liberdade e à propriedade, que ao seu turno, simbolizam o apelo dos Estados Democráticos. Ao demais, postulados programáticos prestigiam os objetivos de cunho social, roborando, assim, os aspectos positivos do texto em vigor.

Por conseguinte, o Texto Constitucional vigente se afigura sobremodo primoroso, de fora a parte, é claro, a contingência de alojar instrumentos de autoritarismo, a exemplo da possibilidade de instituição de tributos por meio de Decreto-lei, ou ainda a

existência de funções judicantes impropriamente atribuídas ao procurador geral da República, além de uma série de institutos que podem ser elididos da ordem jurídica por intermédio de simples Emendas Constitucionais, sem qualquer necessidade, asseverar-se de passagem, de Assembléia Nacional Constituinte para o alcance do desígnio suscitado.

Assim, acaso se expunja da Constituição a reminiscência do autoritarismo nela existente, força é notar que o Texto Supremo remanescente estamparia, inquestionavelmente, um expressivo modelo de Estado Democrático.

De outra parte, convém observar, que os problemas mais tormentosos de nossa vida pública decorrem de desobediência por parte dos depositários do poder com relação à lei constitucional e infraconstitucional, e por tal motivo a questão se resume, a meu pensar, em substituir os homens incumbidos de legislar e cumprir as leis, ao revés de mudar a Lei Maior, a qual não tem culpa, é lógico, de ser tão desrespeitada.

A guisa de exemplo, se depara oportuno enunciar algumas situações que haverão de servir para ilustrar e roborar o ponto de vista trazido à colação. Vejamos pois:

A Dívida Externa

Por sem dúvida, trata-se de um tópico notadamente grave e preocupante, porquanto está a macular a nossa soberania, sobre desencadear efeitos negativos no plano econômico que culminam por comprometer a qualidade de vida da sociedade brasileira.

Em veras, chega a ser cruel saber que o esforço do trabalhador brasileiro é revertido para o inócuo pagamento parcial de juros de uma dívida, cujo crescimento é persistente, e por isso mesmo, torna o débito decididamente insolvável nos termos em que se desenvolve.

A situação é realmente inconcebível, na medida em que a geração contemporânea não pactuou com a dívida e terá que suportá-la em parte; em igual rumo, é inaceitável também que as gerações futuras recebam um "legado" sem contrapartida no ativo.

Em face das considerações ora expostas surge a indagação subsequente: em que dimensão uma nova Carta Constitucional seria mais prestante que a atual para amenizar o problema de endividamento externo? A resposta se afigura singela porquanto em nenhum aspecto um novo Diploma Constitucional seria mais útil do que o vigente, pois a Constituição Federal atribui ao Parlamento as prerrogativas necessárias para espancar a questão em debate.

Para roborizar a alegação basta compulsar o artigo 44, inciso I da Constituição que dispõe "in verbis":

"art. 44 — É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I — Resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República".

Aflora à obviedade, que o empréstimo tomado no Exterior é um ato internacional, e nessa condição seu implemento depende de anuência do Congresso que, diga-se de passo, deixou de exercer suas faculdades constitucionais.

Como se vê, o grande problema consiste em cumprir a lei e não em editar uma nova ordem jurídica.

FNT/ISSC

O FNT, cuja legislação fora revogada, representava a cobrança de uma sobretaxa que incidia sobre as comunicações telefônicas e telex, à proporção de 30% nas chamadas locais e interurbanas e 15% nas internacionais.

A ilegalidade do mencionado gravame é tão cristalina que o Governo Federal resolveu substituir aquele "tributo" por outro menos ofensivo à ordem jurídica.

Em apertada síntese, pode-se dizer que a sobretaxa conhecida pelo senso comum como FNT é ilegal, porquanto haveria de ser criada por lei, jamais por meio de Portaria do Contel como ocorreu.

A mencionada sobretaxa não se escoa de outras inexistências vitandas, que exigiriam uma abordagem mais ampla para serem demonstradas, mas convém frisar que sua simples instituição por meio de Portaria agride os mais elementares postulados de tributação, pois tributo só pode ser criado por lei, posto que sua concepção se condiciona à concordância da coletividade por intermédio de seus representantes no Parlamento, não podendo, jamais, ser instituído por deliberação unilateral de qualquer autoridade do Poder Executivo, por mais categorizada que seja. Esse princípio encontra-se gravado na Constituição em vigor — artigos 19, inciso I, e 153 § 2º — e sua origem teve lugar na Carta Magna Inglesa de 1215!

De outra face, a União Federal, nos feitos em que é Ré, invocou que a sobretaxa seria preço e não tributo, procurando assim, legitimar aquela exigibilidade. Todavia, ainda que fosse preço, mesmo assim sua legalidade seria indisputável, porque preço significa o pagamento de um serviço prestado, enquanto a sobretaxa não representa a remuneração de qualquer serviço prestado pelo Estado ou pelo seu Concessionário.

Convém alebrar que a mencionada sobretaxa foi instituída em 1962, sob a égide da Constituição de 1946, a qual comportava espírito intensamente democrático, o que não impediu, entretanto, que o Poder Público criasse um gravame, perpassando ao derredor do Texto Supremo.

Em dezembro de 1984, o Governo Federal revogou a legislação atinente à sobretaxa do FNT e criou o imposto sobre comunicações. Mais uma vez o texto constitucional foi afrontado, porquanto a incidência do referido imposto não poderia alcançar as ligações intramunicipais, em obediência ao mandamento contido no artigo 21, inciso VII do Estatuto Supremo que assim dispõe:

"artigo 21 — Compete à União instituir imposto sobre: VII — serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal.

Se é verdade que o mencionado encargo fora instituído pelo governo sucedido, não menos verdade é também que o governo da Nova República não rejeitou, como seria de esperar, o Decreto-lei criador daquele tributo que atenta contra a Constituição vigente.

Cabe observar que não haveria de mister ser editada uma nova Carta Constitucional para que o governo atual eliminasse da ordem jurídica aquela exigência aberratória, mas sim que o governo cumprisse a lei vigente.

O PEDÁGIO

A exemplo dos itens precedentes, o pedágio se afigura manifestamente ofensivo à ordem jurídica em vigor, posto que sua cobrança não encontra supedâneo no conjunto de leis a vigor no Estado brasileiro. Não importa o governo alegar que outros países instituíram a cobrança de pedágio, pois é provável que suas leis autorizem a mencionada cobrança, ao passo que as leis brasileiras, reversamente, não se compadecem com sua prática.

Para comprovar a ilegitimidade do pedágio, é necessário submetê-lo a duas perspectivas de observação para efeito de ficar demonstrado, à sociedade, o seu descompasso com o modelo jurídico de nosso direito.

Inicialmente, cabe assinalar que uma dada corrente doutrinária considera o pedágio um "tributo" da espécie "taxa", enquanto outra linha de pensamento lhe atribui a significação de "preço".

Na primeira hipótese — taxa — o pedágio seria inconstitucional por acultrar o artigo 19, inciso II, da Constituição que veda o estabelecimento de limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais.

Por outro lado, se admitia a fisionomia jurídica de natureza não tributária, vale dizer, "preço público", o pedágio será ilegal por ofender o Código Civil, artigo 66, inciso I, o qual prescreve que as estradas são bens públicos de uso comum, e por tal motivo não é lícito ao Poder Público cobrar preço sobre aquilo que não é seu. Em abono a este argumento é oportuno citar o festejado administrativista José Cretella Junior, que assim preleciona: "Bens de uso comum são todas as coisas móveis ou imóveis sobre as quais o público anonimamente, coletivamente, exerce direitos de uso e gozo, como, por exemplo, os que recaem sobre estradas, ruas, praças, rios, costas do mar. Qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, "quique de populo" sem identificação, sem título, anonimamente, pode utilizar-se das ruas e estradas, usufruindo-as sem que possa ser impedido legitimamente, por outro particular ou pelo poder público". (in Curso de Direito Administrativo J. Cretella Junior, Forense edição fls. 648/649).

Como se vê, o Direito Brasileiro não autoriza a cobrança do pedágio, quer como "tributo" da espécie "taxa", quer como gravame não tributário. Ora, se a lei não se compagina com o instituto do pedágio, e os agentes públicos o instituem e o cobram, resalta à evidência que o erro não provém da lei, mas sim dos que exercem o poder e passam ao largo da lei.

ZONA AZUL

A zona azul, a qual é exigível pela municipalidade de São Paulo e também por diversos municípios brasileiros, merece ser mencionado a do pedágio.

À veras, "zona azul" significa, genericamente, o estabelecimento de permissão para estacionar veículos em locais públicos previamente determinados, pelo lapso temporal de até duas horas, e cujo desfrute enseja a cobrança de uma prestação compulsória que reveste natureza tributária, em virtude de sua exata adequação ao regime jurídico dos tributos.

De outra parte, convém obter o objetivo deste ensaio repousa em demonstrar a ilegalidade da zona azul, seja como tributo, seja como prestação não tributária como querem alguns. Por esta forma, deixemos de questionar acerca da natureza jurídica tributária da zona azul, dando pressa, então, em mostrar o quão ilegal ela se afigura.

De conseguinte, se a zona azul for considerada um tributo, sua ilegalidade é cristalina, pela simples razão de originar-se de Decreto do Poder Executivo e não de lei, consoante determina a Constituição da República, e bem assim conforme retilha o artigo 3º do CTN.

De outro lado, se a referida zona azul for considerada uma exigibilidade de índole não tributária, ou seja, preço público, seu aspecto ilegal desponta de modo cristalino e inconfundível.

Tanto é verdade, que as ruas e praças são bens municipais de uso comum do povo, e, por via de consequência, não podem ser alvo de exploração como se fossem estacionamentos particulares da municipalidade. A prefeitura pode organizar estacionamentos em terrenos de sua propriedade — bens dominicais — jamais em bens de uso comum do povo que pela sua própria categorização não lhes pertence.

SALÁRIO MÍNIMO

Todo trabalhador tem o direito de receber um salário mínimo que atenda às suas necessidades normais e bem assim as de sua família.

Tal afirmação seria resultante de um novo ideário ético constante da atmosfera constitucionalista? Não, pois trata-se simplesmente da reprodução do comando contido no artigo 165, inciso I, da Constituição em vigor.

Como se vê, o descompasso existente entre o salário-mínimo e os objetivos que se lhes afiguram não dependem de uma nova ordem constitucional, pois a atual já consagrou ao salário-mínimo uma função social que o governo não logrou realizar.

SUNAMAM E QUEJANDOS

O episódio relativo a danos aos cofres públicos em decorrência de financiamentos e avais assumidos pela Superintendência Nacional da Marinha Mercante exprime mais um evento onde a atual Constituição deixou de ser cumprida, pois, se de um lado é verdade que o Tribunal de Contas seja destituído de prerrogativas que lhe asseguram preservar eficazmente o Erário Público, não menos verdade é também que o Congresso Nacional tem competência, entendase como poder — dever, de fiscalizar e controlar as despesas da União, nos termos do artigo 70, § 1º, da Constituição Federal e, como se sabe, o nosso Parlamento não exerceu tempestivamente as suas faculdades fiscalizadoras que representam uma determinação estipulada pela Constituição em vigor.

Da mesma forma, os conhecidos problemas da Coroa-Brasilel, Delfim, Haspa, Brasilinvest e outros não ocorreram sob o manto protetivo da Constituição vigente, mas sim por incúria dos Agentes Políticos, cuja postura haveria de ser o rigoroso cumprimento das leis.

DIREITO DE PROPRIEDADE

A Constituição da República assegura o direito de propriedade ao consagrar e insculpir em seu texto o comando subsequente:

"153, § 22 — É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior".

Consoante estampa o mandamento aludido, a formulação contida na Constituição em vigor se afigura esmerada e não requer qualquer modificação em uma nova Carta Constitucional. Entretanto, é noção cediça que o Poder Público descumpra a ordem suprema e realiza desapropriações que maculam o direito de propriedade.

E a desobediência ao Texto Supremo

ocorre em dois momentos, quais sejam, no instante da desapropriação no qual o expropriante apresenta uma oferta amigável muito inferior ao valor real do imóvel, e ao depois quando o expropriante descumpra a ordem judicial e não efetua o pagamento decorrente da respectiva condenação, tudo após tormentosa e prolongada batalha judicial. No Estado de São Paulo, expropriados irrisignados com o descaso governamental uniram-se fundando a Associação Paulista de Expropriados e Demais Credores dos Poderes Públicos por Condenação Judiciais. Parece surrealismo, mas lamentavelmente a assertiva trazida à colação traduz uma triste e desalentadora realidade. Vamos a um exemplo que foi noticiado pelo Shopping News, de São Paulo, em 19 de maio de 1985, pág. 6: Miguel Antônio dos Santos teve sua casa, no Parque São Luis, em Guarulhos, desapropriada para a construção do Aeroporto Internacional de Cumbica. O expropriante foi a Copasp — órgão ligado ao Ministério da Aeronáutica. A importância oferecida amigavelmente a título de prévia e justa indenização, além de ser flagrantemente inferior ao valor real do imóvel demorou dez meses para ser liberada e o pagamento foi efetivado sem correção monetária.

Outros terrenos da região receberam avaliação de 12 a 50 milhões de cruzeiros — unidade monetária da época — para efeito de desapropriação, enquanto o valor de mercado se situava no patamar de Cr\$ 400.000 (quatrocentos milhões de cruzeiros). O desapropriado — Miguel — desentendeu o competente pleito judicial visando a resguardar os seus legítimos interesses e após muitos anos logrou obter do Tribunal de Justiça de São Paulo a fixação do pagamento em ORTN. Não obstante, o governo recorreu alegando falta de verba e que não poderia usar recursos de áreas prioritárias para pagar os milhares de casos de desapropriação.

Ressoa à evidência que a questão em pauta não clama por um novo texto constitucional para que o direito de propriedade seja respeitado, mas clama, isto sim, pela aplicação e obediência estrita à ordem jurídica vigente.

OUTROS INADIMPLEMENTOS À CONSTITUIÇÃO

É de conhecimento comum que a polícia de trânsito não reconhece validade à cópia xerográfica da carteira de motorista, ainda que seja autenticada por cartório ou tabelionato. Por incrível que possa parecer, a estrambótica situação consistente em negar eficácia a documento que merece fé pública — pública forma — tem como fundamento o artigo 67, parágrafo único do Código Nacional de Trânsito que autoriza a adoção daquele comportamento pelas autoridades competentes.

E o que dizer de certos parlamentares que recebem o pagamento da parte variável do subsídio mesmo sem comparecer às sessões respectivas no Congresso Nacional, contrariando assim o mandamento contido no artigo 33, § 3º da Constituição? Como se vê, tal situação fática não decorre de permissão ou de silêncio da Constituição em

vigor, mas deriva, isto sim, da afrontosa inobservância à Carta Magna. Em exemplário armado ao propósito, o Jornal O Estado de S. Paulo, de 30 de abril de 1986, nos dá notícia em fls. 2, que os 479 deputados e 69 senadores conseguiram receber os jetons correspondentes às duas sessões noturnas de 29.04.86, embora a grande maioria estivesse ausente do plenário. Observa-se que nenhuma matéria foi votada e no final da sessão havia 20 parlamentares no plenário! Enfim, plenário vazio e jeton no bolso.

Os casos enunciados arrogam caráter exemplificativo, pois sobreumentaríamos outros poderiam ser anotados, mas o escopo deste ensaio consiste em realçar o desconcerto existente em nosso país entre a lei vigente e a realidade fática.

Sem embargo da conveniência de ganhar o País um novo Texto Supremo, além de imediatas reformas consubstanciais na eliminação dos instrumentos de autoritarismo do Texto Supremo, torna-se imperativo um iminente posicionamento dos governantes, no sentido de dar a adequada dignidade à ordem jurídica, mediante o angusto cumprimento das leis, perseguindo os ideais ateneiros de ética por meio do atual modelo jurídico apenas utilizado com algumas Emendas à Constituição, direcionando, destarte, toda energia constitucionalista para algo mais tangível, mais imediato e, quem sabe, mais operativo para a consecução do bem comum. Outrossim, o idóneo espírito constitucionalista ficaria delongado para um futuro próximo, cujo marco inicial seria o exaurimento da discussão dos grandes temas nacionais, tudo precedido de uma ordem social e jurídica de obediência à Lei, seja constitucional, seja infraconstitucional, alitrando, por esta forma, o cinzelar do Estado Democrático.

Entretanto, a Constituição que muitos querem mudar não permite que a lei infraconstitucional, dentre elas o Código de Trânsito, venha a estabelecer qualquer restrição no tocante à validade que emerge de documento público. Vejamos então:

Constituição - artigo 9º

"À União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios é vedado:

III — recusar fé aos documentos públicos.

Dispositivo igualmente inócuo encontra-se no artigo 170, § 3º da Constituição ao prescrever o seguinte comando:

"A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas".

Em que pese à estipulação constitucional referida, o Município de São Paulo concede isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano em favor da CMTC — Lei Nº 4.634/55, art. 8º, letra G — que se dedica a atividade não monopolizada, qual seja a exploração de transporte urbano, e que por isso mesmo não poderia usufruir daquele privilégio tributário nos termos, aliás, do preceito constitucional aduzido à colação.

Cidades e Serviços