

PARECER

Doação à Instituição Religiosa e a Emenda Constitucional N.º 1/69

Eros Roberto Grau

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

I. Posição da questão

1 A Companhia de Desenvolvimento de São Paulo — CODESPAULO — sociedade cuja maioria de capital social é detida pela Fazenda do Estado de São Paulo — vem promovendo, no desenvolvimento de suas atividades, a implantação de conjuntos habitacionais, nos quais se reclama, além da instalação de centros comunitários e de lazer, a ereção de templos religiosos.

Em um caso específico — do conjunto habitacional de Franca, no qual 146 casas são edificadas —, em atendimento à solicitação dos moradores, vem-se cogitando de a CODESPAULO proceder à doação de área de seu patrimônio à Diocese de Franca, a fim de que esta faça construir sobre ela templo vocacionado ao culto do catolicismo.

Contrariamente ao cogitado, tem-se alegado que a jurisprudência predominante do Tribunal de Contas do Estado está alinhada no sentido de, em qualquer hipótese, entender inconstitucional a aplicação de auxílios e subvenções, direta ou indiretamente, na manutenção de culto religioso. Nesta linha de entendimento, estruturada a partir da consideração do disposto no artigo 9.º, II da Emenda Constitucional n.º 1/69, a doação em questão seria tida como ofensiva ao texto constitucional. Daí indagarmos se é correto o entendimento exposto, fundado sobre a consideração do referido artigo 9.º, II.

2. A matéria a respeito da qual versa a consulta foi objeto, anos atrás, do exame percuciente de ATALIBA NOGUEIRA, em parecer publicado na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo¹, na análise da constitucionalidade dos fundamentos

1. *Subvenção a instituições religiosas e a Constituição federal de 1946*, in Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, volume LVI, fascículo I, 1961, págs. 164 e ss.

de veto do Prefeito Municipal de Marília a projeto de lei que autorizava a concessão de auxílio financeiro monetário ao Seminário Diocesano de São Pio X.

Valer-me-ei, no tratamento do tema, em sua primeira parte, de modo marcante, da linha de exposição adotada no mencionado parecer, que, apesar da superveniência de novo texto constitucional, ainda permanece plena de validade.

Importa observar, contudo, que a disposição constante do artigo 9.º, II da Emenda Constitucional n.º 1/69 é mais extensa do que a analisada por ATALIBA NOGUEIRA. O artigo 9.º, II engloba os preceitos que se continham no artigo 31, II e III da Constituição de 1946, adicionando-lhes porém cláusula naquele inexistente, na ressalva da colaboração de interesse público, *“na forma e nos limites da lei federal”*.

Isso impõe, por sucessivos passos, o tratamento de aspectos distintos do problema: a separação entre Estado e Igreja; o alcance das empresas estatais pelo preceito do artigo 9.º, II e a noção de subvenção; a colaboração de interesse público; as normas constitucionais programáticas; a necessidade de licitação para a seleção do beneficiário de doação. Por derradeiro, não me excusarei à formulação de uma recomendação à consulente.

II. Separação entre Estado e Igreja

3. O artigo 9.º, II da Emenda Constitucional n.º 01/69 determina:

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

II — estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar;”

A disposição citada — como já observei — consagra preceito correspondente ao contido no artigo 31, II e III da Constituição de 1946, que foi objeto do exame do Professor ATALIBA NOGUEIRA.

Trata-se de preceito que contempla o princípio da laicização do Estado, levando à separação, dele, da Igreja. No caso brasileiro, considerada a herança cultural e a tradição cristã do seu povo, de modo incontestável em maioria imensa votado ao culto do catolicismo apostólico romano, fundamentalmente separação entre o Estado e a Igreja Católica. O princípio, de certa forma — por razões histórico-políticas bem definidas, que não importa aqui examinar — dá atendimento à lição do “dai, pois, a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”².

É certo, de qualquer modo — e a este ponto adiante retornarei — que o vigente texto constitucional, além de supor a distinção entre as vocações material e espiritual do homem, consagra o princípio da liberdade religiosa, afirmando-o e reafirmando-o nos §§ 1.º, 5.º e 6.º do seu artigo 153.

O que importa indagar, todavia, neste primeiro passo, é se a Constituição, na disposição transcrita, operou mera separação — no sentido de distinção — entre a Igreja e o Estado ou, pelo contrário, estabeleceu radical e sectária cisão entre ambos.

4. A Constituição vigente, iniludivelmente, cuidou simplesmente de operar distinção entre os poderes político e religioso, não tendo rompido, de modo inconciliável, o relacionamento entre eles. O poder estatal, na expressão de HERMANN HELLER³, organiza e põe em execução as atividades sociais do homem que vive em um determinado território — sendo, por sua função, um poder secular — ao passo que a Igreja ordena a conduta do homem em relação à potência supra-terrena; mas essa clara delimitação conceitual, entre o poder eclesiástico e o secular-político, não exclui as mais estreitas relações entre ambos, na realidade social. Cumpre relembrar, aqui, dois momentos da exposição de ATALIBA NOGUEIRA: “O nosso regime político não é ateu, nem poderia desconhecer os sentimentos do povo brasileiro”⁴. E, logo em seguida, em referência ao preâmbulo da Constituição de 1946, mas que se aplica ao texto originário da atualmente vigente: “. . . logo no preâmbulo, (a Constituição) coloca o nome de Deus como soberano senhor do povo e do Brasil, sendo lógico que somente esta invocação liminar já está mostrando que lhe reconhece a necessidade de culto por parte dos brasileiros”⁵.

2. MATEUS 22, 21; MARCOS 12, 17; LUCAS 20, 25.

3. *Teoría del Estado*, traducción de LUÍS TOBIO, Fondo de Cultura Economica, México, octava reimpresión, 1977, págs. 227/8.

4. *ob. cit.*, pág. 165.

5. *ob. cit.*, pág. 165.

O texto constitucional vigente coíbe e veda a confusão entre poder civil e eclesiástico, sem contudo repelir — antes, pelo contrário, em inúmeros passos, tácita ou expressamente, a induzindo — a colaboração entre ambos. A consideração de algumas disposições nele contidas tornará isso mais evidente.

Assim é que os §§ 2.º e 3.º do artigo 175 definem que, atendidas determinadas condições, o casamento religioso equivalerá ao civil ou terá efeitos civis. O § 3.º, V do artigo 176 elege como norma a ser adotada pela legislação do ensino aquela segundo a qual o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas de grau primário e médio. O § 7.º do artigo 153 determina que, sem caráter de obrigatoriedade, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares, e, nos estabelecimentos de internação coletiva, aos interessados que a solicitarem, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais.

Por outro lado, a defesa das convicções religiosas — cuja liberdade, como vimos, é afirmada e reafirmada nos §§ 1.º, 5.º e 6.º do artigo 153 — é provida no parágrafo único, “c” do artigo 30. O artigo 165, VII, assegura aos trabalhadores o direito a repouso remunerado nos feriados religiosos, de acordo com a tradição local. Mais ainda, no artigo 19, III, “b”, o texto constitucional define a imunidade dos templos de qualquer culto aos impostos.

Além de tudo isso, porém, o fato é que a própria disposição contida no artigo 9.º, II, expressamente, admite a colaboração de interesse público, especialmente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar. Vale dizer: o texto constitucional está a reclamar — induzindo-o — esse tipo de colaboração.

Para logo se vê, dest’arte, que a Constituição veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o estabelecimento de cultos religiosos, a prestação de subvenção a eles, o embaraço ao exercício de suas atividades e a manutenção — com eles ou seus representantes — de relações de dependência ou aliança. Não obstante, reclama aquela colaboração.

No caso, pois, cumpre verificar se o ato pretendido — doação de imóvel à Diocese de Franca — consubstancia modalidade de *subvenção* (visto que evidentemente não expressa estabelecimento de culto religioso ou igreja, embaraço ao

exercício de suas atividades ou manutenção de relações de dependência ou aliança) vedada pelo texto constitucional ou se, pelo contrário, implementa colaboração de interesse público, do tipo nele ressaltada.

III. Alcance das empresas estatais pelo princípio e noção de subvenção

5. Anteriormente à exposição da noção de subvenção, porém, breve referência há de ser feita a uma diversa linha de argumentação, a que se poderia, eventualmente, neste passo, aludir. Tratar-se-ia, nela, de sustentar a não aplicação do preceito constitucional às empresas estatais, visto como refere, diretamente, às pessoas jurídicas de direito público, União, Estados, Distrito Federal e Município. O argumento não me convence, entendendo eu ter o princípio, em sua integralidade, aplicação à CODESPAULO, entidade da administração indireta estadual, caracterizada como empresa de serviço público⁶. Tais empresas são projeções do próprio Estado, compondo-se no quadro da organização estatal, todo ele tocado pelo preceito do artigo 9.º, II do vigente texto constitucional.

Repudio, pois, aquela argumentação, retornando à linha de exposição anterior, agora para o fim de explorar referida noção.

6. Partamos, para tanto, da observação de que “*subventionar*” significa conceder subvenção.

A Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964, em seu artigo 12, § 3.º define como subvenções as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-as como subvenções sociais e subvenções econômicas. É a tais subvenções que, v.g., refere o artigo 62 da vigente Constituição federal. Aí temos um conceito estrito de subvenção.

O vocábulo *subvenção*, todavia, pode ser tomado em sentido mais amplo, então significando não apenas as transferências financeiras, mas também a prestação de auxílio, de qualquer natureza, a terceiros.

Estou em que, em realidade, a Constituição reporta-se à noção de subvenção, no seu artigo 9.º, em sentido amplo. E de

6. A propósito da distinção entre empresas estatais de serviço público e empresas estatais de iniciativa econômica, vide meu *Elementos de Direito Econômico*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, págs. 82 e ss.

modo tal que, ao vedar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a concessão de subvenções a cultos religiosos ou igrejas, o faz de sorte a entre as condutas proibidas incluir a de outorga de doação da espécie considerada.

Daí a conclusão de que a doação em pauta estará abrangida pela vedação constitucional, salvo se instrumental da colaboração de interesse público, nele ressalvada.

Tenho para mim não subsistir dúvida quanto à circunstância de instrumentar ela, precisamente, tal colaboração.

IV A colaboração de interesse público

7 Nenhuma dúvida restando referentemente à circunstância de a doação em pauta instrumentar colaboração de interesse público, entre o Estado — por entidade de sua administração indireta — e a Igreja, teremos estar ela excluída à vedação constitucional. Pois é certo — repita-se — que o texto constitucional ressalva, para colocá-las além da vedação, as subvenções que instrumentam colaboração de interesse público.

Caberia, neste passo, indagarmos o que vem a ser o interesse público. Por certo não teremos como conceituá-lo, em termos jurídicos. O seu conteúdo é extrajurídico. O interesse público não é uma abstração jurídica, assumindo significados variáveis conforme e de acordo com circunstâncias históricas e políticas determinadas. De mais a mais, é certo que, modernamente, muitas vezes se apartam as noções de interesse público e de interesse social, dado o sensível afastamento, nos dias que correm, do Estado em relação à sociedade civil. Movendo-se em nome de razões próprias, o Estado adota concepções de interesse público muitas vezes inconciliáveis com as de interesse social, que a sociedade civil consagra.

No caso presente, contudo, dúvida não restará quanto à conveniência e necessidade de prover-se as comunidades usuárias dos conjuntos habitacionais erigidos pelo Estado de centros religiosos, onde possam elas buscar satisfação para a sua vocação espiritual. Já se afirmou que tais conjuntos, que são habitados por milhares de pessoas, consubstanciam verdadeiras cidades sem alma. Urge que se propicie àquelas comunidades condições de acesso a regular assistência religiosa — o que, de resto, a própria Constituição, no § 7.º do artigo 153, propicia a comunidades setoriais específicas. Basta esta mera referência àquela disposição para evidenciar a incidência,

na hipótese, do interesse público. Pois é exato que se a própria Constituição expressamente prevê a acessibilidade das forças armadas e auxiliares à assistência religiosa — naturalmente com a colocação, à disposição dos que a prestem, dos instrumentos a tanto indispensáveis — com maior razão há de admitir-se (e mesmo induzir-se) a prestação da mesma assistência às comunidades usuárias dos conjuntos habitacionais implantados pela CODESPAULO, por certo tão ou mais carentes dela do que as aquinhoadas no preceito constitucional do § 7.º do artigo 153.

Mas não é só. Em uma sociedade que, mercê da modernidade — não geradora apenas de efeitos positivos — torna-se cada vez mais complexa, voltada ao culto de valores materiais, por certo a acessibilidade àquela assistência trará como resultante não apenas a satisfação espiritual individual, mas também benefícios de ordem social da mais variada ordem. Mencione-se, para exemplificar, a ação positiva da Igreja na promoção da revitalização da estrutura familiar; ou a sua missão evangelizadora, no sentido de combate à prática da violência; ou, ainda, a ação dela junto aos jovens, por certo minimizadora dos males decorrentes da ignóbil difusão dos tóxicos.

Parece-me inquestionável, dest'arte, a conclusão de que, impondo-se a prestação, à sociedade civil, de assistência espiritual e por esta aquela clamando, na efetivação das doações em pauta definem-se hipóteses nítidas de interesse social, às quais correspondem manifestação de interesse público.

8. Posta a questão nestes termos, teremos que a doação de que estamos a tratar instrumenta a colaboração de interesse público a que alude o artigo 9.º, II do texto constitucional. Isso, tão somente, bastaria para encaminhar a conclusão de sua conformidade com a ordem constitucional vigente.

Sucedede, porém, que a ressalva contida naquele artigo 9.º, II, está tocada por uma cláusula assim disposta: "*na forma e nos limites da lei federal*". Cumpre verificar, pois, se a colaboração de interesse público nele ressalvada, para que se possa efetivar, está condicionada ao advento daquela lei federal. A indagação assume tanto maior relevância quanto se observe que o legislador infraconstitucional nada dispôs naquele sentido, inexistindo a lei federal referida pelo artigo 9.º, II 7.

7. Note-se que a disposição da Constituição de 1946 (artigo 31, III) — a que se reportava ATALIBA NOGUEIRA — correspondente à do artigo 9.º, II, na vigente Constituição, não continha a cláusula nesta última contemplada.

V. As normas constitucionais programáticas

9. A questão da aplicabilidade das normas constitucionais mereceu, entre nós, estudo monográfico de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁸. Classificando-as desde os critérios da eficácia e aplicabilidade⁹, esse autor assim as distingue:

- I — normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- II — normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral;
- III — normas de eficácia limitada:
 - a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos;
 - b) declaratórias de princípios programáticos.

De *eficácia plena* são aquelas normas que, “desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”¹⁰. Dessa espécie, entre outras, as normas que contenham vedações ou proibições¹¹.

De *eficácia contida*, “aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”¹². Estas, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA¹³, “são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos”; “enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua

8. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.

9. *ob. cit.*, pág. 78.

10. *ob. cit.*, pág. 94.

11. *ob. cit.*, pág. 93.

12. *ob. cit.*, pág. 108.

13. *ob. cit.*, pág. 96.

eficácia será plena”; “são de aplicabilidade direta e indireta, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam”.

De *eficácia limitada* — e *princípio institutivo* — “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo mediante lei”¹⁴.

De *eficácia limitada* — e *princípio programático* — “aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”¹⁵.

10. Se adotarmos a construção de JOSÉ AFONSO DA SILVA — que, não obstante, será adiante contestada — teremos, a partir de sua consideração, que a disposição contida no artigo 9.º, II, da vigente Constituição compreende duas normas distintas, uma de eficácia plena, outra de eficácia contida:

- a) de eficácia plena — vedação, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, do estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, da prestação de subvenção a eles, de oposição de embaraço ao exercício de suas atividades ou de manutenção, com eles ou seus representantes, de relações de dependência ou aliança;
- b) de eficácia contida — ressalva àquela vedação, na forma e nos limites da lei federal, quando algumas das condutas vedadas instrumentem colaboração de interesse público, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar.

Considerados os termos da consulta e a finalidade da ressalva, fixemo-nos na hipótese de prestação de auxílio — subvenção — aos cultos religiosos ou igrejas como instrumental da colaboração do tipo referido pela norma.

14. *ob. cit.*, pág. 119.

15. *ob. cit.*, pág. 132.

O que importa reter, neste passo, é a circunstância de que, na exposição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, tratando-se, esta segunda norma, de espécie das de eficácia contida, esta será plena enquanto o legislador ordinário — como ocorre no caso — não expedir a norma restritiva. Isso se torna mais nítido se recorrermos a exemplos dispostos por esse autor¹⁶: a) — artigo 153, § 6.º — nele se confirma a liberdade de crença e convicção filosófica ou política, sendo a disposição plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, embora sujeita a contenção, mediante lei, em relação àquele que se eximir de obrigação legal imposta a todos; não obstante, se lei que determine “a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência” não houver, mesmo ocorrendo a escusa qualquer restrição ou sanção será inconstitucional; b) — artigo 153, § 17 — nele se consagra a vedação da prisão civil, ressalvadas duas exceções, “na forma da lei”; as exceções dependem de lei; se esta, contudo, não estabelecesse forma de prisão civil do depositário infiel ou de responsável pelo inadimplimento de obrigação alimentar, tais prisões não poderiam verificar-se, subsistindo a eficácia plena de vedação; c) — artigo 153, § 23 — nele se consagra o princípio da liberdade de iniciativa individual, com eficácia plena e aplicabilidade imediata; tal eficácia, contudo, poderá ser contida, se lei vier a definir condições de capacidade (isto é, de *habilitação*) para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; na ausência de lei, a liberdade é ampla, em sentido teórico; d) — artigo 97 — nele se consagra o preceito da acessibilidade aos cargos públicos por todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer; aqui também o preceito é plenamente eficaz, tendo aplicabilidade imediata; não obstante, aquela eficácia poderá vir a ser contida na medida em que o legislador ordinário estabeleça os requisitos referidos no preceito constitucional.

Tal, precisamente, o que estaria a ocorrer em relação ao artigo 9.º, II. A vedação — norma de eficácia plena — é imediatamente aplicável. Igualmente, a ressalva da colaboração de interesse público é plenamente eficaz, podendo porém tal eficácia ser contida, em decorrência de lei federal que sobrevenha, definindo a sua forma e os limites a que se sujeitará.

11. Neste ponto, de toda sorte, uma crítica à postulação acima desenvolvida poderia vir a ser formulada. Tomar-se-ia

16. *ob. cit.*, págs. 97/98; o texto de JOSÉ AFONSO DA SILVA reporta-se à Constituição de 1946, razão pela qual transpus os exemplos por ele tomados para as disposições correspondentes do vigente texto constitucional.

do exemplo de norma de eficácia contida que JOSÉ AFONSO DA SILVA identifica no artigo 153, § 17 e dir-se-ia: assim como não poderá haver prisão civil do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar senão quando a lei ordinária tiver disposto sobre ela, também não poderá haver colaboração de interesse público, entre União, Estado, Distrito Federal ou Município e a Igreja senão quando lei ordinária houver disposto sobre a forma e os limites de tal colaboração.

Esta, a primeira — e equívoca — verificação que se poderá extrair à consideração conjunta do artigo 9.º, II do texto constitucional e da exemplificação daquele autor. Estou, contudo, em que isso se deve a uma incompleta enunciação daquele exemplo. É que, em realidade, especialmente aquele preceito — do artigo 153, § 17 — tal como o do artigo 9.º, II, compreende duas normas distintas:

- a) uma de eficácia plena — a que veda a prisão civil por dívida;
- b) outra de eficácia contida — a que ressalva àquela vedação, na forma da lei, a prisão do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar.

Nestes termos — e, no meu entendimento, de modo mais adequado — recolocada a questão, cumpre-nos considerar os sentidos de ambas as ressalvas. A no artigo 9.º, II, contida, respeita à promoção da realização do interesse público; a no artigo 153, § 17 inserida, à limitação de direito individual. A consideração desses sentidos é fundamental, segundo me parece, à análise das disposições constitucionais em pauta. Pois é certo que, ao passo que a promoção do interesse público, pelo Estado, deve ser assegurada, a defesa dos direitos individuais é de ser preservada — guardada, evidentemente, sua compatibilidade com o interesse social.

Os dois objetivos não de ser necessariamente ponderados em presença de dois princípios, o da indisponibilidade do interesse público — implícito do texto constitucional — e o da legalidade — explícito no § 2.º do artigo 153 do texto constitucional. A ressalva do artigo 9.º, II, exprime autorização para a perseguição do interesse público, não se sujeitando, diretamente, ao princípio da legalidade; a do artigo 153, § 17, uma restrição à liberdade individual, vinculada necessariamente a acatamento ao princípio da legalidade.

Por isso estou em que, a adotar-se a construção de JOSÉ AFONSO DA SILVA, de uma parte

- a prisão civil do depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, para que possa ocorrer, depende do advento de lei ordinária que estabeleça a forma em que deva e possa ela se efetivar;
- de outra parte
- a colaboração de interesse público, entre o Estado e a Igreja, independe, para que possa ocorrer, do advento de lei ordinária que estabeleça a sua forma e os seus limites.

12. A construção de JOSÉ AFONSO DA SILVA, vê-se agora — especialmente quando acoplamos o seu critério à consideração, no primeiro caso, do princípio da legalidade, e, no segundo, do princípio da indisponibilidade do interesse público — finda por nos levar a soluções heterogêneas, não uniformes, no questionamento da operatividade das normas constitucionais. A própria caracterização delas como de eficácia plena ou de eficácia contida é dificultosa. Note-se, v.g., a dissensão: para aquele autor, o preceito do artigo 153, § 17, é norma de eficácia contida; segundo entendo, o preceito contém duas normas, uma de eficácia plena (a vedação), outra de eficácia contida (a ressalva).

Isso me conduz à consideração de diversa construção a propósito das disposições constitucionais, distinta daquela palmilhada por JOSÉ AFONSO DA SILVA. Reporto-me, aqui, àquela adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha, em acórdão de 29 de janeiro de 1969¹⁷. O que importa considerar, nesta construção, é — a partir do princípio da supremacia da Constituição — a operatividade das cláusulas constitucionais programáticas.

Adoto tal construção, sem contudo deixar de ressaltar a extrema relevância da contribuição trazida ao estudo do tema, ao seu tempo, pelo Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA. Na opção pela construção do direito alemão, contudo, seguirei passos que, com efeito, levam à reformulação do anteriormente concluído.

13. A exposição de tal construção impõe a preliminar fixação de duas premissas. Em primeiro lugar, cumpre observar

17. A propósito, ROLANDO E. PINA, *Cláusulas Constitucionales Operativas y Programáticas*, Editorial Asteca, Buenos Aires, 1973.

que, para tanto, devemos adotar uma concepção ampla de cláusula programática, de sorte tal que entre elas há que incluir a contida no artigo 9.º, II, “in fine” do vigente texto constitucional. Por isso que, na expressão “ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar”, diviso uma cláusula programática.

Em segundo lugar, quanto ao princípio da supremacia da Constituição, cumpre observar que repousa sobre a verificação de que, por ser ela suprema, vincula normativamente todas as normas jurídicas que posteriormente se editem, as quais necessariamente hão de se ajustar a suas disposições, sob pena de serem entendidas como inconstitucionais¹⁸.

Visto isso, importa colocar — sem maiores digressões a respeito do caso sob apreciação do Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha — os pontos básicos da construção contemplada no acórdão de janeiro de 1969, tal como sumariados por ROLANDO E. PINA¹⁹:

“Cuando la teoría sobre cláusulas constitucionales programáticas pretende que faltando ley expresamente reglamentaria de la cláusula ésta no tiene vigencia, desarrolla una estrategia mal expresada de no vigencia ya que, para justificar una orientación de política legislativa, se pretende vulnerar la máxima jerarquía normativa de la Constitución.

El concepto de cláusula programática vulnera principios jurídicos constitucionales elaborados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y al pretender sustraer del control de constitucionalidad a la cláusula programática, anula una función específica de la normatividad concediéndola al Poder Legislativo; lo que atenta contra la independencia del Poder Judicial.

Al convertirse en un argumento dogmático de no vigencia y — por tanto — de no interpretación judicial, impide que los jueces y las partes deban ponderar los intereses contradictorios del caso por las valoraciones que explicitan los principios constitucionales; lo que atenta contra um permanente repensar valorativo de la realidad social, que es la única actitud mental que conduce a la consolidación

18. cf. ROLANDO E. PINA, *ob. cit.*, pág. 33.

19. *ob. cit.*, págs. 109/110.

de una racional regulación de la conducta social. Al no depender la vigencia de la cláusula constitucional de ley dictada al efecto, cuando la Constitución encarga al Poder Legislativo la sanción de determinadas leyes, si dentro de um plazo razonable o del estipulado por la Constitución el legislador no aplicó la Constitución, su mora implica violación al mandato constitucional. Dentro de las circunstancias del caso esa mora puede ser declarada inconstitucional y la Corte Suprema puede ajustar la solución del caso al precepto jurídico-constitucional no aplicado por el legislador, sin perjuicio de que éste ejerza sus atribuciones constitucionales en el futuro”²⁰.

Note-se que a argumentação segundo a qual a cláusula constitucional só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária nela referida implica, em última instância, a concessão de um certo grau de poder constituinte ao Poder Legislativo²¹.

14. Alinhados os pontos fundamentais da construção a que me filio, urge retornarmos à consideração dos preceitos contidos nos artigos 153, § 17 e 9.º, II do nosso vigente texto constitucional.

Quanto ao primeiro deles, na inexistência das normas contidas nos artigos 1286 do Código Civil, 902, § 1.º e 904, parágrafo único do Código de Processo Civil e 733, §§ 1.º a 3.º do Código de Processo Civil, ainda assim caberia a imposição, pelo Poder Judiciário, de prisão civil ao depositário infiel e ao responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar. Note-se que, no caso, em razão do princípio da supremacia da Constituição, a disposição do seu artigo 153, § 17, porque operativa, supre a exigência da legalidade.

Quanto ao segundo deles, a ressalva da colaboração de interesse público é plena de operatividade. Prazo razoável já transcorreu, desde a introdução da disposição com a cláusula do “na forma e nos limites da lei federal” na Constituição, para que o Poder Legislativo dispusesse sobre a matéria. Sua omissão quanto a este ponto não pode justificar a negação de eficácia ao preceito que encerra, visto que, a conceber-se isso, estaríamos a admitir o exercício de poder constituinte por ele — Legislativo — o que é inconcebível.

20. Observo tão somente que o ponto debatido respeita, efetivamente, à *eficácia* e não à *vigência* das cláusulas constitucionais programáticas.

Leia-se, pois, no texto de ROLANDO E. PINA, *eficácia em lugar de vigência*.

21. Neste sentido, ROLANDO E. PINA, *ob. cit.*, pág. 25.

Daí a conclusão de que a colaboração de interesse público, entre o Estado e a Igreja, é admissível mesmo, como ocorre, na inexistência da lei federal a que refere o artigo 9.º, II, do texto constitucional — o que, de resto, resulta necessário como decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Devo, pois, a seguir, no alinhamento dos fundamentos que me levarão à definição de solução para o quesito formulado, examinar um aspecto específico, referido à possibilidade jurídica de a doação de que trata a consulta ser outorgada precisamente à Igreja Católica Apostólica Romana — o que poderia ser questionado desde a consideração do princípio contido no artigo 153, § 1.º, do texto constitucional e de certo modo rebatido, em relação à matéria específica de que estamos a tratar, no seu § 5.º.

VI. Doação e licitação

15. O artigo 153, § 1.º consagra o princípio da igualdade de todos, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicção política, perante a lei. O § 5.º do mesmo artigo contempla a plena liberdade de consciência, assegurando aos crentes o exercício dos cultos religiosos que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

Desde a consideração de tais disposições poder-se-ia eventualmente questionar a outorga da doação em pauta à Diocese de Franca. Por que há de ser o imóvel doado à Igreja Católica — indagar-se-á. Por que não a outro culto?

Nada há a opor, todavia, a essa opção, visto que é flagrante e incontestada a realidade de que o povo brasileiro, em sua maioria, está voltado ao culto do catolicismo apostólico romano. A questão de direito a considerar é referida à exigência ou não exigência de licitação prévia para a seleção do donatário do imóvel.

Tenho como indiscutível, todavia, a inviabilidade da aplicação dos critérios da licitação ao caso em pauta. Esta pode ser descrita como o procedimento administrativo que, em determinados casos, deve anteceder a celebração de contrato pela Administração, mediante o qual se opera a seleção da proposta de contratação mais conveniente e que melhor atenda aos interesses da Administração. Elemento inerente — da própria essência, pois — da licitação é a seleção. Onde e quando não se tornar viável a competição, na apresentação de propostas objetivamente diferenciadas, referidas ao objeto a ser licitado,

não há que falar em licitação: não existirá objeto a ser licitado. Onde e quando não se tornar viável a competição, não haverá seleção — na comparação entre propostas — a operar.

É precisamente isso o que ocorre na hipótese de doação. O donatário, na alienação de coisa a esse título, é sempre pessoa escolhida em função da ponderação de critérios subjetivos, não sustentados, portanto, sobre um exercício de seleção decorrente da apreciação de valores objetivos, confrontados em regime de competição. Inexigível, portanto, a licitação como procedimento prévio à doação de bem imóvel a esta ou àquela pessoa, especialmente quando se trate de, mediante ela, instrumentar a realização do interesse público. Esse entendimento é corrente e pacificamente adotado pela doutrina²², dispensando outras considerações.

16. De mais a mais, é certo que a Administração, ao proceder a tais doações, atua no exercício do poder discricionário que lhe é inerente.

A *discricionariedade*, no ensinamento preciso de RENATO ALESSI²³, é a margem de avaliação do interesse público concreto, com o fim de decisão, no mérito, sobre a oportunidade de agir ou sobre o conteúdo da atividade, margem que resta à Administração nos casos em que os limites postos pela lei à potestade de ação a ela — Administração — conferida sejam imprecisos. Dentro dessa margem, a Administração avalia a oportunidade de agir de terceiro, em relação ao interesse público, e o conteúdo da atividade, também em relação ao interesse público.

Não se confunde a discricionariedade com a arbitrariedade. No primeiro caso, ao atuar discricionariamente, está a Administração sujeita a determinados limites formais e substanciais que balizam a sua extensão. Dentro dessa extensão, todavia, a Administração atua movida por um certo grau de subjetividade, adequado e coerente com o grau de determinação do interesse público consignado na lei que a autorizou o exercício desse modo de atuação. Daí por que a atuação discricionária não é uma prerrogativa da Administração, mas um direito-dever a ser por ela exercitado, na busca da realização do inte-

22. Vide o Parecer de VICENTE RÁO, in Revista dos Tribunais, volume 314, págs. 37 e ss., subscrito sem restrições por GAMA E SILVA, MARIO MAZAGÃO, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, NOÉ AZEVEDO e GAMA CERQUEIRA. Vide tb, HELY LOPES MEIRELLES, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, volume II, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, págs. 604/605.

23. *Principi di Diritto Amministrativo*, volume I, quarta edizione, Giuffrè, Milano, 1978, pág. 248.

resse público que a lei referiu de modo impreciso, mas que deve ser por ela determinado na concreção do texto legal.

No caso de que estamos a tratar, inexistente lei ordinária que estabeleça a forma e os limites da colaboração de interesse público. Não obstante, sendo operativa — eficaz — a ressalva do artigo 9.º, II, a Administração (na hipótese a CODESPAULO) poderá discricionariamente, sem necessidade de prévia licitação, escolher o donatário do imóvel cuja utilização instrumentará a colaboração de interesse público reclamada a nível constitucional ²⁴.

VII. Conclusão

17. Verificamos, até este ponto, ser inteiramente compatível com a ordem constitucional a doação, pela CODESPAULO, de área de seu patrimônio à Diocese de Franca, para o fim indicado na consulta. Nada a opor também, a partir do texto constitucional, à opção pela doação de tais imóveis à Igreja Católica: entendendo, a CODESPAULO, ser esta a igreja junto à qual deve buscar colaboração de interesse público, assiste-lhe esse poder de opção — decorrência do exercício da discricionariedade inerente à sua ação — sem que tal possa ser inquinado contrário ao princípio da igualdade ou caracterizador de privilégio conferido a um culto, em detrimento de outro.

Em face de todo o exposto, concluo ser incorreto o entendimento segundo o qual a doação em questão é incompatível com a disposição contida no artigo 9.º, II da vigente Constituição, visto como instrumenta a realização de colaboração de interesse público, notadamente no setor assistencial, objeto de ressalva expressa naquela disposição; logo, pode tal doação ser efetivada, sem que isso consubstancie ofensa ao texto constitucional.

24. A referência ao poder discricionário da empresa estatal — no caso, de empresa estatal de serviço público, que a CODESPAULO é (vide nota 5) — encontra sustentação plena na construção a respeito dele desenvolvida por JEAN-CLAUDE VENEZIA (*Le Pouvoir Discrétionaire*, LGDJ, Paris, 1959).